

REVISTA DE DIREITO



Revista de Direito

Curso de Direito do IESP

<http://www.iesp.edu.br> • coorddireito@iesp.edu.br

Cabedelo - PB

Vol. 3 – junho de 2014.



Revista de Direito
Revista Científica de Direito

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Msc. José Carlos Ferreira da Luz (IESP) • Prof^a Msc. Mariana Tavares (IESP) • Prof. Msc. Jossano Mendes de Amorim (UEPB/IESP) • Prof. Msc. José Gomes de Lima Neto (IESP) • Prof. Msc. Donato Henrique da Silva (IESP) • Prof^a. Msc. Mayra Andrade Marinho (IESP) • Prof. Msc. Ricardo Berilo Bezerra Borba (IESP/FESP) • Prof. Dr. Antônio Marcus Alves de Souza (IESP) • Prof^a Joana D'arc de Sousa Cavalcanti (IESP).

EDITORA

Juliana Figueiredo e Carvalho Costa

ENDEREÇO DA REDAÇÃO

IESP - Instituto de Educação Superior da Paraíba
Campus Universitário
Estrada de Cabedelo - BR 230 - Km 14
Cabedelo - PB - CEP 58.310-000
Fone: (xx83) 2106.3509

IESP

Instituto de Educação Superior da Paraíba

DIRETORA GERAL

Prof^a. Msc. Christianne Melo de Leopoldino

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Prof. Richard Euler

**COORDENADOR DO CURSO
DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Prof. José Carlos Ferreira da Luz

SUMÁRIO

Apresentação	04
ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	
Marcella Velloso Borges Ribeiro Novais.....	05
O CONCEITO DE VERDADE COMO AFIRMAÇÃO DE PODER DO ESTADO	
Natascha Brayner Sobreira.....	26
A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO	
Leila Pontes Azevedo.....	46
A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO	
Ana Virgínia Madruga Costa Arruda.....	71
UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO SUCESSÓRIO	
Ernando Ribeiro da Silva	88
O NEGÓCIO JURÍDICO E O DIREITO CIVIL BRASILEIRO	
Ana Helena Madruga Costa Guimarães Lima.....	115
Normas e Critérios para Publicação	150

Os autores são os responsáveis pelas ideias
expressas em seus artigos.

APRESENTAÇÃO

O Curso de Direito do IESP, atingiu um alto nível de qualidade e excelência no tocante à juridicidade e à cientificidade dos trabalhos de conclusão de curso.

Estes resultados mostram-se possíveis, graças a três fatores: o nível do ensino-aprendizagem ofertado aos discentes ao longo do Curso; a proposta didático-pedagógica inovadora, diferenciada e demonstrada pelos alunos, quando da confecção do Trabalho de Conclusão de Curso; e, por fim, a intelectualidade, a maturidade jurídica e o brilhantismo científico apresentado pelos nossos alunos. Assim sendo, é a união indissociável desses fatores que faz o sucesso do Curso de Direito do IESP.

Neste momento, temos a felicidade de disponibilizar mais uma edição da nossa Revista Eletrônica do Curso de Direito para promoção e difusão do conhecimento e do debate de temas de interesse dos estudiosos e pesquisadores da Ciência Jurídica.

Seja bem-vindo e boa leitura!

Cordialmente,

Conselho Editorial

ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Marcella Velloso Borges Ribeiro Novais*

Professor Bianor Arruda**

RESUMO: O presente trabalho visa prioritariamente traçar as diferenças entre dois temas polêmicos da atualidade: o ativismo judicial e a judicialização da política, onde ocorre uma usurpação de poder no primeiro, e o cumprimento de uma Constituição que ampliou consideravelmente seu conteúdo relacionado ao Poder Judiciário no segundo. Inicialmente o trabalho busca explicitar conceitos e características do sistema de tripartição dos poderes, alcançando seu ápice com a obra de Montesquieu e sendo aplicado no Brasil desde a sua primeira Constituição. Traz, ainda, algumas considerações acerca das funções dos Poderes. Por fim, a explicação da judicialização e do ativismo são os temas centrais, destrinchando seus históricos, suas aplicações atuais e abordando alguns exemplos polêmicos relacionados ao tema.

Palavras-chave: Judicialização, Ativismo, Separação dos Poderes, Democratização, Constitucionalização.

ABSTRACT: The present paper main goal is to define the difference between two very controversial topics: judicial activism and judicial review, where on the first, there's stealth of power, and on the second, the fulfillment of the Constitution, which amplified the content related to the Judiciary. At first, this paper seeks to explicit concepts and characteristics of the separation of powers, where it gets to its highest moment with Montesquieu, and being applied in Brasil since its first Constitution. Yet, there are a few considerations about the different powers. Last but not least, the explanation about the judicial review and the judicial activism, which are the main topics, talking about their history, today's applications and explaining a few controversial examples related to the theme.

Key-words: Judicialization, Activism, Separation of Powers, Democratisation, Constitutionalisation.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Separação dos Poderes; 2.1. Histórico; 2.2. A Teoria de Montesquieu; 2.3. A Separação dos Poderes no Brasil; 2.3.1. Constituição de 1824; 2.3.2. Constituição de 1891; 2.3.3. Constituição de 1934; 2.3.4. Constituição de 1937; 2.3.5. Constituição de 1946; 2.3.6. Constituição de 1967; 2.3.7. Constituição de 1988; 2.4. As Funções dos Poderes; 3. A Judicialização da Política; 4. O Ativismo Judicial 5. Considerações finais; 6. Referências

* Bacharelado em Direito no IESP.

** Professor orientador

1 INTRODUÇÃO

Tem-se verificado no Brasil pós-Constituição de 1988 a evidência do Poder Judiciário - sua atuação tem sido ampla, o que o tem levado a discussões de caráter social. O que é questionado na atualidade é até onde o Poder Judiciário tem autoridade para atuar e a partir de qual comportamento ocorre o excesso de poder.

Fato é que a Constituição de 88 estabeleceu novas hipóteses de Controle de Constitucionalidade das leis, onde o Judiciário irá interferir no poder legiferante dos Deputados e Senadores. Se a CF/88, no seu Poder Constituinte Originário, criou tais mecanismos de controle, o Judiciário deve seguir à risca, sem questionamentos. O problema começa quando os magistrados ultrapassam esse poder de controle, invadindo a competência do Poder Legislativo e Executivo. Tais fenômenos são chamados de Judicialização da Política e Ativismo Judicial.

É importante frisar que tais debates não são incomuns e nem recentes no direito comparado. Com a teoria da Separação dos Poderes, ficaram claramente definidos quais seriam as funções de cada Poder, determinando, também, as funções atípicas exercidas pelos Poderes, como forma de controle para que um Poder não sobressaísse o outro (Teoria dos Freios e Contrapesos).

Nos Estados Unidos, em 1803, com o caso de William Marbury, surgiu o Controle de Constitucionalidade, por meio de uma decisão tomada pela Suprema Corte Americana que foi de encontro à Constituição, declarando ali, pela primeira vez nos EUA, uma lei inconstitucional. A Constituição Americana não previa em lugar algum que a Corte tinha competência para declarar inconstitucional uma lei, visto que a proposta original na Convenção, que permitia à Corte revisar as leis criadas pelo Legislativo, não foi oficialmente votada. Dali então, com o passar dos anos, a construção judicial do Conselho de Revisão (como era chamado o poder de revisar leis antes de serem aprovadas e publicadas) foi aprimorada e solidificada pela Suprema Corte, servindo como paradigma para outros países.

Outra atuação da Suprema Corte Americana, tida como uma das mais importantes foi no ano de 1905, época que ficou conhecida como “A Era Lochner”. Um proprietário de uma padaria interpôs recurso à Suprema Corte, onde questionava a lei que impôs o limite de 60h semanais de trabalho para os funcionários, quando antes o limite era de 100h semanais. Decidindo a favor de Lochner, a Suprema Corte passou a impedir que o Poder Legislativo pudesse legislar delimitando a jornada de trabalho.

Quando finalmente chegou ao Brasil, com o a adesão da doutrina ao Neoconstitucionalismo, a partir do ano 2000, a discussão sobre o ativismo judicial e a judicialização da política ocorreu no ápice da redemocratização brasileira. No texto da CF/88, está prevista a possibilidade de revisão das decisões tomadas pelos demais Poderes, de forma que o STF deve fazer cumprir a função e as normas da Constituição.

Sendo iniciadas as discussões em relação ao ativismo e à judicialização no Brasil, verificaram-se ao longo dos anos diversos casos decididos pelo STF nesses sentidos. Podendo citar como Judicialização a efetivação do que está previsto na Carta Magna como Jurisdição Constitucional; e no âmbito do Ativismo, alguns casos específicos como o nepotismo no judiciário, a lei de imprensa, a união homoafetiva, a cláusula de barreira, etc.

Os temas aqui discutidos podem ter a mesma origem – competência do Poder Judiciário – mas não devem ser vistos como semelhantes. Neste trabalho, iremos abordar a respeito desses dois institutos, traçando suas origens, diferenças e semelhanças, como também casos polêmicos a eles relacionados.

2 SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ao longo da história, o tema da separação dos poderes tem sido alvo de considerações por grandes filósofos, podendo citar Aristóteles, John Locke, Montesquieu, entre outros, que culminaram no modelo de separação conhecido na atualidade, sendo, inclusive, cláusula pétrea e princípio na Constituição Federal e também utilizado para organizar os governos das democracias do ocidente, etc.

O modelo da tripartição do poder, hoje, distribui as funções Legislativa, Executiva e Judiciária independente e harmonicamente entre si.

2.1 HISTÓRICO

É possível se deparar com uma primeira ideia de separação dos poderes com Aristóteles, quando ele traçou o conceito de uma constituição mista, que contaria com a participação de todas as classes para o exercício do poder, indo de encontro à teoria de centralização do poder em uma só mão.

Aristóteles dividiu o poder em três, quais são: Poder Deliberativo (assembleia dos cidadãos); Poder Executivo (a assembleia designava os funcionários para exercícios de

funções); e o Poder Judiciário. Porém, os Poderes não eram independentes entre si, visto que Aristóteles nada falou sobre o tema (ARISTÓTELES, 1252).

Após as ideias de Aristóteles serem expostas, sua teoria caiu no esquecimento por um período, até que em Roma foram instituídas as Assembleias Centurias, Senado e a Tribuna da Plebe, mais uma vez em evidência a divisão dos poderes, de forma a evitar a centralização.

Em 1215, com o advento da Magna Carta, apresentaram-se elementos essenciais do constitucionalismo moderno: a limitação do poder do Estado e alguns direitos fundamentais assegurados ao povo. Desde então, as Constituições escritas sempre tiveram algum traço da separação dos poderes. O que mudava era o grau das distribuições de competência, as normas de organização e funcionamento do Estado e também os Direitos Fundamentais.

Na idade média, a Igreja Católica exercia, indubitavelmente, grande parte do poder sobre os Estados, seja no âmbito econômico, político, jurídico ou social. O povo era compelido a seguir o catolicismo, sem permissão para qualquer opinião contrária, senão haveria punições. Importante também lembrar o Tribunal do Santo Ofício (conhecido como a Inquisição), onde a Igreja prendeu, torturou e matou inúmeras pessoas que não concordavam com os dogmas da Igreja Católica.

Ao ver situação tão crítica de domínio, o Estado rompe com a Igreja e dá início a um novo regime: o Absolutismo. Em meados dos séculos XVI e XVIII, o Rei passou a exercer o poder ilimitadamente, quase sem nenhuma interferência da sociedade (criando leis; instituindo tributos, etc.), e ao invés de ser controlado pelo Clero, ele mesmo agora o controlava.

Ante a essa centralização exacerbada do poder pelo Rei, aos poucos surgiram alguns grupos que defendiam a ideia de que o Estado deveria dar liberdade ao povo, interferindo apenas nos conflitos entre os indivíduos. A burguesia começou a crescer, e os Iluministas reivindicavam a segurança jurídica e a proteção do indivíduo.

Em meio ao iluminismo, destacou-se Montesquieu ao publicar o livro “O Espírito das Leis”. Inspirado na doutrina de John Locke, que se tornou o pai do liberalismo, pois defendia as divisões dos poderes no seu livro “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”, onde o povo poderia até mesmo destituir o governante de um Estado.

2.2 A TEORIA DE MONTESQUIEU

No cenário da Revolução Francesa, aliado ao surgimento da Monarquia Institucional inglesa, o filósofo Montesquieu aperfeiçoou a teoria que John Locke expôs cem anos antes,

remontando Aristóteles e até mesmo Maquiavel, criando assim a “Teoria da Separação dos Poderes” em seu livro “O Espírito das Leis”.

Visando evitar a concentração de todo poder estatal em uma só pessoa, de forma que o governo absolutista não mais ressurgisse, Montesquieu percebe a necessidade de delinear limites e autonomias de cada poder. Distribuindo as autoridades, ocorre o desvio do arbítrio e da violência, influenciando na eficiência do Estado e protegendo a liberdade individual. Os Poderes teriam funções específicas próprias, mas também utilizariam algumas funções dos outros Poderes na sua administração, posto que não há separação absoluta. Esse mecanismo de controle tem o nome de “Sistema de Freios e Contrapesos”, onde o poder é controlado pelo poder, ou seja, cada uma teria autonomia para exercer suas funções, mas seria retido por outro, esquivando-se do abuso de poder, e fazendo com que os Poderes sejam independentes e harmônicos entre si.

Montesquieu visualizou a divisão tripartite dos Poderes da seguinte forma: Poder Legislativo (competente para confeccionar as leis, eram convocados pelo Executivo e compostos por duas casas: o corpo comum e o corpo dos nobres, onde tinham interesses e opiniões independentes); Poder Executivo do Estado (aqui, o Rei tem poder de veto sobre as decisões parlamentares, cuidando dos direitos da população); e o Poder Judiciário (hoje chamado de Judiciário, esse outro Executivo julgaria aqueles que cometessem crimes, não sendo, porém, único, pois ele viabilizou um tribunal de nobres para julgar os nobres).

Influenciando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Constituição dos Estados Unidos, e dando uma ideia do Constitucionalismo, Montesquieu influenciou quase todos os tipos de governos atuais que buscam a democracia por meio da distribuição de poderes.

2.3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

Para alcançar o modelo constitucional vigente de hoje, o Brasil percorreu um longo caminho entre várias Constituições para finalmente poder fixar o Estado Democrático de Direito. Foi adotado o sistema tripartite de Poderes, mas em diferentes formas.

2.3.1 Constituição de 1824

A primeira Constituição brasileira contava com quatro Poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo e Moderador. O Imperador era o titular do Poder Moderador, que lhe dava amplos

poderes sobre o Estado, sem nenhum tipo de responsabilização, e também controlava as decisões dos outros Poderes, mascarando uma centralização do poder nas mãos do Imperador, por meio de um órgão que supostamente foi criado objetivando a harmonia e o equilíbrio dos demais Poderes.

É notável a essência da teoria de Montesquieu, porém deturpada pelo resquício de absolutismo ainda presente pelos Monarcas.

2.3.2. Constituição de 1891

Aqui é possível ver claramente a divisão dos três Poderes. Com a proclamação da república, temos a primeira Constituição republicana. Houve ampliação do Poder Judiciário, onde foi criado o STF, a Justiça Federal e Estadual, e implantado o Controle de Constitucionalidade difuso e concentrado – em breve destrinchado.

2.3.4. Constituição de 1934

Firmou o Federalismo no Brasil, onde os estados eram autônomos em relação à União, mas ainda vigorando a separação dos Poderes. O Judiciário foi mais uma vez prestigiado com a criação da Justiça Eleitoral e Trabalhista, e foram criadas garantias dos direitos individuais e sociais, como também ações estatais em defesa dessas garantias.

2.3.5. Constituição de 1937

A chamada “Constituição Polaca” foi instaurada com o pretexto de evitar uma possível invasão comunista. O Poder Executivo foi fortalecido com a possibilidade de expedir o Decreto-Lei.

Formalmente configurava-se a divisão dos três Poderes, mas na prática o novo regime não se importava com a harmonia e independência deles, visto que o Executivo controlava os outros Poderes, demonstrando, portanto, desprezo da teoria de Montesquieu. A composição do Poder Judiciário foi reduzida e o Presidente poderia validar uma norma que foi declarada inconstitucional pelo Judiciário, com aprovação de 2/3 do Parlamento.

2.3.6. Constituição de 1946

Após a 2ª Guerra e com a deposição de Getúlio Vargas, a Separação dos Poderes voltou a vigorar com a democratização, o federalismo e o municipalismo. O Decreto-Lei foi suprimido e o Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional foi adotado no Brasil.

2.3.7. Constituição de 1967

O regime militar foi institucionalizado e legalizado no Brasil, ampliando os poderes do Executivo sobre o Legislativo e Judiciário, e mais uma vez deturpando a teoria tripartite de Montesquieu com a centralização do poder, ainda que pregasse o federalismo. As emendas constitucionais se tornaram exclusivas do Poder Executivo, como também o poder de legislar em matéria de segurança e orçamento.

Em 1969, a Constituição de 1967 foi alterada pela Emenda Constitucional nº 1 de forma que modificou substancialmente o texto anterior, intensificando ainda mais o poder nas mãos do Executivo.

2.3.8. Constituição de 1988

A democracia foi reinstalada. A independência orgânica, que advém da separação dos poderes voltou a existir, instituindo um estado de equilíbrio para se evitar a arbitrariedade por meio do sistema de freios e contrapesos. A própria Constituição delimita esse controle, permitindo a emenda dos mesmos, mas nunca a mudança da separação dos poderes.

O art. 2º da CF/88 que define a tripartição dos poderes é considerado cláusula pétrea e busca um objetivo em comum para os três: a concretização dos direitos fundamentais.

2.4. AS FUNÇÕES DOS PODERES

A cada Poder foi destinado funções típicas e atípicas, o que foi fundamental para dar eficácia ao sistema de freios e contrapesos, sendo a função típica preponderante do Poder, e a atípica a função própria de outro Poder.

O Legislativo possui a função típica de legislar, criando leis de abrangência geral e a função atípica de fiscalizar o Executivo, votar leis orçamentárias, julgar o Presidente e os membros do próprio Legislativo, administrar seus serviços internos (como concursos, etc.).

No Brasil, esse Poder é representado pelo Congresso Nacional, que é composto pelo Senado e pela Câmara dos Deputados. De acordo com o Princípio da Simetria, no âmbito Estadual há a Assembleia Legislativa e no âmbito municipal a Câmara de Vereadores.

O Judiciário é incumbido de resolver os conflitos e garantir os direitos de cada indivíduo, aplicando punições por leis que não foram cumpridas, ou seja, é o poder de julgar aqueles submetidos ao seu crivo. Atipicamente, ele legisla na criação do seu regimento interno e também administra a organização dos seus serviços internos. Esse órgão é dividido entre vários ramos e instâncias que têm suas competências específicas: Justiça Estadual, Federal, Trabalhista, Militar e Eleitoral; suas instâncias superiores são o Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Militar, e o Supremo Tribunal Federal, que é o órgão de cúpula do Judiciário, tendo o dever de guarda da Constituição Federal.

Representado a nível nacional pelo Presidente da República, o Poder Executivo tem a função precípua de executar as leis existentes, administrar os interesses públicos e governar o povo. Pode ele também legislar por meio de medidas provisórias que têm força de lei, e criar regulamentos para o cumprimento das leis. Além disso, tem a prerrogativa de julgar e punir na esfera administrativa atos dos seus servidores que se configurem como infrações administrativas.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

No Brasil, era comum que as atenções fossem todas direcionadas ao Congresso Nacional, até que hoje se percebe um fenômeno diverso: o Supremo Tribunal Federal é o personagem principal desse contexto atual. A razão disso é a função que o Judiciário tem exercido de elaborar e decidir causas relacionadas às políticas públicas.

É importante ressaltar o contexto histórico que influenciou a instauração do *judicial review*, assim chamado desde o ano 1803 pela Suprema Corte Americana, quando teve início. Com o fim da União Soviética e a confirmação dos Estados Unidos como potência econômica mundial, no período pós-guerra, o alastramento desse instituto de controle jurisdicional ocorreu naturalmente, onde diversos Estados adotaram o modelo da constitucionalização do direito.

No Brasil, as ideias do professor português José Joaquim Gomes Canotilho relacionadas ao Dirigismo Constitucional foram aplicadas a partir da promulgação da CF/88, pois sua proposta era de uma Constituição voltada para o Estado Social, ou seja, as questões

sociais do povo deveriam ser constitucionalizadas. O dirigismo constitucional reformulou a finalidade da Constituição, dando ênfase ao Estado Democrático de Direito, recém-instituído no Brasil (CANOTILHO, 1998).

Entre essas e outras transformações no mundo afora, inevitavelmente a ampliação do acesso à Justiça começou a ocorrer, pois é de suma importância que todos tenham esse acesso de forma transparente e ampla, para o fortalecimento da democracia e também como exercício da cidadania.

A Judicialização entra em pauta com o revigoramento e expansão do Judiciário, pois como afirma o Ministro Luis Roberto Barroso, as garantias da magistratura que foram expostas na Carta Magna transformaram o Poder Judiciário em um Poder Político, pois é dada a ele a possibilidade de fazer valer normas da Constituição de as leis infraconstitucionais (BARROSO, 2009).

Diante tal mudança radical no conteúdo jurisdicional na CF/88, a busca por solução dos conflitos da população passou a ser perante os juízes e tribunais por diferentes motivos, inclusive porque as matérias que antes eram alvo dos políticos na sua função de legislar, agora se tornaram competência dos magistrados, que transformaram o meio jurídico uma maneira de limitar o poder político. Ou seja, quando tais matérias são constitucionalizadas, o que realmente acontece é a política sendo transformada em direito, visto que questões como meio ambiente, educação etc. podem ser alvos de ações judiciais.

Até então não é possível questionar a constitucionalidade de tais atitudes, pois o fenômeno da Judicialização não vai além do que a CF/88 permite. Portanto, se a Carta Política ampliou o rol dos legitimados que podem propor ações de constitucionalidade ou facilitou que as matérias fossem levadas ao Supremo com mais rapidez, os magistrados não podem se esquivar de cumprir seus atributos quando preenchidos todos os requisitos cobrados pela lei.

Percebe-se, então, que inúmeros fatores convergem para a Judicialização da Política. A globalização tem trazido consigo novos direitos que ensejam esse cenário, e também a ampliação do acesso ao Judiciário de certa forma deu asas ao aumento dos litígios e à massificação dos conflitos. Então não é possível afirmar que somente porque a Constituição assim estabeleceu, a Judicialização acontece. Por trás da Lei Maior encontra-se o contexto social, político, econômico, como também a inércia do Poder Político que causa crise na democracia e a busca incessante pela jurisdição, etc.

Afirmando que estamos vivenciando uma possível *juristocracia*, pois a sociedade acredita que somente o Judiciário tem a credibilidade para solucionar seus questionamentos,

C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder expõem algumas condições políticas que contribuem para a ascensão da Judicialização:

(...) a) transformação do modo de compreensão da democracia como “vontade da maioria” (*democracy as majority rule and popular responsibility*), adicionando-se a importância do poder contramajoritário, que acaba tendo o Judiciário como seu representante; b) a afirmação da separação dos poderes, que facilitou a judicialização; c) a (falta de) implementação de políticas públicas, apesar da existência de um vasto rol de direitos assegurados constitucionalmente; d) a atuação de certos grupos de interesse ao utilizar a jurisdição como meio de expandir os direitos garantidos, pleiteando a inclusão de outros não afirmados na constituição; e) o fortalecimento do controle de constitucionalidade, que, muitas vezes, aparece amplamente vinculado com o sistema político, no sentido de que acabou sendo utilizado pela oposição parlamentar para barrar as iniciativas do governo; f) a inefetividade das instituições majoritárias, fazendo-se referência tanto ao Legislativo quanto ao Executivo, devido à ausência de implementação de políticas públicas por parte deste, o que representa um problema na condução da administração; e, por último, g) a delegação de poderes pelas próprias instituições majoritárias ao Judiciário, criando-se, assim, uma situação de conveniência, em que, para não gerar controvérsias políticas para o congressista (ou administrador), ao invés de definir lei que proíbe (ou permita) certas questões de grande divergência social, atribui-se tal função aos juízes e tribunais, evitando a indisposição política, o conflito e a polêmica com os seus eleitores e, principalmente, com seus opositores. (TATE; VALLINDER, 1995, p. 194 e ss.)

Os fatores acima elencados por Tate e Vallinder demonstram com precisão o motivo da transferência dos holofotes para o Judiciário, frisando que tal fenômeno não é exclusivo do Brasil, mas sim mundialmente conhecido e aplicado.

O Ministro Luis Roberto Barroso remonta alguns eventos que demonstram claramente a judicialização ao longo dos anos. O ano de 2008 foi marcado por diversas polêmicas nesse sentido, algumas aqui expostas: a ADI 3.500 que trata das células-tronco; a ADC 12 que deu procedência à resolução nº 7 do CNJ (nepotismo); a ADPF 130 que versou sobre a Lei de Imprensa; entre outras importantes decisões. Antes de 2008, importante lembrarmos a reforma previdenciária e do Judiciário; da modificação relacionada à progressão de regime dos crimes hediondos; dos limites da atuação do MP nas investigações criminais, etc..

Há que se falar em aspectos positivos e negativos advindos da judicialização. A transferência do poder de decisão do Executivo e Legislativo, atrelado ao crescimento da tutela Judiciária na resolução de conflitos acarreta na perda da soberania popular, visto que o meio do povo se manifestar é por seus representantes políticos, e o Judiciário certamente não

se encaixa no perfil. Porém, como aspecto positivo, é possível observar que a judicialização trouxe o preenchimento das lacunas do poder, de forma a garantir a ordem constitucional e limitar a apatia do Legislativo e Executivo, como também mobilizar a sociedade para garantir seus direitos individuais, difusos e coletivos.

4 ATIVISMO JUDICIAL

O nepotismo consiste no emprego de parentes até terceiro grau e cônjuges ou companheiros no serviço público de qualquer Poder, em cargos ou funções comissionados, que prescindem do concurso público, podendo ser usado como forma de favorecer os familiares dos agentes políticos.

No dia 18 de outubro de 2005, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça – editou a Resolução nº 7 para conduzir os Tribunais brasileiros contra o nepotismo. De acordo com a resolução, veda-se a nomeação de cônjuges, companheiros e parentes até terceiro grau, até mesmo aqueles que possuem relações de afinidade – nora, genro, etc. –, proibindo, também, o nepotismo cruzado, que caracteriza a troca de favores, no qual os agentes políticos não poderão nomear reciprocamente seus parentes, cônjuges ou companheiros no serviço público.

A censura se estende, inclusive, na contratação de empresas que possuam, entre seus sócios, parentes de juízes e servidores, ou prestadoras de serviço que tenham no quadro de empregados alguém com qualquer tipo de relação familiar com membros do Tribunal.

Os membros do CNJ escolheram pela aprovação da medida com o fundamento de que não se faz necessário uma lei para coibir o nepotismo, apenas uma regulamentação direta da Constituição, pois ela determina, no art. 37, CRB/88, que a Administração deverá obedecer aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência.

Com base nesses princípios, especificamente a legalidade e moralidade, o CNJ tem a liberdade de agir de ofício ou mediante provocação, de forma que fiscalizará o cumprimento de tais princípios nos atos administrativos praticados por aqueles que formam o Poder Judiciário. A fiscalização poderá ser feita com a possibilidade de desconstituição ou revisão de atos, ou até mesmo a fixação de prazos para que sejam adotadas as providências necessárias para o cumprimento do disposto no art. 103-B, §4º, II, CRB/88.

Ao fundamentar sua atuação na Resolução nº 7, o CNJ afirma ter seguido apenas o permitido pela Constituição Federal, pois foi concedida ao Conselho a competência para agir de tal maneira, na qual suas decisões se sobrepõem até mesmo às decisões do Tribunal de

Contas da União, por exemplo. Os conselheiros que votaram contra a resolução afirmavam que tal matéria só poderia ser regulamentada por lei.

A resolução em questão foi levada à análise do STF pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB – por meio de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ADC 12, assim firmando a validade da resolução do CNJ, demonstrando seu poder normativo primário disposto no art. 103-B, §4º, II, CF.

Com a ADC 12, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 13, no dia 20 de agosto de 2008, vedando o nepotismo nos três Poderes. A súmula ampliou o conteúdo da resolução do CNJ ao determinar que não só o Judiciário, como também o Executivo e o Legislativo, devem se submeter ao exposto na súmula. Vejamos:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (SÚMULA VINCULANTE Nº 13, STF)

Disciplinada no art. 103-A da Constituição da República, a Súmula Vinculante é o meio pelo qual o STF irá agir de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos membros, depois de reiteradas decisões a respeito de mesma matéria constitucional. Com sua publicação na imprensa oficial, a súmula produzirá efeito sobre os demais Poderes.

O §1º do mesmo artigo dispõe que o objetivo da Súmula Vinculante é verificar a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, que sejam objeto de controvérsia entre os órgãos ou entre órgãos e a administração. Ainda diz que, a controvérsia deve gerar grave insegurança jurídica como também número elevado de processos que versam sobre o mesmo tema.

Porém, ao analisar o artigo supracitado e a edição da Súmula Vinculante nº 13, é possível perceber que a súmula não foi editada em face de uma norma jurídica que tivesse sua validade, eficácia ou interpretação questionada. Pelo contrário, a SV nº 13 apresenta entendimento do Supremo Tribunal Federal relacionado a um fato usual da Administração Pública – o nepotismo, ou seja, derivou de uma controvérsia a respeito da constitucionalidade de ato jurídico.

O tema nepotismo só é previsto nas resoluções do Conselho Nacional de Justiça e no Conselho Nacional do Ministério Público, não sendo, portanto, objeto de norma constitucional, como prescreve o art. 103-A, §1º da Carta Magna, configurando situação *sui generis*. Por inexistir norma jurídica controvertida em relação a sua interpretação, eficácia ou validade, não há que se falar na necessidade de Súmula Vinculante.

A jurisprudência já havia se manifestado sobre o tema, fixando entendimento que orientava todas as decisões dos Tribunais brasileiros. Todavia, tal situação não é suficiente para ensejar aprovação de Súmula Vinculante, com fulcro no art. 103-A, CRB.

No dia 25 de outubro de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução – TSE nº 22.610/07, que foi depois alterada pela Resolução – TSE nº 22.733/08 no dia 11 de março de 2008, a qual disciplinou o processo de perda de cargo eletivo em decorrência da desfiliação partidária sem justa causa, e da justificativa para a desfiliação partidária.

De acordo com o art.1º, §1º da Resolução – TSE nº 22.610/07, a justa causa tem fundamento na incorporação ou fusão do partido, a criação de novo partido, a mudança substancial ou o desvio reiterado do programa partidário e a grave discriminação pessoal.

O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar o pedido de decretação de perda de mandato relativo aos cargos Federais, ou seja, Deputado Federal, Senador, Presidente e Vice. No âmbito Estadual, a competência fica a cargo dos Tribunais Eleitorais dos respectivos Estados, não sendo competentes presidentes de Assembleias Legislativas ou Tribunais de Justiça.

No que tange a legitimidade para requerer a decretação de perda do mandato eletivo, a Resolução do TSE concedeu ao Partido Político prazo de 30 dias contados do conhecimento do ato de desfiliação para agir. Ao fim do prazo, não tendo o Partido se manifestado, poderá o Ministério Público ou qualquer pessoa que tenha interesse jurídico, nos 30 dias subsequentes ao término do prazo inicial, requerer a decretação, frisando que tais prazos são decadenciais.

Com a edição das resoluções mencionadas, o Partido Social Cristão (PSC) e a Procuradoria-Geral da República ajuizaram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3999 e 4086, contra a Resolução 22.610/07 do TSE.

As ações tinham como mérito os seguintes fundamentos: afirmavam que a resolução violava o princípio da reserva da lei complementar ao atribuir a competência para o exame da matéria ao TSE e aos TREs; diziam, ainda, que a resolução retirou do Executivo e Legislativo a competência para dispor sobre matéria de cunho eleitoral e da União para dispor sobre matéria processual e procedimental, entre outros argumentos.

O STF, porém, apesar de todos os argumentos, declarou a constitucionalidade plena da resolução do TSE, que vigorará até a manifestação do Congresso Nacional, exercendo sua competência e regulando o assunto por meio de lei específica. Resolvendo, portanto, que a vaga no Congresso Nacional não pertence ao candidato em si, mas sim ao Partido ao qual ele é filiado.

A resolução foi aceita pelo STF como norma constitucional, ou seja, como norma compatível com a Constituição, garantindo eficácia e validade no ordenamento jurídico pátrio.

Os dois casos supracitados (nepotismo e fidelidade partidária) são claros exemplos de Ativismo Judicial, considerado pelo Ministro Luis Roberto Barroso como a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance (BARROSO, 2009). Ainda citando Barroso, ele conceitua o ativismo judicial da seguinte forma:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 06).

Analisando as raízes do ativismo judicial, várias teorias do seu surgimento coexistem: para Luiz Flávio Gomes (2009, p. A2), a partir de uma reportagem de um historiador americano chamado Arthur Schlesinger, que publicou o documento em janeiro de 1947 explorando a Suprema Corte dos Estados Unidos, onde ele empregou o termo ativismo judicial ao ato de interpretar a Constituição na garantia de direitos previstos por ela, sejam eles sociais, econômicos, etc.; para Barroso (2009, p. 07), o primeiro caso de atuação proativa aconteceu com a decisão da segregação racial pela Suprema Corte Americana, em 1857, com o caso Dred Scott X Sanford.

Ao abordar o histórico do Ativismo Judicial, o Min. Luís Roberto Barroso define o tema da seguinte maneira:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (BARROSO, 2010, p. 09).

O ativismo judicial é explanado como uma conduta dos tribunais que vai além de suas competências – os precedentes jurisprudenciais são formados como consequências de atuações em que o magistrado busca uma interpretação jurídica expansiva, com a finalidade de concretizar garantias constitucionais. Dessa forma, ocorre a solução dos litígios e necessidades da sociedade, advindas da lentidão ou omissão legislativa e executiva.

Percebe-se, então, que o Judiciário está atuando além dos limites que o ordenamento jurídico permite. Nos casos de fidelidade partidária e nepotismo, anteriormente analisados, é possível concluir que, a partir de um entendimento do STF, que não foi aprovado por lei, toda a sociedade deverá obedecer ao que está disposto nas súmulas, ou interpretações conforme a Constituição, etc., mesmo que não sejam leis.

Elival da Silva Ramos define o Ativismo Judicial como:

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadida por decisões excessivamente criativas (RAMOS, 2010, p. 129).

No tocante aos aspectos positivos e negativos do ativismo, o Ministro Barroso aponta como ponto de vista positivo, o fato de o Judiciário atender as demandas da sociedade que

não foram deferidas pelo Legislativo. No aspecto negativo, Barroso indica as dificuldades enfrentadas pelo Legislativo para cumprimento da sua função típica.

Além dos aspectos positivos e negativos, há, ainda, aqueles que são a favor ou contra o Ativismo Judicial. Seguindo a Teoria Procedimentalista, os que não aprovam tal conduta do Judiciário alegam que as pessoas não podem demandar do Judiciário a garantia de direitos previstos em Lei, para o cumprimento da dignidade da pessoa humana (MONTEIRO, 2001, p. 172).

Para os que concordam com o ativismo, há a Teoria Substancialista, que afirma que o Judiciário tem o dever de intervir nessas questões, pois é fato que o STF é o guardião da Constituição Federal. A partir daí, situações que afetem a paz social, a dignidade da coletividade, direitos mínimos à existência, devem ser intervidas (GALVÃO, 2010, p. 137).

Ana Paula de Barcellos, ao criticar o ativismo, assevera que:

[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês 'hard cases'), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso (BARCELLOS, 2008, p. 55).

Em concordância com Barcellos, Ronald Dworkin encara o ativismo como algo nocivo à sociedade, pois se utiliza o subjetivismo dos magistrados. Vejamos:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima (DWORKIN, 1999, p. 451/452).

Aqueles favoráveis ao Ativismo Judicial afirmam que é plausível a conduta do Judiciário que invalida decisões do Legislativo e Executivo. Luís Roberto Barroso atesta que

o ativismo é uma escolha do magistrado de interpretar a Constituição Federal expansivamente (BARROSO, 2009, p. 06).

Diante das críticas que o ativismo violaria a Teoria Tripartite vigente no Brasil, os favoráveis ao ativismo defendem que a Teoria da Separação dos Poderes evoluiu desde seu início. André Ramos Tavares assevera que:

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários (TAVARES, 2008, p. 1027).

Da mesma forma, favorável ao Ativismo Judicial, Hélder Fábio Cabral Barbosa assegura que:

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexistente tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade (BARBOSA, 2011, p. 151).

De acordo com Fernando Gomes de Andrade (2007, p. 322), que também concorda com tal conduta, o Judiciário tem competência para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público, seja o ato discricionário ou vinculado. Ademais, o Judiciário também deve controlar a conveniência e oportunidade dos atos do administrador – controle político – de forma a utilizar uma interpretação mais lógico-formal de suas atribuições, mas em sentido material-valorativo, verificando a concordância da medida com os princípios dispostos na Constituição Federal.

5 DIFERENÇAS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Em face do exposto, é imprescindível diferenciar os dois temas abordados no presente artigo. As expressões são, muitas vezes, utilizadas erroneamente como sinônimas nas situações em concreto.

O Ministro Luís Roberto Barroso assevera a diferença entre o ativismo e a judicialização de maneira simples e direta, qual seja:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais (BARROSO, 2009, p. 03).

Percebe-se, portanto, que a judicialização é uma conduta congruente ao Constitucionalismo que vigora no Brasil. O Judiciário atua dessa maneira, pois a Constituição assim o permite. Diferentemente do ativismo, que acontece quando o magistrado opta por expandir o sentido e alcance da Carta Magna, adquirindo entendimento subjetivo ou objetivo em relação ao tema que se encontra em análise.

Por fim, Vanice Regina Lírio do Valle assegura que a o obstáculo para identificar o Ativismo Judicial está nas dificuldades referentes à interpretação constitucional, visto que o meio para caracterizar o ativismo, ou não, se baseia na postura adotada em relação ao dispositivo constitucional em questão (VALLE, 2009).

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho possuiu o objetivo de traçar os aspectos relacionados ao Ativismo Judicial e à Judicialização da Política; temas centrais de ampla discussão no cenário jurídico e político em que o Brasil se encontra.

Abordando, inicialmente, a Teoria da Separação dos Poderes, adotada no Brasil desde sua primeira Constituição em 1824, foi possível concluir que a teoria de Montesquieu influenciou expressivamente a possibilidade de ocorrência dos dois institutos – o ativismo e a

judicialização – ao delimitar as funções que cada Poder exerceria tipicamente, e aquelas que seriam atípicas da sua função.

Pelo termo Judicialização, constatou-se que é decorrente do modelo constitucional que adquirimos no Brasil, visto que a Constituição possui característica analítica e também um sistema de controle de constitucionalidade amplo, o qual admite discussões concernentes aos temas políticos, morais, sociais, etc., que são expostos por meio de ações judiciais.

O Ativismo Judicial, por sua vez, põe em evidência a abordagem subjetiva daquele que interpreta a norma constitucional, ou seja, “um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário” (BARROSO, 2009, p.17). Trata-se da necessidade do Poder Judiciário agir em questões que estão em pauta devido à omissão do legislador, pois este está incapaz de solucionar tais conflitos.

As críticas direcionadas ao ativismo e à judicialização estão firmadas na legitimidade democrática, na politização da justiça e também na falta de capacidade institucional do Judiciário poder decidir determinadas matérias.

Ao mencionar o termo legitimidade democrática, o risco enfrentado se encontra no fato de que os magistrados não são eleitos pela população, não sendo, portanto, seus representantes diretos, como são os Deputados Federais no Congresso Nacional, por exemplo.

Há que se falar, ainda, no risco da politização da justiça, visto que o Judiciário está se apropriando de questões que não lhe são permitidas pelo ordenamento jurídico. É incontestável que os magistrados devem agir diante de injustiças sociais, políticas etc., que podem trazer dano aos direitos fundamentais garantidos à população, mas essa atuação deve ser feita nos limites permitidos pela Constituição Federal.

A falta de capacidade institucional do Judiciário implica dizer que deve ser feita análise para verificar se o Poder Judiciário é o meio mais adequado para debater certas matérias que não são especialidades sua. Porém, no tocante à direitos fundamentais violados, o Judiciário não deverá ser afastado, pois o mesmo é o guardião da Constituição, prezando pelo cumprimento das suas garantias.

A despeito das críticas feitas ao ativismo, não há dúvidas de que, no Brasil, os Poderes Legislativo e Executivo têm dificuldade em concretizar os direitos fundamentais sociais, restando ao Judiciário intervir nessas situações, de forma a garantir pelo menos o mínimo existencial para a dignidade da pessoa humana, princípio base da Constituição Federal.

Por fim, o Ministro Luís Roberto Barroso assevera que:

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes (BARROSO, 2009, p. 19).

7 REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF; in: Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos.** SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. **Ativismo judicial: Um meio para concretizar direitos fundamentais sociais ou uma violação ao princípio da Separação dos Poderes?** Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7468>. Acesso em: 15/05/2014.
- BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível; in Estudos de direito constitucional.** Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional.** In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 15/05/2014.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 10. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; Apres. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FILHO, José dos Santos Carvalho, **Ativismo Judicial e Política,** Revista Jurídica Consulex., Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.
- GOMES, Luiz Flávio. **STF – ativismo sem precedentes?** Fonte: O Estado de São Paulo, 2009, espaço aberto, p.A2. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 15/05/2014.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2006.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MELLO, Celso de. **Defende ativismo judicial do STF. Direito do Estado**. 24/04/2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/noticias/5909/Ministro-Celso-de-Mello-defende-ativismo-judicial-do-STF>>. Acesso em: 15/05/2014.

MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais**. In: **Estado de Direito e Ativismo judicial**. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo**. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, nº 17, agosto-dezembro de 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constiuição de 1998**. Disponível em: <www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf >. Acesso em: 15/05/2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TASSINARI, Clarissa; **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In: ----- (Orgs.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009..

VIANNA, Luiz Werneck; *Apud* LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Da judicialização da Política no Brasil após a Constituição de 1988: Linhas gerais sobre o debate; in: Estudantes Caderno Acadêmico**. Edição comemorativa. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007.

O CONCEITO DE VERDADE COMO AFIRMAÇÃO DE PODER DO ESTADO

Natascha Brayner Sobreira*

Prof. Ms. Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva**

RESUMO: O presente artigo científico busca analisar o conceito de verdade com um enfoque jurídico-filosófico, contextualizando suas diferentes acepções de acordo com os sistemas de poder prevalentes em cada momento histórico. Estuda ainda como o conceito de verdade e a garantia constitucional do devido processo legal podem ser utilizados dentro de um sistema político-jurídico para produzir sentenças alicerçadas no entrelaçamento de premissas com a aparência de “verdadeiras” mas que constituem instrumentos de dominação e poder legitimados pela legalidade procedimental estrita. Provocar o pensamento crítico acerca do legalismo formalista visando a reflexão sobre a necessidade construção de modelos alternativos de sistemas jurídicos voltados à proteção dos cidadãos tendo como fim máximo do direito a justiça, assim como a possibilidade e necessidade de relativização da verdade processual na tentativa de alcançar uma maior proximidade com o caso concreto e com uma solução mais equitativa para o conflito.

Palavras-chave: verdade, poder, justiça, dominação, legalismo.

ABSTRACT: The present article aims to analyse the concept of truth in a juridical-philosophical scope, placing its different meanings in the context of the systems of power prevailing in each historical moment. Furthermore, it studies how the concept of truth and the constitutional guarantee of the due legal process can be used inside a political-juridical system to produce sentences founded in the weaving of premisses with the apparent value of "truth", but that constitute instruments of domination and power legitimized by the strictly procedural legality. Its goal is to incite critical thinking on formalist legalism, having in its scope the pondering on the necessary construction of alternative models of legal systems that aim the protection of citizens, having as highest goal the right to justice, as well as the possibility and necessity of accounting for the truth in the processes so to achieve a greater proximity with the concrete case and with a more equitable solution for the conflict.

Keywords: truth, power, justice, domination, legalism.

SUMÁRIO (10): 1. Introdução. 2. A Pacificação Social como Finalidade do Direito 3. Verdade e Justiça em Aristóteles. 4. A Verdade como Imposição de Poder. 5. Relativização da Verdade. 6. Conclusão. 7. Bibliografia

* Bacharelada em Direito no IESP.

** Professor orientador.

1. INTRODUÇÃO

O devido processo legal, na legislação pátria, é uma garantia constitucional cujo principal objetivo é proteger os cidadãos da *manus* do Estado. Sem dúvida, as condições históricas em que se forjou a nossa Magna Carta atualmente vigente explicam a supra importância concedida a este princípio em todo nosso sistema legal.

Saindo de um período marcado por autoritarismo, estado de exceção e ausência de garantias que protegessem os brasileiros do arbítrio estatal, brota, no alvorecer da democracia, uma carta constitucional extremamente atenta à proteção das liberdades individuais.

Contudo, é preciso analisar o confronto entre princípios basilares do sistema com vistas a atingir o fim ideal do direito: a justiça.

Este trabalho busca compreender o conceito de verdade e como ele se relaciona com as estruturas de poder e de construção do discurso jurídico e científico.

Nas democracias modernas, a ideia prevalente é de que o direito constitui um sistema completo e fechado de normas explícitas que não careciam da interferência mediadora do magistrado para interpretação e integralização. A aura aparente de ciência de que se reveste essa concepção iluminista-positivista dota o sistema de uma autoridade que parece pairar acima do bem e do mal. As armadilhas postas através do discurso como elemento de submissão “voluntária” do indivíduo fazem parte de um complexo sistema de legitimação do poder.

O direito é apenas uma peça, embora de grande importância, nessa engrenagem. A luta em torno do status de verdade permeia as diversas dimensões e instituições da sociedade. Numa rede intrincada, os diversos sistemas servem de sustentáculo entre si.

Ao longo desse trabalho tentaremos estudar como o direito permeia e é permeado por essas múltiplas dimensões através do discurso jurídico.

2. A PACIFICAÇÃO SOCIAL COMO FINALIDADE DO DIREITO

A ideia da pacificação social como fim máximo do direito permeia nossos sistemas jurídicos e doutrinários ao longo dos séculos. Os utilitaristas, como John Locke, acreditavam que a organização do homem em sociedade, bem como o surgimento dos governos e dos Estados, tinham o objetivo de garantir os “direitos naturais” de que todos os homens seriam titulares: a vida, a propriedade e a liberdade, por exemplo. O direito seria, portanto, fruto de um contrato cujo fim máximo é a pacificação social.

É necessário compreender o contexto do surgimento e fortalecimento dessas teorias. No princípio do século XVI a filosofia começa a deslocar seu olhar para centrar-se no homem – Deus deixa de ser o cerne das preocupações filosóficas. Com o advento do humanismo o homem passa a ser estudado não mais como um animal essencialmente político (como nas teorias aristotélicas), mas como um ser independente e que convive em sociedade apenas visando certos objetivos. E quais seriam esses objetivos? Para alguns estes objetivos estariam voltados para o progresso; mas não o progresso coletivo (da sociedade) e sim o progresso do indivíduo. Aquele não seria senão uma consequência deste. Outros, como Jeremy Bentham, acreditam que o único objetivo do homem é a sua própria felicidade, seu bem estar.

Bentham concebe uma ciência nova da legislação, considerada como um meio de ‘maximização do prazer’ e de redução da quantidade de pena, em número e em intensidade. Fabricadas conscientemente com este objetivo, as leis (cuja função do jurista será unicamente de aplicar – positivismo jurídico) terão a vantagem de ser úteis (VILLEY,2008, p.151).

A forte ligação entre o nominalismo e o desenvolvimento das ciências é fundamental para entender a gênese das teorias jurídicas e de Estado nesse período. O objetivo do cientista com a observação volta-se, então, para a busca de teorias baseadas em cálculos sobre fatos isolados que devem servir a propósitos específicos; não devem estar voltados para a descoberta de modelos da realidade. A técnica teve grande evolução neste período, mas o resultado foi voltado à obtenção de utilidades que serviam ao espírito burguês. Esse individualismo exacerbado que penetra no mundo moderno através da ideologia burguesa em ascensão prejudica um olhar mais amplo, mais holístico acerca da sociedade e suas estruturas, inclusive o direito.

Com o distanciamento, ou mesmo até o rompimento com o sistema aristotélico, alguns conceitos fundamentais para o direito esvaziam-se de significado, como os conceitos de justiça e verdade. Definir conceito e finalidade do direito deixa de fazer sentido no nominalismo. “Quando se puserem a definir para que serve o direito, concluirão que sua finalidade deve ser o benefício pessoal do único ser realmente existente cada indivíduo, que doravante, ontologicamente, nada mais liga aos outros”. (VILLEY,2008, p. 138)

Hobbes foi, sem dúvida, um filósofo humanista e nominalista que se dedicou à criação de uma filosofia do direito e da sociedade alicerçada em um individualismo extremo. O conceito hobbesiano de contrato social retrata os indivíduos vivendo em estado de natureza separados entre si, mas convivendo, embora não exista nenhuma regra disciplinando essa convivência. Os seres humanos passam a ser individualmente considerados – sem nenhum

vínculo jurídico que os una. No estado de natureza impera o caos já que a liberdade é absoluta e o homem não encontra limites à satisfação de seus desejos e à realização de seus impulsos. Esse era, portanto, um estado de guerra contínua de todos contra todos. Imperava a sobrevivência do mais forte; desse modo, essa situação não deveria durar muito tempo.

A política, e o direito no seu esteio, seriam por definição, invenções do ser humano para superar o estado de guerra que constituía sua natureza. É nisso que está a finalidade do direito: sua utilidade. Há uma total inversão na teoria das fontes e no conceito de direito. Para Hobbes, a única fonte legítima do direito é a lei – positivismo jurídico. O direito, com sua feição utilitarista, se aparta radicalmente da moral. As leis são instituídas pelo Estado com o objetivo de alcançar a pacificação social e todos devem submeter-se a ela integralmente, pois é isso que garante a superação do estado de guerra de todos contra todos. O sistema jurídico só existe em benefício do indivíduo, este tido como sujeito absoluto, destinatário primeiro e final das normas.

No direito romano clássico a definição de jus está relacionada à equidade, justiça. Contudo, para Hobbes, o indivíduo isolado, mesmo em seu estado de natureza, é titular de direitos. O direito é qualidade intrínseca do ser humano. Nesse sentido, não está ligado a restrições morais voltadas para o bem comum e sim a liberdades voltadas à satisfação e benefício dos indivíduos. Isso representa uma ruptura não só com o pensamento da antiguidade clássica como também com o pensamento cristão medieval. Esse último considerava a existência de uma ordem universal que orientava os homens e todas as coisas em direção ao criador. Havia uma imensa identificação entre o direito e a moral cristã em um trinômio JUSTIÇA – NATUREZA – DEUS.

Faz-se mister ressaltar o contexto do surgimento e fortalecimento do nominalismo e do individualismo e suas respectivas correlações com as ciências jurídicas. Com o nascimento dos Estados Nacionais e a conseqüente deterioração da forma feudal de organização da economia e da sociedade, surge a necessidade de novas normas e teorias para legitimar novas situações e status. O fortalecimento da burguesia, em um capitalismo embrionário, mas em ascensão, dá origem a novas espécies de relações entre os indivíduos.

A este novo tipo de relações econômicas seriam necessárias três coisas no plano jurídico: um direito estável que garantisse a segurança jurídica e institucional necessária à previsão e ao cálculo mercantil, um direito único, que possibilitasse o estabelecimento de um comércio intereuropeu e um direito individualista, que fornecesse uma base jurídica adequada à atividade do empresário, livre das limitações comunitaristas que os ordenamentos

jurídicos medievais tinham herdado do direito germânico. (HESPANHA,2003, p.106).

Jean Jacques Rousseau, em sua obra “Origem e fundamentos das desigualdades entre os homens”, publicada em 1754, também analisa o homem vivendo em estado de natureza, suas características intrínsecas e o que denomina “direito natural” vigente nesse estado. Para esse importante teórico só é possível chegar à verdadeira definição de “direito natural” se considerarmos o ser humano no estado puro de natureza. Não deve, portanto, este conceito ser buscado na razão e sim na sensibilidade “natural” que todos os homens possuiriam. Apenas na natureza estaria a verdade pura, destituída de todo erro – este seria derivado das interpretações humanas.

Como nesse estágio de “evolução” o cuidado que nossa conservação exige é mínimo, pois nossas necessidades são parcas, o esforço que fazemos para prover nossa subsistência é minimamente prejudicial ao nosso semelhante. A piedade e o horror experimentado ao defrontar-se com o sofrimento do outro era o que guiava as ações dos seres humanos. Ninguém teria a tentação de desobedecer essa “ordem” porque ela seria instintiva e, nesse sentido, difere da lei propriamente dita (já que desnecessário se faz qualquer mecanismo de coação). Fazer o seu bem com o menor mal possível a outrem – essa era a regra.

Rousseau considera que a origem das desigualdades (com exceção das que podemos considerar naturais como idade e sexo, por exemplo) está no momento do estabelecimento da propriedade privada. A grande questão é sabermos em que momento e por que o homem passa a precisar de seu semelhante para a sua sobrevivência sendo, desse modo, destituído de sua liberdade natural.

O primeiro que, tendo cercado um terreno, se lembrou de dizer: isto é meu, e encontrou pessoas bastante simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias, horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas e tapando os buracos, tivesse gritado aos seus semelhantes: livrai-vos de escutar esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e a terra de ninguém (Rousseau, 2011, p.91).

A desigualdade, mínima que é no estado de natureza, cresce com o suposto desenvolvimento e progresso do espírito humano e é legitimada pelo estabelecimento da propriedade privada e das leis visam a sua garantia.

E qual o papel do discurso nesse processo?

Os seres puramente abstratos, sentimentos etc. só existem a partir da idéia que fazemos deles. Só existem através de suas definições, confundindo-se mesmo com elas. É

nessa direção que a construção do discurso influencia na formação, na “montagem” da realidade. Ora, o próprio advento da propriedade privada traz em seu bojo a necessidade de instrumentos aptos a proporcionar sua garantia. A submissão por meio de simples força física deixa de ser eficaz. A idéia mesma de justiça podemos considerar como brotando desse ponto de partida. Se justiça, no sentido de equidade que já lhe atribuíam os romanos, é dar a cada um o que é seu, o que lhe pertence – para isso é imprescindível que todos tenham alguma coisa. Isso pressupõe, por conseguinte, a propriedade privada.

Unamo-nos, lhes disse, para livrar da opressão os fracos, conter os ambiciosos e assegurar a cada um a posse do que lhe pertence e instituíamos regulamentos de justiça e de paz, aos quais todos sejam obrigados a se conformar (Rousseau, 2011, p. 114).

Os homens acreditavam estar assegurando sua liberdade enquanto, de fato, estavam legitimando sua escravidão. Portanto, na origem da lei, na sua gênese, já estariam presentes a manipulação dos elementos do discurso e a guerra pelo status de verdade.

Ver-se-ia fomentar pelos chefes tudo o que pode enfraquecer os homens reunidos desunindo-os, tudo o que pode dar à sociedade um ar de concórdia aparente e nela um germe de divisão real, tudo o que pode inspirar às diferentes ordens a desconfiança e um ódio mútuo pela oposição de seus direitos e dos seus interesses, e fortificar, por conseguinte, o poder que os contem a todos (Rousseau, 2011, p. 135).

Com esse caminhar da humanidade em direção ao “progresso” a aparência torna-se mais importante que a essência – o embrião da sociedade da representação. O delito de injúria, bem como os demais delitos relacionados à imagem bem o demonstram. O homem em sociedade vive da opinião dos outros; é do julgamento que seu semelhante lhe faz que muitas vezes ele constrói sua própria imagem. O principal problema ocorre quando toda realidade perde sentido transformando-se em conceito destituído de objeto. Onde se oculta então a natural sensibilidade que possuiria o homem natural? E a pretensa tendência a não suportar o sofrimento de seu semelhante? A aparência resolveria essa questão. O mais importante passa a ser a aparência de justiça, e não a justiça mesma; a aparência de verdade, e não a verdade mesma.

Em seu trabalho posterior, “O contrato Social” Rousseau passa a tratar alguns desses conceitos com outro enfoque. Como o contrato social tem como fim a conservação dos que o celebram, os riscos e perdas fazem parte do processo. Não seria possível ganhar sem doar

nada em troca. Contudo, para que haja justiça, equidade, há de existir uma proporção entre o bem que se obtém e as restrições a que se obriga. O Estado não deve sobrecarregar os cidadãos com excessivas obrigações e em contrapartida estes devem cumprir com presteza e diligência todos os seus deveres para com o Estado e a sociedade. É nessa correlação que devemos observar a equidade.

Quando estuda a questão da justiça e adequação de determinada legislação para determinado povo (em certo tempo histórico) afirma ser necessário que em determinadas circunstâncias as coisas devem ser mostradas ao povo como realmente são, mas em outras se deve mostrar ao povo as coisas como lhe devem parecer – realidade X aparência. Isso se justificaria com vistas ao bem dos cidadãos que não estariam suficientemente esclarecidos para serem senhores de sua própria vontade.

Como essa produção de discurso influencia na produção da realidade fazendo com que a guerra em torno do estatuto de verdade se confunda com a própria luta pelo poder é o que tentaremos discutir ao longo dos demais capítulos.

Se o fim do direito é a justiça que no atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade já formam uma massa inseparável, porém nada uniforme – conceitos essencialmente interligados – devemos tentar compreender como é possível nos aproximarmos cada vez mais em direção à justiça. Que interesses permeiam a construção desses conceitos em diversas esferas da sociedade.

Nosso papel como estudiosos e operadores do direito transcende a execução cega dos padrões que estão postos como acabados. Parafraseando George Orwell, nosso papel vai muito além de “manter o sistema”.

Precisamos ser mais que apenas uma peça na engrenagem. Construir um conhecimento crítico a partir da análise de padrões que podem ser observados no processo de elaboração da lei e interpretação tendo o processo judicial como instrumento e o julgamento como fim é imprescindível para que cumpramos com o nosso compromisso profissional, intelectual e humano.

Até que ponto o procedimento, a técnica (cravejada de burocracia) pode fazer valer sua superioridade frente à verdade dos fatos? Fazendo a pergunta inversa, até que ponto devemos fazer valer a verdade (não como status e sim como fato) sem comprometer a segurança jurídica? Caminhando ainda por estradas mais sinuosas buscaremos ao longo do capítulo subsequente esclarecer como o dogma da segurança jurídica tem servido de escudo para arbitrariedades cujo único objetivo é “manter o sistema”.

3. VERDADE E JUSTIÇA EM ARISTÓTELES

Um conceito está sempre intimamente relacionado com seu oposto. Desse modo, entender o que é justiça necessariamente significa compreender a injustiça; compreender o verdadeiro pressupõe a compreensão do falso.

A virtude é produto do hábito e, portanto, não nos foi dada pela natureza. Além disso, tudo que nos foi dado pela natureza, recebemos apenas em potência, cabendo a nós desenvolver ou não as faculdades em questão. Seria então a justiça, o agir de maneira justa, produto do hábito? E como podemos entender o “direito natural” nesse contexto?

Não há nada de estável ou invariável em torno das matérias relativas à conduta e à convivência... ainda menos será possível precisão rigorosa ao se tratar de casos particulares de conduta, visto que estes não se enquadram em nenhum conjunto de preceitos de ciência, ou (mesmo) de uma tradição profissional, tendo os próprios agentes que julgar o que se ajusta às circunstâncias de cada oportunidade (Aristóteles, 2009, p.69).

O direito natural preexiste à consciência que temos dele – não depende de juízos humanos; não tem nenhuma ligação com o direito positivo. Como podemos constatar, ao longo de toda obra de Aristóteles, o direito aparece como uma mediania – relação de proporção ligada ao conceito de equidade. O direito seria uma relação-proporção e não uma substância da qual podemos extrair premissas sólidas e imutáveis.

Apesar de todas as sociedades estarem se movimentando em direção à sua natureza (considerada como sua forma pura), não temos meios de observar uma sociedade pronta, acabada; como todos os organismos elas adoecem e padecem de defeitos. Por esse motivo é que haveria uma enorme dificuldade de identificar qual o verdadeiro estado natural de uma sociedade. A mobilidade dos grupos sociais mostra que um mesmo regime não é natural a todos os povos e nem ao mesmo povo em todas as épocas. O direito muda ao longo da história. Os regimes e as instituições jurídicas são relativos às circunstâncias.

A filosofia e a lógica aristotélica baseavam-se na análise dos discursos, tendo como ponto de partida premissas consideradas incontestáveis – silogismos. O saber científico seria seguro e demonstrativo já que a dedução a partir de premissas conduziria à necessidade de determinada conclusão. Essas premissas seriam extraídas da razão pura.

A questão é a dificuldade para encontrar premissas dotadas de universalidade suficiente para que se possam deduzir as leis, bem como todo o sistema jurídico, partindo

delas. No caso concreto o direito não pode utilizar princípios totalmente abstratos a ponto de apartar-se da realidade provocando o descolamento entre ser e discurso.

A menos que realizemos deduções a partir de postulados arbitrários, cujo valor é somente hipotético. Mas, nesse caso, trata-se simplesmente de um jogo; um mundo de discursos separados das coisas. E o magnífico instrumento do silogismo científico e da dedução rigorosa se põem em ação no vácuo; assim procedem nossos sistemas ideológicos. (Villey, 2008, p. 254).

É desse modo que Michel Villey nos mostra a importância da dialética na lógica aristotélica. Sendo o homem um ser social, o conhecimento científico é obra comum; é um acúmulo fruto de um permanente diálogo. O cerne da questão estaria na argumentação de cada um dos participantes dessa construção que, obviamente, defendem seus respectivos pontos de vista. Contudo, não há uma relação vertical de dedução entre essas argumentações. Há um diálogo horizontal que pressupõe interação, troca. A provisoriedade e imperfeição das conclusões são características do método dialético. É uma busca contínua pela verdade através de permanente superação, mas sem jamais atingi-la de forma acabada.

Seria a dialética uma mediania entre ciência e retórica. O discurso não pode apartar-se da realidade. Deve manter-se umbilicalmente ligado a ela. Devemos, continuamente, buscar uma melhor e mais aproximada descrição da questão ou objeto estudado; busca da aproximação entre discurso e realidade. Nesse sentido a dialética afasta-se da retórica.

Se a retórica tem como único fim persuadir um auditório, ela só alcança esse objetivo adulando-o. Apoia-se, para melhor persuadir, nos preconceitos do auditório. Confirma-os; é um mergulho nos lugares comuns do vulgo; degrada-nos. A dialética é busca do conhecimento verdadeiro, ela parte das opiniões do grupo, mas a fim de superá-las; é uma ascensão (Villey, 2008 – procurar página).

Na concepção de Michel Villey essa lógica foi sacrificada pelo individualismo moderno e é dela que o campo jurídico necessita para caminhar na direção da verdade e, conseqüentemente, da justiça.

A verdade de uma proposição não é por si mesma, causa de existência da coisa em questão; é, a contrario sensu, da coisa que depende a proposição. Da sua existência ou da sua não existência se depreende a verdade ou a falsidade de uma assertiva. Embora haja certa equivalência entre verdade e ser, há uma prevalência do ser sobre o enunciado do discurso tido como verdadeiro.

Uma proposição verdadeira corresponde a um estado de coisas que, necessariamente, a antecede e produz o enunciado verdadeiro. Tanto assim que ao tratar de proposições futuras

Aristóteles afirma que, nesse caso, o real não está necessariamente determinado. A proposição futura não é, portanto, nem necessariamente verdadeira, nem necessariamente falsa.

Como podemos observar ao longo dos diversos livros da sua “Ética a Nicômaco” Aristóteles alicerça toda a sua filosofia no conceito de mediania – ponto equidistante das partes, proporção. O caráter veraz é obrigatoriamente mediano, pois a ostentação, por constituir-se em exagero, é falsa por princípio. Ao longo do texto, considera a mediania em cada uma das “virtudes” que analisa; e dentro desses conceitos, a importância da verdade – do caráter veraz.

4. A VERDADE COMO IMPOSIÇÃO DE PODER

Nas democracias modernas a idéia prevalente é a de que o direito constitui um sistema fechado e completo, de normas explícitas que não carecem da interferência mediadora do juiz para sua interpretação. Esta construção advém da concepção iluminista de fins do século XIX e princípio do século XX, bem como do nascente cientificismo positivista que brotou neste contexto e predominou nas ciências humanas neste período.

O objetivo da ciência do direito seria desvendar um complexo de normas que deveriam regular toda e qualquer conduta humana de maneira completa e abrangente. O sistema seria tão fechado e perfeito que não necessitaria de interpretação ou integralização, bastando, simplesmente, a aplicação fria da norma.

Na Alemanha, o Código Geral Prussiano de 1794 foi um exemplo cabal, conforme demonstrado brilhantemente por Catarina Sobota, do fracasso dessa linha de pensamento. Na visão da autora a experiência foi uma completa tragédia, denotando a fragilidade de um sistema que tem a pretensão de organizar a vida humana em sociedade com a perfeição e exatidão com que o engenheiro constrói uma máquina.

Essa concepção positivista da ciência do direito carrega consigo alguns problemas estruturais de tal gravidade que são capazes de fazer ruir o sistema. Nesse sentido, faz-se mister compreender que, como produto da ação humana, o direito é uma obra aberta, que paira no tempo e no espaço em um fazendo e refazendo pelo observador que está dentro do próprio sistema.

Como pensar no princípio da segurança jurídica nesse cenário?

É óbvio que para adequar-se à realidade e não gerar incertezas de tal monta que comprometam a paz social, o sistema legal precisa de uma sistematização concreta, dotada de instrumentos de interpretação e integralização que possibilitem alcançar a decisão mais

adequada ao caso concreto. Por decisão mais adequada ao caso concreto identificamos o conceito de justiça. E o que é a justiça?

A justiça também é um conceito histórico e como tal está em permanente construção no tempo e no espaço. Entendamos, então, em que contexto ocorreu o surgimento e fortalecimento da concepção mecanicista de direito positivo na era iluminista. Essas idéias surgiam como reação ao poder absoluto dos monarcas que legislavam e aplicavam as normas de acordo com seu arbítrio, sua bÍlis, seu humor. A verdade era una: a verdade do monarca, do governante.

A Áurea aparente de ciência de que se reveste a concepção iluminista-positivista de direito, dota o sistema de uma autoridade que parece pairar acima do bem e do mal – a autoridade inquestionável da ciência. A questão está em perceber a armadilha que está posta: **CONTROLE – COERÇÃO – SUBMISSÃO**. Ora, fazer o ser humano crer que sua submissão ao sistema é inevitável devido à natureza inquestionável da autoridade (isenta) da ciência era o grande diferencial dessa teoria. Todo esse arcabouço forneceu as bases que serviram de alicerce ao movimento de codificação.

Na visão de Michel Foucault a grande questão não é separar o que há de científico e/ou de verdadeiro em determinado discurso e sim perceber os efeitos com aparência de verdade que, ao longo da história, são produzidos no interior do discurso.

Torna-se claro como nesse período o fortalecimento do direito, da lei, bem como da figura do jurista (este como detentor de um saber científico inquestionável) nasce em contraposição aos abusos cometidos pelos déspotas. Surge então a figura do jurista como defensor da razão, da justiça, do bem e da verdade. Essa ‘justiça’ possuía princípios válidos universalmente e cientificamente verificáveis. A lei era a verdade da ciência e, portanto, da natureza.

A verdade é produzida pelo poder e produz poder. As diversas sociedades, nos diversos tempos históricos, possuem suas formas específicas de produção do discurso de verdade, formas de difusão e massificação do discurso que deve ser aceito como verdadeiro e a divisão social para estabelecer o status daqueles que devem afirmar a verdade. Carlo Ginzburg, importante historiador italiano da atualidade, mostra de forma brilhante em seu livro *“História Noturna”*, como, nos séculos XIII e XIV, através da produção de discursos oficiais, (até mesmo com a criação de inúmeros documentos falsos), foi legitimada a perseguição, morte e exÍlio de judeus e leprosos. Eles eram acusados de conspiração para o envenenamento dos cristãos saudáveis. O que fica claro é que esse movimento ocorreu de cima pra baixo. Não foi um movimento espontâneo de credice popular. No mundo moderno

ocidental toda essa trama de construção do ‘verdadeiro’ está centrada no discurso científico. A expressão ciência do direito e muitos dos significados a ela atribuídos pela doutrina levam a essa conclusão.

O problema da construção do discurso de ‘verdade’ como afirmação de poder permeia o direito e suas estruturas em suas diversas dimensões. Uma dessas dimensões pode ser identificada com a concepção da lei como detentora de uma natureza inquestionável, pura e acabada. Como vimos, a função do juiz seria unicamente dizer o direito e aplicar a lei em sua literalidade.

Outra dimensão igualmente importante está relacionada à autoridade dos juízes e aos princípios e enunciados em que baseiam suas sentenças. Poderíamos mesmo nos atrever a dizer que esta dimensão é o avesso da anterior. A autoridade real e simbólica de que é detentor, dá permissão ao magistrado, como possuidor de um saber e cultura extremamente amplos, para conduzir à construção e entrelaçamento de enunciados que levariam à melhor solução aplicável ao caso concreto. E essa “liberdade” do intérprete serve de escudo às arbitrariedades do poder, bem como de fio condutor para as transformações sociais, políticas e culturais pretendidas pelo poder.

O direito é apenas uma peça, embora de enorme importância, em toda essa engrenagem. Nesse sentido, a formação de um sistema de comunicação (este englobando o domínio dos principais veículos bem como a forma de fabricação e transmissão dos enunciados) além de todo sistema educacional forjado para a aceitação e ratificação de um conhecimento apresentado como pronto, acabado (voltado a desestimular e mesmo a punir de diversas maneiras quem ousasse um olhar crítico ao sistema) deve ser analisada de maneira profunda para uma compreensão mais ampla do discurso do poder e suas diversas facetas. A verdade está posta – cabe a nós apenas aceitá-la.

Há um combate ‘pela verdade’ ou ao menos ‘em torno da verdade’ – entendendo-se mais uma vez, que por verdade não quero dizer ‘o conjunto de coisas verdadeiras a descobrir ou a fazer aceitar’, mas ‘o conjunto de regras segundo as quais se distingue o verdadeiro do falso e se atribui ao verdadeiro efeitos específicos de poder; entendendo-se também que não se trata de um combate ‘em favor’ da verdade, mas em torno do estatuto de verdade e do papel econômico-político que ela desempenha (FOUCAULT, 2012, p. 52)

A verdade das coisas seria obscurecida pela ‘verdade’ dos discursos. A única vantagem da verdade seria o seu estatuto de ‘verdadeira’ e, portanto, inquestionável.

A idéia de justiça no Estado burguês e todo aparato que ronda o conceito demonstra a intenção não de derrubar privilégios mas tão somente de deslocar suas prioridades e titularidade. A expansão do modo capitalista de produção, a especialização do trabalho, a expansão das trocas etc. gerou a necessidade de um sistema jurídico voltado a legitimar a concentração de renda e a máxima exploração do trabalho. Seu grande poder não está na coerção direta, na repressão; está na ‘áurea’ de justiça que recobre todo esse edifício. Afinal o estatuto da justiça é de neutralidade e relação equidistante entre as partes. O problema seria que referencial esse suposto afastamento estaria levando em consideração. . A repressão é uma das facetas mais frágeis do poder.

Quando se definem os efeitos de poder pela repressão, tem-se uma concepção puramente jurídica desse mesmo poder; identifica-se o poder a uma lei que diz não. O fundamental seria a força da proibição. Ora, creio ser essa uma noção negativa estreita e esquelética de poder, que, curiosamente, todo mundo aceitou. Se o poder fosse repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considerá-lo como uma força produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir (FOUCAULT,2012, p.44)

Impor às classes menos favorecidas certas categorias, conceitos de uma moral dita universal, de modo a excluir do sistema os elementos predispostos ao questionamento – e por isso perigosos – através da prisão, do degredo, dos manicômios etc; esse era o objetivo final. Ao isolar esses elementos potencialmente perigosos tornando-os anormais, monstruosos e criminosos, o sistema garante sua legitimidade.

O sistema judicial funciona como importante aparelho de dominação – instrumento tático.

Sobota analisa toda legitimação do sistema (através do discurso produzido pelos seus diversos aparelhos) partindo do estudo do silogismo e do entimema. O conceito de silogismo, analisado de forma abstrata, é uma ilusão. Contudo, essa ilusão é tão forte e carregada de autoridade que ganha ares de realidade, vestindo-se com sua pele. E essa ilusão, com forte aparência de realidade, passa a ter influência na construção e consolidação da realidade propriamente dita.

O silogismo deveria ser apenas um meio de apresentação da decisão e não um método de decisão. Os juristas aprendem na academia que devem mencionar as normas em que

baseiam suas decisões. Isso, pretensamente, em nome de uma racionalidade e transparência condizentes com o espírito iluminista.

Entretanto, na prática, quanto mais complexo e codificado o sistema, menos os juristas “se permitem” mencionar a norma. Por que esta contradição entre teoria e prática? Mencionar a norma traz à tona as contradições, espaços vazios, incoerências e injustiças do sistema. Se queremos reforçar o lado racional, instrumental e universal de um sistema legislativo, não devemos mencionar a norma.

A partir do estudo de algumas decisões no direito alemão, Katharina Sobota faz uma análise pormenorizada e precisa da existência de um possível padrão nos sistemas jurídicos ocidentais: não mencionar a norma. Apenas a premissa menor e, por vezes, a conclusão, são explicitadas; os silogismos completos são ocultados.

Uma defesa muito comum daqueles que não mencionam a norma é baseada na constatação (equivocada) de que seria muito repetitivo e desnecessário explicitar aquilo que seria o óbvio auto evidente. Aparentemente, as premissas menores interligadas por conectivos formam um todo coerente. Para Aristóteles, ocultar termos de silogismos em um discurso evita uma repetição desnecessária e a afirmação do óbvio ululante. Ele denominou essa técnica de entimema.

No entanto, essa não seria a verdadeira razão para que os juízes ocultem as premissas maiores e conclusões de suas decisões. Seria embaraçoso e disfuncional mencionar a norma revelando com ela as fragilidades do sistema e suas próprias fragilidades.

Os enunciados em que se baseiam as sentenças (e que foram ocultados do seu corpo) não seriam óbvios truísmos nem constituiriam meras repetições. Em sentido inverso, a maioria das normas utilizadas não alcança um alto grau de abstração e se mantêm ligadas a circunstâncias concretas. Muitas vezes a maioria das normas mencionadas nas sentenças não foi de fato utilizada na sua elaboração. A dubiedade de muitas delas possibilita que sejam moldadas, assumindo, assim, a forma mais conveniente para cada caso. Algumas se apoiam exclusivamente em reações emocionais e muitos conceitos são desnaturados para servir ao caso concreto. Surpreendentemente, tudo isso produz um resultado aparentemente coerente e plausível.

As normas só existiriam então na esfera da alusão e da implicação. Essa esfera seria caracterizada por uma forma relativamente certa e um conteúdo relativamente incerto. Como se um determinado conteúdo fosse moldado com o objetivo de alcançar um resultado previamente pretendido e determinado que, embora constitua uma ilusão, tem uma aparência muito forte de real. Essa aparência unida à áurea de autoridade que lhe reveste, pode

influenciar, sobremaneira, a produção do real propriamente dito. A esfera da implicação aproxima-se da esfera do silêncio.

Como a burocracia atua nesse cenário? Nas estruturas governadas burocraticamente as atividades regulares são distribuídas de maneira fixa e ordenada em um complexo metódico calcado em uma hierarquia profundamente estabelecida. Para Max Weber, um sistema extremamente ordenado de mando e subordinação. Para a administração burocrática o que vale é a observância estrita da norma e os documentos escritos que podem atestar essa observância. Esse seria o indicador de eficiência; os resultados não importam – apenas os meios para atingi-los são significativos. Essa subordinação cega às normas nasceu com a justificativa de se contrapor a um regime de privilégios individuais característico do patrimonialismo. Contudo, o que a estruturação do edifício burocrático efetivamente significou foi o deslocamento do eixo de privilégios e de legitimação do poder.

É claro que, acima de tudo, os instintos seguros da burocracia para as condições de manutenção de seu poder em seu próprio Estado (e através dele, em oposição a outros Estados) estão inseparavelmente fundidos com a canonização da idéia abstrata e objetiva das “razões de Estado”. Em última análise, os interesses de poder da burocracia apenas dão um conteúdo concretamente explorável a esse que não é totalmente sem ambiguidades; e, nos casos dúbios, os interesses de poder influem na balança... o único ponto decisivo para nós é que em princípio um sistema de razões racionalmente debatíveis se oculta atrás de cada ato da administração burocrática, isto é, pela sujeição a normas ou pela ponderação de fins e meios. (WEBER, 1979^a, p. 256)

Tudo isso foi desenhado de maneira genial por Franz Kafka em duas de suas mais importantes obras: “O Processo” e “O Castelo”. Nessas obras ele desvenda a irracionalidade que nasce do excesso de racionalidade do sistema burocrático servindo à dominação. A realidade e a verdade tornam-se impotentes perante a estrutura burocrática – imensa máquina no modelo fordista de produção – profundamente hierarquizada e baseada em documentos escritos. Em “O Processo” a burocracia assemelha-se a um organismo vivo seguindo uma lógica própria. Tudo está a serviço da lógica do processo e não o processo a serviço da justiça e da verdade. Por mais que o personagem se esforce para tentar descobrir e retomar a conexão entre o processo e a realidade externa, esse esforço se perde. O processo caminha sozinho para um fim desconhecido.

A hierarquia tem um forte papel como sustentáculo da máquina burocrática.

Certa manhã K. se sentiu muito mais disposto e resistente do que de hábito. Sobre o tribunal, ele mal pensava, mas quando este vinha à sua mente,

parecia-lhe que essa grande organização totalmente impenetrável poderia ser facilmente agarrada, erradicada e destruída, a partir de algum ponto oculto que tinha de ser apalpado no escuro (KAFKA, 2008, p. 244)

Nem mesmo o advogado de K. tem acesso aos juízes e tribunais superiores pois há uma hierarquia até mesmo entre os advogados, embora informal. A recusa de K. em submeter-se cegamente às regras da burocracia vai afunda-lo cada vez mais. Para minimizar os danos você deveria aceitar, alienar-se e submeter-se. A Verdade real deixa, quando a estrutura burocrática ganha vida própria, de ter qualquer influência na “verdade processual”.

Essa é a mesma linha adotada por Hannah Arendt em algumas de suas mais importantes obras. Quando analisa, por exemplo, o julgamento de Adolf Eicheman, elabora o que viria a ser conhecido como a teoria da “banalidade do mal”. Eicheman era um nazista integrante do governo alemão responsável pela logística operacional do extermínio. O que Arendt enfoca primordialmente é o fato dele não estar agindo considerando nenhuma subjetividade. Seu comportamento era justificado simplesmente pelo fato de estar seguindo as regras válidas e vigentes emanadas da estrutura hierárquica. Não cabe ao indivíduo o juízo de valor sobre as normas – apenas garantir a sua efetividade e fiel cumprimento é o que importa.

Qual o lugar da verdade e da justiça nesse cenário é um questionamento que se repete. Zygmunt Bauman quando trata da questão da substituição da responsabilidade moral pela responsabilidade técnica afirma:

A técnica difere da responsabilidade moral pelo fato de esquecer que a ação é um meio para alcançar algo para além dela mesma. Como as conexões exteriores da ação são efetivamente removidas do campo visual, o próprio ato burocrático se torna um fim em si mesmo. Pode ser julgado apenas pelos seus critérios intrínsecos de adequação e sucesso. De mãos dadas com a arrogante autonomia relativa do funcionário condicionado por sua especialização funcional, vai a distância que o separa dos efeitos gerais do trabalho dividido, embora coordenado, da organização como um todo. Uma vez isolado de suas longínquas consequências, a maior parte dos atos funcionalmente especializados ou passa facilmente no teste moral ou é moralmente indiferente. Quando desembaraçado de preocupações morais, o ato pode ser julgado em termos racionais inequívocos. O que importa então é se o ato foi executado de acordo com o melhor conhecimento tecnológico disponível... (Bauman, 1998, p. 125)

Nesse sentido, o juiz que elabora suas sentenças considerando o processo exclusivamente do ponto de vista formal age burocraticamente e se afasta da justiça ao se afastar da verdade factual. Justifica sua conduta maximizando o princípio da segurança jurídica e alegando o primado absoluto da lei e da forma. Como cientista afasta-se do seu objeto e também das consequências de seus atos.

No capítulo subsequente examinaremos como, no mundo pós –moderno o discurso se distanciou dos fatos assim como a imagem apartou-se do objeto representado. Nas múltiplas dimensões sociais todo o aparato estatal, midiático, educacional, religioso, judiciário etc funciona para conduzir a uma determinada representação pretendida pelo poder. Essa representação se sobrepõe à realidade na sociedade do espetáculo.

5. RELATIVIZAÇÃO DA VERDADE

Para Baudrillard as categorias da realidade não mais precedem suas representações. Estas por sua vez, não são mais baseadas em modelos empiricamente existentes no mundo real. A contrario sensu, a representação passa a preceder a realidade e a produz. Ela age construindo um objeto que transcende a realidade passando para o campo de uma hiper-realidade. É o que o autor chama de “deserto do real”.

A diferença entre a realidade e a representação se esvaziou, esfacelou-se, e com isso todo o imaginário que o cercava também se deteriorou. A representação, a simulação, os signos, não buscam, não desejam mais agir como espelho, como continuidade. Inversamente, a realidade passa a ser forjada através de micro matizes que, como num jogo de montar, a constrói. Esse construir é descompromissado com uma existência anterior – como uma colcha de retalhos cujos pedaços fazem parte de realidades e modelos distintos e ao juntar-se formam um novo modelo que em nada se parece com sua origem.

A verdade e a realidade perdem seus referenciais. Não se trata mais de desconstrução da realidade, da verdade e de seus imaginários. Constrói-se uma atmosfera de vazio.

O real nunca mais terá oportunidade de se produzir – tal é a função vital do modelo num sistema de morte, ou antes de ressurreição antecipada que não deixa já qualquer hipótese ao próprio acontecimento morte. Hiper-real, ao abrigo do imaginário, não deixando lugar senão à recorrência orbital dos modelos e à geração simulada das diferenças. (BAUDRILLARD, 1991, P.09)

A simulação faz tênue a fronteira entre “verdadeiro” e “falso”, “realidade” e “simulação”. A força da simulação no imaginário de quem a produziu transcende a representação e invade a realidade. A verdade como referencial perde o sentido. A indistinção entre a simulação e a verdade é, na visão de Baudrillard, a pior das subversões. Pode-se tolerar a alteração da realidade – suporta-se! Mas o que se torna intolerável é a percepção de que as representações nada representam – não possuem nenhuma conexão com o mundo real ou com

a verdade empírica dos fatos – estão esvaziadas de significado. O perigo está justamente em revelar o vazio que as representações procuram ocultar. O poder das imagens encontra-se nelas mesmas. O signo perde seu referencial, seu valor.

A única arma do poder, a sua única estratégia contra esta deserção é a de reinjectar real e referencial em toda parte, é a de nos convencer da realidade do social, da gravidade da economia e das finalidades da produção. Para isso usa, de preferência, o discurso da crise, mas também, por que não?, o do desejo. <<tomem os vossos desejos pela realidade!>> pode ouvir-se como último slogan do poder, pois num mundo irreferencial, até a confusão do princípio da realidade e do desejo é menos perigosa que a hiper-realidade contagiosa. Fica-se entre princípios e aí o poder tem sempre razão. (BAUDRILARD, 1981, P. 32)

Este é o espaço da manipulação: o espaço do desejo.

Fazes da imagem:

- ela é o reflexo de uma realidade profunda
- ela mascara e deforma uma realidade profunda
- ela mascara a ausência de realidade profunda
- ela não tem relação com qualquer realidade: ela é o seu próprio simulacro puro

O imaginário é alimentado por padrões de divertimento, educação, repressão, cultura etc que existem para ocultar que eles são a verdade da sociedade. Quando tratamos de informação, dos meios de comunicação, podemos identificar dois cenários distintos:

- A informação produz sentido (preenchendo a realidade vazia);
- A informação está completamente apartada de todo significado.

No primeiro caso o papel dos meios de comunicação é gerar os significados pretendidos pelo poder criando uma construção “verdadeira” – com influência nos acontecimentos presentes e futuros. No segundo caso a encenação esgota-se nela mesma e o vazio é o objetivo – o vazio também é espaço de poder e manipulação. Mantê-lo pode significar a prerrogativa de preenchê-lo com qualquer conteúdo a qualquer tempo.

Como se dá essa construção de imaginário pelo poder através das diversas instituições sociais já que, como afirma Schopenhauer, todo o mundo sensível só existe considerando o referencial do observador? Meu mundo é minha representação. Como penetrar na produção de alguns signos e na desconstrução de outros? É aí que entra o desejo e a repressão – a vontade e o medo.

Trata-se de Maia, o véu da ilusão, que envolve os olhos dos mortais, deixando-lhes ver um mundo do qual não se pode falar que é nem que não é,

pois assemelha-se ao sonho, ou ao reflexo do sol sobre a areia tomado à distância pelo andarilho como água, ou ao pedaço de corda no chão que ele toma como uma serpente.
(Schopenhauer, 2005, p.49)

Baudrillard, ao imaginar a representação completamente apartada do objeto, sem conexão com o real, subestima, nesse processo, a participação do sujeito. Precisamos considerar a tríade objeto – representação – sujeito. É nesse ponto que encontramos o cerne da questão da legitimação do poder que está contida na construção do imaginário na psiquê do sujeito.

Por exemplo: seria interessante ver se o aparelho repressivo não reagiria mais violentamente a um assalto simulado que a um assalto real. É que este apenas desorganiza a ordem das coisas, o direito de propriedade, enquanto que o outro atenta contra o próprio princípio da realidade. A transgressão, a violência são menos graves porque apenas contestam a ‘partilha’ do real. A simulação é infinitamente mais perigosa, pois deixa sempre supor, para além do seu objecto, que a própria ordem e a própria lei poderiam não ser mais que simulação. (BAUDRILLARD, 1981, P. 30)

Na construção do discurso jurídico, mais especificamente na elaboração das sentenças pelos magistrados, a necessidade de correspondência entre a fundamentação da decisão e a realidade objetiva é pressuposto para a materialização da justiça. No entanto, sabemos que essa correspondência nunca ocorre de maneira absoluta – é utópica. É quando esse vazio do real considerado como espaço de manipulação do poder penetra o discurso jurídico atuando na produção de um status de verdade à serviço das classes dominantes e da “ordem” vigente.

6. CONCLUSÃO

Percebemos, ao longo deste trabalho, que é necessário buscar a possibilidade de relativização da verdade processual buscando atingir a verdade real voltando o olhar do jurista para a justiça. Nesse sentido, o respeito ao devido processo legal, embora seja importante garantia constitucional contra as arbitrariedades estatais, deve estar sujeito a possibilidades de mitigação para evitar essas mesmas arbitrariedades que busca combater.

O respeito ao devido processo legal não deve ser confundido com um excessivo rigor formalista que pode ser extremamente prejudicial ao andamento coerente da marcha processual.

Sabemos que, historicamente, o Estado, enquanto estado-juiz, afirma o seu poder quando afirma o direito no caso concreto. A verdade é aquela determinada no exercício da jurisdição que é instrumento de afirmação de força, poder e ideologia.

Contudo, em regimes democráticos como o que o Brasil vive na atualidade, esse processo acontece através de uma correlação de forças que pedem para determinado lado da balança de acordo com as circunstâncias políticas e econômicas de determinado momento. Nesse sentido é possível lutar pela busca de um maior equilíbrio tanto na produção do discurso como na efetivação da jurisdição.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989;
- ARENDDT, Hannah. **A Vida do Espírito**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008;
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Bauru: Edipro, 2009;
- ARISTÓTELES. **A Política** – São Paulo: Escala, 2010;
- BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e Simulação**. Lisboa: Relógio D'água, 1991;
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Zaar, 1998;
- FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005
- FOUCAULT, Michel. **A Coragem da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011;
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. São Paulo: Graal, 2012;
- GINZBURG, Carlo. **História Noturna**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012;
- HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio**. Portugal: Fórum da História Publicações Europa-América, 2003;
- KAFKA, Franz. **O Processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005;
- KAFKA, Franz. **O Castelo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008;
- KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 2010;
- KELSEN, Hans. **A Ilusão da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008;
- LEFBVRE, Henri. **Lógica Formal/Lógica Dialética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975;
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;
- ROSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011;
- SCHOPENHAUER, Arthur. **O Mundo Como Vontade e Como Representação**. São Paulo: UNESP, 2005.
- SOBOTA, Katharina. **Não Mencione a Norma**. Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife n 7 – Recife: Editora UFPE, 1996;
- VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: definições e fins do direito/os meios do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008;
- WEBER, Max. **Sociologia/organizador Gabriel Cohn**. São Paulo: Ática, 1979;
- WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Rio de Janeiro: Zaar, 1979;
- A República de Platão/J. Guinsburg organização e tradução. São Paulo, SP: Perspectivas, 2006.

A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

Leila Pontes Azevedo*

Professor Msc José Carlos Ferreira da Luz**

RESUMO: O presente trabalho consiste no estudo da violação positiva do contrato, entendida como categoria de inadimplemento contratual. O texto tem como base as jurisprudências atuais e os entendimentos doutrinários. A violação positiva do contrato decorre da desobediência dos contratantes ao princípio da boa-fé, dos deveres anexos e tem como pilar, a ideia da confiança. Este instituto é um mecanismo pelo qual se analisa se as obrigações foram adimplidas pelas partes, do modo que foi ajustado no momento em que foi firmado o contrato. Possui grande relevância prática, especialmente para assegurar que as partes atinjam os objetivos pretendidos no momento da contratação, em atenção à sua autonomia privada.

Palavras-chave: Violação positiva do contrato. Inadimplemento contratual. Boa-fé.

ABSTRACT: This work analyses the positive breach of the contract, showing this as a category of the contract default. The text is based on actual jurisprudence and doctrine. The positive breach of contract due to the disobedience of the contractors to the principle of good faith, and its secondary duties, and is based upon the idea of trust. This institute is a mechanism which helps to analyse if the obligations were paid by the contractors, in the way it was set at the time the contract was signed. It has great practical relevance, especially to ensure that the contractors reach the intended goals of the contracting, in consideration of their private autonomy.

Key-words: Positive breach of the contract. Contractual default. Good faith.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Constitucionalização do Direito Civil. 3. Direito dos contratos e Constitucionalização. 4. Princípio da Boa-fé Objetiva. 5. Violação Positiva do Contrato. 6. Análise de Julgados. 7. Conclusão.

* Bacharelada em Direito

** Professor orientador

1 – INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo analisar o instituto da violação positiva do contrato ou o adimplemento ruim, que é a violação aos deveres anexos ou laterais, como são os de proteção, informação, cooperação, lealdade, entre outros, que se espraiam para além do término da avença contratual.

O princípio da boa-fé atua como um instrumento do direito obrigacional, na medida em que a atenção pelos interesses que a parte contrária deseja obter, de uma dada relação contratual, nada mais é do que o que garante a dignidade da pessoa humana em atuação no âmbito obrigacional.

É indiscutível a importância atual do princípio da dignidade da pessoa humana, como base do sistema jurídico, em especial na seara do Direito Privado.

A dignidade da pessoa humana, via boa-fé objetiva, acarreta a consagração da primazia dos valores existenciais da pessoa humana sobre aqueles de cunho patrimonial, processo denominado “despatrimonialização”, que preconiza que os bens e direitos patrimoniais são meios para realização da pessoa humana.

A passagem do indivíduo que “tem” ao que “é” não implica, contudo, a anulação da autonomia privada, mesmo porque essa liberdade é instrumento adequado para realização das necessidades essenciais, portanto, se trata do reconhecimento do outro indivíduo como pessoa.

No primeiro capítulo, trataremos da constitucionalização do direito civil e do debate sobre a influência do direito constitucional sobre o principal ramo do direito privado. Sendo os direitos essenciais à pessoa humana protegidos tanto pelo direito civil, quanto pelo direito constitucional, indaga-se acerca da procedência de uma visão que coloca tais disciplinas jurídicas em compartimentos incomunicáveis.

No segundo capítulo, analisaremos os reflexos da constitucionalização sobre o direito dos contratos. A extensão da liberdade e da autonomia de contratar vem sendo mitigada, de maneira que não pode mais haver pactos de qualquer forma, bastando a livre aceitação das partes. Atualmente, os pactos devem observar alguns parâmetros subjetivos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, conforme demonstraremos.

A função social do contrato, ao invés de trazer a insegurança jurídica, como muitos doutrinadores consideram, supre a imprevisibilidade que afronta os contratos imutáveis, que têm por objetivo, facilitar que os objetos contratuais sejam definitivamente cumpridos.

É importante ressaltar, na esteira do insuperável Orlando Gomes quando comentava a função social da propriedade (“Direitos Reais”, Rio de Janeiro – Editora Forense), a autonomia do princípio da função social (lá da propriedade, aqui do contrato), pois não se constitui em simples limitação normativa, mas sim da própria razão de ser de todas as outras regras contratuais, que devem gravitar em torno de si. (pág. 180)

Logo, entende-se que o contrato evoluiu muito desde seu surgimento, passando de um mero acordo informal, para um instituto altamente complexo, transcendendo a figura dos contratantes, e influenciando toda coletividade. Cada vez mais, com a crescente possibilidade de comunicação e relação entre as pessoas, as consequências advindas dos contratos passam a refletir na situação de toda a sociedade. Em razão disto, cresce a necessidade de se buscar os primados da igualdade, ainda que isso possa parecer utópico.

No capítulo seguinte, o terceiro, abordaremos o princípio da boa-fé objetiva, e o seu grande valor, considerado uma das mais importantes diferenças entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, que o substituiu. A boa-fé objetiva se apresenta como um princípio geral que estabelece um roteiro a ser seguido nos negócios jurídicos, incluindo normas de conduta que devem ser seguidas pelas partes, ou, por outro lado, restringindo o exercício de direitos subjetivos, ou, ainda, como um modo hermenêutico das declarações de vontades das partes de um negócio, em cada caso concreto.

Ao se adotar uma perspectiva objetiva para o princípio da boa-fé, os juízes deixaram de ter que seguir estritamente o que consta na lei, podendo fazer a justiça, de modo singular em cada caso concreto.

Boa-fé objetiva é um padrão de comportamento leal, com base na confiança, despertando na outra parte contratante a ideia de cooperação, respeitando suas expectativas legítimas e contribuindo para a segurança das relações negociais.

No penúltimo capítulo, será abordado o tema principal do presente trabalho, a violação positiva do contrato, a expressão é também conhecida como cumprimento defeituoso ou cumprimento imperfeito. Tal instituto pode ser conceituado como uma espécie de inadimplemento contratual a imputar responsabilidade contratual objetiva àquele que viola direitos anexos do contrato.

A violação positiva do contrato não decorrerá do descumprimento da prestação principal do mesmo, mas sim da inobservância dos deveres anexos decorrentes do princípio da boa-fé objetiva em sua função de proteção e de tutela. São exemplos desta violação o desrespeito aos deveres de informação, de proteção, de assistência, de cooperação, e de sigilo. Se, qualquer desses deveres for descumprido haverá a violação positiva do contrato, que

poderá ensejar o pedido, pela parte prejudicada, da resolução do contrato ou até mesmo a oposição da exceção de contrato não cumprido.

Sobretudo, o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial de institutos como a violação positiva do contrato demonstra a vigência de um novo padrão ético no trato contratual: mentir para o outro contratante sempre foi considerado ilícito pelo direito; omitir não. Agora, a omissão também é repugnada, notadamente porque o dever de informação e transparência impõem a sua observância, em qualquer fase da contratação.

Com o reconhecimento da violação positiva do contrato como forma de inadimplemento dos deveres anexos ditados pela boa-fé, o direito passa a tutelar situações de descumprimento contratual que, até então, encontravam-se carentes de reconhecimento.

Por último, analisaremos os julgados, acerca da violação positiva do contrato, para verificar o entendimento atual dos tribunais acerca do instituto em análise, bem como a sua importância prática.

2 – CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A Constitucionalização do Direito Civil, também conhecida como Direito Civil Constitucional, nada é, além do que a imposição de uma leitura dos institutos de Direito Civil conforme a Constituição Federal.

Acerca do tema, os ensinamentos de Maiana Alves Pessoa:

Adverta-se, porém, que a constitucionalização do Direito Civil é muito mais do que estabelecer limites externos à atividade privada. Trata-se da releitura de antigos institutos fundamentais do Direito Civil, em razão da sua reformulação interna de conteúdo, com uma nova valoração determinada pela Constituição-cidadã.

Com relação à eficácia plena das normas e princípios constitucionais que fundamentam as relações civis, apesar de seus enunciados genéricos, é inadequada a interpretação conforme a Constituição, da legislação civil anterior com ela incompatível, porque este princípio de hermenêutica constitucional deriva da presunção de constitucionalidade da lei. Em face da orientação que prevaleceu no STF, não se trata de juízo de constitucionalidade, mas de revogação das normas infraconstitucionais anteriores, o que afasta a sobrevivência ou aproveitamento de qualquer de seus efeitos.

A Constituição aproximou-se das necessidades humanas reais e concretas, e sem sufocar a vida privada conferiu maior eficácia aos institutos fundamentais do Direito Civil,

esclarecendo os valores fundamentais aclamados como garantias e direitos fundamentais do cidadão.

Já não se pode mais fechar os olhos à superação do significado constitucional das codificações civis, ou seja, ao processo histórico e jurídico que se traduz na perda de centralidade do código civil como vetor sistematizador do direito privado, pelo que a Constituição assume o papel de eixo central ou de elemento harmonizador do ordenamento.

O Direito Civil é o principal ramo do direito privado e trata-se do conjunto de normas que regem as relações entre os particulares, que estão em um equilíbrio de condições. Como afirma Moraes:

O Direito Civil foi identificado com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e principalmente sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual. (2006, p.2)

Pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e como se aplicarão pelos tribunais, a legislação infraconstitucional.

O constitucionalismo e a codificação (especialmente dos códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico.

Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, e o homem comum enquanto aquele que não é detentor de bens patrimoniais, que é a grande maioria, foi deixado fora de seu alcance.

Oportuna é a repersonalização de todo o direito civil seja qual for o invólucro em que esse direito se contenha, isto é, a acentuação de sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos.

Nesse universo, o Direito Privado sofre a influência direta e imediata das normas constitucionais. Aliás, não há como sustentar, hodiernamente, com base na fluidez de seus preceitos, que qualquer ramo do Direito possa permanecer imune à ascendência dos valores consagrados na Lei Maior. Entender o contrário seria negar o Estado Democrático de Direito. Sendo assim, a adoção da perspectiva civil-constitucional demanda a tarefa de rever conceitos e reordenar o Direito Civil, de acordo com o conteúdo axiológico estampado na Constituição.

As primeiras constituições, portanto, nada ou pouco regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas

estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais.

Como resultado da mudança do paradigma constitucional, que colocou a Dignidade da Pessoa Humana como centro de todo o ordenamento jurídico, abandonando assim o caráter patrimonialista, ocorreu uma grande mudança em todos os campos do direito e no que tange ao direito civil, com relação aos contratos, não foi diferente, evidenciando a necessidade de um equilíbrio maior entre as partes contratantes.

Com a constitucionalização do Direito civil, tem-se inúmeras vantagens, por exemplo, elevar os direitos fundamentais da pessoa, a dignidade da pessoa humana passa a ocupar um primeiro plano.

Confirmando o que acima foi exposto, Tepedino assevera:

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o Direito Civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.

Devido o insucesso do modelo liberal, tornou-se impossível a manutenção da não-intervenção, logo, o Estado passou a ter cada vez mais leis extracodificadas, sendo chamadas de legislação de emergência. Estas tinham um caráter episódico, casuístico sem a capacidade de abalar a dogmática civil. No entanto, nos anos 1930, a situação mudou drasticamente, face às necessidades de atualizar os conflitos sociais que emergiam e pelas novas situações jurídicas surgidas e que não eram codificadas no Código Civil, por causa destes acontecimentos as leis ditas extravagantes perdem o seu caráter de urgência, caracterizando a segunda fase da mudança de interpretação do Direito Civil.

A constitucionalização do direito civil caminhou a passos lentos, mas nos últimos vinte anos após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, a responsabilidade civil de retornar o *status quo ante*, toma-se força, frente aos princípios elencados na Carta Magna, deixando a esfera do Estado Liberal, a proteção legítima da propriedade, para reparar o dano da pessoa, frente ao Princípio da dignidade da pessoa Humana, positivado na Carta Magna de 1988.

Quando a legislação civil for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou

inconstitucional, se posterior à ela. Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição. Em nenhuma hipótese, deverá ser adotada a disfarçada resistência conservadora, na conduta frequente de se ler a Constituição a partir do Código Civil.

Nesta sentido, leciona MORAES:

Mesmo a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República no art. 1º, III, da CF, dispositivo inicialmente observado com ceticismo, hoje é reconhecidamente uma conquista determinante e transformação subversiva de toda a ordem jurídica privada. De fato, a escolha do constituinte ao elevá-la ao topo do ordenamento alterou radicalmente a estrutura tradicional do direito civil na medida em que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais. (2000, p. 47)

Na fase inicial das interpenetrações entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, buscava-se a hegemonia absoluta do Código Civil, o qual se detinha aos comandos normativos determinantes do direito privado, e por consequência, as relações jurídicas entre particulares, teriam por Constituição o próprio Código Civil.

3 – DIREITO DOS CONTRATOS E CONSTITUCIONALIZAÇÃO

No direito dos contratos, a constitucionalização se mostrou especialmente em razão da ascensão dos princípios sociais, em detrimento dos liberais. Os princípios liberais são aqueles advindos da codificação liberal, como o *pacta sunt servanda*, já os princípios sociais são os decorrentes do novo panorama civil constitucional, que propugnam pela primazia da eticidade, socialidade e operabilidade, como a função social dos contratos, a boa-fé objetiva procura valorizar a conduta de lealdade dos contratantes em todas as fases contratuais.

Os fundamentos teóricos resultaram na perda da posição hegemônica do Código Civil, *pari passu* com a evolução dos paradigmas do Estado liberal para o Estado Social, e que se valendo do viés social provocou a supremacia do Código Civil e da autonomia privada.

A ordem econômica se realiza mediante contratos. A atividade econômica é um complexo de atos contratuais direcionados a fins de produção e distribuição dos bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais. É na ordem econômica que emerge o Estado social e se cristaliza a ideologia constitucionalmente estabelecida. Os princípios gerais da atividade econômica, contidos nos artigos 170 e seguintes da Constituição brasileira

de 1988, estão a demonstrar que o paradigma de contrato neles contidos e o do Código Civil não são os mesmos.

O Código contempla o contrato entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, realizando uma função individual. Refiro-me ao contrato estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes. O contrato assim gerado passa a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos Códigos Civis francês e italiano, ou então sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. O contrato encobre-se de inviolabilidade, inclusive em face do Estado ou da coletividade. Vincula-se o contratante ética e juridicamente; vínculo que tanto é mais legítimo quanto fruto de sua liberdade e autonomia.

Essa visão idílica da plena realização da justiça comutativa, que não admitia qualquer interferência do Estado- juiz ou legislador, pode ser retratada na expressiva petição de princípio da época: quem diz contratual, diz justo. A Constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, e que considera a desigualdade material das partes. Com efeito, a ordem econômica tem por finalidade “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170). À justiça social importa “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º e inciso VII do art. 170). São, portanto, incompatíveis com a Constituição as políticas econômicas públicas e privadas denominadas neoliberais, pois pressupõem um Estado mínimo e total liberdade ao mercado, dispensando a regulamentação da ordem econômica, que só faz sentido por perseguir a função social e a tutela jurídica dos mais fracos e por supor a intervenção estatal permanente (legislativa, governamental e judicial).

Uma das mais importantes realizações legislativas dos princípios constitucionais da atividade econômica é o Código do Consumidor, que regulamenta a relação contratual de consumo. Seu âmbito de abrangência é enorme, pois alcança todas as relações havidas entre os destinatários finais dos produtos e serviços lançados no mercado de consumo por todos aqueles que a lei considera fornecedores, vale dizer, dos que desenvolvem atividade organizada e permanente de produção e distribuição desses bens. Assim, o Código do Consumidor subtraiu da regência do Código Civil a quase totalidade dos contratos em que se inserem as pessoas, em seu cotidiano de satisfação de necessidades e desejos econômicos e vitais.

Talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência material das prestações, que perpassa todos os fundamentos constitucionais a ele aplicáveis. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para

corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis.

O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio é espécie do macro princípio da justiça contratual, que, por sua vez, abrange a boa fé objetiva, a revisão contratual, o princípio *venire contra factum proprium*, o princípio da lesão nos contratos, a cláusula rebus sic stantibus, a invalidade das cláusulas abusivas, a regra *interpretatio contra stipulatorem*. Outro interessante campo de transformação da função dos contratos é o das negociações ou convenções coletivas, já amplamente utilizadas no meio trabalhista. À medida que a sociedade civil se organiza, o contrato coletivo se apresenta como um poderoso instrumento de solução e regulação normativa dos conflitos transindividuais.

O Código do Consumidor, por exemplo, prevê a convenção coletiva para regular os interesses dos consumidores e fornecedores, por meio de entidades representativas. Na perspectiva do pluralismo jurídico, acordos são firmados estabelecendo regras de convivência comunitária, desfrutando de uma legitimidade que desafia a da ordem estatal. Na economia oligopolizada existente em nossas sociedades atuais, o contrato, em seu modelo tradicional, converte-se em instrumento de exercício de poder, que rivaliza com o monopólio legislativo do Estado.

As condições gerais dos contratos, verdadeiros códigos normativos privados, são predispostas pela empresa a todos os adquirentes e utentes de bens e serviços, constituindo, em muitos países, o modo quase exclusivo das relações negociais. A legislação contratual clássica é incapaz de enfrentar adequadamente esses problemas, o que tem levado todos os países organizados, inclusive os mais ricos, a editarem legislações rígidas voltadas à proteção do contratante mais fraco, apesar da retórica neoliberal.

A principiologia contratual será apontada em sua respectiva evolução, destacando, posteriormente, o trajeto percorrido pela intervenção estatal e a consequente revisão do contexto principiológico negocial para permitir uma análise espaço-temporal do surgimento dos princípios sociais e influências redesignativas da dimensão social dos pactos através da consagração da nova ordem principiológica.

De acordo com o entendimento de Haina Eguia Guimarães:

A função social do contrato surge para proporcionar maior equilíbrio nas relações contratuais, tornando-as mais próximas do ideal de justiça, através da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Somente os contratos que cumprem a sua função social são dignos da tutela do Direito.

Ressalte-se que o contrato cumpre função social e econômica, promovendo a circulação de riquezas, ou simplesmente a manutenção das trocas econômicas, na qual o lucro não pode ser desprezado, já que contemporaneamente vivemos em uma economia de mercado.

A teoria dos contratos demonstra que o contrato não deve ser um instrumento que extrapole o limite econômico, nem um instrumento de opressão. Assim, a teoria do contrato foi reconstruída com o objetivo de, sem aniquilar a autonomia da vontade (Teoria Liberal dos contratos), condicioná-la a parâmetros constitucionais, a exemplo da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Vem ocorrendo uma evolução no que diz respeito à análise quanto à aplicação concreta dos princípios fundamentais e a sua operacionalização através de regras e inovações de institutos que constam no Código Civil. Na aplicação e interpretação, nos conceitos bem mais flexíveis presentes no novo Código Civil, predomina a análise dos dispositivos que destacam os direitos fundamentais, principalmente aqueles ligados à dignidade da pessoa humana.

A constatação da insuficiência regulatória do direito positivo não é algo novo, principalmente diante de tal realidade e complexidade dos fatos que se mostram frente às necessidades e interesses dos cidadãos, sujeitos de direitos e garantias constitucionais.

Nesse novo contexto, encontram-se variadas descrições da mesma realidade, nas situações em que se dá publicidade ao direito civil; socialização do contrato, relativização da autonomia da vontade.

Ademais, há inúmeros posicionamentos acerca da insuficiência do sistema contratual clássico, inclusive alguns doutrinadores mostraram a sua desconfiguração diante das exigências atuais de contratação em massa.

O detalhe que não se pode ignorar, é que existe uma crise sobre a teoria contratual clássica, principalmente no âmbito da autonomia privada, decorrente do processo de mercantilização do direito privado e da relação contratual.

No que diz respeito ao contrato enquanto prática, refere-se Macedo:

Analisar o contrato enquanto prática implica entendê-lo como um elemento indissolúvelmente ligado à sociedade na qual ele existe. As razões para tal

afirmação são bastante triviais à medida que não se concebe uma relação contratual sem instituições estabilizadoras, regras sociais, valores, economia e linguagem. Em outras palavras, não existe contrato fora do contexto de uma dada matriz social que lhe dá significado e lhe define as regras (...). Nesse sentido, a sociedade é a fonte primária do contrato, aspecto que desde há muito é reconhecido e estudado pelos clássicos do pensamento social moderno como Marx, Durkheim e Weber. (p. 137)

A mudança de padrão a ser seguido parte da prática cotidiana do direito, ou seja, da análise de decisões jurídicas dos tribunais e Cortes Supremas, cujos julgados causam impactos em todo o ordenamento jurídico aplicado à versão constitucional atual brasileira, que visa atingir ao Estado Democrático de Direito.

Os subsídios significativos para a construção de um complexo metodológico eficaz quanto ao objetivo tem como alvo subsidiar a prática jurídica, em princípio de Direito Constitucional, mas com propagação sobre o direito em geral, coerente com os objetivos coletivos positivados na sociedade brasileira em sua Carta Maior.

A chamada justiça social trazida pela Constituição Federal, mudou a forma de como se vê e pensa o direito contratual. Antes da atual Constituição Federal brasileira, o Estado não tinha poderes e nem interesse no ordenamento privado. Hoje o Estado retomou a verdadeira soberania perdida no século XVIII, para intervir em qualquer forma de lei que venha a reduzir ou sobrepor uma disparidade de forças entre as partes de qualquer relação contratual.

E com isso, a justiça passa a ter novo posicionamento, preocupando-se em atender as perspectivas da coletividade, como já visto no contrato, mesmo que celebrado entre particulares, existe todo um conjunto de interesses e dependências a quem se obriga.

Para os contratantes que possuem uma obrigação positiva de concluir a obrigação de fazer com probidade e boa-fé, revela que o contrato não é estático, sendo passível de resolução se as condições externas ao contrato causar lesão ou onerosidade excessiva, no decorrer da vigência deste, por isso, faz-se necessária a observação quanto o critério subjetivo da boa-fé e da probidade.

O estado de perigo e a lesão foram descritas pelo legislador do Código Civil, na Parte Geral, como vícios do negócio jurídico, ao lado do erro, do dolo e da coação. Portanto, são hipóteses de defeito do negócio jurídico, que podem levar à anulabilidade, invalidando o contrato desde a sua celebração.

A resolução da obrigação de fazer, não é determinada por vício no elemento constitutivo do negócio, mas por um motivo exterior ao contrato, que surge posteriormente, dando ao contratante o direito de rescindir o negócio jurídico.

4 – PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Dentre os princípios sociais, o da boa-fé objetiva é aquele segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade, que gera deveres secundários de conduta, impondo às partes comportamentos necessários. Estes comportamentos devem ser respeitados, mesmo que não estejam previstos expressamente nos contratos, podendo assim, permitir a realização das justas expectativas que surgiram a partir do acordo.

Segundo Rui Stoco, citado por Paulo Khouri:

Pela boa-fé objetiva, tem-se um padrão objetivo de conduta, de lealdade, transparência e, ao contrário da subjetiva, o estado de ânimo, a intenção dos contratantes, não tem qualquer relevância. Na verdade em matéria contratual, o princípio da boa-fé objetiva, tem um único referencial: o contrato equilibrado. Não se admite mais o contrato que imponha prestações em demasia para uma das partes e de menos para outra. Tal, flagrantemente, viola a boa-fé, que para o novo Código, não é apenas subjetiva, mas objetiva, porque é incompatível com esta o contrato injusto, desequilibrado (p. 179).

A violação positiva do contrato é uma consequência do desrespeito, pelos contratantes, ao princípio da boa-fé.

De acordo com os ensinamentos de José Roberto de Castro Neves, entende-se por boa-fé objetiva:

“A boa-fé objetiva é a que as investigações, concentram-se, apenas, na exteriorização da conduta do sujeito, sem se considerar quaisquer aspectos de natureza psicológica ou até mesmo a sua opinião. O que impressiona é o aspecto externo do ato que a pessoa produziu”(p. 177).

A violação positiva é a infringência aos deveres anexos ou laterais, como são os de proteção, informação, cooperação, dentre outros, que vão além do término da avença contratual.

Do ponto de vista de Anderson Schreiber, e com base no direito alemão:

A boa-fé objetiva, também chamada boa-fé contratual, embora conhecida em outros períodos da história do direito, foi amplamente desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs, a partir de 1896, com base no § 242 do BGB, em que se lê: “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. (A proibição

de comportamento contraditório – Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. pág. 82)

Tais deveres não de ser reconhecidos mesmo que não haja previsão expressa das partes e derivam do princípio da confiança.

Ainda sobre o primado da boa-fé, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho asseveram:

“Em verdade, quando se fala em boa-fé, pensamos de imediato, em um estado subjetivo, psicológico, fundado em erro de fato. Trata-se da boa-fé subjetiva, admitida pelo Código de 1916. No que se refere à posse, por exemplo, o possuidor de boa-fé de um imóvel, não sabendo que o terreno pertence a terceiro, tem direito a ser indenizado pelas benfeitorias que realizou. Da mesma forma, a lei protege o pagamento feito pelo devedor de boa-fé e credor aparente (putativo), desde que o erro seja escusável” (p. 178).

A solidariedade se relaciona com a boa-fé, uma vez que esta cria deveres de cooperação. Cooperar consiste em ser leal às expectativas do outro, considerando-o em cada momento da relação contratual, contribuindo para a manutenção do vínculo e da sua finalidade.

Orlando Gomes leciona que “O princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato de que com a estrutura” (p. 43).

Não se deve obstruir nem atrapalhar a atuação do contratante, obstaculizando o cumprimento de suas obrigações, pela imposição do pagamento em locais e horas difíceis, ou pela colocação de procedimentos burocráticos exacerbados e impeditivos à realização de seus direitos, como a exigência de autorizações prévias de papéis somente por determinados funcionários.

A boa-fé também implica, entre tantas outras obrigações, o dever de cuidado, a fim de conservar a integridade (física ou moral) e o patrimônio do contratante, pelo que protege a dignidade, tanto que a violação desse dever pode ensejar danos morais e patrimoniais, além de possibilitar a resolução contratual com fundamento em sua violação positiva.

“É esta consciência quanto à condição de dependência recíproca que induz ao reconhecimento da importância da solidariedade, inicialmente como fato social” (DUGUIT, León. Fundamentos do direito. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005, p. 19-20.), para depois se reconhecer sua eficácia nas relações jurídicas.” (pág. 103)

Especialmente nos contratos de manutenção da vida e da saúde, é imperativo o respeito à dignidade via boa-fé objetiva, pela proteção da integridade física. O serviço de tratamento à saúde deve, sobretudo, ser prestado com lealdade e segurança, pois sua eventual ineficácia envolve a própria vida do parceiro contratual. No tocante a essa matéria, é pacífica a jurisprudência dos tribunais reconhecendo a abusividade de cláusulas que limitam a prestação desse tipo de serviço.

Se antes a parte contratante podia fazer tudo, desde que não prejudicasse seu parceiro contratual, hoje, como dever de cooperação oriundo da boa-fé, ela tem a obrigação, não de mera abstenção de um possível comportamento prejudicial, mas de agir de modo a colaborar com a outra parte. A conciliação entre boa-fé e solidariedade se expressa pela relação cooperativa, numa postura que preserva os interesses legítimos do outro, impondo deveres e protegendo- o do exercício abusivo de direitos subjetivos. Assim, afirma Judith Martins-Costa:

Há esta mediação porque, em última instância, toda e qualquer norma do ordenamento funda-se no princípio da dignidade, cuja eficácia projeta-se por todo o ordenamento. A eficácia, porém, é dimensão necessariamente graduada, que exige mediações. Por seu específico significado, a solidariedade social, exigência também decorrente do reconhecimento da fundamental dignidade da pessoa, atine, no meu entender, com a boa-fé objetiva de modo mais direto ou imediato.

E completa Nelson Rosenvald:

A imprescindível relação de cooperação em qualquer negócio jurídico exprime não apenas uma postura ética de cuidado com o próximo, como se harmoniza com o dever jurídico de interação humana promovido pelo princípio da solidariedade.

Os contratos, como instrumentos de circulação de capital e integrantes da ordem econômica, devem respeitar o mandamento constitucional. Portanto, a livre iniciativa se torna espaço individual para a autonomia privada, no contexto dos mencionados princípios. O que significa afirmar que o contrato passa a ser concebido como instrumento a serviço da pessoa, observada sua dignidade e seu desenvolvimento. Esta é a lição de Tereza Negreiros:

A concreção constitucional da boa-fé como um dever de cooperação, de salvaguarda dos interesses alheios até o limite do que se considere como um sacrifício razoável, não quer significar, porém, o caso da autonomia individual, mas seguramente sugere uma nova sistemática de interpretação

das relações patrimoniais, no sentido de funcionalizá-las a valores existenciais.

A boa-fé objetiva, prevista tanto no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, inc. III, c/c art. 51, inc. IV, da Lei 8.078/90) como no Código Civil vigente (arts. 113, 187 e 422), está inserida em nosso contexto constitucional. É válido observar que, sob essa perspectiva de um diálogo entre Direito Civil e Direito do Consumidor, via boa-fé objetiva, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, na III Jornada de Direito Civil, em 2004. Eis o enunciado do congresso, ao examinar o art. 422 do Código Civil: “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, eis que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.”

A aproximação do binômio, ordem econômica e boa-fé, faz com que sobressaia a compreensão de que tal fato não constitui um simples conceito ético, mas também um conceito econômico, ficando vinculado, portanto, à funcionalidade econômica do contrato e à sua finalidade econômico-social.

Daí afirmar-se a existência de dois aspectos, um externo e outro interno, iluminados pela boa-fé. Externamente, o contrato, na medida em que integra a ordem econômica, ficando sujeito aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade e livre iniciativa, que justificam uma intervenção na autonomia contratual.

O contrato surge como vínculo funcional, estabelecendo uma planificação econômica entre os contratantes, que devem levar adiante, de maneira a garantir a realização de seus fins e a completa satisfação das expectativas do negócio.

Logo, materialização da presunção da boa-fé objetiva das partes contratantes, tem por objetivo principal a satisfação do interesse de cada um dos contratantes, principalmente do credor, para que se cumpra o que foi objeto do contrato sem tornar o seu cumprimento viciado.

5 – VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

Expressão também conhecida como cumprimento defeituoso ou cumprimento imperfeito, a violação positiva do contrato é uma espécie de inadimplemento contratual a imputar responsabilidade contratual objetiva àquele que viola direitos anexos do contrato. O

inadimplemento pode ocorrer de um ato culposo de uma das partes ou por fato alheio à vontade de uma delas.

A respeito do inadimplemento, Jones Figueirêdo Alves preleciona:

“Acerca do inadimplemento, face às inúmeras variáveis multifacetadas da insatisfação do credor, a doutrina tem compreendido distinções, valorando o caráter da violação do contrato. Se um lado, na teoria do inadimplemento, é forçoso distinguir o inadimplemento relativo, com viabilidade do cumprimento tardio, mediante a cura da mora, do inadimplemento absoluto, pelo qual torna-se impossível atender a obrigação, em outra vertente, sobressai o inadimplemento insignificante, mercê de sua reduzida extensividade, a contemplar a doutrina do inadimplemento substancial, como situação inibitória ao exercício do direito formativo de resolução do contrato.” (p. 248)

A Violação Positiva do Contrato é considerada como verdadeiro corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva, e possui como fundamento a ideia de inadimplemento contratual, mesmo a prestação sendo realizada, seja porque ocorreu cumprimento inexato ou imperfeito da obrigação.

Não demorou para o direito brasileiro abarcar este instituto, vindo juntamente com o Princípio da Boa-fé Objetiva, que ganhou relevância extrema no Código Civil de 2002.

O resultado da violação positiva do contrato é a responsabilidade objetiva daquele que o violou e desrespeitou a boa-fé objetiva.

Para Marcos Jorge Catalan:

À luz de tudo que foi visto até o momento, pode afirmar-se que haverá cumprimento inexato ou defeituoso quando o devedor desempenhar a prestação que lhe incumbe em contrariedade ao princípio da pontualidade, seja por ofensa à prestação principal, por violar dever lateral de conduta, seja em razão do desrespeito a dever acessório, causando, com seu comportamento, danos de ordem patrimonial ou extrapatrimonial que não seriam suportados nos casos de mora ou de inadimplemento.

Logo, a violação positiva do contrato não decorrerá do descumprimento da prestação principal do mesmo, mas sim da inobservância dos deveres anexos decorrentes do princípio da boa-fé objetiva em sua função de proteção e de tutela. São exemplos desta violação o dever de informação, de proteção, de assistência, de cooperação, e de sigilo. Se, qualquer desses deveres for descumprido haverá a violação positiva do contrato, que poderá ensejar o pedido, pela parte inocente, da resolução do contrato ou até mesmo a oposição da exceção de contrato não cumprido.

Ainda no que diz respeito à violação do contrato, afirma Nelson Rosendal:

“A necessidade de preservar a ordem econômica e a fidelidade às convenções demanda que terceiros abstenham de violar contratos em andamento. O abuso no exercício da liberdade contratual gera responsabilidade de quem induz outrem à violação de contrato. A colaboração em grau mínimo da sociedade já é suficiente para preservar a confiança na circulação econômica dos créditos. Assim, há uma necessidade de relativização do próprio princípio da relatividade contratual” (p. 95).

Sendo assim, a violação positiva do contrato irá ocorrer quando uma das partes não vier a satisfazer de maneira justa e satisfatória o direito da outra parte plenamente.

O conteúdo contratual é composto por pelo menos duas espécies de deveres, os deveres de prestação e os deveres de proteção. Os primeiros dizem respeito à prestação que caracteriza o tipo contratual, constituindo, no contrato de trabalho, a prestação de serviços, pelo empregado, e a paga de salário, pelo empregador (deveres primários de prestação).

Conforme ensinam, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

...para além das obrigações delineadas por seus partícipes, o negócio jurídico é modelado, em toda a sua trajetória, pelos chamados deveres anexos ou laterais, oriundos do princípio da boa-fé objetiva. Enquanto as obrigações principais são dadas pelas partes, os deveres anexos são impostos pelas necessidades éticas reconhecidas pelo ordenamento jurídico, independentemente de sua inserção em qualquer cláusula contratual.

O conceito de adimplemento abarca a obrigação principal e também os deveres anexos, ainda o conceito de inadimplemento alarga-se, de modo que, tanto poderá ocorrer patologia negocial referente à obrigação principal, quanto patologia negocial relacionada com a inobservância dos deveres anexos.

Tal constatação é indispensável para uma adequada teoria do inadimplemento, porquanto descortina para o jurista uma realidade até então desconhecida e promove uma dinâmica obrigacional, permitindo que recebam tutela para situações que, por envolverem o descumprimento dos até então desconhecidos deveres anexos, ficavam alijados da análise pelo órgão julgador.

6 – ANÁLISE DE JULGADOS

Acerca da temática da violação positiva do contrato e seus princípios, selecionamos alguns julgados, que passaremos a colacionar e analisar.

O primeiro diz respeito à observância da boa-fé objetiva no tocante ao dever de informar:

DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. MENSALIDADE. CURSO NÃO RECONHECIDO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. DEVERES ANEXOS. INADIMPLEMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA PELAS AULAS NÃO CURSADAS. RECURSO IMPROVIDO. 1) ANTES DE CELEBRAR O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS, É DEVER DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO INFORMAR AOS ALUNOS AS REAIS CONDIÇÕES DO CURSO OFERECIDO, PRINCIPALMENTE O FATO DE QUE O CURSO NÃO POSSUI REGISTRO JUNTO AO MEC, CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE TORNAR ABSOLUTAMENTE INÚTIL O SERVIÇO PRESTADO. 2) OLVIDANDO-SE A FACULDADE DO SEU DEVER DE SE COMPORTAR COM A MAIS ESTRITA LEALDADE, DE AGIR COM PROBIDADE, DE INFORMAR O OUTRO CONTRATANTE SOBRE TODO O CONTEÚDO DO NEGÓCIO, HÁ DE SE RECONHECER A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO, HIPÓTESE DE INADIMPLEMENTO APTO A IMPUTAR RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OBJETIVA ÀQUELE QUE VIOLA UM DESSES DIREITOS ANEXOS, NOS TERMOS DO ENUNCIADO NÚMERO 24 DO CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA FEDERAL, APROVADO NA I JORNADA DE DIREITO CIVIL. 3) RECONHECIDO O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL (VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO), O ABANDONO DO CURSO POR PARTE DO ALUNO NÃO PODERÁ ENSEJAR A COBRANÇA DAS MENSALIDADES REFERENTES A UM PERÍODO QUE SEQUER ESTEVE PRESENTE EM SALA DE AULA. PRECEDENTES DO STJ. 4) RECURSO IMPROVIDO. ACORDA A EGRÉGIA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, EM CONFORMIDADE DA ATA E NOTAS TAQUIGRÁFICAS DA SESSÃO, QUE INTEGRAM ESTE JULGADO, À UNANIMIDADE DE VOTOS, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. VITÓRIA, 11 DE OUTUBRO DE 2011. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DESEMBARGADOR RELATOR PROCURADOR DE JUSTIÇA (TJES, CLASSE: APELAÇÃO CIVEL, 24100273697, RELATOR: JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - RELATOR SUBSTITUTO : VÂNIA MASSAD CAMPOS, ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, DATA DE JULGAMENTO: 11/10/2011, DATA DA PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO: 24/10/2011) (TJ-ES - AC: 24100273697 ES 24100273697, RELATOR: JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA, DATA DE JULGAMENTO: 11/10/2011, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 24/10/2011)

Antes de celebrar o contrato de prestação de serviços educacionais, é dever da instituição de ensino informar aos alunos as reais condições do curso oferecido, principalmente quando o curso não possui registro junto ao MEC, pelo simples fato de que, se o curso não for reconhecido pelo MEC, não terá a mesma eficácia para o aluno, e ter a instituição de ensino do caso acima sido inerte.

Há de se reconhecer a violação positiva do contrato, hipótese de inadimplemento apto a imputar responsabilidade contratual objetiva àquele que viola um desses deveres anexos. Com base no enunciado número 24 do Conselho Superior da Justiça Federal - Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa, fica reconhecido o inadimplemento contratual.

O julgado a seguir versa sobre a violação positiva no que diz respeito aos deveres de lealdade e cooperação:

COMPRA E VENDA DE VEÍCULO INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS REVENDEDORA - OCORRÊNCIA DE FALHA NA EXECUÇÃO CONTRATUAL - VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO REFERENTE À QUALIDADE DO PRODUTO, BEM COMO OS ATOS PRATICADOS PELA CORRÉ CONDUZEM AO RECONHECIMENTO, POIS DESFEZ O NEGÓCIO JUNTO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, DIRETAMENTE - A ANÁLISE DO DANO MORAL DEVE TER EM CONTA QUE A SITUAÇÃO DESCRITA NOS AUTOS, DEVIDAMENTE COMPROVADA, ACARRETOU ABALO MORAL APENAS À AUTORA DIANTE DA VIOLAÇÃO DE SEU NOME QUE SOMENTE OCORREU PELA INÉRCIA DA RÉ QUANTO AO PRONTO CANCELAMENTO DO FINANCIAMENTO ACARRETANDO A INSCRIÇÃO RESTRITIVA - DANO MATERIAL HONORÁRIOS CONTRATUAIS QUE INTEGRAM AS PERDAS E DANOS INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 389 DO CC PRECEDENTES NO STJ - RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO, NÃO PROVIDO O DA RÉ. (TJ-SP - APL: 428193120088260564 SP 0042819-31.2008.8.26.0564, RELATOR: JOSÉ MALERBI, DATA DE JULGAMENTO: 30/07/2012, 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, DATA DE PUBLICAÇÃO: 31/07/2012)

No julgado acima, com relação à compra e venda de um veículo, houve a Violação positiva do contrato referente à qualidade do produto, bem como nos atos praticados pela corré, pois desfez o negócio junto à instituição financeira, diretamente, sem a vontade da autora.

O julgado abaixo, diz respeito à observância da violação positiva do contrato e o dever de reparar o dano moral, devido à ausência de registro de automóvel:

Ementa: CIVIL E PROCESSO CIVIL. COMPRA E VENDA AUTOMÓVEL. PARTICULARES. AUSÊNCIA DE REGISTRO. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. 1. EM UMA RELAÇÃO JURÍDICA, OS CONTRATANTES DEVEM PAUTAR-SE EM CERTO PADRÃO ÉTICO DE CONFIANÇA E LEALDADE, EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ, QUE ORIENTA AS ATUAIS RELAÇÕES NEGOCIAIS PELA

PROBIDADE, MORALIDADE E HONRADEZ.
2. COMPROVADA A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO, COM PATENTE DESRESPEITO AO SEU CONTEÚDO ÉTICO, CABÍVEL A RESPONSABILIZAÇÃO DA PARTE OFENSORA.
3. NO PRESENTE CASO, A CONDUTA OMISSIVA PERPETRADA PELO RECORRENTE ACABOU POR RESULTAR EM VÁRIOS TRANSTORNOS PARA A AUTORA, TANTO DE ORDEM MATERIAL QUANTO NA ÓRBITA DE SEUS DIREITOS DA PERSONALIDADE, NOTADAMENTE, PELA INCLUSÃO DE SEU NOME EM DÍVIDA ATIVA, ALÉM DO GANHO DE PONTOS EM SUA CARTEIRA DE HABILITAÇÃO E POR MULTAS DE TRÂNSITO, SOBRE AS QUAIS NÃO TINHA MAIS RESPONSABILIDADE. 4. ATENTANDO-SE ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO, ESPECIALMENTE QUANTO À CONDUTA DA PARTE OFENSORA, A REPERCUSSÃO DOS FATOS, A NATUREZA DO DIREITO SUBJETIVO FUNDAMENTAL VIOLADO, ENTENDEU-SE RAZOÁVEL O IMPORTE FIXADO PELA ILUSTRE MAGISTRADA, A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 5. NEGOU-SE PROVIMENTO AO RECURSO. CONHECER E NEGAR PROVIMENTO, UNÂNIME.
Publicado no DJE : 25/03/2014 . Pág.: 120. 2010 01 1 003090-6 APC (0001550-12.2010.8.07.0001 - Res.65 - CNJ) DF. **Registro do Acórdão Número:** 769988 - **Data de Julgamento:** 19/03/2014 - **Órgão Julgador:** 1ª Turma Cível - **Relator:** FLAVIO ROSTIROLA - **Revisor:** TEÓFILO CAETANO.

Na relação contratual, as partes devem pautar-se no princípio da confiança, da lealdade e da boa-fé objetiva. A parte autora, no caso, sustentou que não teria responsabilidade perante o automóvel, vez que no âmbito da negociação e da pactuação contratual, os contratantes devem guardar respeito aos princípios da probidade e da boa-fé, tendo em vista que a boa-fé objetiva constitui a efetivação da proteção da dignidade da pessoa humana nas relações obrigacionais, pois circunscreve os limites éticos das relações patrimoniais entre os contratantes. O réu não cumpriu com a obrigação de transferir o veículo para o seu nome, causando à autora vários constrangimentos e contratemplos, garantindo-lhe o direito a reparação dos mesmos.

Ademais, no caso acima, é indiscutível a ocorrência do dano moral indenizável. Isso porque, em virtude da conduta omissiva do réu, qual seja, não transferência do veículo junto ao órgão de trânsito, gerou a inclusão da autora em cadastro de dívida ativa, além de diversas infrações em seu nome, o que gerou várias pontuações negativas em seu prontuário.

Trata-se do dever instrumental, anexo ou lateral, de informar ao outro contratante todas as circunstâncias que possam influir no processo de tomada de decisão de contratar ou de fixação das cláusulas do contrato. Porém, observa-se o fenômeno denominado de violação positiva do contrato, instituto que não configura nem mora, nem adimplemento, mas

adimplemento defeituoso por não cumprimento de deveres anexos, laterais, decorrentes do princípio da boa-fé, em sua função de proteção ou tutela.

Em outro caso relevante sobre a temática, assim julgou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

2012 01 1 108029-5 APC (0030029-44.2012.8.07.0001 - Res.65 - CNJ) DF - **Registro do Acórdão Número:** 756075- **Data de Julgamento:** 22/01/2014 - **Órgão Julgador:** 6ª Turma Cível - **Relator:** ANA CANTARINO - **Revisor:** JAIR SOARES - **Publicação:** Publicado no DJE : 11/02/2014 . Pág.: 132

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESCISÃO DE CONTRATO. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. UNIDADE RESIDENCIAL. INCORPORADOR. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE INTERESSE E LEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADAS. CULPA DA INCORPORADORA PELA RESCISÃO. DEVER DE APRESENTAR DOCUMENTOS NECESSÁRIOS AO AGENTE FINANCEIRO. INVIABILIZAÇÃO DA CONCESSÃO DO FINANCIAMENTO AO CONSUMIDOR. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO.

RESTITUIÇÃO DAS ARRAS EMDOBRO. ART. 418 DO CCB. TAXAS CONTRATUAIS. RESTITUIÇÃO DEVIDA. TAXAS CONDOMINIAIS. RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA ATÉ ENTREGA DAS CHAVES. RESTITUIÇÃO DEVIDA. COMISSÃO DE CORRETAGEM. ART. 722 DO CÓDIGO CIVIL. COBRANÇA. ABUSIVIDADE. ART. 51, INCISO IV E § 1º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESTITUIÇÃO DEVIDA.

1. A LEGITIMIDADE DO RÉU PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA LIDE RESTA PATENTE, UMA VEZ QUE O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS A TÍTULO DE COMISSÃO DE CORRETAGEM A ELE SE DESTINA. PRELIMINAR REJEITADA.

2. O INTERESSE PROCESSUAL ESTÁ PRESENTE SEMPRE QUE A PARTE TENHA NECESSIDADE DE EXERCER O DIREITO DE AÇÃO PARA ALCANÇAR O RESULTADO QUE PRETENDE ANTE À SUA PRETENSÃO, ESPECIALMENTE QUANDO AQUILO QUE SE REQUER NO PROCESSO SEJA ÚTIL SOB O ASPECTO PRÁTICO. ASSIM, MOSTRA-SE IRREFUTÁVEL O INTERESSE PROCESSUAL DA AUTORA NO CASO, QUE BUSCA A DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO A TÍTULO DE COMISSÃO DE CORRETAGEM EM FAVOR DO RÉU. PRELIMINAR REJEITADA.

3. AS CERTIDÕES NEGATIVAS, COMO SOEM OCORRER, SERVEM DE SUBSTRATO COMPROBATÓRIO PARA QUE O AGENTE FINANCEIRO CERTIFIQUE SOBRE A HIGIEZ E A SOLVÊNCIA DO EMPREENDIMENTO, A FIM DE CALCULAR OS RISCOS INERENTES À SUA ATIVIDADE. É QUE AS UNIDADES IMOBILIÁRIAS NEGOCIADAS PELO INCORPORADOR/CONSTRUTOR SERÃO OBJETO DE FINANCIAMENTO E, COMO DE COSTUME, SERVIRÃO DE GARANTIA (ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA) À INSTITUIÇÃO PELA TOMADA DO EMPRÉSTIMO PELOS CONSUMIDORES. SENDO ASSIM, É DEVER DO EMPREENDEDOR INCORPORADOR APRESENTAR TODA A DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA PARA VIABILIZAR A CONCESSÃO DO EMPRÉSTIMO AO CONSUMIDOR, PROMITENTE COMPRADOR DAS UNIDADES EM QUESTÃO.

4. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA (ART. 422 DO CC E ART. 4º, INCISO III DO CDC), DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA NOS CONTRATOS DE CONSUMO COMO É O CASO, CONSUBSTANCIA FONTE CRIADORA DE DEVERES ANEXOS DE COOPERAÇÃO, LEALDADE, INFORMAÇÃO, DENTRE OUTROS ELENCADOS PELA DOUTRINA. IN CASO, O RÉU-RECORRENTE DEVERIA, POR FORÇA DESSA OBRIGAÇÃO ANEXA, AUXILIAR E COOPERAR COM A CONSUMIDORA RECORRENTE, A FIM DE QUE ESTA LOGRASSE A CONCESSÃO DO FINANCIAMENTO, SOB PENA DE, NÃO O FAZENDO, INCORRER EM VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO POR PARTE DO INCORPORADOR/ CONSTRUTOR.
5. A RESTITUIÇÃO DAS ARRAS É DEVIDA NA FORMA DOBRADA, DE ACORDO COM O ARTIGO 418, JÁ QUE A PARTE QUE AS RECEBEU (INCORPORADORA) NÃO EXECUTOU O CONTRATO E DEU CAUSA À SUA RESCISÃO CULPOSA, DEVENDO RESTITUIR O QUE RECEBEU DA CONSUMIDORA, ACRESCIDO DE IGUAL QUANTIA.
6. AS TAXAS DE CONDOMÍNIO SÃO DE RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES AO PROMITENTE COMPRADOR.
7. AS DESPESAS CONTRATUAIS DE TAXA DE DECORAÇÃO E INSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO DEVERÃO SER RESTITUÍDAS À AUTORA, COMO DECORRÊNCIA DO EFEITO RESTITUTÓRIO DA RESCISÃO CONTRATUAL OPERADA POR CULPA DA CONSTRUTORA/ INCORPORADORA.
8. NOS TERMOS DO ARTIGO 722 DO CÓDIGO CIVIL, O SERVIÇO DE CORRETAGEM DEMANDA QUE O CORRETOR NÃO ESTEJA SUBORDINADO POR QUALQUER RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA COM O CONTRATANTE.
9. AUSENTE A COMPROVAÇÃO DE QUE OS SERVIÇOS DE INTERMEDIÇÃO FORAM EFETIVAMENTE OFERTADOS À CONSUMIDORA, LIMITANDO-SE A ATIVIDADE DO CORRETOR À SIMPLES ATUAÇÃO COMO PREPOSTO DA CONSTRUTORA E INCORPORADORA, EM PARCERIA, DEVIDA SE MOSTRA A RESTITUIÇÃO DA COMISSÃO DE CORRETAGEM PAGA PELO CONSUMIDOR.
10. A INSERÇÃO DE CLÁUSULAS, EM CONTRATOS DE ADESÃO, QUE OBRIGAM O COMPRADOR A RESPONSABILIZAR-SE PELA DESPESA DE CORRETAGEM COM O FIM DE TRANSFERIR TAIS ENCARGOS AO CONSUMIDOR, MOSTRA-SE ABUSIVA, INÍQUA E ONEROSA, CONSOANTE INCISO IV E § 1º, INCISO III, AMBOS DO ART. 51, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
11. NÃO HAVENDO A ENTREGA DAS CHAVES DO IMÓVEL E, PORTANTO, A EFETIVA IMISSÃO NA POSSE, AINDA NÃO SE PODE FALAR EM RESPONSABILIDADE DO PROMISSÁRIO COMPRADOR PELO PAGAMENTO DAS DESPESAS CONDOMINIAIS.
12. APELO DO AUTOR CONHECIDO E PROVIDO. APELO DO RÉU NEGADO PROVIMENTO.

Decisão:

CONHECER AS APELAÇÕES DA AUTORA E DA RÉ. PROVER A APELAÇÃO DA AUTORA. DESPROVER A APELAÇÃO DA RÉ. MAIORIA.

Neste caso são dois recursos de apelação interpostos pelas partes, uma apela quanto à improcedência do pedido de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem, para que seja reconhecida a abusividade da cobrança da mesma e a condenação da outra parte ao ressarcimento de todos os valores gastos, em especial, os da comissão. Por outro lado, argumenta que não deu causa à ruptura contratual, haja vista ter a autora culpa no desfazimento contratual, alega ser incabível a devolução da quantia paga a título de sinal.

Entendeu o julgador, portanto, que o inadimplemento contratual decorreu de conduta culposa imputável à ré-apelante, pelas razões expostas, motivo que ensejou a rescisão contratual por parte da autora.

Deste modo, ocorrida a rescisão contratual, as partes deverão se restituir mutuamente: a compradora receberá as quantias pagas até então, sem prejuízo das perdas e danos eventualmente demonstrados; e a vendedora ficará com o imóvel desembaraçado para novas negociações no mercado.

Ademais, esses julgados demonstram a extrema utilidade dessa terceira categoria de inadimplemento, na exata medida em que, com o reconhecimento da violação positiva do contrato como forma de inadimplemento dos deveres anexos ditados pela boa-fé, o direito passa a tutelar situações de descumprimento contratual que, até então, encontravam-se carentes de reconhecimento.

A produção doutrinária e jurisprudencial vem mostrando que o instituto da violação positiva do contrato deixou de ser uma mera teoria acadêmica para ganhar força viva nos julgados, e o que é mais importante, com sua aplicação o Judiciário passa a tutelar situações de inadimplemento de obrigações laterais que, antes, passavam ao largo da tutela jurisdicional, causando, não raro, enormes injustiças.

É bem verdade, que a doutrina vem controlando abusos nessa seara, principalmente nos casos em que o inadimplemento é mínimo. Incumbirá, em casos de poucos prejuízos consideráveis, ao juízo aferir se realmente aquele descumprimento deve ensejar a resolução do contrato ou, ao contrário, reconhecer que por ter a parte implementado parte substancial da avença, deve a mesma ser mantida, remetendo-se o credor a outras vias, para a satisfação do seu direito.

7 – CONCLUSÃO

Boa parte da doutrina brasileira defende a existência da violação positiva do contrato, no entanto, como sinônimo de cumprimento defeituoso (imperfeito ou ruim). De fato, a

violação positiva do contrato, analisada de acordo com sua origem, é bastante diversa do cumprimento defeituoso, na medida em que, para outros doutrinadores, esta seria apenas uma das situações que corroboravam a existência da violação positiva do contrato.

Atualmente, a violação positiva do contrato se encontra presente no ordenamento jurídico brasileiro como sinônimo de cumprimento defeituoso.

O pressuposto ao qual se refere a violação positiva do contrato é o defeito na prestação, ou seja, deve haver uma não correspondência entre o que se estipulou e o que se obteve, podendo incidir na prestação quanto na coisa ou no serviço.

O cumprimento da obrigação não pode ser exato, ou seja, não pode corresponder exatamente ao que se havia estipulado, pois corresponderia ao adimplemento da obrigação, acarretando a satisfação do credor e a extinção da dívida.

Desse modo, se restar estipulado que se deve entregar um objeto e o objeto entregue possuía as mesmas características convencionadas e não possuía qualquer vício, a obrigação foi adimplida e há de ser extinta, portanto, não haverá a violação positiva do contrato, devendo haver algum vício na obrigação para que haja a violação positiva do contrato.

No entanto, é importante mostrar os pontos deste tipo de dano, bem como definir seu conteúdo. É recorrente a sua conceituação em contraposição à definição de dano material. Partindo-se da ideia tradicional de dano material como evento que tem como consequência a redução do patrimônio da vítima, teremos, em sentido oposto, que dano moral é a lesão a interesses não patrimoniais, cuja pode ocorrer neste instituto.

Conclui-se que o princípio fundamental do *pacta sunt servanda* dispõe que as partes, ao realizar o acordo de vontades, assumem a obrigação de executar as prestações contratuais de forma exata e pontual, quer dizer, não só de maneira perfeita e em conformidade com o estipulado, mas também “ponto por ponto” e no tempo certo, sem atraso.

Por último, estabeleceu-se que o descumprimento, faticamente, pode revestir três modalidades: a inexecução definitiva, o atraso e o cumprimento defeituoso, ou imperfeito. Todavia, no ordenamento jurídico pátrio reuniu-se sob o conceito jurídico de inadimplemento relativo, ou mora, não só o adimplemento tardio, mas também o defeituoso e a inexecução dos deveres anexos do contrato, esses últimos igualmente denominados de violação positiva do contrato.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Jones Figueirêdo. **Leituras complementares de Direito Civil – O Direito Civil-Constitucional em concreto**. Bahia: Jus Podivm, 2009, p. 248;
- CATALAN, Marcos Jorge, Reflexões sobre o cumprimento inexato da obrigação no direito contratual. In: **Direito contratual: temas atuais** / coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2007, p. 350;
- COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Bahia: Jus Podivm, 2009, p. 103;
- COSTA, Judith Martins. Mercado e solidariedade social. In: **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 633;
- FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENVALD, Nelson, *in* Direito das Obrigações, Ed. LumenJures, 2006;
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Questões controvertidas**. São Paulo: Ed. Método, 2006, p. 178;
- GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, p. 43;
- GUIMARÃES, Haina Eguia. **A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional**. Jus Navigandi, Teresina: ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5814>>. Acesso em: 26 abril 2014;
- MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um Direito Civil constitucional**. Acesso em: 18 out. 2013. Disponível em: <http://209.85.165.104/search?>; 2006, p.2;
- MORAES, Maria Celina. Constituição e Direito Civil: Tendências: *IN Revista dos Tribunais*, n. 779, 2000, p. 47;
- NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 258;
- NEVES, José Roberto de Castro. **Questões controvertidas**. São Paulo: Método, 2006, p. 177;
- PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Bahia: Jus Podivm, 2009, p. 180;
- PESSOA, Maiana Alves. **Direito civil constitucional**. Acesso em: 24 out. 2013. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/_direito-civil-constitucional-maiana-alves.pdf;
- ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no novo Código**. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 209;
- ROSENVALD, Nelson. **Direito contratual- Temas atuais**/ coord. Giselda Maria e
- STOCO, Rui apud KHOURI, Paulo. **Questões Controvertidas**. São Paulo: Método, 2006, p. 179;
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2007, p. 95;
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.22;
- TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito Contratual Brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 137;
- TJDFT**. Acesso em: 08 jun. 2014. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>;
- TJDFT**. Acesso em: 08 jun. 2014. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>.

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Ana Virgínia Madruga Costa Arruda*
Gustavo Guimarães Lima **

RESUMO: O presente trabalho trata acerca da aplicação do princípio da eficácia horizontal no plano das relações jurídicas trabalhistas julgadas pela Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: direitos fundamentais, eficácia-horizontal, justiça do trabalho.

ABSTRACT: This paper focuses on the application of the principle of horizontal effect in terms of labor legal relations adjudicated by the Labour Court.

Key words: fundamental rights, efficacy horizontal, labor justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Justiça do Trabalho e os Direitos Fundamentais. 3. Os Marcos Teóricos e Legais. 4. A Jurisprudência da Justiça do Trabalho. 5. A Jurisprudência do STF.

* Bacharelado em Direito no IESP.

** Professor Orientador

1. INTRODUÇÃO

No presente texto, pretendo tratar acerca da aplicação, pela Justiça do Trabalho brasileira, do princípio da “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais, o qual implica na inserção plena dos “direitos fundamentais” e dos “direitos humanos” no plano das relações jurídicas estritamente privadas, como é o caso da relação de emprego (trabalhista) na qual o Estado não esteja presente, através da Administração direta ou Indireta, salvo quando na condição de ente equiparado às pessoas jurídicas de direito privado, como nos casos em que exerce atividade econômica, seja através de empresa pública, seja através de sociedades de economia mista.

Apesar de o Direito do Trabalho ser, em si, um direito social, sendo regido enormemente pelos princípios e regras constantes do artigo 6.º da Constituição Federal, os quais são considerados direitos fundamentais de 2.ª geração ou dimensão, o tema da “eficácia horizontal” está longe de ser esgotado, uma vez que outros direitos fundamentais, bem como outros direitos humanos, igualmente têm lugar na relação jurídica de trabalho, como a dignidade da pessoa humana, as liberdades públicas, a igualdade material, o princípio da solidariedade humana e as garantias individuais.

Tal constatação se observa no plano prático, a partir do tratamento que tem sido dispensado, pelo Direito do Trabalho, a certas categorias de empregados, todas componentes das bases da sociedade, como os operários, os comerciários, os bancários e os empregados domésticos, por exemplo.

Será que a eles aplicam-se, em sua plenitude, os direitos de primeira geração, consubstanciados nas liberdades públicas e nas garantias constitucionais, dentre as quais destacaríamos o direito à intimidade e o devido processo legal? São muitos os casos das trabalhadoras empregadas que sofrem revistas íntimas na saída do local de trabalho, daquelas que sofrem assédio sexual e moral, dos trabalhadores que têm o conteúdo de suas correspondências digitais violadas no local de trabalho etc.

Ainda no plano dos direitos de primeira geração, será que aos empregados em geral, nos casos de acusações várias, tem-se aplicado, no âmbito das empresas, o devido processo legal, o qual garante o respeito e evita humilhações ao ser humano?

Será que a eles tem aplicado-se a isonomia material, a partir da garantia da justa participação nos lucros, da justa remuneração e da proteção contra as despedidas em massa, muitas das quais levadas a termo apenas para garantir mais lucros aos patrões:

Depois de quatro horas de discussão, foi encerrado o julgamento da Embraer sobre as demissões dos mais de 4(quatro) mil trabalhadores que aconteceram em fevereiro deste ano. O relator do caso, ministro Mauricio Godinho Delgado, afastou qualquer possibilidade de reintegração dos demitidos ao emprego. Foi mantido o pagamento de uma indenização adicional pela dispensa proporcional ao tempo de serviço de cada empregado.

De acordo com o Tribunal Superior do Trabalho - TST, o debate foi longo por se tratar de um caso novo. Além da decisão referente a Embraer, os ministros decidiram ainda, por maioria de votos (5 a 4), que daqui em diante há necessidade de negociação com os sindicatos antes da efetivação de dispensas em massa de trabalhadores. Porém, a maioria também afastou a abusividade da dispensa justamente pela falta desta negociação no caso da Embraer.

Enfim, o presente texto tem por finalidade investigar, a partir da consideração de um ou mais julgados emblemáticos e representativos da realidade da Justiça do Trabalho, como esta tem aplicado os direitos fundamentais e também os direitos humanos no plano das relações estritamente privadas, especificamente, no caso das relações trabalhistas, a fim de se verificar se há simetria entre o tratamento que é dado pela Justiça às relações jurídicas nas quais o Estado esteja presente.

2.- OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO BASE DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

O catálogo de direitos fundamentais constitui um dos pilares de qualquer constituição que seja digna da tradição do constitucionalismo iluminista, inicialmente liberal e burguês e, em seguida, impregnado dos valores sociais irrompidos entre meados do século XVIII e início do século XX.

Ao lado da organização política do Estado, o catálogo de direitos fundamentais constitui-se nos dois temas essenciais de uma constituição, sem os quais ela, sequer, pode ser chamada de constituição.

No plano da atual constituição brasileira, essas premissas são postas logo no artigo primeiro, quando este, após anunciar que o Estado brasileiro seria um república, organizada de forma federativa e governada pelo regime democrático, estatuiu que seriam suas bases a cidadania e a dignidade da pessoa humana:

Nessa perspectiva, é possível afirmar que tanto a cidadania, quanto a dignidade da pessoa humana, são dois conceitos que, ao mesmo tempo, formam e derivam da ideia de

direitos fundamentais, não sendo exagero, pois, dizer que eles iniciam ou justificam a existência dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, são consequências dele.

É muito comum que os manuais de direito constitucional, especialmente aqueles escritos de forma simplificada, tão em voga nos tempos atuais, apresentem a ideia de cidadania vinculada apenas ao exercício dos direitos políticos de votar e ser votado. Cidadania, contudo, é termo que, no campo político-constitucional, abarca uma noção muito mais ampla.

Para a doutrina acima citada, portanto, cidadão seria aquele que pode votar e ser votado. Essa visão que, dentro do seu já reduzido espectro ignora o terceiro pilar dos direitos políticos básicos, que é o direito de fiscalizar, esquece-se que a noção de cidadania jamais poderia ser resumida à parte dos direitos de primeira dimensão, quais sejam, os direitos civis, os quais englobam o direito de propriedade, as liberdades e os direitos alusivos ao devido processo legal, e os direitos políticos.

É bastante limitada, pois, a visão que apresenta a cidadania como sinônimo do respeito a apenas uma parte dos direitos de primeira dimensão, esquecendo-se dos direitos políticos, econômicos e culturais, os quais compõem a segunda dimensão de direitos fundamentais, bem como os direitos integrantes da chamada terceira dimensão, que são os chamados direitos da solidariedade, os quais englobam o direito do consumidor, o direito ambiental etc.

Em tais termos, o correto é compreender o cidadão não apenas como um mero detentor dos direitos políticos de votar e ser votado, mas vê-lo como a pessoa humana que se encontra totalmente integrada na sociedade em que vive. Este, sim, é o verdadeiro conceito de cidadão.

A ideia mais restrita espelha bem a cultura política típica do Brasil, onde o cidadão é apenas massa de manobra a quem se deve voltar a atenção somente nos momentos eleitorais. Tal cultura revela grande déficit de democracia e a condição de cidadão confundida com o indivíduo das classes mais baixas, formada pelos desempregados, pelos beneficiários de benefícios assistenciais e pela massa de operários, comerciários e pequenos agricultores.

A ideia mais ampla de cidadania enxerga atribuí ao indivíduo não apenas os direitos de votar e ser votado, mas, e principalmente, a condição de pessoa inteiramente integrada na sociedade em que vive.

Essa integração, traduzida em termos jurídico-constitucionais, implica na construção de um indivíduo que tem acesso a todos os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões.

Ou seja, trata-se de pessoa que goza de todas as liberdades públicas, como a liberdade de ir, vir e permanecer, a liberdade de reunião, expressão, de imprensa, de associação em

sindicatos etc. Também tem todos os direitos alusivos ao devido processo legal respeitados em todas as esferas, ou seja, tanto administrativamente, quanto judicialmente, tanto no plano do direito civil, trabalhista, tributário, quanto no plano do direito criminal. São exemplos desses direitos o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a presunção de inocência, a assistência judiciária de qualidade. No que toca aos direitos de primeira dimensão, não podem ser esquecidos aqueles relacionados à vida, à integridade física e moral, bem como à intimidade das pessoas. Claro, fechando os direitos de primeira dimensão, também se encontra o direito de propriedade e os direitos políticos, os quais, repita-se, não são apenas os direitos de votar e ser votado, mas, e principalmente, o direito de fiscalizar a atuação de todos os agentes públicos do Estado, políticos ou não.

Tão importante quanto os direitos de primeira dimensão, são os direitos de segunda dimensão. Dentre eles, o mais destacado é, sem dúvida alguma, o direito a receber uma educação de qualidade, capaz de promover a formação do indivíduo e dar-lhe independência e condições para que possa exercer os direitos de primeira dimensão.

Sim, pois, que tipo de direito político pode ser exercido pelo iletrado, pelo analfabeto funcional, ou seja, por aqueles que não possuem capacidade de, minimamente, a realidade política e institucional do país em que vivem, e mais, para compreender a atuação dos seus representantes políticos.

Sem educação, é certo, não há qualquer sentido em se falar em democracia, pois o exercício dos direitos políticos por parte daquele que apenas desenha seu nome em uma folha de papel não tem a qualidade suficiente para edificar uma sociedade onde imperem os valores republicanos e democráticos.

No plano dos direitos de segunda geração, pode-se citar ainda os direitos culturais, os quais são aqueles relacionados com as manifestações culturais diversas de cada povo, cada etnia, cada tradição, bem como os direitos econômicos, que são aqueles relacionados à condução dos assuntos econômicos do Estado com vistas a se reduzir as desigualdades sociais e garantir a todos uma existência digna, dentro de parâmetros e valores de justiça social.

No plano dos direitos sociais encontra-se também dois dos mais importantes direitos das sociedades atuais, o direito do trabalho e o direito previdenciário.

O direito do trabalho, destaque, inclusive, dentre todos que citamos, ao falarmos das gerações ou dimensões de direitos, é um dos únicos que se realiza no plano estritamente privado, ou seja, nas relações jurídicas travadas como decorrência não do poder e ascendência do Estado sobre os indivíduos, mas do poder e ascendência do capital sobre os indivíduos.

Assim, se a base das relações de direito público é a soberania estatal e o bem comum, a base das relações trabalhistas é a propriedade e a exploração do capital pelo trabalho.

Por fim, a cidadania não se complementa, a não ser que também seja garantidos os direitos de terceira geração, os quais são aqueles relacionados com a autossustentabilidade de todas as ações, atividades e instituições sociais, inclusive sob o ponto de vista ambiental e econômico, bem como aqueles relacionados com o respeito e a defesa do consumidor.

Em tais termos, quem é o cidadão?

Cidadão é aquele indivíduo que, para muito além de poder votar e ser votado, está totalmente integrado na sociedade, pois goza ou tem assegurada a oportunidade de gozar dos direitos integrantes de todas as gerações acima comentadas.

Não há, pois, que se falar em cidadão que vota, mas é analfabeto. Não há, pois, que se falar em cidadão que é alfabetizada, mas nunca teve a oportunidade de frequentar uma universidade. Não há, pois, que se falar em cidadão que tem liberdades, mas que não tem direito a uma previdência para fazer frente aos infortúnios da vida. Não há, pois, que se falar em cidadão que tem previdência, mas não tem direito a um salário-mínimo capaz de atender às suas despesas básicas com moradia, alimentação, vestuário, lazer etc. Não há, pois, que se falar em cidadão que vota, mas trabalha em condições de humilhação constante e violação à sua intimidade.

Em suma, o cidadão é o resultado do cumprimento do pacto constitucional espelhado pelo catálogo de direitos fundamentais. Se cumpridos estes, aí teremos a figura do verdadeiro cidadão. Ao contrário, quanto menos uma sociedade estiver distante de cumprir o seu pacto social, muito mais distante estará a figura do cidadão e, inexistente, será a própria república ou democracia.

O cidadão não existe em sociedades que não cumprem ou vilipendiam os direitos fundamentais.

3.- DIFERENÇA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

Aqui, uma pequena parada para fazer a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos.

Ambas as categorias constituem-se de normas jurídicas, estas compreendidas como os enunciados veiculadores de comandos dirigidos a pessoas, grupos, autoridades ou entes políticos e que são formalizados através das fontes que o Estado reconhece como legítimas.

Ambas as categorias são compostas de normas que têm no valor da dignidade da pessoa humana a sua razão de existir. Em outras palavras, tanto os direitos fundamentais, quanto os direitos humanos são normas que tem por fim assegurar, promover, fomentar e proteger a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, qual a diferença básica entre eles?

A diferença situa-se apenas no plano de sua origem, pois, enquanto os direitos humanos tem origem no plano político internacional e, portanto, se materializa através de tratados, convenções e declarações, os direitos fundamentais tem origem no plano doméstico dos Estados e são materializados através das constituições.

Direitos fundamentais e direitos humanos, portanto, são normas que se complementam, porque tem o mesmo objetivo, porém têm origem em plano diverso.

Qual deles teria nascido primeiro?

Parece-nos mais correto dizer que os direitos fundamentais nasceram primeiro, porém somente se desenvolveram após o surgimento dos direitos humanos.

É que os direitos fundamentais surgem no contexto das revoluções liberais do século XVII e XVIII, quais seja, a Revolução Gloriosa, na Inglaterra, a Revolução Francesa e a Independência das treze colônias na América do Norte. Esses eventos são localizados e, portanto, não são internacionais.

Todavia, sua influência sobre o mundo ocidental foi tamanha que eles se espalharam por diversas outras sociedades. Porém, somente após a II Guerra Mundial, com a criação da ONU e a Declaração Universal de Direitos Humanos, é que o constitucionalismo ganhou força e se espalhou por todo o mundo ocidental de forma intensa.

Por essas razões, é certo se dizer que os direitos fundamentais, locais, se desenvolveram primeiro, foram seguidos pelo desenvolvimento dos direitos humanos, internacionais, e estes, a seu turno, impulsionaram de forma decisiva o desenvolvimento dos direitos fundamentais por todo o mundo ocidental com intensidade jamais vista.

4.- A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS

Após trabalhar a ideia de cidadania, de direitos fundamentais e de direitos humanos, chega o momento de trabalharmos a ideia de dignidade da pessoa humana.

Linhas atrás, dissemos que a cidadania e a dignidade da pessoa humana comporiam o início e o fim dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

Vimos que a cidadania é o fim, porque o cidadão somente existe quando esses direitos são efetivados, ou seja, são implementados na prática.

E a dignidade da pessoa humana? Por que seria o começo?

Seria o começo, porque os direitos humanos e os direitos fundamentais somente existem para promovê-la e protegê-la.

Assim, a ideia de dignidade da pessoa humana está no compromisso político-constitucional de proteger, desenvolver e efetivar os direitos fundamentais e os direitos humanos, e a ideia de cidadania plena surge quando esse compromisso é cumprido.

Em outras palavras, a cidadania existe, quando presente o estado de dignidade, e é essa a razão pela qual cidadania e dignidade são postas como base do Estado brasileiro. Sem elas não há que se falar em República, Democracia nem Federação. Sem elas não há que se falar em Estado, sequer. Sem elas, vive-se o engodo de uma sociedade que explora e engana, mantendo grandes contingentes na pobreza e na submissão, ou seja, na condição de subcidadãos.

Dessa maneira vê-se quão grande é a importância dos direitos fundamentais e dos direitos humanos para uma sociedade.

Não é por outra razão que a história dos direitos fundamentais é, literalmente, marcada por muito sangue, suor e lágrimas, pois ela representou uma luta do povo por sua emancipação, uma luta para sair da condição de servo, de súdito, de escravo e, pouco a pouco, adquirir a condição de cidadão.

Nesse ponto, o importante é frisar que essa luta se desenvolveu, essencialmente, contra os donos do poder. Primeiramente contra os senhores feudais e, em seguida, contra o próprio Estado, pois este foi erguido e seu poder ocupado pelos donos do poder, enquanto o povo era tratado com total submissão.

Assim, a luta pelos direitos fundamentais sempre foi uma luta do povo contra o poder público, ou seja, contra o Estado, de maneira que, tradicionalmente, é no contexto das relações jurídicas de direito público que os direitos fundamentais foram construídos e aplicados durante séculos.

Dessa maneira, falar na aplicação desses direitos no contexto das relações jurídicas privadas constituem-se em relativa novidade e é exatamente por isso que a Justiça do Trabalho apenas recentemente vêm incorporando em sua jurisprudência a aplicação de alguns desses direitos.

5.- A JUSTIÇA DO TRABALHO E OS DIREITOS HUMANOS

Os magistrados da Justiça do Trabalho incorporaram, ou não, a gramática dos direitos fundamentais ao direito trabalhista? Eles têm consciência da necessidade de se dar máxima efetividade às normas de direitos fundamentais?

Eles percebem que já não há mais diferenças entre a aplicação dos direitos fundamentais no planos das relações jurídicas de direito público e no plano das relações jurídicas de direito privado?

Estas indagações representam o cerne do problema que se pretende examinar, a partir da análise da jurisprudência trabalhista, a fim de tirar conclusões capazes de respondê-las.

As respostas, acredita-se, ajudarão a compreender melhor a Justiça do Trabalho, bem como a apontar sugestões com o objetivo de aprimorar a prestação jurisdicional, aproximando-a do ideal do Estado Democrático de Direito pleno, o qual exige o irrestrito respeito aos direitos fundamentais.

Trabalhamos com a hipótese de que a Justiça do Trabalho ainda não confere às relações jurídicas trabalhistas, portanto aquelas travadas entre particulares, a mesma estatura que o Poder Judiciário não especializado dispensa às relações jurídicas entre o cidadão e o Poder Público, no tocante à aplicação e efetivação dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais nasceram e, em suas diversas fases de construção desenvolveram-se, a partir da luta do cidadão contra o Estado: desde a luta pelos direitos civis (liberdades públicas) e políticos até, especialmente, a batalha pela construção e efetivação dos direitos de segunda geração, como é o caso dos direitos sociais. Dessa forma, em razão dessa origem, ao que parece, a Justiça Trabalhista enxerga diferentemente, no que tange à aplicação dos direitos fundamentais, as relações jurídicas entre particulares e as aquelas relações jurídicas travadas o cidadão e o Estado.

É possível que essa hipótese inicial não se confirme e a pesquisa revele que a Justiça do Trabalho incorporou e zela pela "eficácia horizontal" dos direitos fundamentais, o que se apresenta como uma segunda hipótese da pesquisa, como também é possível que se chegue à conclusão que aponte para um meio termos, ou seja, que a Justiça do Trabalho está em fase de transição para uma plena realização da "eficácia horizontal" dos direitos fundamentais, o que seria uma terceira hipótese.

6.- OS MARCOS LEGAL E TEÓRICO

Com relação ao marco legal, este se encontra no artigo 5.º e seus incisos da CF/88, pois é lá que estão fixados os direitos e garantias fundamentais. Não há, contudo, nenhum dispositivo, em nossa Carta Magna, que explicita a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações estritamente privadas, todavia, por outro lado, não há nenhum que impeça tal aplicação. No direito comparado, podemos citar a Constituição portuguesa de 1976, a qual, expressamente, ao contrário da nossa, afirma que também os particulares estão sujeitos aos mesmos mandamentos que o poder público, no tocante ao dever de observância dos direitos fundamentais.

No que diz respeito ao marco teórico, por ora, encontramos três autores brasileiros a tratar o tema de forma consistente. São eles: Ingo Wolfgang Sarlet (A Eficácia dos direitos fundamentais), Wilson Steinmetz (A vinculação dos particulares a direitos fundamentais) e Virgílio Afonso da Silva (A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares). Todos são unânimes em defender a aplicação dos direitos fundamentais nas relações estritamente privadas, sem qualquer restrição, mesmo diante da não existência de norma constitucional expressa nesse sentido.

7.- A JURISPRUDÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

São objetivos gerais: pesquisar a jurisprudência da Justiça do Trabalho, nos casos em que estão em jogo a efetivação dos direitos fundamentais, compará-la com a jurisprudência da Justiça Federal e avaliar se há diferença de tratamento no julgamento de relações jurídicas entre particulares e entre aquelas em que o Estado aparece em um dos polos, como é o caso das relações jurídicas existentes no âmbito do Direito Administrativo, Tributário e Previdenciário.

A pesquisa partirá da análise das diferenças e da caracterização das relações jurídicas trabalhistas e aquelas em que o Estado ocupa um dos polos. Em seguida, far-se-á um estudo acerca da evolução e caracterização dos direitos fundamentais. Após, analisar-se-á a jurisprudência da Justiça do Trabalho e também da Justiça Federal. Por fim, serão descritas as conclusões alusivas às perguntas contidas no problema.

Com relação à fundamentação, a dividirei em quatro partes: (i) a fundamentação normativa, ou seja, o marco legal existente acerca do tema; (ii) a fundamentação teórica, que diz respeito ao marco doutrinário acerca do tema; (iii) a fundamentação jurisprudencial, a qual

abordará decisões judiciais que enfrentaram a matéria e, finalmente, (iv) a fundamentação fática, resultado da pesquisa de campo acima noticiada e que se pretende fazer com magistrados da Justiça do Trabalho.

A seguir, dois casos em que a expressão "eficácia horizontal" aparece na jurisprudência do TST:

Nesse ponto, é preciso ter em mente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que também nessa esfera os valores constitucionalmente consagrados devem ser prestigiados. Nesse sentido já se posicionou o Supremo Tribunal Federal (faço a citação abaixo na íntegra, apesar de longa, porque essencial):

EMENTA: I. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Enfatizando aspectos essenciais da controvérsia, prossegue o julgado:

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E

AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. Recurso extraordinário desprovido" (RE 201819/RJ, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 11/10/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 27-10-2006). [...]

(Processo: RR - 124-39.2011.5.10.0019 Data de Julgamento: 08/04/2014, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/05/2014.)

Acerca do tema, envolvendo o mesmo Réu, esta E. 1ª Turma já teve oportunidade de manifestação, em voto da lavra do Des. EDMILSON ANTONIO DE LIMA, TRT: 01429-2012-322-09-00-9 (RO), publicado em 04/12/2012, cujos fundamentos adotam-se como razões de decidir (faço a citação abaixo na íntegra, apesar de longa, porque essencial):

HORAS EXTRAS - INTERVALO INTERJORNADAS - INTERVALO INTRAJORNADA

O autor insurge-se contra a decisão de origem, alegando que são devidas horas **extras** excedentes da 6ª diária, pois trabalhava em dobras, como demonstram os horários registrados em seus demonstrativos, e que não eram respeitados os intervalos previstos nos arts. 66, 67 e 71 da CLT, de modo que também são devidas as horas extras em razão desse desrespeito. Portanto, o autor requer a condenação do réu em horas extraordinárias pelo excedente diário e por violação aos intervalos inter e intrajornadas (fls. 705/711).

Analisa-se.

O art. 7º, XXXIV, da Constituição da República estabelece a "igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso". Garante também "remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal", além de prever "jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva" (incisos XVI e

XIV). Esses dispositivos regulam suficientemente o pagamento de horas extras, de modo que a ausência de referência a esse direito na Lei nº 8.630/1993 ou na Lei nº 9.719/1998 não exime a parte ré do cumprimento da norma constitucionalmente assegurada. Típica hipótese de eficácia horizontal do direito fundamental.

Parece bastante **claro** que a igualdade preconizada no referido inciso XXXIV abrange os direitos consagrados nos incisos XIV e XVI. É certo que essa igualdade não é absoluta, pois a Constituição garante também a igualdade entre trabalhadores urbanos e rurais (caput do art. 7º), e nem por isso o regime jurídico aplicável a cada um desses grupos é exatamente o mesmo. Porém, cumpre observar que tais direitos, comuns a urbanos e rurais, correspondem, na verdade, exatamente aos preceitos alinhavados no art. 7º da Constituição de 1988. Opera-se a mesma situação com o trabalhador avulso e o trabalhador com vínculo de emprego, no limite das igualdades fáticas.

Inegável que, em relação ao trabalho portuário avulso, a negociação coletiva ganha **importância** mais relevante que em outros campos. Há maior espaço para sua atuação na regulação das condições de trabalho do setor, em razão do disposto no art. 29 da Lei nº 8.630/1993 c/c o art. 1º da Lei nº 9.719/1998. Isso não significa, porém, que possa a autonomia privada coletiva derrogar regras da Constituição, onde, aliás, reside seu próprio fundamento de validade (art. 7º, XXVI). O entendimento aqui adotado encontra respaldo na jurisprudência: (...)

Dando ênfase aos aspectos essenciais da controvérsia, prossegue o eminente relator:

Em que pese ser o OGMO o órgão responsável pela gestão dos serviços realizados, **inclusive** pela escalação dos trabalhadores junto aos operadores portuários, o fato é que cabe única e exclusivamente ao trabalhador decidir se irá ou não prestar serviços diariamente (art. 4º da Lei nº 9.719/1998), dada a inexistência de vínculo de emprego entre eles (trabalhador - OGMO - operadores) - art. 20 da Lei nº 8.630/1993, e conseqüente subordinação. A propósito, não há previsão legal de penalidade para o trabalhador que não se inscreve para a escalação.

Em razão do exposto, é certo o direito do autor ao adicional de horas extras após a sexta hora diária, quando diante da dobra apenas perante o mesmo operador portuário, mas não a diversos. No trabalho portuário avulso há a celebração de um distinto contrato de prestação de serviços, entre o trabalhador e o operador portuário, a cada ativação daquele nos serviços.

O entendimento sedimentado nesta Primeira Turma é que só há sentido em se falar em **horas** extras dentro de um mesmo contrato de prestação de serviços, isto é, trabalho diário para um mesmo operador portuário. Se existem diversas e sucessivas contratações diárias, deve ser iniciada uma nova contagem da duração de labor.

Trata-se de situação análoga a do contrato de emprego: se o indivíduo mantém dois contratos **com** empregadores diferentes, é óbvio que a carga horária de labor em relação a um dos contratos não deve ser considerada em relação ao outro.

Dando seguimento ao seu raciocínio, complementar o relator:

O OGMO, como gestor da mão de obra avulsa, é responsável solidário pelos créditos do TPA, porém não celebra contrato de prestação de serviços, apenas organiza a contratação entre o prestador de serviços (trabalhador portuário avulso) e o tomador (operador portuário). Portanto, o direito ao adicional de horas extras passa, necessariamente, pela verificação da duração da jornada de trabalho prestada para cada um dos tomadores num determinado dia. Se houver excesso da jornada (além de seis horas) para um mesmo tomador, naquele dia, haverá direito ao adicional de horas extras (art. 7º, XIV e XVI, da CRFB/88), visto que o valor da hora normal já foi pago ao trabalhador; caso contrário, isto é, se houver trabalho de um mesmo trabalhador para distintos tomadores, no mesmo dia, então não há que se falar em horas extras, pois aqui se tem relações de trabalho distintas.

Quanto à demonstração dessas horas extras por excesso da jornada diária ou violação de intervalos legais, enfatiza-se que a ausência de demonstração "contábil" ou "matemática" não impede a condenação respectiva, desde que haja nos autos outros meios fidedignos que permitam ao juízo aferir a existência de trabalho extraordinário (art. 131 do CPC).

A) Horas Extras Diárias

No caso presente, a análise dos demonstrativos de pagamento do autor (fls. 98/160) denuncia a existência de dobras perante o mesmo operador portuário, a exemplo da dobra de turno no dia 16.01.2008 (de 01h às 07h e de 07h às 13h), perante o operador SULGRAIN (fl. 106).

Portanto, ao contrário da conclusão do Juízo de origem, há horas extras.

Nos termos do posicionamento deste Colegiado o respectivo pagamento fica limitado **ao** pagamento do adicional (já que a hora trabalhada já se encontra paga) e apenas nas ocasiões em que a dobra de turno se deu perante o mesmo operador portuário.

Dou provimento parcial ao recurso para condenar o réu ao pagamento do adicional das horas excedentes da 6ª diária, mas apenas quando o excedente diário ou dobra se deu perante ao mesmo operador portuário. Ante a habitualidade, deferem-se os reflexos em repouso semanal remunerado, e sem estes (OJ nº 394 da SDI-1 do TST), em férias acrescidas do terço constitucional, em 13º salário e em FGTS (8%)."

Destaca-se que é certo que este Colegiado vem decidindo pela não aplicação da sentença arbitral em apreço ao caso concreto (Precedente: RO-01473-2010-411-09-00-1, acórdão publicado em 08-07-2011). Contudo, independentemente da aplicabilidade ou não da sentença arbitral, como visto acima, a condenação ao pagamento de horas extras somente é devida em relação ao trabalho prestado ao mesmo operador portuário. Nessa toada,

considerado o posicionamento já adotado pelos integrantes desta E. 1ª Turma quanto ao tema em análise, mantida a uniformidade de decisões, é devido o pagamento de horas extras quando houve dobras para o mesmo operador. Quanto à forma de pagamento do labor extraordinário, o adimplemento fica limitado ao adicional (já que a hora trabalhada já se encontra paga) e apenas nas ocasiões em que a dobra de turno ocorreu perante o mesmo operador portuário.

Defere-se o pagamento do adicional de horas extras, a ser apurado com base nos seguintes critérios de cálculo:

- a) adicional de 50% (cinquenta por cento) sobre as horas laboradas além da 6ª (sexta) diária, quando o excedente diário ou dobra ocorreu perante ao mesmo operador portuário;
- b) pagamento em dobro para as horas extras **realizadas** em domingos e feriados não compensados, com fulcro na Lei nº 605/1949;
- c) a jornada diária deverá ser considerada **como** a soma dos turnos de trabalho iniciados dentro das 24 (vinte e quatro) horas do mesmo dia, para o mesmo operador, a ser apurada com base nos extratos mensais anexados aos autos;
- d) a base de cálculo deverá ser o valor-**hora** específico da faina em que houve o labor suplementar, de modo que nela já constará o adicional noturno (OJ nº 97 da SBDI-1 do c. TST), não sendo o caso de fixação do divisor 180, indistintamente;
- e) reflexos em dsr e, sem esses, em férias com um terço, 13º salários e FGTS (8%).

Posto isso, **dá-se provimento em parte ao recurso do autor e reforma-se a r. sentença** para deferir o pagamento de horas extras, o qual fica limitado ao adicional das horas excedentes da 6ª diária, mas apenas quando o excedente diário ou dobra ocorreu perante ao mesmo operador portuário, com reflexos em repouso semanal remunerado, e sem estes (OJ nº 394 da SDI-1 do TST), em férias acrescidas do terço constitucional, em 13º salário e em FGTS (8%)." [...]

(Processo: RR - 1167-65.2012.5.09.0322 Data de Julgamento: 19/02/2014, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/05/2014.)

8.- A JURISPRUDÊNCIA DO STF

No âmbito do STF, pesquisando-se, a partir do seu sítio, por toda sua jurisprudência, mediante a utilização do argumento "eficácia horizontal", encontra-se apenas uma acórdão tratando do tema. Este julgado, cuja ementa transcrevo abaixo, será objeto de nossa investigação:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas

entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201.819, Relator a Ministra Ellen Gracie)

9.- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, após analisar os conceitos de cidadania, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direitos humanos, é possível concluir no sentido que a o Poder Judiciário e, especial, a Justiça do Trabalho vem, aos poucos, incorporando a ideia de

eficácia horizontal dos direitos humanos na sua jurisprudência e, assim, contribuindo para tornar mais humanizadas as relações jurídicas de direito privada, especialmente as relações jurídicas trabalhistas.

Contudo, ainda são poucos os julgadas que abordam o tema, valendo lembrar que não se trata de aplicar direitos sociais como o direito do trabalho ou o direito previdenciário, direitos fundamentais de segunda dimensão, mas, sim, de aplicar todos os direitos fundamentais, de todas as gerações, naquilo que couber, nas relações jurídicas envolvendo apenas entes públicos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Agassiz (Org.). Dignidade da pessoa humana. São Paulo, Malheiros, 2010.
- BALDI, César Augusto (Org.). Direitos humanos da sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.
- BITTAR, Eduardo C. B. Ética, educação, cidadania e direitos humanos. Barueri, Manole, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos Direitos Humanos. São Paulo, LTR, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. Afirmção histórica dos direitos humanos. São Paulo, Saraiva, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo, Saraiva, 2009.
- RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2012.

UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO SUCESSÓRIO

Ernando Ribeiro da Silva*
Luciane Gomes**

RESUMO: O presente artigo aborda a sucessão do companheiro à luz do conceito de família contido na Constituição Federal de 1988. Descreve a união estável como uma espécie de família amparada pela Carta Magna. Faz estudo sistematizado das Leis ordinárias federais 8.971/94, 9.278/96 e 10.406/02 que regulamentam a união estável. Aponta pontos desfavoráveis de direito entre cônjuge e companheiro(a), notadamente, com a promulgação do Código Civil, artigo 1.790, Lei 10.406 de 2002 que aborda o direito sucessório do companheiro. Destaca a insegurança jurídica trazida pelas mais variadas decisões, nos tribunais brasileiros, e controvérsias referentes a posicionamentos doutrinários. Por fim indica que houve um retrocesso do direito sucessório do companheiro(a) em relação a esposa; demonstra que o Código Civil vigente é injusto em diferenciar companheiro e cônjuge, em confronto claro à Constituição Federal de 1.988.

Palavras- chave: Direito sucessório; companheiro; cônjuge; constituição federal; leis ordinárias federais regulamentadoras.

ABSTRACT: This paper discusses the succession fellow under the concept of family contained in the Constitution of 1988. Describes a stable union as a kind of family supported by the Constitution. Makes systematic study of ordinary federal Laws 8.971/94, 9.278/96 and 10.406/02 regulating the stable. Points unfavorable points of law between spouse and companion, especially with the enactment of the Civil Code, Article 1790, Law 10,406 of 2002 addresses the inheritance law fellow. Highlights the legal uncertainty brought by various decisions, the Brazilian courts, and disputes regarding the doctrinal positions. Lastly indicates that there was a regression of inheritance law fellow in relation to wife; demonstrates that the Civil Code is unfair to differentiate companion and spouse, in clear confrontation with the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Law of Succession, companion; spouse; federal constitution; ordinary federal regulatory laws.

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais; 2. União Estável na Constituição Federal de 1988; 3. A sucessão do companheiro nas leis 8.971/94, 9.278/96 e 10.406/2002; 4. Decisões de Tribunais Estaduais sobre o artigo 1.790 do Código Civil de 2002; 5. Considerações finais; Referências

*Bacharelado em Direito
** Professor Orientador

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A evolução da sociedade reformulou o conceito de família que, apesar das mudanças, pensar em família ainda traz à mente o modelo tradicional, ou seja, um homem e uma mulher ligados pelo casamento e rodeado de filhos, mas o que realmente se percebe hoje são as famílias recompostas, monoparental, homoafetiva e matrimonial. O que permite perceber que a família se pluralizou, ainda assim, continua sendo indispensável para a existência da sociedade e do Estado.

Vislumbrando os fatos da vida, percebeu-se a carência existente no ordenamento jurídico pátrio em reconhecer outras instituições familiares, que não sejam, apenas, as formadas pelo casamento. Nesse contexto reconheceu a união estável como entidade familiar dando-lhe especial proteção, como se pode compreender no seu artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, regulamentado num primeiro momento pela Lei 8.971/94 e, posteriormente, mediante a Lei 9.278/96, exposto no artigo primeiro. O Código Civil de 2002 reserva o artigo 1.723 para falar sobre o assunto. No artigo 226, § 4º, da Carta Magna, nota-se a extensão ao amparo dado à família monoparental, consistente na comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes. Ademais, as relações livres estão chegando a todas as camadas sociais e a sociedade não pode fechar os olhos para essa nova realidade. São definidas não só pela união heteroafetiva, como também por pares homoafetivos, através dos mesmos vínculos de afetividade, companheirismo e solidariedade.

Nesse contexto, a única forma de constituição de família na ótica da igreja católica era a união entre o homem e a mulher, até que a morte os separe, relação aceitável pelo cristianismo, que decorreria do casamento, sendo o principal interesse a procriação, tendo por finalidade a manutenção do padrão de moralidade, sob a justificativa de manter a ordem social, tanto a igreja como o Estado interferia na vida das pessoas, reproduziu o Código Civil de 1916 o perfil da família matrimonializada, hierarquizada, patriarcal, e heterossexual. Até o advento da atual Constituição o casamento era a única maneira de constituição de família. Com a Constituição promulgada a união estável passa a fazer parte de nova espécie de família. A nova carta reconheceu a união estável do homem e da mulher como entidade a ser protegida (art.226, 3º, “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”). No entanto, essa proteção não atribuiu direito sucessório à companheira ou companheiro.

A Carta Magna não regulamentou a união estável, mas facultou à criação de leis infraconstitucionais. A partir do ano de 1994, com a edição das Leis 8.971/94 e a 9.278 em

1996, inicia-se uma nova fase para aqueles casais formados pela união estável e o consequente direito sucessório.

Anos depois, surge o Código Civil de 2002, ampliando em seus artigos a temática constitucional e as leis especiais em seu texto.

O artigo 1723 do Código Civil também estabelece que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Dessa forma, são elementos caracterizadores da união estável: continuidade, união Pública, diversidade de sexos, união duradoura e o objetivo de constituir família.

O código civil de 2002, tão aguardado pela sociedade, conseguiu ser inadequado ao expor o direito sucessório dos companheiros. As Leis 8.971/94 e 9.278/96 trouxe alguns benefícios para a nova modalidade de união fora do casamento. A primeira lei normatiza o direito dos companheiros à alimentos e sucessão, põe à disposição a Lei 5.478/68, para solucionar questões alimentícias; enquanto que a segunda dá proteção ao imóvel destinado a residência, dissolvida a união estável e também regulamenta o artigo 226, § 3º da Carta política. Outro erro apontado pelos juristas é com relação a parte em que se colocou o direito de herança, entre as disposições gerais da sucessão, fora da ordem de vocação hereditária. Foi catalogado em apenas um único dispositivo o direito sucessório dos companheiros, conforme artigo 1.790, *in verbis*:

A companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filho comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Ao que se demonstra, o legislador não foi feliz na confecção deste artigo, pelo uso da palavra “participará” da sucessão em vez de definitivamente usar o termo correto, “herdeiro necessário” como se atribuiu à esposa. Em decorrência desse episódio, trava-se lutas infundáveis junto aos tribunais superiores no sentido de se apontar o melhor caminho para solucionar as lides apresentadas, tendo em vista os clamores pela inconstitucionalidade desse artigo polêmico.

Diante dessas controvérsias, se tem diversas decisões contrárias e à favor apontando a dissonância com a Constituição Federal, pois atinge os princípios albergados, de isonomia, dignidade da pessoa humana, razoabilidade, proporcionalidade e também direitos humanos em relação aos direitos repassados ao cônjuge.

Dessa maneira, é preciso que os juízes de direito se debrucem dentro dos poderes discricionários que alcançam para que tomem posições acertadas no instante de suas sentenças, visando corrigir tão graves distorções elencadas nesse artigo citado do Código Civil de 2002.

2 UNIÃO ESTÁVEL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Brasil da década de 1980 é um país que vivia um momento de democratização. O Código Civil de 1916, vigente à época, mostrava-se anacrônico, pois não conseguia legalizar as uniões “livres” que era uma afronta ao padrão tradicional (Casamento). A promulgação da Constituição de 1988 trouxe em seu bojo, novos conceitos de família, inserindo a união estável. O artigo 226, § 3º da carta magna diz: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Aduz também, que as leis infraconstitucionais farão a devida regulamentação.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.168) coloca: “O grande passo, no entanto, foi dado pela atual Constituição Federal ao proclamar o artigo 226, § 3º. A partir daí a relação familiar nascida fora do casamento passou a denominar-se união estável, ganhando novo status dentro do nosso ordenamento jurídico”.

Na visão do civilista, as relações que se chamava de concubinato ou união livre, passam a ter uma nova nomenclatura, apagando o termo pejorativo – concubinato -, que fez parte das relações amorosas longe dos olhos estatais.

O professor Hélio Borghi faz os seguintes comentários:

Por oportuno e de início, deve-se frisar um ponto importante: a Constituição de 1988, ao se referir a “união estável”, afasta a proteção legal aos casos de relacionamento sexual sem vida em comum, considerados como mera concubinagem e “impuros” (visto que os participantes teriam impedimentos para referida supra; por outro lado, o concubinato “puro” é aquele em que há a união estável albergada pela

Constituição Federal, vida em comum por participantes que vivem como tendo o estado de casado [.....]. (BORGHI ,2005, p.48).

Apesar da união estável ter o status de entidade familiar, o constituinte não equiparou os mesmos direitos sucessórios atribuídos à esposa, interpretando de forma lacunosa.

Como bem analisa o professor Sílvio de Salvo Venosa:

Até a promulgação da constituição, dúvidas não havia de que o companheiro ou companheira não eram herdeiros. A nova carta reconheceu a união estável do homem e da mulher como entidade a ser protegida (art. 226, § 3º, “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”). Contudo, em que pesem algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais isoladas, tal proteção não atribui direito sucessório à companheira ou companheiro. Os tribunais admitiam a divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos (hoje denominados companheiros ou conviventes), a título de liquidação de uma sociedade de fato (Súmula 380 do STF). (VENOSA, 2011, p.142).

Os direitos sucessórios dos companheiros somente se efetivaram após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Na visão de Maria Berenice Dias:

Mesmo com o advento da norma constitucional, que reconheceu a união estável como entidade familiar (CF 226§3º), a jurisprudência resistiu em conceder direito sucessório aos companheiros. (...) Foi somente com o advento da legislação que regulou a norma constitucional que a união estável foi admitida como família, com direitos sucessórios iguais ao casamento (Lei 8971/1994 e 9278/1996). (DIAS, 2008, P.65).

Em sintonia com o enunciado da jurista, em perceber o direito sucessório do companheiro(a), o Superior Tribunal de Justiça profere o seguinte acórdão:

RECURSO ESPECIAL Nº 418.365 - SP (2002/0025728-2)

EMENTA

União estável. Direito da companheira à herança. Lei nº 8.971/94. Lei nº 9.278/96.

1. O advento da Lei nº 9.278/96 não revogou o art. 2º da Lei nº 8.971/94, que regulou o direito da companheira à herança de seu falecido companheiro, reconhecida a união estável.

2. Recurso especial conhecido e provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

A recorrente ajuizou ação declaratória de união estável cumulada com pedido de reivindicação de herança alegando que manteve união estável com o falecido Ozi Camillo, de 1971 a julho de 1998, sendo ambos solteiros.

A sentença julgou procedente o pedido, declarando a existência da união estável, pelo menos de 1986 a 15/7/98, tendo a autora direito à meação dos bens adquiridos na constância da convivência "*e dos bens deixados por seu convivente, ou seja, a Autora é titular da totalidade dos bens em nome do Espólio de Ozi Camillo*".

O Tribunal de Justiça de São Paulo proveu a apelação. Considerou o Acórdão recorrido que a autora não tem direito à herança porque não é herdeira ao fundamento de que a Lei nº 9.278/96 revogou a Lei nº 8.971/94, sendo que com relação "*ao direito à herança (art. 2º, III da Lei n. 8971/94) a lei nova é omissa e neste aspecto poder-se-ia entender que não há incompatibilidade entre as duas leis, embora a nova regule o 3º do art. 226 da Constituição Federal e a união estável*". Para o Tribunal local, a "*Lei nº 9278/96 previu apenas o direito real de habitação*

para o sobrevivente sobre o imóvel da residência da família (art. 7º, único). Tal dispositivo revogou as disposições da lei anterior que concediam o direito de usufruto, posto que tanto a lei antiga quanto a nova estabeleceram direito real sobre coisa alheia e o direito de habitação é mais restrito do que o de usufruto, que o pode conter, além de ser localizado no imóvel de residência da família. Com isto, evita-se o conflito de interesses entre os herdeiros do (a) companheiro (a) falecido e o (a) companheiro (a) sobrevivente, sem que este (a) fique desprotegido (a)". Mas, mencionando a opinião de **Caio Mário** afirma "não ser admissível que o legislador disponha diferentemente sobre um mesmo assunto, com imposições que se excluam, anotando que incompatibilidade pode ser resultante da normação geral instituída em face do que antes existia: "quando a lei nova passa a regular inteiramente a matéria versada na lei anterior, todas as disposições desta deixam de existir, vindo a lei revogadora substituir inteiramente a antiga". Para o Acórdão recorrido a "Lei n. 9278/96 registra um recuo em relação à Lei n. 8971/94, regulamentando todo o instituto com conseqüências mais restritas no caso de morte de um dos companheiros; deixou de atribuir ao sobrevivente direito à herança e substituiu o direito de usufruto pelo de habitação, mantendo, não obstante, o direito à meação. Com isto o legislador concedeu à união estável tratamento diferente do que é dado ao casamento e estimulou a preferência pela união formalizada sob todos os auspícios do Estado". Conclui o Tribunal local pelo provimento da apelação "parareconhecer a sociedade de fato em partes iguais apenas sobre os bens adquiridos durante a convivência do casal, desde 1971, negando o direito da companheira à herança deixada pelo companheiro morto, repartidos os ônus da sucumbência".

A questão é saber se a Lei nº 9.278/96 revogou inteiramente as disposições da Lei nº 8.971/94, ambas disciplinando a união estável. Mais precisamente, se o art. 2º, III, da Lei nº 8.971/94 foi revogado pela Lei nº 9.278/96.

Dúvida não existe sobre a configuração da união estável por longos anos; dúvida não há, igualmente, sobre o falecimento do companheiro da recorrente sem ascendentes ou descendentes e sobre a não existência de testamento.

O art. 2º, III, da Lei nº 8.971/94 conferiu à companheira separada o direito a participar da sucessão de seu companheiro, na falta de ascendentes e de descendentes, cabendo-lhe a totalidade da herança.

A **Lei de Introdução ao Código Civil**, no art. 2º, estabelece que a "lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

O fundamento do Acórdão recorrido é o princípio da normação geral, isto é, a união estável passou a ser regida, exclusivamente, pela lei nova porque o legislador tratou da união estável por inteiro, ab-rogando, portanto, a lei anterior. Socorre-se, assim, na última parte do dispositivo

A Lei nº 9.278/96 não contém dispositivo expresso de revogação da lei anterior, limitando-se ao genérico "revogam-se as disposições em contrário". Resta saber, então, se a questão sucessória foi afastada totalmente do alcance da união estável, limitada, apenas, em caso de morte do companheiro o direito real de habitação previsto no art. 7º.

No **novo Código Civil**, art. 1.790, o legislador incluiu a companheira ou companheiro na sucessão "quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável", explicitando as condições, nelas incluindo o inciso IV, nos termos seguintes: "não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança". A redação será objeto, certamente, de controvérsia, mas, na realidade está no mesmo campo daquela prescrição da Lei nº 8.971/94. Assim, não havendo parentes sucessíveis, a totalidade da herança será atribuída à companheira ou companheiro.

Faz-se, na verdade, uma atribuição absolutamente compatível com a realidade. Uma união duradoura por longos anos, sendo ambos desimpedidos, não justifica a discriminação dos companheiros na hora da sucessão. É certo que o **Código Civil** novo não dispensa os parentes sucessíveis além dos descendentes e ascendentes, guardando um terço da herança para a companheira ou companheiro a participação junto aos demais parentes ditos sucessíveis.

O princípio geral da participação da companheira ou companheiro na herança é uma decorrência do reconhecimento da existência da entidade familiar constituída entre um homem e uma mulher, sem o laço formal do casamento.

A lei anterior regulou o direito dos companheiros à alimentos e sucessão. A lei posterior regulou o artigo 226, 3º, da **Constituição Federal**, tratando, também, dos alimentos e do direito real de habitação, em caso de morte de um dos conviventes, termo nela usado. A lei anterior não cuidou do direito real de habitação, tratando do usufruto nos casos que especifica. Ora, a meu sentir, se não houve expressa revogação da parte relativa à sucessão, isto é, do direito da companheira ou companheiro à herança, não há razão para considerar que houve regulação diversa na lei posterior a provocar a incidência da última parte do art. 2º, 1º, da **Lei de Introdução ao Código Civil**.

Em conclusão, entendo que permanece em vigor o art. 2º da Lei nº 8.971/94, que disciplina o direito da companheira ou companheiro à herança, não o revogando o advento da Lei nº 9.278/96.

Eu conheço do especial e lhe dou provimento para restabelecer a sentença. (RESP.418/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA Julgado em 21/11/2002)

A Constituição de 1988, com a finalidade de ratificar os seus princípios de isonomia, dignidade da pessoa humana e direitos humanos, teve o cuidado de preservar o direito sucessório do companheiro(a) por meio das Leis Infraconstitucionais – 8.971/94 e 9.278/96. A união estável torna-se uma entidade familiar semelhante ao casamento, como ficou evidenciado nos textos apresentados acima.

3 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NAS LEIS 8.971/94, 9.278/96 E 10.406/2002.

A Lei 8.971/, de 29 de dezembro de 1994 foi a primeira a tratar de assuntos relacionados a direitos dos companheiros ou companheiras. Sua finalidade era assentar as garantias jurídicas dos casais que estavam em estado de “união livre ou concubinato puro”. Para sua efetivação, essa relação deve ser pautada em um legítimo desimpedimento de ambos.

3.1 LEI N. 8.971/94

Apresenta-se com redação defeituosa, fala sobre os direitos dos companheiros aos alimentos e à sucessão; todavia não define a união estável, no entanto estabelece alguns critérios: ser cônjuge solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo e convivência com mais de cinco anos ou existência de prole.

Houve muitas celeumas sobre sua interpretação como assevera Sílvia de Salvo Venosa:

Sem dúvida, essa nova legislação representa uma guinada radical nos direitos em proteção à união estável. A primeira dessas leis foi promulgada sem a devida discussão no congresso, tendo o presidente a sancionado no último dia de seu

mandato. O diploma trouxe inúmeras dúvidas de interpretação. Mesmo com a matéria sendo delineada no atual Código, aguarda-se novidade legislativa sobre o tema, o qual espera-se, venha a aplainar as inúmeras dificuldades interpretativas desses diplomas legais. (VENOSA, 2011, p.141).

Apesar das críticas feitas pelo ilustre jurista acima, o magistrado Carlos Roberto Gonçalves evidencia, positivamente:

A lei n.8.971/94 ampliou, no art. 2º, III, o rol de herdeiros estabelecido no art. 1603 do código de 1916 quando determinou a transmissão do patrimônio ao companheiro ou companheira sobrevivente (inciso II), e não aos colaterais, se inexistissem descendentes ou ascendentes. Como requisito, exigia a referida lei a união com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, bem como a prova da efetiva união marital pelo prazo de cinco anos, ou por qualquer tempo, se houvesse prole. (GONÇALVES, 2011, P.188).

Por outro lado, alguns doutrinadores entendem que a presente lei não foi clara na delimitação da união estável, a exemplo do professor Arnold Wald:

Acentue-se que a Lei n. 8971/94 não definia o que se deve entender por união estável. Isto, de fato, foi feito pelo art. 1º da Lei 9.278/96. Aquele estatuto legal simplesmente levou em consideração o lapso temporal de cinco anos, a fim de duradora e capaz de ensejar a aplicação da lei, desde que as pessoas envolvidas fossem solteiras, viúvas, divorciadas ou separadas judicialmente. (WALD, 2007, P.92).

No ponto que aborda o direito sucessório aos companheiros sobreviventes, a lei 8.971/94 diz:

As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I – O(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns;

II – O(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – Na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

No que se refere ao direito de meação, a lei 8.971/94 descreve:

“Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.”

O professor Salvo de Sílvia Venosa, traduzindo Francisco Pizzolante, comenta nesses termos:

Em coro com a doutrina, a matéria sucessória na união estável é a mais complicada entre tantas outras levantadas por essa lei. Esse diploma, como vimos, restringiu os

direitos a que alude, de alimentos, de herança e de meação, aos companheiros com convivência de mais de cinco anos ou com prole. De acordo com essa lei, para fins de meação, a colaboração não se presumia e deveria ser provada em cada caso. (PIZZOLANTE apud VENOSA, 2011, p.143).

Abaixo Agravo de Instrumento 70005560578/RS julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo com relatora a Desembargadora Maria Berenice Dias, conferindo direito de usufruto viual à companheira, em sintonia com a Lei 8.971/94:

Des^a Maria Berenice Dias (Relatora-presidente) –

Primeiramente, incumbe afastar a preliminar de não-conhecimento do recurso, suscitada pelo agravado sob o argumento de que não preenchido o pressuposto recursal da regularidade formal. Ora, a petição de interposição do recurso indica, sim, os nomes e endereços completos dos advogados atuantes no feito, a permitir o pleno exercício das garantias processuais pelas partes por eles representadas. Rejeita-se, pois, a prefacial.

No mérito, o recurso não dispõe de melhor sorte.

Em que pese grassar certo dissenso tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca da possibilidade ou não de conviverem o usufruto viual com eventual legado ou meação a que o cônjuge ou companheiro supérstite tenha direito, filio-me ao entendimento de que, havendo o estatuto civil de 1916 - que rege o presente inventário, por haver a abertura da sucessão ocorrido sob a sua égide -, por seu art. 1.611, § 1º, e a Lei nº 8.971/94, em seu art. 2º, I, instituído o direito ao usufruto nas condições que elenca, dentre as quais não se inclui a da absoluta necessidade financeira, não pode o aplicador do Direito criar tal restrição.

Caso similar foi muito bem abordado pelo Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, quando do julgamento dos Embargos Infringentes nº 70000515536 pelo Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, rogando-se vênua para transcrever as suas pertinentes ponderações, que aqui se adotam como razões de decidir:

“HENRI DE PAGE (in ‘Traté Elementaire de Droit Civil Belga’, T. IX, pág. 240/241), examinando a natureza do usufruto legal do cônjuge supérstite observa que ‘o direito do cônjuge sobrevivente é sucessório quanto à sua fonte; e é um usufruto quanto ao conteúdo’, e que não se confunde o usufruto viual com as demais modalidades de usufruto convencional ou legal.

*Orlando Gomes (in ‘Sucessões’, Forense, 1978, pág. 66) observa a respeito do usufruto viual do cônjuge supérstite que ‘predomina a doutrina que o tem como legatário **ex lege**’ e que ‘não confere a lei direito aos herdeiros de substituir o usufruto pela constituição de renda vitalícia’ e que se ‘a lei não autorizou essa interessante **faculta solutionis**’ é ela inadmissível. Portanto, não é a condição econômica do viúvo que estabelece a existência do direito de usufruto sobre parte dos bens.*

O art. 1.611, § 1º, do Código Civil estabelece, aliás, que para a aplicação do instituto, exigem-se apenas três requisitos, a saber: (a) que o cônjuge sobrevivente não tenha sido casado com o falecido no regime de comunhão universal de bens; (b) que ao tempo da morte persista íntegra a sociedade conjugal e (c) que existam herdeiros necessários, isto é, ascendentes ou descendentes.

E não apresenta restrição alguma ao exercício desse direito pela viúva, como, por exemplo, ter recebido doações, perceber pensão alimentícia ou, simplesmente, não necessitar. A única restrição imposta pelo legislador é que o cônjuge supérstite fará jus a esse direito apenas enquanto perdurar o estado de viuvez.

*Assim, é regra elementar de hermenêutica que, se a lei não impõe quaisquer outras restrições, não é dado ao intérprete fazê-lo, ou seja **ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus**, sendo oportuno lembrar a lição de CARLOS MAXIMILIANO (in ‘Hermenêutica e Aplicação do Direito’, Forense, 1979, pág. 247), que ‘aplica-se a regra geral aos casos especiais, se a lei não determina evidentemente o contrário’ e, depois, citando GIUSEPPE FALCONE, de que ‘quando o texto dispõe de modo*

amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente’.

*Merece ser destacado que o direito de usufruto vidual foi estabelecido pelo legislador no âmbito do direito sucessório e o fez de forma imperativa, ‘terá direito’, como se percebe da simples leitura do art. 1.611, § 1º, do Código Civil, **in verbis**:*

*‘O cônjuge viúvo, se o regime de bens não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta-parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do **de cujus**’.*

Assim, forçoso convir que esse direito é deferido ao cônjuge sobrevivente independentemente de qualquer condição pessoal, social ou econômica, mas limita esse exercício apenas ‘enquanto durar a viuvez’.

Em idêntico sentido também decidiu a Oitava Câmara Cível em precedente assim ementado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. DESNECESSIDADE DE RECONHECIMENTO EM AÇÃO PRÓPRIA. NOMEAÇÃO DA COMPANHEIRA COMO INVENTARIANTE. LEGADO. USUFRUTO LEGAL. Sobejamente comprovada a união estável, é desnecessário o reconhecimento em ação própria para nomeação da companheira como inventariante, mormente quando legatária e mãe de filha herdeira. Possível a cumulação do legado com o usufruto legal da Lei nº 8.971/94. Agravo provido.”(Agravo de Instrumento nº 599.361.029, 8ª Câmara Cível, TJRS, Relator o Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julg. em 05/8/1999).

Portanto, não enxergando no usufruto vidual caráter meramente alimentar ou assistencial e considerando que a lei não excepciona o direito ao usufruto no caso de o cônjuge ou companheiro supérstite restar beneficiado com legado ou meação ou, por algum outro motivo, dele não necessitar, não há como negar tal direito.

Por tais fundamentos, provê-se o agravo. (AgI 70005560578/RS, rel. DESEMBARGADORA MARIA BERENICE DIAS, sétima turma, julgado em 19.03.2003).

A Lei em estudo não foi revogada com a chegada da Lei 9.278/96, aliou-se, no sentido de melhor atender as demandas de união sem casamento, consoante interpretação de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.188) “A promulgação da Lei 9.278/96 e a manutenção de direitos à companheira do que à esposa”.

3.2 LEI 9.278/96

A Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, regulamenta o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

Atribuiu direito real de habitação ao companheiro para o imóvel destinado à residência da família, no caso de não constituir nova união.

A nova lei prescindiu alguns requisitos exigidos pela Lei 8.971/94, conforme explicação de Carlos Roberto Gonçalves:

Com o advento da lei n. 9.278/96 não mais se exigiam todos esses requisitos para caracterização da sociedade de fato, pois o seu art. 1º reconhecia “como entidade

familiar a convivência duradora, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Bastava a prova do estabelecimento da sociedade conjugal de fato, com a formação do patrimônio. Vivendo uma pessoa com cônjuge e companheiro, separavam-se as meações de conformidade com as aquisições havidas durante cada união. (GONÇALVES, 2011, P.188).

O lapso temporal, de cinco anos, exigido pela Lei 8.971/94, para definir o termo companheiro(a), foi elidida pela nova lei em comento. Os benefícios, para os companheiros(as), foram notórios com as duas leis em vigor, a ponto do mesmo jurista se expressar dessa forma:

A promulgação da lei 9.278/96 e a manutenção de dispositivos da Lei n. 8.971/94 que não conflitassem com aquela acabaram por conferir mais direitos à companheira do que à esposa. Esta poderia ter o usufruto vidual ou o direito real de habitação, dependendo do regime de bens adotado no casamento, enquanto aquela poderia desfrutar de ambos os benefícios. (GONÇALVES, 2011, P.188).

A lei em debate trouxe o amparo aos conviventes no momento de ruptura dessa relação, no caso de morte, conforme coloca com maestria Arnold Wald (2007, p.92) “Até a entrada em vigor da Lei 9.278/96, nenhuma norma cuidava dos casos de dissolução dessa união estável pela morte de um dos companheiros [...]”.

Na atualidade, quando o companheiro sobrevivente busca o reconhecimento e a dissolução da união estável bate às portas do judiciário, para ver sua pretensão atendida, amparado pela citada lei, conforme decisão do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.278/96, PARTILHA DE BENS. CONJECTÁRIO DO PEDIDO DE DISSOLUÇÃO. NÃO CARACTERIZADAS AS EXCEÇÕES À MEAÇÃO PREVISTAS NO § 1º DO ART. 5º DA LEI Nº 9.278/96. ACÓRDÃO MANTIDO.

1. Às uniões estáveis dissolvidas após a data de publicação da Lei nº 9.278/96, ocorrida em 13.5.1996, aplicam-se as suas disposições.

2. Os bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável, individualmente ou em nome do casal, a partir da vigência da Lei nº 9.278/96, pertencem a ambos, dispensada a prova de que a sua aquisição decorreu do esforço comum dos companheiros, excepcionado o direito de disporem de modo diverso em contrato escrito, ou se a aquisição ocorrer com o produto de bens adquiridos em período anterior ao início da união (§ 1º).

3. A meação constitui-se em conjectário do pedido de dissolução da união estável, não estando o julgador adstrito ao pedido de partilha dos bens discriminados na inicial da demanda.

4. Na hipótese dos autos, embora decretada a revelia, não logrou a demandante demonstrar qualquer uma das hipóteses do § 1º do art. 5º da Lei nº 9.278/96 para fins de afastar a presunção de condomínio sobre o patrimônio adquirido, ainda que exclusivamente em seu nome, a título oneroso durante a vigência da união estável.

5. Ademais, é certo que a Lei nº 9.278/96 não exige, como previa o regime anterior, a prova de que a aquisição dos bens decorreu do esforço comum de ambos companheiros para fins de partilha.

6. Recurso parcialmente conhecido e não provido.

(Resp. 1021166/PE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 08/10/2012).

Outro ponto em destaque nesta lei é a mudança de Vara, antes era de competência da Vara cível, pois se tratava de direitos obrigacionais, agora com a promulgação da Constituição, passa-se a competência a Vara de Família, conforme explica Inácio de Carvalho Neto (2007, p.179) “Até a Constituição de 1988, como vimos, a matéria do concubinato era tida como direito de sociedade, não de direito de família, e por esta razão se afirmava que a competência para julgar tais causas era da Vara Cível. A partir da Constituição de 1988, no entanto passou-se a reconhecer que a questão é de direito de família, (...)”.

3.3 LEI 10.406/2002

Com o advento do Código Civil de 2002, no qual foi inserido matérias sobre a união estável, já faladas nas leis anteriores (8.971/94 e 9.278/96), o legislador cataloga o assunto no artigo 1.723, assim: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Nesse sentido, adverte Inácio de Carvalho Neto em tom peculiar:

Antes, contudo, deve-se observar que, para se falar em direito sucessório, é necessário estar caracterizada a união estável. Não estando configurada a relação estável, ou havendo impedimentos matrimoniais, ou seja, tratando-se de mero concubinato, nos termos do art. 1.727, não se pode falar em direito sucessório a este título. (NETO, p.184).

O dispositivo que disciplina a matéria de sucessão dos companheiros, no novo Código Civil, é motivo de duras críticas nos bastidores doutrinários. Eis o conteúdo do artigo 1.790, *in verbis*:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas seguintes condições:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao

Filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Carlos Roberto Gonçalves se expressa dessa maneira:

O Art. 1.790 do Código Civil, inexplicavelmente alocado nas disposições gerais hereditária, preceitua que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, sem receber, no entanto, o mesmo tratamento do cônjuge sobrevivente, que tem maior participação na herança e foi incluído no rol dos herdeiros necessários, ao lado dos descendentes e ascendentes. (GONÇALVES, 2011, P.190).

Por outro lado, Inácio de Carvalho Neto (2007, p.182) fala desse equívoco nestes termos “A primeira crítica a se fazer ao novo Código é o tratamento distinto da matéria. Não havia razão para diferenciar cônjuge e companheiro em matéria sucessória, sobretudo porque a igualdade já tinha sido alcançada anteriormente”.

Descontente com a localização do referido artigo no Código Civil de 2002, compactuando com as ideias do mestre Gonçalves, opina o juiz aposentado, no Estado de São Paulo, Sílvio de Salvo Venosa:

A impressão que o dispositivo transmite é de que o legislador teve reboços em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar ordem de vocação hereditária. Desse modo, afirma eufemisticamente que o consorte da união estável “participará” da sucessão, como se pudesse haver um meio-termo entre herdeiro e mero “participante” da herança. Que figura híbrida seria essa senão a de herdeiro! VENOSA (2011, P.149).

Ao ler o caput do artigo acima, percebe-se que o códex incluiu, somente, para sucessão do companheiro(a) os bens adquiridos onerosamente na vigência da união. Quanto aos bens gratuitos – herança e doação, o companheiro(a) não teria direito, sendo convocado outros herdeiros, na ordem sucessória do Código Civil.

Arnold Wald (2007, pág.99) explica como seria, na prática esse evento:

Ora, tal situação conduz, eventualmente, a herança a ser integralmente destinada ao Município, ao Distrito Federal ou à União, nos termos do código, considerando a inexistência de bens adquiridos a título oneroso durante a união, e a presença de bens adquiridos antes da união ou a título gratuito durante a união. (WALD,2007, p.99)

É uma situação de extrema rigidez a participação da companheira na sucessão. Leva em conta os bens adquiridos de forma onerosa, justificado pela forma de comunhão parcial de bens, quando fica contratado no início da relação. Ademais, a posição em que ocupa na ordem sucessória, após o lugar destinado aos colaterais, é injusta ao comparar com a posição ocupada pela esposa autenticado pelo artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

Nesse contexto, é o que afirma a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao julgar o agravo de instrumento, ratificando a constitucionalidade do questionável artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. PARTICIPAÇÃO DA COMPANHEIRA NA SUCESSÃO APENAS EM RELAÇÃO AOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. EXCLUSÃO DOS BENS PARTICULARES. APLICAÇÃO DO ART. 1790 DO CC. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Ao estabelecer no art. 1790 do CC que a companheira ostenta a condição de herdeira, em concorrência com descendentes do falecido, apenas em relação aos bens particulares, ao invés da propalada violação ao princípio a igualdade, quis o legislador prestigiar a igualdade material, tratando de forma diferente situações reconhecidamente desiguais. 2. (TJ-RS - AG: 70040781395 RS , Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 24/02/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/03/2011).

O artigo 1790, inciso I faz a seguinte previsão: “Quando o companheiro concorrer com filhos comuns terá direito a mesma quota equivalente atribuída aos filhos”.

Neste sentido, Maria Berenice Dias comenta dessa maneira:

Desse modo, se todos os herdeiros forem filhos do casal, a fração que recebe o companheiro é igual a de seus filhos, uma vez que a herança é dividida por cabeça entre todos: conta-se como se fosse mais um filho. Portanto, se há um só filho, a herança é dividida por dois. Sendo dois filhos, eles recebem dois terços da herança, e o companheiro um terço. O mesmo ocorre se forem três os filhos: cada um recebe uma quarta parte, e assim por diante. A divisão é sempre igual entre os filhos e o seu genitor. (DIAS, 2008, P.175).

Silvio de Salvo Venosa (2011, p.152) faz uma crítica ao inciso acima, “inexplicável que o dispositivo diga que essa quota será igual à que cabe “por lei” aos filhos. Não há herança que possa ser atribuída sem lei que o permita”.

No entendimento do ilustre doutrinador, somente a lei pode tutelar, amparar o patrimônio após a morte de seu titular.

Nos termos do artigo 1.725 do Código Civil, “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. Quando os companheiros definem o regime de bens em contrato, deixa-se de aplicar o artigo 1.790, I do Código Civil e passa-se a vigorar o acordado entre as partes, por

fazer leis entre os pactuantes; como suporte do que declara, abaixo excerto nesse entendimento:

SUCESSÕES. UNIÃO ESTÁVEL. ESCRITURA PÚBLICA PACTUANDO O REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. DIREITO SUCESSÓRIO. CONCOMITÂNCIA. PREVISÃO LEGAL. AQUISIÇÃO ONEROSA DE BEM IMÓVEL EM PERÍODO ANTERIOR À CONVIVÊNCIA.

1. O direito à meação não obsta o reconhecimento concomitante do direito sucessório da companheira sobrevivente, em relação ao patrimônio adquirido onerosamente na constância da união estável, por força do art. 1.790, I, do Código Civil. Diferentemente do que ocorre com o cônjuge, o direito sucessório do companheiro não está vinculado ao regime de bens vigente.

2. A analogia é recurso hermenêutico que se destina a colmatar lacunas legislativas. Inaplicável, porém, aqui, diante de regra expressa que regulamenta a matéria em exame. Incabível, assim, aplicar ao caso, por analogia, o art. 1.829, I, do Código Civil. Inexiste, ademais, qualquer inconstitucionalidade no tratamento sucessório diferenciado com que são contemplados os cônjuges e os companheiros. (SEGREDO DE JUSTIÇA)

3. O direito sucessório da companheira, na concorrência com descendentes, restringe-se aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, o que não é o caso aqui.

NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70012430351, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/10/2005, Dje 14/10/2005).

Na forma do inciso II do artigo 1.790, “se o convivente concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um deles”.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2011, p.152) “Atribui-se, portanto, peso 1 à porção do convivente e peso 2 à do filho do falecido ou falecida para ser efetuada a divisão na partilha”.

Neste mesmo passo assinala Maria Berenice Dias:

Quando os herdeiros são filhos somente do autor da herança, eles recebem o dobro do companheiro sobrevivente. Ou seja, ele faz jus à metade do que recebe cada um dos enteados. Para proceder à partilha, o jeito é multiplicar por dois o número de filhos e somar mais um, que é a fração do parceiro. Assim, se dois forem os filhos, a herança precisa ser dividida por cinco, recebendo cada filho duas partes e o companheiro uma parte. (DIAS, 2008, p.175).

“No entanto, se houver filhos comuns com o de cujus e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro(a). Os filhos, não importando a origem, possuem os mesmos direitos hereditários”, conforme entendimento de Sílvio de Salvo Venosa (2011, p.152).

É com o mesmo entendimento que o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves se posiciona:

Por conseguinte, o inciso II do art. 1.790 do Código Civil só garante aos descendentes quinhão correspondente ao dobro do que for atribuído à companheira quando forem todos descendentes exclusivos do de cujus. Havendo descendentes

comuns e unilaterais, aplica-se a regra do inciso I, assegurando à companheira quinhão igual ao daqueles. (GONÇALVES, P.196).

A companheira recebe a metade do que for atribuído aos filhos exclusivos do morto, se os bens forem adquiridos onerosamente, diz o artigo acima e o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, abaixo:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em dar provimento ao agravo de instrumento.** Custas na forma da lei. Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **Des. Claudir Fidélis Faccenda e Des. Alzir Felipe Schmitz.**

Porto Alegre, 17 de junho de 2010.

DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS,

Presidente e Relator.

RELATÓRIO

Des. Luiz Ari Azambuja Ramos (PRESIDENTE E RELATOR)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LUCIANO M. D., nos autos do inventário de bens deixados pelo falecimento de *Ivo P. D.*, de decisão que equiparou a companheira à condição de herdeira para fins sucessórios, determinando a aplicação da regra inscrita no art. 1.829, I, do CCB. Em suas razões, em suma, esgrime inconformidade contra a forma de participação da companheira na partilha do patrimônio, sustentando que, conforme restou delimitado no curso da ação declaratória, a agravada possui direito somente em relação aos bens adquiridos onerosamente e na vigência da união estável. Afirma não ser o caso de aplicação do inciso III do art. 1.790 do CCB, uma vez que a companheira não está concorrendo com herdeiros colaterais ou estranhos, cuja inconstitucionalidade, aliás, restou afastada pelo Órgão Especial deste Tribunal. Acrescenta que ao inventariante restou fixado prazo improrrogável de trinta dias para a apresentação do plano de partilha, com o que imperiosa a suspensão dos efeitos da decisão combatida, sob pena de causar graves e irreparáveis prejuízos aos demais herdeiros.

Requer, assim, seja atribuído efeito suspensivo ativo ao recurso e, ao final, o seu provimento, determinando que o plano de partilha obedeça ao disposto no art. 1.790 do CCB, afastando-se a condição de herdeira para a agravada em relação aos bens adquiridos pelo extinto antes da união estável e os havidos a título não oneroso. Indeferida a suspensividade, dispensadas as informações. Sem contra-razões, o Dr. Procurador de Justiça, instado a se manifestar, declina da intervenção, ausentes as hipóteses do art. 82 do CPC.

É o relatório.

VOTO

Des. Luiz Ari Azambuja Ramos (PRESIDENTE E RELATOR)

Eminentes colegas. A inconformidade do agravante, inventariante dos bens deixados pelo falecimento de *Ivo P. D.*, cinge-se à equiparação da companheira à condição de herdeira em relação a todos os bens particulares do falecido, sustentando que contraria a decisão levada a efeito nos autos da ação declaratória de união estável movida contra a sucessão, na qual reconhecido apenas o direito quanto àqueles adquiridos onerosamente durante a convivência. Não há confundir, primeiramente, direito à meação da companheira, alusivo ao período da união estável - anterior, portanto, ao passamento do autor da herança -, com aquele a que faz jus na condição de herdeira do extinto. Nesse sentido, observa-se que à agravada, nos autos da ação declaratória que moveu contra a sucessão, restou reconhecido, na condição de companheira do falecido, o direito à meação sobre os bens onerosamente adquiridos durante a convivência, inclusive dos frutos resultantes de bens particulares do falecido (processo nº 10501934957 – fls. 190-219). Na qualidade de herdeira, concorrendo com os demais herdeiros, igualmente possui direito de participar da sucessão. Contudo, somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união, de acordo com o que preceitua o art. 1.790 do Código Civil¹, assistindo razão ao agravante. Com efeito, diversamente do entendimento perfilhado pelo decisor *a quo*, não se pode equiparar a companheira à condição de cônjuge casada pelo regime da comunhão parcial de bens, com isso determinando que a divisão do patrimônio observe a regra do art. 1.829, I, do CCB, tal como determinado. E isso porque a Carta Magna não igualou, para todos os fins, os institutos do casamento e da união estável, como se depreende do § 3º do art. 226: “*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”. A Constituição fala em facilitar a conversão, não igualar. Utilizar as mesmas regras é desrespeitar a lei e a própria vontade das partes que não oficializam sua relação, por vezes, por vontade própria, não cabendo ao juiz aplicar ao caso lei prevista para situação fática e juridicamente diferenciada, quando existem regras próprias e válidas. Nesse norte, aliás, registro que o Órgão Especial do Tribunal Pleno, no julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 70029390374, j. em 09.11.09, pelas mesmas razões se estendendo ao comando do inc. II, rejeitou a inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do Código Civil de 2002, afastando o vício suscitado por afronta aos arts. 1º, III, e 206, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Decisão essa que, tomada por maioria qualificada, contém força regimental como regra de observância obrigatória pelos órgãos fracionários da Corte. Em vista disso, a participação da companheira na sucessão, concorrendo com herdeiros filhos do falecido, observada a limitação imposta pelo conteúdo do artigo 1.790, inc. II, do CCB, cinge-se aos bens adquiridos a título oneroso na vigência da união estável. Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento. AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento nº 70036179281, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, julgado em 17/06/2010, Dje 24/06/2010).

O inciso III, do artigo 1.790 do Código Civil preceitua que, se o companheiro sobrevivente “concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança”.

A locução do inciso acima, faz referência à concorrência com os ascendentes e os colaterais até o quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios, primos, tio-avô, e sobrinhos-netos do de cujus). Ao comentar sobre o assunto Silvio de Salvo Venosa assevera:

Se a norma é aceitável no tocante à concorrência com os ascendentes, é insuportável com relação aos colaterais. Imagina-se a hipótese de o convivente sobrevivo concorrer apenas com um colateral, este receberá dois terços da herança e o sobrevivente apenas um terço. Veja também a possibilidade de os netos herdeiros

serem colocados nesse inciso. Na ausência de descendentes, ascendentes, colaterais, o convivente terá direito à totalidade da herança. (VENOSA, 2011, p.153).

Ao se posicionar sobre o assunto Arnold Wald dispara:

O retrocesso é patente se comparado o novo sistema introduzido pelo Código Civil ao sistema jurídico criado e existente durante a vigência das Leis n.8.971/94 e 9.278/96. Diante de tal constatação, deve-se concluir que o companheiro se localiza na frente dos parentes colaterais na sucessão legítima, no que se refere aos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável e, assim, os colaterais não são chamados a suceder tais bens. (WALD,2007, p.101).

Com esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julga o seguinte Agravo de Instrumento, tendo como relator Desembargador Ricardo Raupp Ruschel:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE DA NOVA LEI, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.787. HABILITAÇÃO EM AUTOS DE IRMÃO DA FALECIDA. CASO CONCRETO, EM QUE MERECE AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei.

Preliminar não conhecida e recurso provido.

Agravo de Instrumento

Sétima Câmara
Cível

Nº 70020389284

Comarca de
Uruguaiiana

VANDERLEI DE LIMA
GONCALVES

AGRAVANTE

ESPOLIO DE CARMEN
MARIZA FARIAS GOMES

AGRAVANTE

EUCLIDES FARIAS
GOMES

AGRAVADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em não conhecer da preliminar invocada nas contra-razões e dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **Des.ª Maria Berenice Dias (Presidente)** e **Des. Luiz Felipe Brasil Santos**.

Porto Alegre, 12 de setembro de 2007.

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL,

Relator.

RELATÓRIO

Des. Ricardo Raupp Ruschel (RELATOR)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por VANDERLEI DE LIMA GONÇALVES contra a decisão (fl. 16 e verso) que, nos autos do inventário dos bens deixados por CARMEN MARIZA FARIAS GOMES, deferiu a habilitação do irmão da falecida.

Sustenta que: a) o agravado, irmão da falecida, não é herdeiro necessário, conforme o disposto do art. 1.845 do CC, portanto, não goza dos benefícios concedidos pelo art. 1.846 do CC; b) ante a inexistência de ascendentes ou descendentes, a sucessão será deferida por inteiro ao cônjuge sobrevivente, nos termos do art. 1.838 do CC; c) o agravante e a falecida vivia em união estável desde meados de 1995, quando o agravante vendeu apartamento de sua propriedade a fim de construir uma casa no terreno da companheira; d) o agravado sempre reconheceu a união estável entre sua irmã e o agravante; e) mesmo que Carmen tenha falecido em fevereiro de 2005, não são aplicáveis ao caso as regras previstas no art. 1.790 do novo Código civil, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, já que a união estável foi constituída cerca de 10 anos antes do óbito, em meados de 1995; f) apenas o companheiro tem direito sucessório no caso, não havendo razão para se cogitar o direito sucessório do agravado, ou dos demais irmãos da falecida, eis que apenas parentes colaterais da *de cuius*; g) as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais, vez que a nova lei rebaixou o *status* hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violando os princípios fundamentais da igualdade e dignidade. Requer seja declarada a inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do Código Civil de 2002; e seja reformada a decisão agravada, para indeferir a habilitação do irmão da falecida, afastando-o da sucessão, bem como a todos os demais colaterais que venham a requerer habilitação.

Às fls. 54, o recurso foi recebido no seu efeito meramente devolutivo, pelo eminente desembargador plantonista.

Foram apresentadas contra-razões, nas fls. 56-60, em que o agravado suscita, preliminarmente, que o único bem a inventariar, trata-se de bem incomunicável. No mérito, impugna as razões do recurso, pedindo pelo desprovimento do mesmo.

Vieram-me os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTOS

Des. Ricardo Raupp Ruschel (RELATOR)

A arguição preliminar invocada nas contra-razões não merece conhecida, vez que questão não submetida ao Juízo de 1º grau e nem examinada na decisão atacada.

Ademais, é indiferente à solução do conflito vertido nestes autos a questão atinente ao momento da aquisição do bem que compõe a integridade do patrimônio da autora da herança - se antes ou depois de constituída a união estável -, visto que a discussão diz respeito ao direito ou não do companheiro ou da companheira de herdar a totalidade da herança quando inexistente descendentes ou ascendentes.

Portanto, não conheço da prefacial suscitada.

Na questão de fundo, o recurso merece prosperar.

O agravante traz à baila questão respeitante ao direito intertemporal, em que busca ver reconhecida a incidência de norma anterior ao Novo Código Civil que assegurava ao companheiro direito na totalidade da herança.

Com efeito, dispõe expressamente o artigo 1.787 do atual Código Civil que a sucessão será regulada pela lei vigente ao tempo da sua abertura.

Na espécie, incontroverso que a inventariada faleceu em 1º.2.05. Assim, resta claro que a abertura da sucessão se deu sob a égide da nova legislação civil. Registre-se que tal disposição legal busca justamente regular uma situação jurídica que somente passa a existir após a morte do transmitente. Até então, o que existe em relação aos prováveis herdeiros é apenas uma expectativa de direito.

Entretanto, não há que se falar na espécie em retroatividade, até porque inexistente na hipótese, uma vez que o fato jurídico do qual emanam os direitos aqui buscados, ou seja, o falecimento da inventariada, se deu somente quando vigente o Novo Código Civil.

Desta forma, há que se examinar a situação jurídica das partes contendoras sob a ótica e os ditames do referido diploma legal, independentemente das razões que levaram ao tratamento diferenciado entre cônjuge e companheira.

Todavia, no que respeita à aplicação no caso concreto da regra prevista no artigo 1.790, III, do Código Civil em vigor, há que se reconhecer que o tema exige reflexão, à vista do que dispõe a regra contida no artigo 1.829, III, da mesma Lei.

Vejam os teores das mencionadas disposições legais:

“Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.”

Pelo que se infere dos aludidos dispositivos, enquanto o cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro necessário, o companheiro, apesar de toda evolução do instituto da união estável, não recebeu o mesmo tratamento, tendo sido a sua sucessão regulada de modo diverso, no capítulo das disposições gerais.

No caso em exame, o ponto nodal da discussão diz com o direito ou não de o recorrente, na condição de companheiro, herdar a totalidade da herança de alguém que não deixou descendentes ou ascendentes. Se a ele se confere o *status* de cônjuge, ou se se lhe impõe as disposições do Código Civil de 2002, onde restou estabelecida, mediante interpretação restritivamente literal, distinção entre cônjuge e companheiro, conferindo àquele privilégio sucessório em relação a este.

O tema, que já é objeto de acirrada discussão jurisprudencial, merece exame, não só sob o prisma da concretude do fato, mas igualmente, e, em especial, diante da proteção que o sistema jurídico pátrio outorga à família, quer seja ela família de fato, ou de direito.

Desta forma, à luz desse ponto de partida, ou seja, do princípio de igualdade, não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. *“O equitativo”, explica Aristóteles, ‘embora sendo justo, não é o justo de acordo com a lei, mas um corretivo da justiça legal’, o qual permite adaptar a generalidade da lei à complexidade cambiante das circunstâncias e à irreduzível singularidade das situações concretas.”* (In Pequeno Tratado das Grandes Virtudes, de André Comte-Sponville, Editora Martins Fontes, 2004, págs. 93 e 94).

Negar provimento ao recurso, no caso concreto, em que o direito do recorrente tem por base situação de fato não impugnada pela parte recorrida, ou seja, a união estável com início em 1.995, importa, ao fim e ao cabo, em conferir odioso tratamento desigual entre cônjuge e companheiro, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei.

Não se pode perder de vista, ademais, que a própria Constituição Federal, ao dispor no § 3º do artigo 226 que, *para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*, não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros. Tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil (Lei n.º 8.971/94 e Lei n.º 9.278/96). Não é aceitável, assim, que prevaleça a interpretação literal do artigo 1.790 do CC 2002, cuja sucessão do companheiro na totalidade dos bens é relegada à remotíssima hipótese de, na falta de descendentes e ascendentes, inexistirem, também, “parentes sucessíveis”, o que implicaria em verdadeiro retrocesso social frente à evolução doutrinária e jurisprudencial do instituto da união estável havida até então.

A matéria em discussão ganhou relevância a ponto de haver Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional, propondo a revogação do artigo 1.790 e a alteração do artigo 1.829 do CC 2002 (Projeto de Lei n.º 4.944/2005 – de autoria do deputado Antônio Carlos Biscaia), fruto de estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), afigurando-se oportuna a transcrição da justificativa apresentada pelo autor do Projeto (*In O Cônjuge e o Convivente no Direito das Sucessões*, de Carlos Eduardo de Castro Palermo, Editora Juarez de Oliveira, 2007, págs. 90 e 91), que vem a reforçar os argumentos antes expostos:

“Deve-se abolir qualquer regra que corra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a ampliação do conceito de família, protegendo de forma igualitária todos os seus membros, sejam eles os próprios partícipes do casamento ou da união estável, como também os seus descendentes. A equalização preconizada produzirá a harmonização do Código Civil com os avanços doutrinários e com as conquistas jurisprudenciais correspondentes, abonando quase um século de vigoroso acesso à justiça, e de garantia da paz familiar.”

Assim sendo, propugna-se pela alteração dos dispositivos nos quais a referida equalização não esteja presente. O caminho da alteração legislativa, nesses casos, se mostra certamente imprescindível, por restar indene de dúvida que a eventual solução hermenêutica não se mostraria suficiente para a produção de uma justiça harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, com a consolidação de futuro entendimento sumulado, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais, no seio da família brasileira.”

Cabe consignar, outrossim, que primar pela aplicação literal da regra prevista no artigo 1.790, III, da nova Lei Civil, além de afrontar o princípio da equidade, viola também o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, o que, na hipótese dos autos, ocorreria por parte do irmão da autora da herança em detrimento do companheiro supérstite, que com a falecida convivia desde o ano de 1.995.

Portanto, diante das razões acima expendidas, dou provimento ao recurso para o fim de afastar o agravado da sucessão dos bens deixados pela *de cujus*.

Do exposto, não conheço da preliminar invocada nas contra-razões e dou provimento ao recurso.

Des.ª Maria Berenice Dias (PRESIDENTE) - De acordo.

Des. Luiz Felipe Brasil Santos - De acordo.

DES.ª MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70020389284, Comarca de Uruguaiana: "NÃO CONHECERAM DA PRELIMINAR, E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME." (Agravo de Instrumento nº 70020389284, Sétima turma Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 12/09/2007, Dje 24/09/2007).

E, finalmente, prescreve o inciso IV do artigo 1.790 “que não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança”.

Essa totalidade se refere aquela citada no caput do artigo 1.790, adquirida onerosamente, assim como outras existentes, não havendo nem descendentes nem ascendentes nem colaterais, finalmente herda todo acervo hereditário.

Doutrinadores defendem a concorrência do companheiro com o poder público, a exemplo de Francisco José Cahali com as seguintes colocações:

Não havendo parentes sucessíveis, agora sim, o companheiro sobrevivente recebe a integralidade da herança (art. 1790, IV). Porém, mesmo nesta situação poderá haver concorrência na sucessão do falecido. É que a totalidade da herança a que se refere o inciso é aquela prevista no caput, ou seja, limitada aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Assim, sendo maior o patrimônio do falecido, aqueles bens não contemplados no caput serão tidos como herança jacente. Daí falar-se em “concorrência” do companheiro sobrevivente até mesmo com o Poder público, e neste particular a procedência das duras críticas da comunidade jurídica à inovação legislativa. (CAHALI, 2007, P. 182-183).

Em posição contrária é a opinião de Maria Helena Diniz sobre a concorrência com o poder público:

Daí o nosso entendimento de que, não havendo parentes sucessíveis ou tendo havido renúncia destes, o companheiro receberá a totalidade da herança, no que atina aos adquiridos onerosa e gratuitamente antes ou durante a união estável, recebendo, portanto todos os bens do de cujus, que não irão ao Município, Distrito Federal ou à União, por força do disposto no art. 1844, 1ª parte, do Código Civil, que é uma norma especial (relativa à herança vacante), sobrepondo-se ao art. 1790, IV (norma geral sobre sucessão do companheiro).(DINIZ, 2007, p.144).

Em sintonia com a jurista, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal deferiu agravo de instrumento em que a companheira é herdeira única, mesmo que os bens não tenha sido adquirido onerosamente, afastando o ente público como herdeiro:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. SUCESSÕES. ARROLAMENTO DE BENS. COMPROVAÇÃO DE FALECIMENTO DE ASCENDENTE. SUPRIMENTO. MEIOS DE PROVA EXCLUSIVAMENTE DOCUMENTAIS. INADEQUAÇÃO DO INSTITUTO DA AUSÊNCIA. RESGUARDO DO DIREITO AO QUINHÃO. PETIÇÃO DE HERANÇA. DECISÃO REFORMADA.

1. EM SEDE DE AÇÃO DE ARROLAMENTO DE BENS, A PROVA PARA SUPRIMENTO DA FALTA DE ASSENTO DE ÓBITO DOS ASCENDENTES DO AUTOR DA HERANÇA É ESTRITAMENTE DOCUMENTAL, PODENDO, TÃO LOGO, SER PRODUZIDA NOS PRÓPRIOS AUTOS, POIS CONSISTE EM DILIGÊNCIAS LEVADAS A CABO PERANTE ÓRGÃOS FEDERAIS E ESTADUAIS QUE, ACASO NÃO LOGREM ÊXITO NA LOCALIZAÇÃO DAQUELES, BASTAM AO FITO DE SUPRIMENTO PROBATÓRIO NO QUE CONCERNE À DEMONSTRAÇÃO DE FALECIMENTO DE SUPOSTO HERDEIRO.

2. O INSTITUTO DA AUSÊNCIA NÃO SE PRESTA À HIPÓTESE DE FALTA DE ASSENTO DE ÓBITO DE SUPOSTO HERDEIRO, POIS ESTÁ ONTOLOGICAMENTE VINCULADO À PROTEÇÃO DOS INTERESSES DAQUELE QUE SE AFASTA DO SEU DOMICÍLIO, POSSUINDO, POR CONSEQUÊNCIA, O PROPÓSITO DE DEFENDER DO PERECIMENTO O PATRIMÔNIO DO AUSENTE E, SE NECESSÁRIO, PROMOVER A SUA TRANSMISSÃO AOS HERDEIROS.

3. ACASO FUTURAMENTE CONSTATE-SE QUE OS ASCENDENTES OU COLATERAIS ESTEJAM VIVOS, PODERÃO ESTES, EM TESE, VER RECONHECIDA SUA CONDIÇÃO DE HERDEIRO, VINDICANDO SEU QUINHÃO, MEDIANTE A PROPOSITURA DE AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA (ART. 1824, DO CC), JÁ QUE NÃO FICARÃO ACOBERTADOS PELA COISA JULGADA (ART. 472, DO CPC).

4. O FALECIMENTO DOS ASCENDENTES DO DE CUJUS IMPORTA, NA FALTA DE LOCALIZAÇÃO DE OUTROS HERDEIROS, A CONCLUSÃO DE QUE A COMPANHEIRA É HERDEIRA ÚNICA (ART. 1790, IV, DO CC).

5. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (TJ-DF – AG: 1506554200987000 DF 001506-54.2009.807.0000, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Data de julgamento: 05/05/2010, 2ª Turma Cível, Data de publicação: 26/05/2010, DJ-e pág 59).

4 DECISÕES DE TRIBUNAIS ESTADUAIS SOBRE O ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Na defesa da inconstitucionalidade do artigo 1790, o Tribunal do Rio Grande do Sul manifestando posição sobre a totalidade da herança em prol do companheiro, assim entendeu no julgado abaixo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SOBREVIVENTE. DIREITO À . COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE ARTIGO 1.790, INCISO III DO CÓDIGO CIVIL. A decisão agravada está correta. No caso, apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório, não havendo razão para os parentes colaterais permanecerem no inventário. As regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais. Isso porque a nova lei substantiva - artigo 1.790, inciso III do Código Civil - rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite. Violação dos princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Diante do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei acima citada, deve o incidente de inconstitucionalidade ser apreciado pelo Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, mediante seu Órgão Especial, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, artigo 481 e seguintes do Código de Processo Civil e artigo 209 do RITJRGS. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO. (Agravado de Instrumento Nº 70027138007, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 18/12/2008.

Em outro acórdão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, se posiciona pela constitucionalidade do artigo citado acima, nesses termos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. INVENTÁRIO ABERTO PELA COMPANHEIRA. AUSÊNCIA DE ASCENDENTES OU DESCENDENTES. SENTENÇA QUE EXCLUIU AS IRMÃS DO FALECIDO. INCIDÊNCIA DO INCISO III DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. FORÇA VINCULANTE INTERNA DA DECISÃO DO

ÓRGÃO ESPECIAL. 1. A constitucionalidade do inciso III do art. 1790 do Código Civil, reconhecida pelo Órgão Especial deste Tribunal, vincula os órgãos fracionários, que somente por motivo relevante, inócurre no caso em tela, podem suscitar novo incidente, respeitando a reserva de plenário. 2. Embora sejam ambas entidades familiares, casamento e união estável são figuras jurídicas diferentes, distinção essa feita pela própria Constituição ao proclamar que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (art. 226, §3º). Ora, se o Constituinte não os considerasse figuras jurídicas diversas, não haveria de estabelecer facilidade para conversão de um instituto em outro. 3. Aplicável, na sucessão dos companheiros, a regra do inciso III do art. 1790 do Código Civil, que estabelece em favor da apelada o direito à herança em concorrência com os colaterais, sobre a terça parte da herança, compreendido nesse conceito todo o conjunto de bens deixados pelo falecido (após separada eventual meação que caiba à apelada) e não apenas aqueles adquiridos no curso da união estável. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70052062692, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 07/02/2013, Dje 14/02/2013).

Posições do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. HABILITAÇÃO DE COMPANHEIRA DE UM DOS HERDEIROS FALECIDO. DEFERIMENTO. DECISÃO REFORMADA. Recurso contra decisão que deferiu a habilitação de companheira sobrevivente no inventário dos bens dos pais do companheiro falecido, ao fundamento de ser inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil. Dispositivo legal que não padece de inconstitucionalidade, devendo ser aplicado ao caso. Assim, o companheiro sobrevivente participa da sucessão do outro tão somente quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Hipótese em que o único bem inventariado foi adquirido por herança; logo, não foi adquirido onerosamente na vigência da união estável, não fazendo jus a agravada a herdar qualquer quinhão. Provimento do recurso. (AG.I 0032299112012819000/RJ, Rel. Desembargador JORGE LUIZ HABIB, DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL, julgado em 26/02/2013, Dje 07/03/2013).

EMENTA: Agravo de Instrumento. Inventário. Sucessão aberta após a vigência do novo Código Civil. Direito sucessório da companheira em concurso com irmãos do obituado. Inteligência do art. 1790, III da novel legislação. Direito a um terço da herança Inocorrência de inconstitucionalidade. Não há choque entre o Código e a Constituição na parte enfocada A norma do art. 226 § 3º da Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento nem tão pouco dispôs sobre regras sucessórias. As disposições do Código Civil sobre tais questões podem ser consideradas injustas, mas não contêm eiva de inconstitucionalidade. Reconhecimento dos colaterais como herdeiros do "de cujus". Provimento do recurso. (AG.I. 2003.002.14421/RJ, Rel. Desembargador MARCUS FAVER, OITAVA CÂMARA CIVIL, julgado em 16/03/2004).

Agravo de Instrumento. Direito de família e das sucessões. Direitos da companheira na sucessão do ex-companheiro. Aplicação do artigo 1790, III, do Código Civil. Existência de outros parentes sucessíveis, quais sejam, os colaterais. Arguição incidental de inconstitucionalidade do artigo 1790, sob o argumento de tratamento desigual entre união estável e casamento. Improcedência. O par. 3. do artigo 226 da Constituição Federal apenas determina que a união estável entre o homem e a mulher e' reconhecida, para efeito de proteção do Estado, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, o que evidencia que casamento e união estável são conceitos e realidades jurídicas distintas, razão pela qual não constitui afronta `a constituição o tratamento dado ao companheiro na nova legislação civilista. Limitação do tempo da união estável. Se os companheiros

declararam em escritura pública que viviam maritalmente "há mais de vinte anos consecutivos", cabe ao julgador, em nome da prudência e razoabilidade, considerar como indiscutível o período de vinte anos, cabendo à interessada a prova do início do tempo real de convivência, o que não ocorreu. Desprovimento do recurso. (AG.I.2004.002.16474/RJ, Rel. Desembargadora ODETE KNAACK DE SOUZA, OITAVA CÂMARA CIVIL, julgado em 19/04/2005, Dje 21/07/2005).

Entendimentos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Inventário Convivente em concorrência com filha da "de cujus" Imóvel adquirido na constância da união estável, adotado o regime da comunhão parcial de bens. Agravante que receberá sua meação, não sendo herdeiro, porque a falecida não deixou bens particulares. Equivocada, pretendendo receber, além da meação, a metade do que couber à descendente, nos termos do dispositivo apontado como inconstitucional. Decisão mantida Recurso improvido. (AG.I. 0141967-192012826000/SP, Rel. Desembargador JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, julgado em 29/01/2013, Dje 31/01/2013).

EMENTA: APELAÇÃO. Inventário e partilha. Sentença que excluiu os colaterais em segundo grau do falecido, no tocante à participação da sucessão, adjudicando a totalidade da herança à companheira do de cujus – decisão do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, em cumprimento ao princípio da reserva de plenário, estampado no art. 97 da Constituição Federal, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil – Companheira que concorrerá com os herdeiros colaterais na herança do falecido, cabendo à primeira 1/3 e não a totalidade do acervo – Sentença reformada – Recurso parcialmente provido. PRIVADO, julgado em 15/05/2013, Dje 17/05/2013).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo ao término do trabalho, percebe-se que o assunto vai se propagar por muitos espaços, as discussões tendem a fazer parte das atividades das pessoas, dos juristas e acadêmicos em cada lugar comum em que estejam.

A polêmica continuará existindo em virtude da falta de uma melhor técnica na elaboração das Leis que defina, com precisão, o direito sucessório do(a) companheiro(a).

Os técnicos de redação devem ser claros ao elaborar as leis futuras que envolvem os direitos sucessórios dos companheiros(as). Ademais, novos pares estão emergindo na sociedade, os casais homoafetivos já são uma realidade visível, os legisladores precisam estender esse alcance aos novos pares em crescimento contínuo na sociedade.

Ao longo deste estudo ficou demonstrado que a Doutrina não poupou crítica ao direito sucessório do companheiro(a). Ao distanciar essa tutela para a lei 8.971/94 e 9.278/96, percebe-se que as vantagens são evidentes, as garantias para o companheiro são melhores do que as elencadas no artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Havia sintonia com princípios

Constitucionais da dignidade da pessoa humana, respeito, solidariedade, segurança e moradia nas citadas leis. O companheiro ficou num degrau igual ou além do que a esposa, segundo a Doutrina estudada. As leis especiais estavam em sintonia com a Carta Política de 1988.

O retrocesso ficou demonstrado com o surgimento do Código Civil, artigo 1.790 que fala sobre a sucessão do companheiro. O direito civil do novo milênio deve ser lido à luz da Constituição de 1988, e apesar da constitucionalização do direito civil, e da grande evolução em vários institutos jurídicos, o atual código retrocedeu na tutela aos direitos sucessórios do companheiro(a). A morosidade no trâmite do projeto de lei onde nasceu o novo Código Civil provocou uma desarmonia com a evolução da sociedade.

Nesse contexto, as demandas trazidas ao judiciário, ultrapassam o juízo a quo, chegando aos tribunais de justiça, simplesmente, por falta de uma clara tutela legal em disciplinar tais matérias. É nesse momento que começa os entraves sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 1.790 do novel Código Civil de 2002. O caminho que vem tomando vários Tribunais dos Estados, como ficou assinalado, é pela inconstitucionalidade do citado artigo acima; apesar de que existe decisões pela constitucionalidade.

A Carta Magna assevera os princípios constitucionais e reforçam a pretensão do direito de que a família é uma realidade que se institui através de uniões estáveis. Assim não há o que se discutir em atribuir à companheira os direitos sucessórios resguardados à esposa. Dessa maneira, espera-se uma solução definitiva no sentido de afastar a eficácia do artigo 1.790 da Lei 10.406/2002.

Portanto, pela carência de novas regras no ordenamento jurídico, pela ratificação de inconstitucionalidade do polêmico artigo em questão pelo Supremo Tribunal Federal, este trabalho se fortalece, como uma solução acessível e pertinente para o Estado, população, legisladores no que tange ao Estado Democrático de Direito que tem por alcance o princípio da dignidade humana, rastreado pelo princípio da igualdade, da liberdade e a família como base da sociedade, família essa, que hoje é pautada no afeto, na comunhão plena de vida, visando à busca da felicidade em comum.

REFERÊNCIAS

BORGHI, Hélio. **Casamento e União Estável, Formação, Eficácia e Dissolução**. 2. Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

CAHALI, Francisco José Cahali; HIRONACA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões**, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume VII: Direito das Sucessões**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETO, Inácio de Carvalho. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro. Volume I**. ed. São Paulo: Método, 2007.

STJ. **Recurso Especial 418.365/SP**, rel. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENESES BRITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2002. Disponível: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 05/09/2013.

STJ. **Recurso Especial 1021166/PE**, rel. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2012, Dje 08/10/2012. Disponível: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 05/09/2013.

TJRJ. **Agravo de Instrumento 0027322542004819/RJ**, rel. DESEMBARGADOR ODETE KNAACK, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 19/04/2005. Acesso em 10/09/2013.

TJRJ. **Agravo de Instrumento 20030021442/RJ**, rel. DESEMBARGADOR MARCUS FAVER, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 16/03/2004, acesso em 10/09/2013.

TJRS. **Apelação 70052062692/RS**, rel. DESEMBARGADOR LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 07/02/2013, acesso em 10/09/2013.

TJRS. **Agravo de Instrumento 70005560578/RS**, rel. DESEMBARGADORA MARIA BERENICE DIAS, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, julgado em 19/03/2003. Acesso em 10/09/2013.

TJRS. **Agravo de Instrumento 70020389284/RS**, rel. DESEMBARGADOR RICARDO RAUPP RUSCHEL, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, julgado em 12/09/2007. Acesso em 10/09/2013.

TJRS. **Agravo de Instrumento 70027138007/RS**, rel. DESEMBARGADOR CLAUDIR FIDELIS FACCENDA, OITAVA TURMA CÍVEL, Julgado em 18/12/2008. Acesso em 10/09/2013.

TJSP. **Agravo de Instrumento 0141967192012826000/SP**, rel. DESEMBARGADOR JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, julgado em 29/01/2013. Acesso em 10/09/2013.

TJSP. **Apelação/SP, rel. DESEMBARGADOR SALLES ROSSI**, 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, julgado em 15/05/2013. Acesso em 10/09/2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Brasileiro, volume VII: Direito das Sucessões**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnold. **Direito Civil Brasileiro: O Novo Direito das Sucessões**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

O NEGÓCIO JURÍDICO E O DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Ana Helena Madruga Costa Guimarães Lima*

Prof. Ms. Bianor Arruda Bezerra Neto**

RESUMO: O negócio jurídico possui grande importância dentro do direito, uma vez que é tido como uma das fontes de criação das normas jurídicas, embora haja grande discussão doutrinária a respeito de sua inclusão como fonte especial de elaboração das normas. Desta forma, observa-se que o negócio jurídico constitui um dos principais meios através do qual o direito se revela, haja vista derivar da autonomia privada das partes contratantes. Observa-se que o negócio jurídico constitui o elemento através do qual o direito se revela, colocando à margem, no mais das vezes, as fórmulas estatizantes do mundo jurídico no âmbito nacional.

Palavras-chave: Direito Civil. Negócio Jurídico. Autonomia da Vontade. Vícios.

ABSTRACT: The legal business has great importance within the law, since it is regarded as one of the sources of the creation of legal rules, although there are great doctrinal discussion of its inclusion as a special source of development of standards. Thus, it is observed that the legal business is one of the principal means by which the law is revealed, given to derive the private autonomy of contracting parties. It is observed that the legal business is the element through which the law is revealed, putting the margin, in most cases, the statist formulas of the legal world at the national level.

Key words: Civil Law. Legal Business. Autonomy of the Will. Vices.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito, Evolução e Características do Negócio Jurídico; 1.1. Dos Requisitos de Existência e Validade do Negócio Jurídico; 1.2. Dos Vícios dos Negócios Jurídicos; 2. As Teorias do Negócio Jurídico; 2.1. O Contrato e seus antecedentes históricos; 2.2. O Princípio da Autonomia da Vontade; 2.3. A Teoria do *Pacta Sunt Servanda* e a Teoria do *Rebus Sic Stantibus* 3. O conteúdo do negócio jurídico e suas limitações; 4. Conclusões.

* Bacharelada em Direito

**Professor orientador

1 CONCEITO, EVOLUÇÃO E CARACTERÍSTICAS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Com o advento do Novo Código Civil Brasileiro em 2002, observamos que as grandes alterações trazidas em relação ao Código de 1916 foram justamente na Parte Geral, mais precisamente em relação aos *negócios jurídicos*.

O negócio jurídico possui grande importância dentro do direito, uma vez que é tido como uma das fontes de criação das normas jurídicas, embora haja grande discussão doutrinária a respeito de sua inclusão como fonte especial de elaboração das normas.

Neste norte, observa-se que o negócio jurídico constitui um dos principais meios através do qual o direito se revela, haja vista derivar da autonomia privada das partes contratantes.

O antigo Código Civil Brasileiro, de 1916, não regulamentou o negócio jurídico como um ponto fundamental no estudo do direito, preferindo denominá-lo de *ato jurídico*. Entretanto, observa-se que ao definir o ato jurídico, em seu artigo 81, o referido codex definiu não somente o negócio jurídico tal qual conhecemos hoje. Venosa (VENOSA, 2010) explica que “o Código de 1916, ao definir ato jurídico no art. 81, estava, na realidade, referindo-se ao conceito já conhecido na época de negócio jurídico.” O Código Civil Brasileiro de 2002, por sua vez, não adota a denominação ato jurídico, preferindo utilizar a expressão *negócio jurídico*.

Em razão da relevância do negócio jurídico para o direito, haja vista ser este um meio de auto-regulamentação das relações jurídicas de cada sujeito de direito e, ainda, o principal instrumento efetivação do princípio da autonomia da vontade ou autonomia privada, o presente trabalho pretende identificar a diferença existente entre ato jurídico e negócio jurídico, bem como analisar o negócio jurídico dentro da perspectiva da manifestação de vontade das partes.

O negócio jurídico externa-se através da manifestação de vontade que se destina à produção de efeitos jurídicos e que visa a obtenção de uma norma concreta formulada pelos manifestantes, com fundamento na autonomia privada.

Assim, a vontade das partes é requisito essencial ao negócio jurídico, cuja inobservância pode comprometer a sua própria validade, deixando-o exposto à nulidade ou anulação, conforme disposto nos arts. 166 e 171 do Código Civil Brasileiro.

O atual estudo pretende demonstrar o tratamento dado ao negócio jurídico no direito civil brasileiro, identificando suas características e formas de manifestação.

Para atingir este mister, o presente trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo tratará do negócio jurídico, partindo de uma sucinta evolução histórica, conceituação

até a análise de seus pressupostos, bem como dos vícios de consentimento que podem acarretar a nulidade ou anulabilidade.

O segundo capítulo analisará o exemplo clássico do negócio jurídico, qual seja, o contrato, à luz das teorias do negócio jurídico – a *Teoria do Pacta Sunt Servanda* e a *Teoria da Imprevisão*, buscando demonstrar as diferenças existentes entre ambas.

Por derradeiro, o terceiro capítulo discorrerá acerca das limitações impostas ao conteúdo do negócio jurídico, relacionando-as com a liberdade para realização dos negócios jurídicos.

Estudos doutrinários demonstram que foram os juristas alemães, a partir dos meados do século XVIII, que iniciaram a elaboração da teoria geral do ato jurídico lícito. NETTELBLADT, em 1748, no *Systema Elementare Universae Iurisprudentiae Positivae*, usou os termos *actus iuridicus e negotium iuridicum*, expressões que teve como sinônimas. A designação *Rechtsgeschäft* (negócio jurídico) como espécie de ato jurídico é devida a WEBER e a HUGO, no final do século XVIII.

Assim, observa-se que o negócio jurídico teve seu primeiro tratamento legal na Alemanha, mais precisamente no Código Civil Alemão, que trazia em seu bojo a seguinte definição de negócio jurídico (LARENZ, 1978): “Negócio jurídico é um ato ou uma pluralidade de atos entre si relacionados, quer sejam de uma ou de várias pessoas, que tem por fim produzir efeitos jurídicos, modificações nas relações jurídicas no âmbito do Direito Privado”.

Na visão do jurista brasileiro Orlando Gomes (GOMES,1993), “o negócio jurídico é, para os voluntaristas, a mencionada declaração de vontade dirigida à provocação de determinados efeitos jurídicos, ou, na definição do Código da Saxônia, a ação da vontade, que se dirige, de acordo com a lei, a constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica”.

Neste norte, temos que o negócio jurídico é o acordo de declarações de vontades que tem por objetivo a aquisição, a modificação ou a extinção de direito, o qual decorre da autonomia de interesses que é conferido às partes.

No direito brasileiro a teoria dominante é a teoria da voluntariedade, a qual tem a manifestação de vontade das partes como elemento fundamental do negócio jurídico.

Assim, verifica-se que a declaração de vontade das partes é o meio pelo qual o negócio jurídico se exterioriza, produzindo determinados efeitos, quais sejam, a constituição, modificação ou extinção das relações jurídicas.

Neste contexto, o negócio jurídico constitui-se como toda ação humana, decorrente da vontade das partes, ou seja, da autonomia de vontade das partes, o qual, em conformidade

com o ordenamento jurídico, tem por finalidade criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas, cujos efeitos se originam bem mais da vontade do que propriamente da Lei.

Vê-se que a autonomia de vontade das partes constitui a mola propulsora dos negócios jurídicos, desempenhando papel fundamental na produção dos efeitos jurídicos. Neste norte, temos que o negócio jurídico é o principal instrumento que tem as pessoas para a realização de seus interesses, dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Stolze e Pamplona (GAGLIANO/PAMPLONA, 2010), doutrinadores brasileiros, ao tratarem sobre o negócio jurídico, nos ensinam que:

Com efeito, para aprender sistematicamente o tema – e não simplesmente reproduzir regras positivadas – faz-se mister analisá-lo sob os três planos em que pode ser visualizado:

- a) *Existência* – um negócio jurídico não surge do nada, exigindo-se, para que seja considerado como tal, o atendimento a certos requisitos mínimos;
- b) *Validade* – o fato de um negócio jurídico ser considerado existente não quer dizer que ele seja considerado perfeito, ou seja, com aptidão legal para produzir efeitos;
- c) *Eficácia* – ainda que um negócio jurídico existente seja considerado válido, ou seja, perfeito para o sistema que o concebeu, isto não importa em produção imediata de efeitos, pois estes podem estar limitados por elementos acidentais da declaração.

Para que um negócio jurídico venha a existir requer-se apenas declaração de vontade emitida sob determinada forma e pertinente à matéria juridicamente relevante, diz respeito ao preenchimento dos requisitos do art. 104, do CC e mais a existência de uma declaração de vontade (viciada ou não). Presentes tais elementos, mas incoincidente a vontade verdadeira com a declarada, que pode ter sido obtida, p. ex., por coação, ter-se-á um ato negocial existente e inválido, logo, a validade diz respeito a questão da declaração de vontade ser livre e consciente.

Neste sentido, tem-se que a eficácia refere-se aos efeitos do ato negocial, por isso um negócio jurídico pode existir, ser válido e não ser eficaz se, por exemplo, for submetido à condição suspensiva.

No que diz respeito às suas características, podemos elencar quatro itens principais, quais sejam:

- a) O negócio jurídico é classe dos fatos jurídicos, decorrendo de fato humano voluntário;
- b) O negócio jurídico cria a relação como forma de auto-regramento da vontade humana;
- c) O negócio jurídico possui uma causa final pretendida pelas partes, que é a necessidade ou utilidade objetivada, a se harmonizar com as disposições que integram o ordenamento jurídico;
- d) O negócio jurídico transfere os bens valorados economicamente para a satisfação dos interesses das partes (SENISE, 2009).

Para termos uma compreensão ampla do tema, necessário se faz analisarmos os pressupostos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico.

1.1 DOS REQUISITOS DE EXISTÊNCIA E VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Alguns requisitos são essenciais para a existência do negócio jurídico, sem os quais este não se concretiza. A doutrina elenca quatro elementos como requisitos essenciais de constituição do negócio jurídico, quais sejam, manifestação de vontade; agente emissor da vontade; objeto e forma.

Em relação à manifestação de vontade das partes, esta poderá ser expressa ou tácita. A manifestação de vontade é expressa quando é exteriorizada através da escrita, da fala, de gestos ou sinais. É tácita quando resulta de comportamento do agente.

No que tange ao agente emissor da vontade, vê-se ser indispensável a participação de um sujeito de direito para que se configure o negócio jurídico. Da mesma forma, todo negócio jurídico pressupõe a existência de um objeto, o qual é o centro dos interesses das partes.

Assim, temos que para existir, o negócio jurídico precisa exteriorizar-se, materializar-se. A materialização do negócio jurídico dá-se através da forma, que nada mais é que o meio através do qual a declaração de vontade das partes se exterioriza.

Não basta a existência do negócio jurídico para que ele seja considerado válido e eficaz. Para que um negócio jurídico tenha validade e eficácia, mister se faz a presença de outros elementos, além dos pressupostos de existência acima elencados.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 104, assim dispõe:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

- I – agente capaz;
- II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III – forma prescrita ou não defesa em lei.

Em relação à capacidade do agente, observa-se que apenas o sujeito dotado de plena capacidade pode administrar seus bens e celebrar negócios jurídicos. Faltando à pessoa natural a plena capacidade para a prática pessoal de atos jurídicos, esta deverá ser representada ou assistida, conforme o caso, a fim de que o negócio jurídico seja revestido de validade.

Todavia, não basta a capacidade do agente para que seja conferida validade ao negócio jurídico, sendo necessário, ainda, que o agente seja a pessoa legitimada para a sua celebração. Caso o agente, apesar de capaz, não seja a parte legitimada para a realização do ato, estará *impedido* para praticar tal ato.

Ademais, para que o negócio jurídico seja considerado válido, tem-se que seu objeto deve ser lícito, possível e determinado (ou determinável).

No que se refere à licitude do objeto, não se admite que o bem da vida, objeto mediato do negócio jurídico, seja vedado pelo ordenamento jurídico.

Roberto Senise Lisboa, em sua obra Manual de Direito Civil, Volume I, assim discorre acerca da licitude do objeto (SENISE, 2009):

A noção de licitude do objeto compreende a moralidade do conteúdo do negócio jurídico. Assim, o negócio jurídico imoral não pode produzir efeitos. O problema é como reconhecer a imoralidade do negócio jurídico. A noção de moral é variável conforme as circunstâncias temporais e espaciais, motivo pelo qual o julgador, ante a ausência de norma jurídica expressa sobre o assunto, deve decidir o caso de acordo com o costume, a analogia, os princípios gerais do direito e a equidade.

Outrossim, além de lícito, o objeto do negócio jurídico deve ser possível jurídica e fisicamente.

Podemos dizer que o objeto é impossível juridicamente quando não pode ser negociado por existir vedação legal para isto, ou seja, quando o ordenamento jurídico proíbe expressamente a negociação em relação a determinado bem. Neste mesmo norte, o objeto é fisicamente impossível quando tal impossibilidade emana de leis físicas ou naturais. O objeto jurídica ou fisicamente impossível acarreta a nulidade do negócio jurídico.

Outrossim, o objeto do negócio jurídico deve ser determinado ou determinável, sob pena de acarretar a nulidade do negócio jurídico, ou, ainda, a própria executoriedade do negócio.

Por fim, temos que, para a perfeita validade do negócio jurídico, mister se faz que se sua materialização se dê através da *forma adequada*, ou seja, a forma prescrita ou não proibida por lei.

Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES,2010), civilista brasileiro, em seu Direito Civil Brasileiro, afirma que “o terceiro requisito de validade do negócio jurídico é a *forma*, que é o meio de revelação da vontade. Deve ser a prescrita em lei.”

O negócio jurídico pode ser realizado sob qualquer forma, desde que a lei não imponha uma forma determinada para sua celebração, caso em que a inobservância ensejará sua invalidade.

1.1.1 DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DAS PARTES NO NEGÓCIO JURÍDICO

Ao tratamos acerca dos elementos constitutivos do negócio jurídico, elencamos em primeira colocação a manifestação de vontade das partes como um dos requisitos de existência do negócio jurídico.

Devemos ressaltar que a vontade é pressuposto essencial e fundamental do negócio jurídico e, para a validade deste, é imprescindível que seja exteriorizada. Assim, a vontade que embasa o negócio jurídico deve ser exteriorizada, a fim de que produza efeitos. Se a vontade ficar interiorizada, seria impossível sua apuração, tornando-se inadmissível que este tipo de vontade possa fundamentar o negócio jurídico.

Neste norte, a vontade tem que ser declarada, manifestada para que possa ser fundamento de negócio jurídico. É por este motivo que a declaração de vontade (manifestação de vontade) constitui requisito de existência do negócio jurídico.

Gonçalves (GONÇALVES,2010) nos ensina que:

A vontade, uma vez manifestada, obriga o contratante. Esse princípio é o da *obrigatoriedade dos contratos (pacta sunt servanda)* e significa que o contrato faz lei entre as partes, não podendo ser modificado pelo Judiciário. Destina-se, também, a dar segurança aos negócios em geral. Opõe-se a ele o princípio da *revisão dos contratos* ou da *onerosidade excessiva*, baseado na cláusula *rebus sic stantibus* e na teoria da imprevisão e que autoriza o recurso ao Judiciário para se

pleitear a revisão dos contratos, ante a ocorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis.

Outrossim, a manifestação de vontade deve ser livre e de boa-fé. A esse respeito, entendemos que dois fatores devem convergir para que possamos reconhecer como válida a manifestação de vontade, quais sejam, o princípio da autonomia privada e o princípio da boa-fé.

O princípio da autonomia privada é um princípio recente no direito privado, o qual decorre do princípio da autonomia da vontade, divergindo dele na medida em que as pessoas criam normas a partir da vontade (particular), com o intuito de que elas mesmas executem e respeitem.

A autonomia privada é fonte normativa, ou melhor, fonte do direito obrigacional, livre da ingerência do Estado, livre da interferência daqueles que não contrataram.

O princípio da boa-fé, por sua vez, se traduz no interesse social da segurança das relações jurídicas onde as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Através deste princípio, busca-se o equilíbrio nas relações jurídicas.

Qualquer obstáculo à liberdade de vontade e à boa-fé caracteriza vício no consentimento, prejudicando, conseqüentemente, a validade do negócio jurídico.

1.1.2 CAUSA DO NEGÓCIO JURÍDICO

O referido tema é um dos mais polêmicos dentro da doutrina civilista.

Podemos conceituar *causa* como o motivo que induziu alguém a dar ou prometer alguma coisa para outrem. Para Venosa (VENOSA, 2010), causa é “o motivo juridicamente relevante”.

O Código Civil Brasileiro de 1916 não adotou a causa como requisito do negócio jurídico, inspirando-se no sistema germânico, referindo-se à causa apenas em situações especiais. O Codex vigente manteve a mesma postura.

Apesar de o Código de 1916 não adotar a causa como pressuposto do negócio jurídico, o referido codex contemplou a figura da *falsa causa*, em seu art. 90, o qual dispunha: “só vicia o ato a falsa causa, quando expressa com o razão determinante ou sob forma de condição”.

No mesmo sentido, o art. 140 da legislação revogada, referia-se ao motivo do ato e afirmava que “o falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.”

Há duas teorias que explicam a causa, quais sejam: a negativista e a positivista.

Para a teoria negativista, a causa é uma desnecessária duplicação dos efeitos integrantes do negócio jurídico, não sendo relevante sua investigação.

Já para a teoria positivista, a causa é elemento essencial, admitindo-a como pressuposto do negócio jurídico.

Dentro da teoria positivista, encontram-se duas correntes: a subjetivista e a objetivista. Para os subjetivistas, deve-se proceder à investigação real da intenção da pessoa. Os objetivistas, por sua vez, alegam que a causa nada tem a ver com a motivação subjetiva do ato, mas com o econômico e social do negócio.

1.1.3 EFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

No presente tópico elencaremos os principais efeitos do negócio jurídico, quais sejam:

- a) Gera direitos e obrigações recíprocas entre as partes;
- b) Vincula a vontade dos negociantes nos termos e forma previstos no negócio jurídico;
- c) É irrevogável, salvo quando houver consentimento da outra parte ou cláusula permissiva a este respeito;
- d) Obriga aquele que se arrepende da celebração do negócio ao pagamento da pena convencional estipulada;
- e) Possibilita a percepção de indenização por perdas e danos, pelo descumprimento da obrigação pactuada;
- f) Transfere aos herdeiros os direitos decorrentes da avença, exceção feita aos de natureza personalíssima;
- g) Outorga o direito de ação para a defesa dos direitos correspondentes.

1.2 DOS VÍCIOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Conforme exposição anterior, a declaração de vontade constitui elemento basilar para existência do negócio jurídico. Entretanto, para que o negócio jurídico seja considerado válido, mister se faz que esta manifestação de vontade se dê de forma livre e espontânea.

Observa-se, pois que caso a manifestação de vontade apresente defeitos em sua formação, poderá acarretar a anulação do negócio jurídico. Chamamos de defeito todo vício que macula o negócio jurídico, possibilitando a sua anulação.

Os defeitos do negócio jurídicos dividem-se em duas modalidades de vício, quais sejam, **vício de consentimento** – são aqueles que provocam uma manifestação de vontade não correspondente com o íntimo e o verdadeiro querer do agente (o erro ou ignorância, dolo, coação, estado de perigo e lesão); e o **vício social** – são atos contrários à lei ou à boa-fé, que é exteriorizado com o objetivo de prejudicar terceiro (fraude contra credores).

Para que o vício de consentimento acarrete a anulação ou a nulidade do negócio jurídico, deve ser considerável a tal ponto que, sem ele, o negócio jurídico não se realizaria. Neste sentido, vejamos decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

ACÇÃO DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUTOMÓVEL. COMPRA E VENDA COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. ERRO SUBSTANCIAL QUANTO AO OBJETO. REFLEXO NO FINANCIAMENTO. INOCORRÊNCIA. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO EM RELAÇÃO AO BANCO. RECURSO IMPROVIDO. Para a caracterização do erro substancial, o vício deve ser de tal magnitude que sem o negócio não se realizaria; além de importar em efetivo prejuízo ao interessado, aferição que é fruto da análise judicial do caso concreto. (TJSP - Apelação 992090792210 (1292219200) - Relator(a): Adilson de Araujo - Comarca: Ourinhos - Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 08/06/2010 - Data de registro: 21/06/2010)

Nos tópicos seguintes, analisaremos uma a um, os vícios que maculam o negócio jurídico, trazendo à baila casuística jurisprudencial do ordenamento jurídico brasileiro, a qual exterioriza o entendimento dos nossos tribunais superiores.

a) Erro ou Ignorância

Podemos conceituar o erro como a noção equivocada sobre alguma coisa. É a percepção equivocada dos fatos que induz o agente a realizar determinada conduta que dificilmente efetuará se tivesse conhecimento real dos fatos.

A ignorância, apesar de o legislador brasileiro tê-la equiparado ao erro, é instituto diverso, em nada se confundindo com este. Enquanto o erro é um entendimento equivocado, a ignorância é o completo desconhecimento acerca do fato.

Importante salientar que, na hipótese de erro, o agente engana-se sozinho, sem interferência de terceiros. Se houver indução a erro por um terceiro, caracteriza-se o dolo e não erro.

Ressalte-se que o erro é “unilateral” porque é vício de consentimento que se forma sem induzimento intencional da pessoa interessada. É o próprio declarante quem interpreta equivocadamente uma situação fática ou a lei.

O erro, como defeito do negócio jurídico, acarreta a anulabilidade deste. Contudo, no Brasil, poucas são as ações anulatórias de negócio jurídico fundamentadas em erro, haja vista que este é um elemento de difícil apuração por encontrar-se no âmago de cada indivíduo.

b) Dolo

O Dolo consiste em todo comportamento malicioso que tem por objetivo prejudicar determinada pessoa, visando auferir benefício próprio ou de terceiro.

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2010), “dolo é o artifício ou expediente astucioso, empregados para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro”.

Como já discorremos acima, o dolo difere do erro, haja vista este acontecer de forma espontânea, em quanto que o dolo é proveniente de provocação intencional por outrem, induzindo alguém a erro.

O erro e o dolo às vezes se confundem porque em ambos dos casos a vítima é ludibriada. Contudo, como já dito, no erro a vítima engana-se por si só, enquanto que no dolo ela é induzida a erro.

No ordenamento jurídico brasileiro, há muitas ações anulatórias de negócio jurídico fundamentadas no dolo. Entretanto, para que o negócio jurídico seja anulado em razão do dolo, mister se faz comprovar a existência deste. Senão, vejamos:

EMBARGOS DO EXECUTADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. FORÇA EXECUTIVA DO INSTRUMENTO PARTICULAR.1- CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO DO MAGISTRADO PARA IDENTIFICAR OS ELEMENTOS RELEVANTES DA FORMAÇÃO DE SEU CONVENCIMENTO.2- A PROVA É PRODUZIDA PARA O JUIZ, QUE DISPÕE DO DISCERNIMENTO DE DEFINIR OS CRITÉRIOS PERTINENTES AO DESLINDE DA QUESTÃO CONTROVERTIDA.3- RECONHECIMENTO DA OBRIGAÇÃO PELA EMBARGANTE.

AUSÊNCIA DE DEFEITO NA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE.
4 - A ANULAÇÃO DO ATO OU **NEGÓCIO JURÍDICO** DEPENDE DA COMPROVAÇÃO DE DEFEITO, RESULTANTE DE ERRO, **DOLO**, COAÇÃO, LESÃO OU OS PRATICADOS EM ESTADO DE PERIGO (ARTIGO 171, II DO CC).NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. (TJRJ DES. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO - Julgamento: 01/06/2010 - QUINTA CAMARA CIVEL - 0007099-95.2006.8.19.0037 – APELACAO)

E mais:

Plano de Previdência Suplementar Previ-Banerj - Renúncia - Termo de Adesão RioPrevidência - I - Nulidade de Negócio Jurídico Inexistência - Nulo não é o negócio jurídico ajustado por agente capaz, com objeto lícito e por forma não defesa em lei. Causa não há para a anulação do ato jurídico, se não se prova a ocorrência de vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude. Prazo Decadencial - artigo 178, § 9º, inciso V, do Cód. Civil de 1916 - Aplicação - Em negócio jurídico firmado em dezembro de 1998 aplica-se o Codex em vigor àquela época.Decisão confirmada. (TJRJ - DES. JAIR PONTES DE ALMEIDA - Julgamento: 09/02/2010 - QUARTA CAMARA CIVEL - 0381019-69.2008.8.19.0001 (2009.001.62393) – APELACAO).

Note-se que para a ocorrência de dolo, a vítima deve participar diretamente do negócio jurídico, caso em que a indução da vítima a erro acarreta vantagem indevida para o agente.

c) Coação

Por coação devemos entender todo mal injusto, grave e iminente causado à vítima, decorrente de violência física ou moral, visando a concretização de negócio jurídico, o qual de outra forma não se realizaria.

Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2010) entende que a coação é “o vício mais grave e profundo que pode afetar o negócio jurídico, mais até do que o dolo, pois impede a livre manifestação da vontade, enquanto este incide sobre a inteligência da vítima”.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 151 reza que:

Art. 151. A coação, para viciar a declaração de vontade, há de ser tal que incuta ao paciente temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família ou a seus bens.

Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

Da simples leitura do artigo acima, entendemos que nem toda ameaça configura coação. Para que se configure coação, alguns requisitos devem estar presentes, quais sejam:

- a) a ameaça deve ser a causa determinante do ato, ou seja, o negócio jurídico só teve sua concretização em decorrência da ameaça sofrida;
- b) a ameaça deve ser grave, isto é, deve causar na vítima um temor de dano relevante, capaz de viciar o seu consentimento;
- c) a ameaça deve ser injusta, por assim dizer, ilícita, abusiva;
- d) a ameaça deve dizer respeito a dano atual ou iminente;
- e) a ameaça deve dizer respeito à própria pessoa, aos seus bens ou à sua família.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim decidiu:

APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO – VÍCIO DO CONSENTIMENTO - INEXISTÊNCIA. A simples "pressão" não caracteriza coação, sendo esta considerada quando irresistível. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP - Apelação 991060221651 (7102334800) - Relator(a): Paulo Jorge Scartezini Guimarães - Comarca: Bariri - Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado E - Data do julgamento: 22/04/2010 - Data de registro: 29/04/2010)

d) Lesão

O instituto jurídico da lesão consiste na obtenção de vantagem indevida, em virtude da inexperiência ou premência da vítima, acarretando-lhe prejuízo patrimonial.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 157 assim conceitua lesão:

Art. 157. Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Vejam a conceituação de Gonçalves (GONÇALVES, 2010) ao tratar a respeito de tal tema:

Lesão é, assim, o prejuízo resultante da enorme desproporção existente entre as prestações de um contrato, no momento de sua celebração, determinada pela premente necessidade ou inexperiência de uma das partes.

A lesão é instituto autônomo e não se confunde com os demais vícios de consentimento.

e) Estado de Perigo

Estado de perigo é a situação de extrema necessidade que leva uma pessoa a celebrar determinado negócio jurídico em que assume obrigação desproporcional ou excessiva.

Senise Lisboa (SENISE, 2009), em obra anteriormente citada, assim conceitua o estado de perigo:

Estado de perigo (stato di pericolo) é a situação na qual a vítima se encontra que a obriga a realizar negócio jurídico contendo prestação que lhe é onerosa, para livrar de risco iminente à vida ou à saúde.

Nos dias atuais, constitui exemplo clássico de efetuar negócio jurídico em estado de perigo o fato de prestar garantia ou caução a hospital a fim de obter o atendimento ou internação de parente em perigo de vida.

f) Simulação

A simulação é a declaração ou a prática aparentemente regular, na qual o agente objetiva resultado diverso daquele que normalmente se produziria, para seu próprio benefício ou para benefício de terceiros.

Vejam os que nos diz Gonçalves (GONÇALVES, 2010) a este respeito:

Simular significa fingir, enganar. Negócio simulado, assim, é o que tem aparência contrária à realidade. A simulação é produto de um conluio entre os contratantes, visando obter efeito diverso daquele que o negócio aparenta conferir. Não é vício de consentimento, pois não atinge a vontade em sua formação. É uma desconformidade consciente da declaração, realizada em comum acordo com a pessoa a quem se destina, com o objetivo de enganar a terceiros ou fraudar a lei.

Veja-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE. NEGÓCIO INEXISTENTE. SIMULAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. INTELECÇÃO DO ART. 104, c/c O ART. 167, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. IMPROVIDO O APELO DO AUTOR. O contrato apresentado vem travestido de legalidade e, por isso, aparenta ser exigível, mas, conquanto formalmente hígido, o acervo probatório revelou a existência de vício que o torna imprestável. Há simulação. Patenteou-se a divergência entre a vontade interna dos contratantes com a vontade declarada. (TJSP - Apelação 992080292053 (1180147500) – Relator: Adilson de Araújo – Comarca: São Paulo – Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado – Data do Julgamento: 25/08/2009 – Data de Registro: 17/09/2009)

O ato simulado é nulo e os demais são anuláveis. O ato nulo não produz efeitos e sua declaração opera efeitos *ex tunc*. Já o anulável produz efeitos até que seja declarado anulado, sendo tal decisão com efeitos *ex nunc*.

Por fim, resta salientar que não se confunde a simulação com a reserva mental, pois nesta a intenção é diversa e o ato é plenamente válido, sendo possível também em atos unilaterais. No ato simulado concorre à vontade de ambas as partes e o negócio jurídico é nulo, ademais, só é cabível nos contratos (porque contrato é acordo de vontades).

g) Fraude contra credores

A fraude contra credores constitui a prática maliciosa, pelo devedor, de certos atos que desfalcam seu patrimônio, com o fim de colocá-lo a salvo de uma execução por dívidas em detrimento dos direitos creditórios alheios.

Stolze e Pamplona (GAGLIANO/PAMPLONA, 2010) assim discorrem acerca da fraude contra credores:

A fraude contra credores, também considerada vício social, consiste no ato de alienação ou oneração de bens, assim como de remissão de dívida, praticado pelo devedor insolvente, ou à beira da insolvência, com o propósito de prejudicar credor preexistente, em virtude da diminuição experimentada pelo seu patrimônio.

A doutrina tradicional aponta como necessário para sua formação 02 (dois) elementos: *eventus damni* (elemento objetivo) que é todo ato prejudicial ao credor e o *consilium fraudis* (elemento subjetivo) que é a má-fé, a intenção de prejudicar. Acontece que, com a nova disciplina do CC/02, nem sempre se faz necessária à concorrência destes dois requisitos, como veremos.

Na fraude contra credores, não se visa proteger uma das partes, e sim as pessoas que não participaram do negócio. É vício social, portanto.

Sua idéia base consiste no fato do devedor transferir o seu patrimônio para o domínio de terceiro, no fato de onera-los ou de remitir dívidas, desfalcando o seu patrimônio de forma tal que coloque em risco a posição de seus credores.

Como bem coloca Caio Mário da Silva Pereira, modernamente já não se exige a intenção de prejudicar o credor, bastando que o devedor “*tenha consciência de produzir o dano*”.

A ação usada para anulação dos atos praticados com fraude contra credores é a **Pauliana** ou **Revocatória** que terá seus requisitos de acordo com o tipo de fraude praticada, como veremos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão recente, ao julgar Ação Revocatória decidiu da seguinte forma:

Ação revocatória - Recurso contra sentença que deixou de declarar fraude contra credores na doação de imóvel dos réus às filhas destes, com reserva de usufruto - Reconhecimento de espoliação do patrimônio para prejudicar a credora, incorrendo na insolvência do devedores - Fraude configurada - Recurso provido para julgar ineficaz a doação do aludido bem imóvel (CC, art. 158). (TJSP - Apelação 994030941927 (2951524600) – Relator: João Carlos Garcia – Comarca: Franca – Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado – Data do Julgamento: 23/03/2010 – Publicação:22/06/2010).

No julgamento de outra Ação Pauliana, o mesmo Tribunal de Justiça supracitado assim decidiu:

AÇÃO PAULIANA – Transferência de imóvel para parentes próximos por preço vil – Existência de dívidas anteriores em nome dos alienantes – Ato jurídico de venda e compra a agravar o estado de insolvência dos réus apelantes – Fraude contra credores configurada - Ausência de provas quanto à prévia ciência do credor sobre a insolvência dos réus – Ônus da prova dos devedores - "Consilium fraudis" e "eventum damni" caracterizados – Litigância de má-fé

mantida – Sentença confirmada – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP - Apelação 994050451691 (3953334100) – Relator: Elcio Trujillo – Comarca: Porto Ferreira – Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado – Data do Julgamento: 19/05/2010 – Data do Registro: 31/05/2010)

A fraude contra credores torna o ato anulável e somente se torna possível a sua existência mediante a presença de alguns pressupostos, quais sejam, redução do patrimônio do devedor, existência de crédito anterior à data do ato fraudulento cujo pagamento não foi efetuado e a impossibilidade do devedor pagar a dívida.

2. AS TEORIAS DO NEGÓCIO JURÍDICO – TEORIA VOLUNTARISTA E TEORIA OBJETIVISTA

Na conceituação do negócio jurídico, podemos nos valer tanto da teoria voluntarista quanto da teoria objetivista.

No que se refere à teoria voluntarista, o negócio jurídico seria uma manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos (PAMPLONA e GAGLIANO, 2010).

De acordo com a teoria objetivista, o negócio jurídico seria um meio concedido pelo ordenamento jurídico para a produção de efeitos jurídicos, do que propriamente um ato de vontade (AZEVEDO, 2000). O negócio jurídico teria um conteúdo normativo consistindo em um poder provado de autocriar um ordenamento jurídico próprio.

No ordenamento jurídico brasileiro, a grande maioria dos doutrinadores segue a teoria voluntarista, assim como nos explica Orlando Gomes:

O negócio jurídico é, para os voluntaristas, a mencionada declaração de vontade dirigida à provocação de determinados efeitos jurídicos, ou, na definição do Código da Saxônia, a ação da vontade, que se dirige, de acordo com a lei, a constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica. (GOMES: 1983, p. 280).

Ao entendermos o conceito de negócio jurídico e a sua teoria dominante, fica claro compreender que a teoria do negócio jurídico surge do estudo da voluntariedade. No negócio jurídico o elemento preponderante é a autonomia da vontade.

Sílvio de Salvo Venosa explica-nos que “a preponderância da autonomia de vontade no direito obrigacional, e como ponto principal do negócio jurídico, nos vem dos conceitos traçados para o contrato no Código francês e no Código Alemão”.

Observamos que não há como falar em negócio jurídico sem falar no seu exemplo mais claro: o contrato.

2.1 O CONTRATO E SEUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A palavra contrato, do latim *contractus*, significa unir, contrair. Entretanto, no Direito Romano este não era o único termo utilizado para finalidades semelhantes. Costumava-se utilizar também *Conventio* (convenção) que significa “vir junto” e *Pactio* que quer dizer “estar de acordo” (VENOSA: 2010, p. 374).

No Direito Romano antigo, os contratos, como todos os atos jurídicos, eram realizados de maneira extremamente rigorosa e formal. Como nos adverte Correia e Sciascia (1953, p. 274), “na época da Lei das XII Tábuas, a intenção das partes estava materializada nas palavras corretamente pronunciadas”.

A convenção e pacto eram conceitos, dentro do Direito Romano, que possuíam o mesmo significado, qual seja, o acordo de vontades de duas ou mais pessoas a respeito de um objeto determinado. Porém, o simples acordo de vontades não era suficiente para formar um contrato. Eram as solenidades que davam força as convenções. Não havia no Direito Romano uma categoria geral de contratos, mas somente alguns contratos em particular.

A vontade como elemento subjetivo só veio a ultrapassar o formalismo na época de Justiniano, quando se unifica, de certo modo, o conceito de contrato com o de convenção.

Posteriormente, além dos contratos formais que já existiam, surgiram os contratos reais (como o depósito, comodato, mútuo e penhor) e os consensuais (venda, arrendamento, mandato e sociedade). Ao longo dos anos, na história romana, foram sendo reconhecidos outros pactos, utilizados para determinados negócios. Como o próprio Justiniano colocou em prática, a conferência de uma ação para a convenção entre as partes. Desta forma, entende-se que a vontade era colocada sempre em segundo plano. A importância maior era dada mais a proteção ao negócio, deixando em outro patamar a vontade.

Quando ocorreu a queda do domínio romano, o direito Germânico, com suas peculiaridades, sobrepõe-se ao Direito Romano, desencadeando a necessidade de um ritual para a celebração do negócio jurídico. Este ritualismo perdurou até a alta Idade Média (Iturraspe: 1988, p.25).

Assim as práticas medievais evoluíram no sentido de transformar a *stipulatio* romana na *traditio cartae*, que significava a entrega de um documento simbolizando o negócio jurídico realizado, deste forma, a escrita passa a ser predominante sobre as ritualísticas.

A Igreja Católica e o renascimento dos estudos romanos na Idade Média vêm enfatizar o sentido obrigatório dos contratos, enaltecendo a expressão *pacta sunt servanda*.

É preciso lembrar que os costumes mercantis dinamizaram as relações e tenderam a simplificar as formas contratuais e, com a escola do Direito Natural assimilaram-se os pactos e as convenções aos contratos.

Atualmente, não utilizamos destas palavras como sinônimos, já que convenção é termo mais amplo, aplicável a toda espécie de ato ou negócio bilateral. O termo Pacto nós reservamos a cláusulas acessórias que aderem a uma convenção ou contrato, modificando os seus efeitos naturais. Utilizamos pacto singelamente para significar acordo de vontades sem força obrigatória. Assim, jamais podemos utilizar da palavra pacto como sinônimo de contrato.

2.2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE

A relevância da autonomia da vontade no direito obrigacional, e como ponto principal do negócio jurídico, nos vem dos conceitos traçados no Código francês, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes, e no Código alemão.

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2010) a idéia de um contrato absolutamente paritário é aquela ínsita ao direito privado, já que as partes ao tratarem do objeto a ser contratado discutem todas as suas cláusulas minudentemente, propõem e contrapõem a respeito de preço, prazo, condições de pagamento etc., até chegarem ao momento culminante, que é a conclusão do contrato.

Neste tipo de contrato verifica-se claramente a autonomia de vontade já que as partes transigem num e noutro ponto da relação contratual para se chegar ao fim desejado.

Podemos analisar a liberdade de contratar sob dois pontos de vista. Verificando-se como liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou pelo prisma da escolha da modalidade de contratar, se valendo dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos) ou criando uma modalidade contratual de acordo com suas necessidades, seguindo os ditames gerais da lei (contrato atípico).

Destarte, as partes têm autonomia de vontade para contratar a qual só pode ser limitada por normas de ordem pública, mas é importante entender que esta interferência do Estado mostra-se crescente e progressiva.

O Código Civil Brasileiro de 2002 deixa claro esta interferência de ordem pública nos contratos ao afirmar, em seu art. 421 que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Como bem explica Orlando Gomes (1983, p. 94), no século XIX, a disciplina do contrato concentrava-se na manifestação de vontades, no exame dos vícios do consentimento. O que importava era verificar se o consentimento era livre. No contrato de nossa época, a lei prende-se mais a contratação coletiva, visando impedir que as cláusulas contratuais sejam injustas para com uma das partes.

Assim, a autonomia da vontade hoje está bastante limitada já que, como adverte Venosa (2010, p. 384) o controle do judiciário sobre o negócio jurídico não se manifestará apenas no exame das cláusulas contratuais, mas desde a raiz do negócio jurídico.

2.3 A TEORIA DO PACTA SUNT SERVANDA E A TEORIA DO REBUS SIC STANTIBUS

A Teoria do *pacta sunt servanda*, também denominada princípio da obrigatoriedade da convenção, determina que o contrato, após sua celebração, faz lei entre as partes.

A expressão *pacta sunt servada* significa que um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes. O acordo de vontades faz, pois, lei entre as partes.

Segundo Venosa (2010, p. 384) essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual, o ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciários para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou a indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos.

Embora entendamos bem que os negócios jurídicos, e principalmente os contratos fazem lei entre as partes, devemos entender também que o Direito Civil, no início do século XX, na Europa, e após a década de 30, no Brasil, deslocou o seu eixo centralizador do Código para leis especiais e estatutos jurídicos autônomos, caracterizando o fenômeno da descentralização ou desconcentração normativa (GAGLIANNO e PAMPLONA, 2010, p. 355).

Destarte, é forçoso concluir que a clássica teoria do negócio jurídico sofrera transformações de fundo e de forma.

A vontade, dentro da concepção racionalista que nos levou ao individualismo francês, perdeu a sua conotação absoluta na medida em que passou a ser condicionada, progressiva e continuamente, por normas de ordem pública.

Assim, deve-se reconhecer que a declaração de vontade, mola propulsora do negócio jurídico, para ser válida e legítima, deve, atualmente, não apenas corresponder aos preceitos validantes do Código, mas, principalmente, respeitar os ditames constitucionais e os superiores princípios de respeito à ordem pública e de solidarismo social. (GAGLIANNO e PAMPLONA, 2010, p. 355).

Neste sentido, Álvaro Villaça Azevedo (1997, p. 100) previu que: “de futuro, certamente, no plano internacional, deverá existir um sistema jurídico de ordem pública, para que se coíbam abusos nas contratações, preservando-se, assim, principalmente, a própria dignidade dos povos em desenvolvimento”.

Nos dias atuais onde as relações entre as pessoas através dos contratos se dão de maneira bastante acelerada, conhecer os contratos é fundamental para se entender a evolução do mundo jurídico.

Neste contexto, os princípios *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus* se destacam por serem antagônicos e, ao mesmo tempo ter um mesmo objetivo: o de garantir um fim juridicamente protegido ou, pelo menos, almejado. Ambos os princípios visam o cumprimento do contrato, seja cumprindo-o incondicionalmente, ou alterando-o condicionalmente (ZUNINO NETO, 2000, p. 02).

Aquele preserva a autonomia da vontade, a liberdade de contratar e a segurança jurídica de que os instrumentos previstos no nosso ordenamento são confiáveis. É o princípio da força obrigatória, sendo uma regra, segundo a qual o contrato faz lei entre as partes, tangenciando a imutabilidade devendo ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos.

Porém, para que o contrato possa ser obrigatório necessário se faz que sejam preenchidos alguns pressupostos de validade, quais sejam, a manifestação de vontades, a capacidade genérica e específica dos contratantes e seu consentimento, a licitude do objeto, a possibilidade física e jurídica, a determinação, a economicidade, a forma legalmente exigida (ou não vedada) e a prova admissível.

Os requisitos genéricos para a validade dos negócios jurídicos foram bem expressos pelo Código Civil Brasileiro de 2002, em seu art. 104, que assim dispõe:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I – agente capaz;

- II – objeto, lícito, possível, determinado ou determinável;
- III – forma prescrita ou não defesa em lei.

Denota-se, pois, que o art. 104, do CCB não previu a declaração de vontade, mas não há dúvida que este elemento está implícito já que assim como disse GAGLIANNO e PAMPLONA em citação acima citada, a declaração de vontade é o sopro vivificador do negócio jurídico.

Neste sentido, um grande exemplo de que aos contratos não ser deve possibilitar autonomia ilimitada de vontade é o Contrato de Adesão, nomenclatura consagrada por Raymond Saleilles, como figura negocial mais comum da modernidade, e que sofreria a interferência do Direito Civil Constitucional, com o propósito de evitar a exploração econômica do declarante hipossuficiente.

O direito luta hoje pelo equilíbrio contratual, pois os contratos de *adesão* são feitos em massa. Neles uma das partes, previamente, estipula as cláusulas (predisponente) e a outra (aderente), sem oportunidade de discuti-las, aceita-o ou não, ferindo, assim, o princípio da liberdade de contratar, porque à parte economicamente mais forte domina a relação tem como obrigar o aderente a aceitar as disposições prejudiciais.

O ordenamento jurídico Brasileiro, via Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, além de dispor sobre as cláusulas abusivas em seu art. 51, prevê no art. 47, do mesmo diploma legal, o princípio da interpretação pró-consumidor, pelo qual o ônus da dúvida recai sobre o predisponente restando para o aderente o bônus.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Certas cláusulas abusivas já são ponto pacífico na jurisprudência pátria, como a da eleição do foro:

Em contrato de adesão, a cláusula de adesão, a cláusula de eleição de foro deve ser interpretada em favor da parte aderente, independente de se tratar de pessoa física ou jurídica, sendo considerada abusiva na hipótese de acarretar-lhe exagerado ônus, de conformidade com a regra do artigo 51, parágrafo 1º, inciso III, da Lei 8.078/90... (TAMG, 3ª, C Civil, AI 169506-3, J. em 23.02.94, Rel. Juiz Guimarães Pereira, V. unânime, RJTAMG 54-55/98-100).

Ora, não se nega que a faculdade de eleição de foro no contrato continua válida, dentro dos princípios do art. 42 do CC. Porém, essa eleição nos contratos de massa, contratos de cláusula predispostas ou

contratos de adesão (definido pelo art. 54 do CDC), como ocorre nos contratos de consorcio, pode se afigurar abusiva, se, na prática, dificultar ou impossibilitar a defesa do consumidor. Cuidasse da aplicação do princípio da boa-fé nos contratos, alias não desconhecido pelo legislador de nosso Código Civil. Nesse sentido, diz a lei sob exame que dentre as cláusulas nulas de pleno direito incluem-se aquelas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade (art. 51, IV)... (1º TACSP, 5ºC, MS 568462-0, j. em 24.11.1993, rel. Juiz Silvio Venosa, v. unânime, RDC 13/173-174).

Também no intuito de proteger as partes é que cabe a justiça o poder de rever os contratos possibilitando assim chegar ou retornar ao equilíbrio contratual visando à garantia da execução equitativa do contrato e beneficiando as partes e a sociedade, possibilidade expressamente prevista no Código Civil Brasileiro de 2002 nos arts. 478 a 480, vejamos:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Vale ressaltar que mesmo antes da entrada em vigor do CC/02 a jurisprudência já acordava sobre a possibilidade de revisão contratual, sempre que houver desequilíbrio, pois o contrato deve atender à função social, mesmo que se trate de direito disponível, individual e de caráter privado, resguardando a justiça e o bem comum.

Exemplo deste entendimento de possibilidade revisão contratual antes mesmo do CC/02, é o julgado que segue:

Cláusula que permite variação unilateral da taxa de juros é abusiva porque, nos termos do art. 51, X e XIII, possibilita a variação de preço e modificação unilateral dos termos contratados. Possibilidade de

controle judicial, visando estabelecer o equilíbrio contratual, reduzindo o vigor do princípio *pacta sunt servanda*. (TARGS; Ap Civ 192188076, rel. Paulo Heerd, 24.9.92).

A teoria do *rebus sic stantibus* pode ser traduzida como a teoria da imprevisão, sendo uma exceção ao *pacta sunt servanda*, que dá o direito de, ocorrendo fato imprevisto e imprevisível posterior à celebração do contrato diferido ou de cumprimento sucessivo, alterar as condições de sua execução. Mesmo que haja mudança e a execução da obrigação contratual não seja exigível nas condições pactuadas antes do fato imprevisível, a execução da obrigação continuará exigível, mas não nas mesmas condições da época do pacto, necessitando, assim, de ajuste no contrato, de adequação deste a nova situação. (ZUNINO NETO, 2000, p. 17).

Exige a revisão do contrato, de acordo com a teoria da imprevisão os seguintes requisitos: o diferimento ou a sucessividade na execução do contrato, a alteração nas condições circunstanciais objetivas em relação ao momento da celebração do contrato, excessiva onerosidade para uma parte e vantagem para a outra e o seu nexos causal, imprevisibilidade daquela alteração circunstancial, e a inimputabilidade às partes pela mudança circunstancial.

Preenchidos os requisitos e havendo provocação da(s) parte(s) o judiciário tem obrigação de intervir no contrato, independentemente de lei correspondente, devido à necessidade de harmonizar a execução dos negócios segundo o fim almejado pelas partes e o bem comum.

Esta teoria surgiu em direito estrangeiro e que só foi reconhecida, na íntegra, no ordenamento pátrio pelo CDC. O Código Civil Brasileiro de 1916 fazia algumas referências a ela, mas não de forma direta. Só a partir do Código do Consumidor é que a teoria da imprevisão passou a ser consolidada como princípio, ajudando na defesa do controle das cláusulas abusivas sem ferir o princípio da liberdade contratual. Seguindo a mesma linha de pensamento a Jurisprudência brasileira também apóia a teoria da imprevisão, desde que sejam respeitados seus pressupostos.

Importante é saber que, no âmbito internacional a teoria tem muito a avançar devendo seu estudo ser aprofundado devido à diversidade de sistemas jurídicos e a globalização que tenta ameaçar a igualdade e o equilíbrio contratual.

Assim, devemos entender que os princípios do *pacta sunt servanda* e do *rebus sic stantibus*, embora sejam antagônicos têm uma mesma finalidade, que é a garantia de um fim juridicamente protegido ou, pelo menos, almejado.

O *pacta sunt servanda* significa a obrigatoriedade do cumprimento dos contratos constituídos por autonomia da vontade e pela liberdade de contratar, sendo este princípio a regra. Há, contudo, a possibilidade de que eventos alheios à vontade das partes modifiquem a situação onde se faça necessária a revisão do contrato para sua adequação a nova situação, é a chamada teoria da imprevisão (*rebus sic stantibus*), a qual possibilita a alteração do pacto, de modo a beneficiar as partes e assegurar a justiça e o bem comum trazendo o reequilíbrio contratual.

3 O CONTEÚDO DO NEGÓCIO JURÍDICO E SUAS LIMITAÇÕES

Com base no presente estudo, verificamos que o negócio jurídico constitui uma fonte especial de elaboração das normas jurídicas. Tal constatação se deve ao fato de a ordem jurídica conferir às pessoas liberdade para realizar tais negócios, propiciando um melhor ajustamento nos interesses sociais, afinal é através dos negócios jurídicos que as pessoas naturais e jurídicas criam seus deveres, assumindo novas obrigações espontaneamente, além de adquirir direitos.

Ressalte-se, pois, que a referida liberdade é conferida ao indivíduo como consequência do princípio da autonomia da vontade, correlacionado com o poder negocial conferido às partes dentro de uma relação jurídica.

Neste mesmo sentido, muito pertinente o entendimento de NADER (2009, p.332), ao tratar do assunto. Senão, vejamos:

Os negócios jurídicos personalizam o Direito, dão-lhe um selo de pessoalidade, o que corresponde aos anseios do existencialismo, o qual deseja “que o sentimento da existência individual não desapareça num sistema impessoal”. O *poder negocial* atende, igualmente, à pretensão do liberalismo individualista, que preconiza uma faixa ais ampla para a livre determinação das pessoas e, correlatamente, menor intervenção do Estado nos assuntos privados.

Observamos, pois, que o poder negocial destacado pelo renomado doutrinador na seara de noções básicas de Direito, é estudado de forma mais detalhada apenas por alguns estudiosos, que atribuem à importância devida as normas particulares e individualizadas, não se restringindo às normas legais ou leis.

As normas particulares abrangem as normas negociais que, por sua vez, contém as normas contratuais, também denominadas de cláusulas contratuais, que de acordo com REALE (2010, p. 179)

Essa espécie de norma resulta do fato de que, qualquer que seja o ordenamento jurídico vigente, será sempre necessário reconhecer, pela natureza mesma das coisas, que o homem é um ser capaz de direitos e obrigações e, notadamente, com o poder de estipular negócios para a realização de fins lícitos, graças a acordo de vontades.

Note-se que a autonomia da vontade constitui-se basicamente no poder que possui o homem de agir ou omitir-se dentro dos limites impostos pelas leis em vigor para alcançar algo que seja de seu interesse que dentro de uma relação jurídica, é denominado bem jurídico. Esta autonomia encontra-se intrinsecamente vinculado ao poder negocial sob comento, que para REALE (2010, p.179) é visto como “uma força geradora de normas jurídicas”.

Em decorrência deste fato, este poder é analisado pelos doutrinadores dentro dos capítulos que dispõem sobre as fontes do direito, mais especificamente, inserido no tópico fonte negocial, que é caracterizada pela presença de elementos como a manifestação de vontade de pessoas com legitimidade para negocias, fins desejados não contrários aos dispositivos legais, objeto lícito e proporção entre o pretendido pelas partes dentro da relação jurídica.

Sob esta ótica do poder negocial. é que surgiu a denominação de negócios e contratos potestativos, por serem aqueles resultantes do abuso de poder negocial, o qual constitui uma causa de ineficácia ou anulabilidade das relações jurídicas, visto que a legitimidade do poder é pressuposto para todas as fontes do direito.

Outrossim, vê-se que o negócio jurídico resultante do poder acima explicado é, nas palavras de Santoro Passarelli, apud DINIZ (2009, p. 335) o ato da autonomia privada com o qual o particular regula por si os próprios interesses. Seria uma auto-regulamentação dos interesses particulares reconhecida pelo ordenamento jurídico.

Ressalte-se que a contratação normalmente cria normas jurídicas individualizadas, particulares, como já foi mencionado, excepcionalmente podendo criar normas jurídicas gerais.

Neste norte, a doutrinadora civilista DINIZ (2009, P. 336), expõe o seguinte:

Semelhante ao contrato, que rege as relações entre particulares, tem-se o *tratado*, que disciplina as relações entre os Estados, criando normas gerais, hipótese em que a contratação recebe a denominação de convenção internacional, que em certos casos, pode criar normas jurídicas individuais.

Destarte, tem-se que as condutas dentro de grupo social com um mínimo de organização, são regulamentadas, todavia estas condutas não estão definidas exclusivamente pelo ordenamento positivo, como exposto, são produzidas pelos próprios interessados, tendo tais disposições o condão de complementar ou suplementar o ordenamento jurídico, regulando o interesse de cada um e não se admitindo, que esta regulamentação da vontade contrarie o ordenamento.

A liberdade para a prática dos negócios, fundamentada na autonomia da vontade das partes, princípio norteador das relações jurídicas, sofre algumas limitações, as quais são impostas pelo próprio Estado com o fito de resguardar os interesses fundamentais do indivíduo e da coletividade, que é o que passaremos a analisar, partindo de situações elencadas por NADER (2009), que consideramos a forma mais didática e prática de analisar o conteúdo objeto deste estudo, senão vejamos:

Situações principais:

A) Proibição de prática do negócio jurídico, tendo em vista a natureza do seu objeto.

Tem-se que a prática do negócio jurídico, limita-se à natureza do objeto da relação jurídica, ou seja, as partes não poderão pactuar algo que venha a ferir preceitos legais, princípios morais, como veremos nos exemplos a seguir expostos.

Paulo Nader (2009) em sua obra *Introdução ao Estudo do Direito* cita o exemplo da *pacta corvina*, que em breves palavras, seria alguém que na expectativa de herdar, transfere futuros direitos, o que é expressamente vedado no direito brasileiro, mas especificamente no artigo 426 do Código Civil que dispõe que “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

Assim, nota-se que *pacta corvina* ou pacto sucessório é o contrato que envolve herança de pessoa viva, tendo a vedação desse tipo de contrato no ordenamento jurídico brasileiro o condão de evitar os sentimentos imorais, como o desejo, após o contrato, de que uma das partes (que negociou a herança) morra. Admite-se, todavia, a partilha de bens, em vida, pelo ascendente, desde que estipulado o usufruto

Vejamos o posicionamento dos tribunais pátrios, a título de consolidação e exemplificação prática da limitação ora estudada.

APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. AÇÃO DE COBRANÇA INTENTADA PELA AUTORA APELANTE CONTRA A SUCESSÃO DA NETA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA, VEZ QUE NÃO VERIFICADA A QUESTÃO HAVIDA PELA APELANTE COMO INCONTROVERSA. MÉRITO. DOAÇÃO REALIZADA PELA AVÓ EM FAVOR DA NETA, NO INTUITO DE CUSTEAR TRATAMENTO MÉDICO E HOSPITALAR. DEMANDA QUE PRETENDE REAVER O VALOR DOADO, SOB O FUNDAMENTO DE TER SE TRATADO DE ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA EM FAVOR DA FILHA, E QUE, APÓS A MORTE DESTA, FOI TRANSMITIDO À NETA. LIBERALIDADE OCORRIDA QUANDO A FILHA DA DEMANDANTE AINDA ESTAVA VIVA. CIRCUNSTÂNCIA QUE DESCARACTERIZA O SUSTENTADO ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA. CONTRATO DE ANTECIPAÇÃO DE HERANÇA SUBSCRITO ANOS DEPOIS DA VENDA DO PATRIMÔNIO DA AUTORA. PACTUAÇÃO NULA, PORQUANTO TRAZ DISPOSIÇÃO SOBRE HERANÇA DE PESSOA VIVA. DESCABIMENTO DA PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DE PATRIMÔNIO QUE DELIBERADAMENTE FOI VENDIDO PELA AUTORA APELANTE PARA AJUDAR A NETA. INCONFORMIDADE DA AUTORA COM O FATO DE O GENITOR DA NETA SER O ÚNICO HERDEIRO NECESSÁRIO, E A QUEM IMPUTA ABANDONO MATERIAL. QUESTÃO QUE DEVE SER OBJETO DE DISCUSSÃO EM AÇÃO PRÓPRIA, E NÃO EM AUTOS DE AÇÃO DE COBRANÇA. Preliminar rejeitada e recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70023690639, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 16/07/2008)(grifo nosso)

Pelo exposto, fica evidente que as partes, apesar de em uma relação jurídica poderem pactuar com fundamento no princípio da autonomia da sua vontade, devem respeitar primordialmente princípios éticos e morais, para que não venham a ferir o prescrito no direito positivo de um Estado.

B) O negócio jurídico é permitido, porém a legislação impõe obstáculos a determinadas cláusulas.

Neste caso específico, observa-se que o ordenamento propicia a liberdade para que as partes possam contratar livremente, entretanto, não poderão estas estabelecer em um contrato as cláusulas que desejarem, visto que tais cláusulas devem se coadunar com o que prevê a legislação pátria, não devendo confrontá-la.

Um exemplo claro, também aludido, pelo doutrinador acima mencionado, é o que se pode inserir em um contrato de trabalho, pois mesmo sendo um contrato livre entre as partes, empregado e empregador, a lei não reconhece cláusulas que venham a desrespeitar as

conquistas sociais, preconizadas primeiramente por nossa Constituição Federal de 1988, especificamente, em seu artigo 7º, no qual estão elencados os direitos dos trabalhadores rurais e urbanos, além da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que complementa a referida previsão legal.

Desta feita, tem-se que o empregado não pode, por exemplo, pactuar em um contrato de trabalho que abre mão de seu direito a férias, por ferir de forma patente um direito assegurado constitucionalmente, que deve ser respeitado independentemente da vontade do sujeito portador do referido direito subjetivo.

O exemplo supra mencionado seria um dentre vários tipos de cláusulas que não podem constar em um contrato de trabalho, sob comento, por confrontarem o disposto em lei.

No tocante ao direito à férias inicialmente mencionado, temos que não só o ordenamento jurídico brasileiro prevê dispositivos legais criados para protegê-lo e principalmente garantir sua eficácia plena, como também a Organização Internacional do Trabalho em uma das suas Convenções, a de número 132, prevê expressamente a impossibilidade de renúncia desta garantia social, garantida constitucionalmente, é o que se observa da leitura do artigo do trecho abaixo transcrito:

O direito às férias é irrenunciável, sendo "nulo de pleno direito ou proibido" todo acordo relativo ao abandono do direito ao período mínimo de férias anuais, conforme dispõe o Art. 12, da Convenção nº 132, norma que mantém a proibição do art. 9º do Texto Consolidado, inquinando de nulo todos os "atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

C) Negócios jurídicos cujos efeitos de direito são disciplinados inteiramente pelo ordenamento jurídico.

Apesar de a celebração dos negócios jurídicos ser pautada na liberdade que as partes possuem quanto ao que e com quem desejam pactuar, é relevante que se ressalte o fato de existirem alguns tipos de negócios que têm os seus efeitos previamente disciplinados no ordenamento jurídico, como é caso do matrimônio amplamente trazido como exemplo pela maioria dos autores.

No Brasil, para melhor compreensão, o casamento encontra-se disciplinado em todos os seus termos pelo Código Civil de 2002, no Livro IV – Do Direito de Família, Título I- Do Direito Pessoal, Subtítulo I- Do casamento, sendo este último disposto da seguinte forma:

- Capítulo I- Disposições gerais
- Capítulo II- Da capacidade para o casamento
- Capítulo III- Dos impedimentos
- Capítulo IV- Das causas suspensivas
- Capítulo V- Do processo de habilitação para o casamento
- Capítulo VI- Da celebração do casamento
- Capítulo VII- Das provas do casamento
- Capítulo VIII- Da invalidade do casamento
- Capítulo IX- Da eficácia do casamento
- Capítulo X- Da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal
- Capítulo XI- Da proteção da pessoa dos filhos

Em virtude da atual disposição do referido código, observamos que o casamento, é um ato jurídico solene, ou seja, um ato que para tornar-se perfeito deverá cumprir uma série de formalidades, as quais estão minuciosamente previstas no direito positivo brasileiro, desde a capacidade do agente para contrair matrimônio, do processo exigido para sua habilitação, quando há inclusive publicação em edital dos nomes dos nubentes, até as hipóteses que causam sua invalidação, a forma de dissolução e a proteção dos filhos advindos deste negócio jurídico.

Tal fato se deve à importância e amplitude da celebração de um negócio como o casamento, que envolve questões jurídicas, morais, éticas, religiosas e sentimentais, não podendo o legislador deixar ao livre arbítrio das partes disciplinarem as cláusulas que irão reger esta relação jurídica, visto que a falta de limites a estas cláusulas poderão causar um relevante impacto na sociedade e desestruturá-la de maneira considerável, daí a necessidade de um disciplinamento e imposição de regras mais contundentes pelo legislador.

D) Negócios que não possuem previsão pelo ordenamento do Estado e são disciplinados integralmente pelas partes.

Quando do estudo da classificação dos negócios jurídicos, há uma divisão clássica, que os dividem em típicos e atípicos, sendo os primeiros aqueles que possuem previsão, estão regulamentado no direito positivo brasileiro, enquanto que os atípicos são os que não estão regulamentados no direito positivo.

O objeto de nosso estudo neste ponto da pesquisa, se restringe a análise da segunda hipótese, qual seja, o negócio jurídico atípico. Estes tipos de contratos refletem a expressão máxima da liberdade de contratar, da autonomia privada, limitada, por óbvio, pela vedação às disposições que contrariem a ordem pública e os bons costumes.

Hodiernamente são exemplos de contratos atípicos o contrato de shopping center, em que há, basicamente, a cessão de espaço comercial mediante pagamento de aluguel, calculado com base no faturamento do ponto comercial mensal, e a multipropriedade, também conhecida como *time sharing*, em que há a compra conjunta de um bem por um grupo, com a estipulação dos períodos em que cada um poderá desfrutar deste.

Com o fulcro de enriquecer as explicações acima expostas, vejamos o que o jurista VILLAÇA AZEVEDO comenta acerca do tema.

33. Aproveitando tudo quanto exposto, discordando das inúmeras doutrinas que procuram estabelecer a natureza jurídica do contrato das lojas em “Shopping Centers”, e com fundamento na classificação dos contratos atípicos mistos, que ofereci em 1965 (conforme item 25, “retro”), sempre entendi o contrato sob estudo como atípico misto, formado com elementos típico (contrato de locação) e com outros elementos atípicos. Essa nova figura atípica não é uma mera locação com atipicidade, pois não se aplica a ela a lei de locação, que fica desnaturada.

34. Acontece, que, como deixei claro, o elemento típico quando somado com outro elemento típico ou, mesmo, atípico desnatura-se, compondo esse conjunto de elementos um novo contrato, uno e complexo, com todas as suas obrigações, formando algo individual e indivisível.

35. «Para delimitar com segurança a atipicidade de um contrato, o verdadeiro critério é o que prescreve o estudo de sua causa, ou função econômica-social», diz **Orlando Gomes** (*Traços do Perfil Jurídico de um “Shopping Center”, in “Shopping Centers”, cit., pp. 94 a 96*); tudo, como admite, «Apesar da nebulosidade que envolve, entre nós, a doutrina da causa».

Adverte, mais: «A relação atípica há de ser monolítica, proveniente de causa única, jamais de uma pluralidade de causas entre si autônomas, nada obstando à sua determinação, que é feita ora pelas próprias partes, ora pelos usos. Exige-se, tão-somente, que seja um ‘elemento objetivo e constante’, como nos contratos típicos, reconhecido, nos limites de sua validade, pelo ordenamento jurídico (Messineo). Há de coincidir, finalmente, com o chamado ‘intento empírico ou escopo prático que as partes pretendem alcançar, ou, em linguagem vulgar, o que querem obter em termos de realização de interesses econômicos».

36. Sem discordar desses tão sábios ensinamentos, o certo é que, na prática, muitas interpretações surgem quanto à aludida tipicidade social, criada pelas próprias partes ou pelos usos e costumes. Também, resta difícil, diante das figuras contratuais novas, em formação, sentir-se, nelas, a chamada “causa única”.

Corroborando com o fora apresentado até o momento, trazemos à colação uma jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que dispõe sobre um caso concreto de negócio jurídico atípico.

"EMENTA: POSTO DE GASOLINA - CONTRATO DE LOCAÇÃO FIRMADO COM A DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DERIVADOS DO PÉTROLEO - NÃO CONFIGURAÇÃO DE SIMPLES RELAÇÃO LOCATÍCIA - CONTRATO COMPLEXO QUE ENGLOBA TAMBÉM O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO - NEGÓCIO JURÍDICO ATÍPICO NÃO REGULADO PELA LEI DE LOCAÇÕES - AÇÃO DE DESPEJO - CARÊNCIA DA AÇÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO. - Na espécie em julgamento, o denominado "Contrato de Locação", celebrado entre a distribuidora de produtos derivados de petróleo e o posto de gasolina, é um contrato complexo, sendo inviável divisar a conjugação da pluralidade de contratos autônomos nele inseridos. - Aqui, não se trata de simples cumulação de um contrato de locação, com outro de distribuição e outros negócios jurídicos, cada qual com uma individualidade própria. - Existe, sim, uma gama de deveres impostos a ambas as partes, onde a locação é indissociável da compra e venda de produtos, da cláusula de exclusividade, de quota mínima, tornando inviável a extinção do pacto, através de mera denúncia vazia (...)" (TAMG - Apelação 0338979-7/02 - 5ª Câmara Cível - Relator Juiz Marine da Cunha - Julgado em 21.02.2002). (grifo nosso)

Depreende-se da leitura supra apesar de o negócio sub judice não prever dispositivo legal específico que o discipline, o julgador não poderá se furtar de atribuir uma solução ao caso prático, visto que resultou de livre manifestação de vontade das partes, produzindo efeitos no ordenamento jurídico e devendo ser regulado com o fito de preservar a ordem social.

E) Na hipótese de haver normas de natureza dispositiva, aplicáveis, portanto, na falta de disposições ajustadas pelos interessados, poderão ocorrer três situações diferentes

- O negócio jurídico regula toda a matéria;
- O negócio estabelece o vínculo, não regulamentando, tendo seus efeitos definidos em lei;
- As partes firmam o negócio definindo apenas parcialmente os seus efeitos, sendo as lacunas preenchidas pelos critérios da lei.

Pelos pontos e exemplos expostos, verifica-se que o ordenamento jurídico pátrio traz em sua estrutura limitações claras e pertinentes limitadoras da autonomia da vontade das partes dentro de uma relação jurídica, com o fulcro de propiciar àquelas uma verdadeira autonomia privada, mas que não venha a ferir princípios éticos, morais e principalmente jurídicos.

4. CONCLUSÃO

Ao realizarmos o presente estudo, concluímos que a autonomia privada é um dos princípios basilares do sistema de Direito Privado, sendo parte do princípio de autodeterminação dos homens, da manifestação de sua subjetividade.

Sabe-se que o Direito constitui um mecanismo de prevenção ou de solução de conflitos e interesses. Não podemos conceber o Direito unicamente sob o ponto de vista instrumental, devendo, também, analisá-lo no sentido de orientar o caminho das decisões jurídicas. Nesse aspecto, a autonomia privada é um verdadeiro poder jurídico de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias.

Em contrapartida, o princípio da autonomia privada indica-nos que, na seara do Direito Patrimonial, as normas jurídicas são de natureza dispositiva ou supletiva, não sendo este poder originário e ilimitado, visto que se origina do ordenamento jurídico estatal que o reconhece, e o limita conforme foi amplamente exposto no decorrer deste trabalho.

Como fartamente demonstrado, o negócio jurídico é instrumento por excelência da autonomia privada, devendo ser realizado dentro dos ditames legais. Todavia, verificamos a existência de algumas limitações que devem ser observadas a fim de que o negócio jurídico seja considerado válido, respeitando sempre, a ordem pública e os bons costumes.

No que se refere à Teoria do Pacta sunt Servanda, observamos que apesar da previsão de que o contrato faz lei entre as partes, devendo ser fielmente cumprido, tal princípio foi relativizado, não cabendo mais sua utilização de forma absoluta, uma vez que devem ser respeitados outros princípios vigentes no ordenamento, tais como o da boa-fé objetiva, o da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Inegável, pois, a relevância do poder negocial como força geradora de normas jurídicas, mesmo que de forma individualizada e restrita aos participantes da relação jurídica, levando-se em consideração a *teoria do pacta sunt servanda*. Ademais, o negócio jurídico consiste numa auto-regulamentação dos interesses particulares pelo ordenamento jurídico, o qual deriva da autonomia privada das partes contratantes.

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, como fundamentos da ordem econômica, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, restando superada a assertiva de que o negócio jurídico só existe porque assim dispõe a lei, dando lugar ao seu nascimento como modelo jurídico autêntico, por este motivo a doutrina civilista majoritária o considera como fonte de elaboração das normas, tendo em vista a força com a qual infere no ordenamento jurídico, daí a sua importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, observamos que o negócio jurídico constitui um dos principais meios através do qual o direito se revela, colocando à margem, no mais das vezes, as fórmulas estatizantes do mundo jurídico no âmbito nacional.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Princípios Gerais do Direito Contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Publicado em *Dirito@Storia*, N. 6- 2007-Contributi. **Utilidade do direito romano na caracterização dos contratos atípicos, especialmente o de utilização de unidade em “Shopping Centers”**. Disponível em http://www.dirittoestoria.it/6/contributi/azevedo-caracterizacao-contractos-atipicos-shopping-centers.htm#_iv_natureza_juridica_do_contrato. Acesso em: 30 de julho de 2010
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico. Existência, Validade e Eficácia**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRASIL, Código Civil e Constituição Federal. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Presidência da República Federativa. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 - CÓDIGO CIVIL**: Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 28 de junho de 2010.
- CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1953.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v.1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Código Civil – Projeto Orlando Gomes**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1 – Parte Geral. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Contratos**. Buenos Aires: Ediar, 1988.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: parte general**. Trad. esp. Caracas: Edersa, 1978.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas**.

MOURA, Luiz Arthur de. **A convenção nº 132 da OIT e a revogação dos artigos da CLT referente às férias**. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4465&p=2>. Acesso em: 29 de julho de 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PENTEADO JUNIOR, Cassio M. C.. **O negócio jurídico no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 320, 23 maio 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5279>>. Acesso em: 27 dez. 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil**, Vol. 1 – Teoria Geral do Direito Civil. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, **Jurisprudência**. Disponível em http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp. Acesso em: 30 de julho de 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Acesso em: 28 de julho de 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos contratos**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Código civil interpretado**. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010

ZUNINO NETO, Nelson. **Pacta Sunt Servanda x Rebus Sic Stantibus: Uma breve abordagem**. Disponível em www.jusnavigandi.com.br/paginaprincipal/doutrina/pactasuntservandaxrebusstantibus. Acesso em: 25/10/2010).

NORMAS E CRITÉRIOS PARA PUBLICAÇÃO

Os trabalhos, submetidos à **Revista de Direito do IESP (versão eletrônica)** para publicação, são resultados de pesquisas empíricas ou ensaios teóricos, desenvolvidos pelos bacharelados do curso de direito em seu Trabalhos de Conclusão de Curso - TCC:

- 1) Digitados em espaço 1,5 linha, em páginas numeradas, com margens de 1,5 cm de cada lado (justificadas), na fonte “Times New Roman”, tamanho 12, em papel A4; Digitados através do editor de texto Word para Windows, gravados em CD.
- 2) Devem constar: **Título, Nome do Autor** (em nota de rodapé, as informações do autor com relação à titulação, local de trabalho e endereço de e-mail). O autor deve informar, também: Resumo (oito linhas no máximo) e 3 (três) palavras-chave em português ou espanhol; “Abstract” e “Key-words” e Referências Bibliográficas.
- 3) Os trabalhos deverão ser **inéditos**, escritos em português ou espanhol, de forma clara e concisa.
- 4) Os trabalhos serão submetidos, à apreciação do **Conselho Científico** ou a relatores de pareceres **Ad doc**, sendo publicados após o parecer favorável de, pelo menos, **dois membros**, de acordo com a programação a ser definida pelo **Conselho Editorial**.
- 5) Os trabalhos aprovados, dependendo da quantidade, que não forem publicados no primeiro número, poderão ser publicados nos números subsequentes da Revista.
- 6) Os autores, que tiverem os seus trabalhos publicados, receberão, graciosamente, dois exemplares.

Conselho Editorial

da Revista de Direito do Iesp