
DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2013

DIREITO
DO ESTADO
EM DEBATE

Conselho Editorial

Aldacy Rachid Coutinho
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Celso Luiz Ludwig
Érica de Oliveira Hartmann
Eros Belin de Moura Cordeiro
Eroulths Cortiano Junior
Fernando Borges Mânica
Fernando Campos Scaff
Guilherme Roman Borges
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jair Lima Gevaerd Filho
Joe Tennyson Velo
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
José Antonio Peres Gediél
Jozélia Nogueira
Leila Cuéllar
Manoel Caetano Ferreira Filho
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Miguel Gualano de Godoy
Paulo Ricardo Schier
Ricardo Saavedra Hurtado
Rodrigo Luís Kanayama
Rodrigo Xavier Leonardo
Roland Hasson
Safira Orçatto Meirelles do Prado
Sandro Marcelo Kozikoski

Comissão Editorial

Ana Elisa Perez Souza
Audrey Silva Kyt
Felipe Barreto Frias
Fernando Merini
Luyza Marks de Almeida
Rafael Soares Leite
Roberto Altheim

Coordenadoria de Estudos Jurídicos da PGE-PR

Leila Cuéllar

DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA

DA PROCURADORIA GERAL

DO ESTADO DO PARANÁ

2013

Dados internacionais de catalogação na publicação
Bibliotecária responsável: Neuza Lúcia Staub CRB 9/763

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO
PARANÁ. Curitiba : PGE, 2013

v. 4 - 2013

ISSN : 2316-3070

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
DO PARANÁ.

CDD - 340.05

CDU - 35(05)

As opiniões e os entendimentos externados nos artigos, na jurisprudência comentada e no parecer são de responsabilidade exclusiva dos autores, não se confundindo com o adotado pelo Conselho Editorial, Comissão Editorial ou pela instituição Procuradoria Geral do Estado do Paraná.

Todos os textos aqui publicados foram aprovados pelo sistema ‘double blind peer review’ por dois professores membros do Conselho Editorial, sem interferência da Comissão Editorial.



Antônia Schwinden (Coordenação)
Glauce Midori Nakamura (Capa e Editoração Eletrônica)

Apresentação

Caros leitores, é com imensa satisfação que apresentamos mais uma edição da Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Revista Direito do Estado em Debate, 2013.

Para esta edição, foram selecionados artigos, parecer e jurisprudência que versam sobre temas de grande relevância e atualidade, notadamente nas áreas de direito constitucional, direito administrativo, direito civil, direito do trabalho e direito processual.

Ao mesmo tempo em que externamos nossos cumprimentos, agradecemos a todos que possibilitaram a realização deste volume, em especial àqueles que encaminharam artigos para publicação e aos membros do Conselho Editorial e da Comissão Editorial da Revista Direito do Estado em Debate e da Coordenadoria de Estudos Jurídicos da PGE-PR.

Desejamos a todos uma excelente leitura.

Curitiba, dezembro de 2013.

Marisa Zandonai
Procuradora-Geral do Estado em exercício

Sumário

APRESENTAÇÃO	5
<i>Marisa Zandonai</i>	
I – DOCTRINA	
Por uma Procuradoria Geral do Estado de Resultados: Da Necessidade de Repensar Modelos Tradicionais de Atuação na Busca da Eficiência	11
<i>Glaucia Rodrigues Torres de Oliveira Mello</i> <i>Carlos Eduardo Rangel Xavier</i>	
As Cláusulas Gerais, uma Perspectiva Histórico-Construtiva do Direito Privado Contemporâneo	31
<i>Ricardo Cavedon</i>	
Evolução Dogmática da Tutela dos Interesses Individuais Homogêneos na Justiça do Trabalho: Da Substituição Processual à Sentença Genérica	81
<i>Ronaldo Lima dos Santos</i>	
O Monitoramento do e-mail Corporativo e o Poder de Comando Patronal	117
<i>Mariana Giacomini</i>	

O Uso da Interceptação Telefônica na Esfera Extrapenal e a Efetivação da Justiça	147
<i>Yasa Rochelle Santos de Araujo</i>	
<i>Renato Bregoli Dondoni</i>	

II – ENSAIOS

A Retratação do Veto	171
<i>Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz</i>	

Breves Anotações sobre o Sistema de Controle Interno: Redefinição do Denominado Modelo de Gestão “Gerencial”, Exercício da Função e a Necessidade de uma Lei Geral de Controle Interno	179
<i>Rodrigo Pironi Aguirre de Castro</i>	

III – JURISPRUDÊNCIA

A EC 62/2009 e as Decisões do Supremo Tribunal Federal	201
<i>Jorge Haroldo Martins</i>	

IV – PARECER

Minuta de Contrato de Concessão de Direito Real de Uso Visando Promover a Regularização Fundiária do Parque Nacional do Iguaçu	211
<i>Guilherme Soares</i>	

DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2013

DIREITO
DO ESTADO
EM DEBATE

Conselho Editorial

Aldacy Rachid Coutinho
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Celso Luiz Ludwig
Érica de Oliveira Hartmann
Eros Belin de Moura Cordeiro
Eroulths Cortiano Junior
Fernando Borges Mânica
Fernando Campos Scaff
Guilherme Roman Borges
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jair Lima Gevaerd Filho
Joe Tennyson Velo
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
José Antonio Peres Gediél
Jozélia Nogueira
Leila Cuéllar
Manoel Caetano Ferreira Filho
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Miguel Gualano de Godoy
Paulo Ricardo Schier
Ricardo Saavedra Hurtado
Rodrigo Luís Kanayama
Rodrigo Xavier Leonardo
Roland Hasson
Safira Orçatto Meirelles do Prado
Sandro Marcelo Kozikoski

Comissão Editorial

Ana Elisa Perez Souza
Audrey Silva Kyt
Felipe Barreto Frias
Fernando Merini
Luyza Marks de Almeida
Rafael Soares Leite
Roberto Altheim

Coordenadoria de Estudos Jurídicos da PGE-PR

Leila Cuéllar

DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA

DA PROCURADORIA GERAL

DO ESTADO DO PARANÁ

2013

Dados internacionais de catalogação na publicação
Bibliotecária responsável: Neuza Lúcia Staub CRB 9/763

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO
PARANÁ. Curitiba : PGE, 2013

v. 4 - 2013

ISSN : 2316-3070

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
DO PARANÁ.

CDD - 340.05

CDU - 35(05)

As opiniões e os entendimentos externados nos artigos, na jurisprudência comentada e no parecer são de responsabilidade exclusiva dos autores, não se confundindo com o adotado pelo Conselho Editorial, Comissão Editorial ou pela instituição Procuradoria Geral do Estado do Paraná.

Todos os textos aqui publicados foram aprovados pelo sistema 'double blind peer review' por dois professores membros do Conselho Editorial, sem interferência da Comissão Editorial.



Antônia Schwinden (Coordenação)
Glauce Midori Nakamura (Capa e Editoração Eletrônica)

Apresentação

Caros leitores, é com imensa satisfação que apresentamos mais uma edição da Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Revista Direito do Estado em Debate, 2013.

Para esta edição, foram selecionados artigos, parecer e jurisprudência que versam sobre temas de grande relevância e atualidade, notadamente nas áreas de direito constitucional, direito administrativo, direito civil, direito do trabalho e direito processual.

Ao mesmo tempo em que externamos nossos cumprimentos, agradecemos a todos que possibilitaram a realização deste volume, em especial àqueles que encaminharam artigos para publicação e aos membros do Conselho Editorial e da Comissão Editorial da Revista Direito do Estado em Debate e da Coordenadoria de Estudos Jurídicos da PGE-PR.

Desejamos a todos uma excelente leitura.

Curitiba, dezembro de 2013.

Marisa Zandonai
Procuradora-Geral do Estado em exercício

Sumário

APRESENTAÇÃO	5
<i>Marisa Zandonai</i>	
I – DOCTRINA	
Por uma Procuradoria Geral do Estado de Resultados: Da Necessidade de Repensar Modelos Tradicionais de Atuação na Busca da Eficiência	11
<i>Glaucia Rodrigues Torres de Oliveira Mello</i> <i>Carlos Eduardo Rangel Xavier</i>	
As Cláusulas Gerais, uma Perspectiva Histórico-Construtiva do Direito Privado Contemporâneo	31
<i>Ricardo Cavedon</i>	
Evolução Dogmática da Tutela dos Interesses Individuais Homogêneos na Justiça do Trabalho: Da Substituição Processual à Sentença Genérica	81
<i>Ronaldo Lima dos Santos</i>	
O Monitoramento do e-mail Corporativo e o Poder de Comando Patronal	117
<i>Mariana Giacomini</i>	

O Uso da Interceptação Telefônica na Esfera Extrapenal e a Efetivação da Justiça	147
<i>Yasa Rochelle Santos de Araujo</i>	
<i>Renato Bregoli Dondoni</i>	

II – ENSAIOS

A Retratação do Veto	171
<i>Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz</i>	

Breves Anotações sobre o Sistema de Controle Interno: Redefinição do Denominado Modelo de Gestão “Gerencial”, Exercício da Função e a Necessidade de uma Lei Geral de Controle Interno	179
<i>Rodrigo Pironi Aguirre de Castro</i>	

III – JURISPRUDÊNCIA

A EC 62/2009 e as Decisões do Supremo Tribunal Federal	201
<i>Jorge Haroldo Martins</i>	

IV – PARECER

Minuta de Contrato de Concessão de Direito Real de Uso Visando Promover a Regularização Fundiária do Parque Nacional do Iguaçu	211
<i>Guilherme Soares</i>	

DOCTRINA

2013

Por uma Procuradoria Geral do Estado de Resultados: Da Necessidade de Repensar Modelos Tradicionais de Atuação na Busca da Eficiência

Gláucia Rodrigues Torres de Oliveira Mello¹

Carlos Eduardo Rangel Xavier²

RESUMO: o presente artigo tem por objetivo chamar atenção à necessidade de adequação da atuação da Procuradoria Geral do Estado à nova realidade do Direito Administrativo e o Processo Civil brasileiros. Neste intuito, mencionam-se as novas leituras, sob a óptica da Constituição, que vêm sendo feitas a respeito de tradicionais institutos, correlacionando-os com o mister dos Procuradores do Estado e sua missão institucional. Chega-se, por fim, à conclusão quanto à necessidade de uma atuação mais comprometida com a eficiência do que com o formalismo.

PALAVRAS-CHAVE: Procuradoria geral do estado; procuradores do estado; compromisso; missão institucional; eficiência; resultados; legalidade; juridicidade; interesse público; interesse privado.

1 Procuradora do Estado do Paraná, Classe V. Ex-Procuradora do Município de São Gonçalo. Ex-residente Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda pela Universidade Cândido Mendes. Paranaguá, Brasil. Rua Antonio Pereira 1060. glauciarodrigues@pge.pr.gov.br.

2 Procurador do Estado do Paraná, Classe IV. Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Brasil. Rua Paula Gomes, 145. carlosxavier@pge.pr.gov.br.

Introdução. Compromisso dos Procuradores com o futuro e o seu papel institucional

O presente trabalho visa minimamente situar a Procuradoria do Estado no contexto do Direito Administrativo – com seus novos e antigos, porém relidos, institutos – e do Processo Civil pós-modernos.

Subjaz-lhe a seguinte indagação: qual modelo de Procuradoria do Estado queremos? Ou, qual Procuradoria do Estado quer a sociedade? E, antes, de forma mais precisa e mesmo mais técnica, *qual modelo de Procuradoria do Estado nos impõe a Constituição?*

Com efeito, é sabido que a Constituição de 1988 elevou a Procuradoria Geral do Estado ao *status* de função essencial à justiça. Ainda segundo a Constituição, aos Procuradores incumbe a representação judicial e consultoria jurídica do Estado, com vistas à preservação do *interesse público*, bem como à salvaguarda e manutenção do Estado de Direito.

A Procuradoria, portanto, como função essencial à justiça que é, se afirma instrumento essencial, não somente à justiça, como o nome já denota, mas à própria existência do Estado Democrático de Direito e à implementação dos direitos fundamentais. Nesta linha, o compromisso e o papel institucional dos Procuradores não poderia ser outro, senão

desempenhar uma advocacia pública moderna e responsável, visando ao mesmo tempo resguardar não somente os interesses da administração, mas também do cidadão. A par disso, sempre que possível, buscar a diminuição das demandas judiciais pela utilização dos atuais conceitos de interesse público, que é dar efetividade aos princípios da eficiência e da economicidade administrativas. No campo administrativo, é preciso avançar com técnicas de gestão direcionadas a metas objetivas e com as inovações tecnológicas superar as amarras, a inércia e as deficiências administrativas na construção de um Estado que esteja mais de acordo com a Constituição cidadã³.

3 O Procurador do Estado e seu trabalho. Obra coletiva dos Associados APEP. Curitiba, 2010. p. 46.

É dentro dessa perspectiva, levando-se em conta tais aspectos tão caros ao mister desempenhado pelos Procuradores do Estado, que se pretende contextualizar e apresentar proposta de uma mais contemporânea e consentânea atuação da Procuradoria Geral do Estado com o Estado Democrático de Direito. Com efeito, e nesta mesma ordem de ideias, sempre muito bem colocadas as palavras do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

(...) mais do que a todas as pessoas, a Constituição exige essa observância (dos valores fundantes do Estado Democrático de Direito) por parte daqueles que, por profissão, livremente abraçada, devam, sustentar permanentemente, em prol da sociedade, a supremacia desses valores fundamentais: tal é o caso dos membros da Procuraturas constitucionais, aos quais são impostos certos comportamentos específicos, como, sinteticamente o são, os de sustentar, como dever mínimo, e o de aperfeiçoar, como dever pleno, a ordem jurídica instituída. **Se, com o comando sustentar, se visa ao desempenho de atos eficazes, aptos a manter a incolumidade da ordem jurídica, indubitavelmente, com o comando aperfeiçoar há de se pretender, além da efetiva prática desses atos, comportamentos eficientes, capazes de aprimorar qualitativamente o sistema, pois a democracia material não se aperfeiçoa senão trilhando o laborioso caminho da eficiência.**"⁴

É o que pretendemos sustentar. Inicialmente, reitera-se, sob o viés do Direito Administrativo e, após, à luz do Processo Civil neoconstitucionais.

Da legalidade como juridicidade

O princípio da legalidade, sempre tão caro e basilar ao Direito Administrativo, já não merece mais ser lido em sua concepção original. Tradicionalmente retratado pela máxima segundo a qual a Administração só

⁴ Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVI. Advocacia Pública. Independência técnico-funcional da Advocacia do Estado. Ed. Lumen juris. p. 12-13.

poderia atuar de dentro do que autoriza a lei, ao passo que ao particular seria permitido tudo que não fosse pela lei vedado, o princípio da legalidade foi reiteradamente descrito pela lição de Hely Lopes Meireles, segundo a qual:

Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “poder fazer assim”, para o administrador significa “deve fazer assim”⁵

Hoje, entretanto, numa acepção pós-moderna do Direito Administrativo, o princípio da legalidade demanda releitura, devendo ser compreendido de forma mais ampla. Múltiplos fatores, como o descrédito dos órgãos legislativos, a desnecessária profusão de diplomas legais, a agilidade com que se desenvolvem os fenômenos sociais e a consequente necessidade de uma rápida resposta do Poder Público, incompatível com o intrinsecamente moroso processo legislativo, e, principalmente, o fenômeno do *neoconstitucionalismo*, por meio do qual passou a ser admitida a eficácia direta e imediata das normas da Constituição, atuaram em conjunto para de vez sepultar o mito do império da lei formal no âmbito da Administração Pública. Com isso, veio a reboque o ocaso da clássica noção de legalidade.

Não que se possa agora equiparar a atuação da Administração Pública à atuação do particular. Uma realidade tal muito dificilmente se coadunaria com um Estado de Direito. A administração não pode atuar sem balizas. É ínsito ao Estado de Direito que haja uma normatividade ditando e delimitando a atuação do Poder Público.

Nada obstante, a questão que se coloca é: que normatividade seria esta a limitar a atuação do Estado? Como dito, a legalidade em sua concepção original era entendida como a vinculação positiva à lei formal.

5 Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais apud Transformações do Direito administrativo. Patrícia Batista. 2003. Ed. Renovar. Biblioteca de teses.

Contudo, diante dos já mencionados fatores, essa legalidade estreita não mais atende aos anseios do Direito Administrativo contemporâneo. Dessa forma, a tal normatividade que deve balizar a atuação da administração pública passa a demandar uma compreensão mais ampla, dilargada.

Nessa vereda, vemos a legalidade passar de uma vinculação positiva à lei à vinculação positiva *ao Direito* – ou seja, da legalidade à *juridicidade*. O princípio da legalidade já não mais aceita sua retratação como a improfícua só vinculação à lei em sentido estrito, passando a ser considerado, em sentido largo, como a vinculação positiva ao *ordenamento jurídico*, ou seja, aos princípios, objetivos e valores constitucionais, quer dizer, *ao Direito* como um todo.

Veja-se, a releitura pela qual vem passando o princípio não é algo meramente conceitual, mas implica importantes mudanças na forma de atuar da Administração Pública. Não sendo mais o Poder Público vinculado positiva e exclusivamente ao prescrito no texto legal, passa a poder atuar com base diretamente na Constituição, seus princípios e valores. Dessa forma, se a Constituição Federal impõe ao Estado o dever de realização progressiva dos direitos fundamentais, poderá o Poder Público, com base diretamente na norma constitucional respectiva, adotar medidas neste sentido, ainda que não haja manifestação formal do Poder Legislativo sobre a adoção desta ou daquela medida.

Em suma, foram lançadas novas luzes sobre o princípio da legalidade, que deixou de ser notado exclusivamente como a vinculação positiva à lei. Porém, frise-se, essa tradicional interpretação ainda subsiste. Agora ampliada, é bem verdade, porém subsiste. É nessa linha que esclarece Alexandre Santos de Aragão, *verbis*:

O princípio da legalidade, se corretamente entendido, não pode ser considerado superado pelo princípio da juridicidade, porque as referências ao princípio da juridicidade sempre partem de normas (regras e princípios) constitucionais ou legais. O princípio da juridicidade nada mais é do que o princípio da legalidade entendido substancialmente, não se tendo em consideração apenas esta ou aquela

regra legal específica, mas o ordenamento jurídico como um todo⁶

Com efeito, a aceitação desta novel concepção da legalidade mostra-se essencial ao paradigma contemporâneo de atuação que aqui pretendemos defender. Destarte, sendo certo estar a Administração e, conseqüentemente, a Procuradoria do Estado, diretamente vinculada aos comandos constitucionais, tal qual o inserto no princípio da eficiência, assoma-se inegável a possibilidade de realização direta da Constituição, independentemente da existência de um determinado comando legal específico. Assim, é possível conceber uma forma de atuação mais flexível, porém legítima, uma vez que encontre fundamento diretamente na Constituição.

Uma releitura da noção de interesse público. Da necessidade de ponderação

Nesta mesma linha, o até então intangível axioma da supremacia do interesse público sobre o particular, tradicionalmente invocado como justificativa para uma série de prerrogativas da Administração, também passa a ter abaladas as suas estruturas. O tema está longe de ser pacífico, mas, para alguns autores, o princípio sequer subsistiria hígido na realidade constitucional atual. É a opinião, por exemplo, de Humberto Ávila, para quem o princípio seria absolutamente carente de fundamento de validade. Segundo o autor:

a Constituição (...) protege de tal forma a liberdade (...), a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada, que se tratasse de uma regra abstrata e relativa de prevalência, seria (não o é, como se verá) em favor dos interesses privados em vez dos públicos.⁷

6 Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 58.

7 Princípio da Supremacia do interesse público sobre o particular apud

Pode-se dizer que a origem do princípio da supremacia do interesse público, tal qual tradicionalmente entendido, estaria atrelada ao princípio da legalidade, também em sua concepção original. Quer dizer, numa realidade de separação estanque de poderes e de delimitação estreita do Poder Público pela lei, a ideia era que ao administrador somente caberia realizar o interesse público definido na *lei*. Entendia-se a lei como único veículo legítimo a corporificar o interesse público. E, destarte, num ambiente em que prevalecia a supremacia do Parlamento, a persecução de interesses outros, que não os pela *lei* trazidos, significava uma violação a esta preeminência. Entretanto, como já dito, a superioridade da lei e o princípio da legalidade em sua concepção original já não mais subsistem de forma incontestável.

Ademais, argumenta-se que as raízes do princípio fundam-se em concepções *organicistas* e *utilitaristas*, bases teóricas dos regimes nazifascistas, de todo incompatíveis com a atual realidade constitucional. É que a noção de dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, não se comprazeria com a instrumentalização do indivíduo em prol de uma coletividade. É o entendimento defendido, dentre outros, por Gustavo Binenbojm, para quem o princípio teria mesmo inspiração nas mencionadas bases teóricas e seria totalmente incompatível com o Estado democrático de direito, *verbis*:

Como corolário de seu caráter aberto, pluralista e compromissório, a Carta da República não admite qualquer definição apriorística acerca da relação de prevalência entre os interesses coletivos e individuais. A posição central conferida ao sistema de direitos fundamentais e ao princípio democrático não significou a adoção de uma teoria meramente individualista pelo constituinte. (...) Portanto, não se há falar em qualquer princípio ou postulado que afirme a primazia a priori de

uma ordem de interesses sobre a outra, qualquer que seja o seu sentido (coletivista ou individualista)⁸

De outro lado, chamar o “princípio” da supremacia do interesse público sobre o privado de princípio seria mesmo uma contradição em termos, na medida em que os princípios, por sua própria natureza, admitem ponderação, diferente do que denotaria uma suposta *supremacia* do interesse público sobre o privado, que em si já aponta para uma inequívoca solução em favor do interesse público em caso de conflito. Com efeito:

nota-se que não há como conciliar no ordenamento jurídico um “princípio” que, ignorando as nuances do caso concreto, estabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público. O “princípio” em si afasta o processo de ponderação, fechando as portas para os interesses privados envolvidos.⁹

Ora, tal linha de argumentação demonstra que já não se deve considerar que a sanha pela realização de um supostamente hegemônico e predeterminado interesse público seja mesmo a melhor forma de realização dos princípios e valores constitucionais vigentes. Quer dizer, nem sempre a realização do interesse público, tal qual definido na lei, avulta-se mesmo como a melhor forma de sua realização no caso concreto. Por vezes, pode ser que a realização de determinado interesse privado em detrimento do interesse da Administração Pública seja, no caso concreto, a maneira de melhor se realizar o interesse público. Dessa forma, parece mais condizente com a Constituição a realização de um raciocínio ponderativo, de modo a se encontrar, na situação concreta, o interesse cuja satisfação realiza de forma mais plena os valores constitucionais. Nessa linha, bastante elucidativas as palavras de Gustavo Binbenojm, ao comentar o entendimento defendido por Humberto Ávila:

8 Uma teoria do direito administrativo. Renovar. 2008. p. 86.

9 Gustavo Binbenojm. Uma teoria do direito administrativo. p. 98.

A abordagem abreviada do autor a respeito do que vai chamar de “indissociabilidade” entre interesses públicos e privados merece, pela relevância, maiores reflexões. Tal indissociabilidade decorre não apenas da existência de um ordenamento jurídico pautado por garantias e direitos individuais aos quais o Estado deve reverência e proteção; a assertiva vai além, traduzindo a ideia de que a realização de interesses privados (reconhecidos pela Constituição como direitos fundamentais) quando em confronto com interesses públicos não constitui desvio de finalidade para a administração, pois a promoção daqueles também constitui um fim público (...). Verifica-se que a proteção, embora parcial, de um interesse privado constitucionalmente consagrado pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público. Ao contrário do que se costuma apregoar, a satisfação de um pode representar, igualmente, a promoção do outro”¹⁰

Muito embora se reconheçam a riqueza da tese e o peso dos doutrinadores que a defendem, fica-se aqui com uma tese intermediária a respeito do tema. Com efeito, na linha do defendido por Luis Roberto Barroso em prefácio escrito para a obra *Interesses Públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, prefere-se a tese de que, sim, ainda vige o princípio da supremacia do interesse público, pelo menos com relação ao dito interesse público *primário*.

Com efeito, o eminente constitucionalista, lançando mão da tradicional diferenciação, feita por Renato Alessi, entre interesse público *primário* e *secundário*, sustenta que, com relação ao interesse público *secundário*, o princípio da supremacia do interesse público jamais encontrará aplicação. Quer dizer, o interesse público *secundário* não gozaria nunca de superioridade *a priori* em face dos interesses privados. De outro lado, com relação ao interesse público *primário*, poder-se-ia, sim, ainda sustentar a aplicação da ideia de prevalência.

Dentro desse contexto, e com maior imbricação ao que aqui nos interessa, avulta ainda a questão da *indisponibilidade* do interesse público. É também clássica a lição de que o interesse público seria indisponível

10 Uma teoria do direito administrativo. p. 97.

aos seus agentes, que devem sempre atuar com vistas ao seu resguardo e implementação. De fato, o interesse público *primário* pode-se dizer indisponível, na medida em que, agentes públicos, imbuídos nesta condição, não poderiam agir diferentemente, senão atuando sempre no sentido de sua constante realização. Entretanto, o mesmo não se pode dizer quanto a sua *forma* de realização ou mesmo quanto ao interesse público *secundário*. Inclusive, tal fenômeno já vem sendo materializado em alguns diplomas legais, que expressamente admitem a utilização da arbitragem nos contratos administrativos, bem como na Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, que admite que os advogados públicos possam transigir em juízo. O mesmo pode se dizer a respeito dos acordos substitutivos, os chamados Termos de Ajustamento de Conduta, celebrados usualmente no âmbito das ações coletivas, e que nada mais são do que uma legítima disposição quanto à forma de realização do interesse público no caso concreto. Não se dispõe a respeito do interesse público em si, mas apenas quanto à forma pela qual ele será realizado. Em última análise, tratam tais exemplos de demonstrações da flexibilização da indisponibilidade do interesse público.

Enfim, o que se pretende com isso demonstrar é que o enfraquecimento da ideia da existência de uma supremacia do público sobre o privado, bem como o advento de uma visão mais flexível quanto à indisponibilidade e à forma de realização do interesse público, permitem que se pense em uma atuação também mais flexível da Procuradoria, ainda que, numa primeira análise, se possa crer estar privilegiando o interesse privado ou dispondo ilegitimamente do interesse público. Dessarte, situando o raciocínio ao nosso contexto, na linha do que já vem sendo há algum tempo defendido, não se haveria de cogitar de violação à indisponibilidade do interesse público, por exemplo, em eventual decisão de não prosseguir em determinada ação, uma vez que se afira no caso concreto que os custos da sua continuidade suplantam os benefícios econômicos diretos que se possam com ela auferir. É nessa linha que se poderia cogitar de uma flexibilização destes tradicionais dogmas, na busca de uma atuação mais pautada pela eficiência e pela busca de resultados.

A Procuradoria do Estado e o princípio da eficiência

Enfim, feitas as considerações a respeito da juridicidade e forma de atingimento do interesse público, indaga-se: de que modo tais noções poderiam influir na atuação da Procuradoria? Com efeito, em primeiro lugar, assim impõe o princípio da eficiência, bem como os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à razoável duração do processo, aos quais se encontra sujeita a Procuradoria Geral do Estado (veja-se o tópico seguinte), como órgão da Administração Pública que é.

Dessa forma, sendo certo encontrar-se sob a influência direta, na linha do propugnado pelo princípio da juridicidade, de tais normas e princípios constitucionais, incontestemente que a atuação dos Procuradores do Estado já não deve ser pautada pelo dogma da indisponibilidade do interesse público. A tão só existência de normas constitucionais a impor uma atuação mais eficiente já é capaz de inspirar uma releitura deste *modus operandi* clássico. Tal constatação é relevantíssima para que tão logo se possa pensar na implementação de uma *performance* mais condizente com a eficiência.

Com efeito, o princípio da eficiência, até então implícito no ordenamento jurídico, desde a Emenda Constitucional 19/98 encontra-se explicitamente plasmado no art. 37, *caput* da Constituição. A consagração de tal princípio teve relevante papel na afirmação do modelo de Administração Pública gerencial, de resultados, superando-se o modelo de administração burocrática. Eficiência, nesta linha, significa “vedação ao desperdício ou má utilização dos recursos destinados à satisfação das necessidades coletivas”.¹¹ Em outras palavras, “obter o máximo de resultados com a menor quantidade

11 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 137.

possível de desembolsos”.¹² Há agora, pode-se dizer, um dever de eficiência imposto aos agentes públicos em geral. Nessa linha, aos Procuradores do Estado, como agentes públicos que são, recai este mesmo dever. Dessarte, ainda segundo as lições do insigne administrativista, Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Portanto, na mesma linha de raciocínio – agora especificamente dirigida aos membros da Advocacia do Estado – aperfeiçoar o desempenho de suas próprias atividades profissionais, exigindo-se individualmente uma clara consciência da relação que deve existir entre a qualidade de sua atuação e o benefício direto que dela possa resultar para a ordem jurídica e para a sociedade, constitui-se, certamente, em um dever especial, que pode e deve ser cobrado, não somente no plano moral, mas também no plano funcional¹³

Com efeito, o princípio da eficiência, na linha do já exposto, integra a noção ampla de juridicidade. Dessa forma, se um ato praticado pela Administração for ineficiente, será tido por inválido, por violação ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Dessa forma, o princípio da eficiência é uma forma de assegurar que os resultados pretendidos pela lei sejam efetivamente logrados, não se comprazendo com a mera satisfação dos requisitos legais de atuação.

Nessa vereda, poder-se-ia indagar o que se entende por uma atuação eficiente. Intuitivo, na linha do que se pretende aqui defender, que uma atuação eficiente não deve ser assim considerada sob o aspecto eminentemente quantitativo. Quer dizer, *uma Procuradoria não será considerada mais eficiente pelo grande número de executivos fiscais que tenha ajuizado; uma Procuradoria não será mais eficiente por ter interposto todos*

12 *Idem, ibidem*, p. 137.

13 Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVI. Advocacia Pública. Independência técnico-funcional da Advocacia do Estado. Ed. Lumen juris. p. 13.

os recursos que lhe cabia; não será mais eficiente por ter ofertado resistência a toda e qualquer pretensão que lhe seja oposta. Pensar assim é privilegiar uma atuação formalista, destituída de maiores considerações com a eficiência e a economicidade do atuar administrativo.

Mas em que consistiria, então, uma atuação que poderia ser dita eficiente? Nessa linha, exemplifica novamente o professor Diogo de Figueiredo em sua pertinente obra:

qualquer interesse da Fazenda Pública em juízo estará sempre subordinado aos princípios referidos, devendo, por isso, recusar-se o Advogado Público, a atuar por mero interesse arrecadatório, quando despido de legitimidade; recusar-se a advogar com fins emulatórios; recusar-se a recorrer sistematicamente contra jurisprudência pacificada ou apenas com intenções protelatórias; recusar-se a obedecer ordens hierárquicas que depassem da organização burocrática dos serviços para interferirem na condição formal e material dos processos administrativos e judiciais a seu cargo etc.¹⁴

Malgrado seja irretocável e sempre visionária a lição do mestre administrativista, aqui não se chega a advogar uma atuação plenamente independente dos Procuradores do Estado, coisa que sabe-se longe de ser pacífica. Resguardando-se a este tipo de crítica, defende-se, isso sim, a *sistematização da atuação da Procuradoria, mediante edição de normativa interna, que oriente os seus membros a um atuar mais inteligente, econômico e eficiente.*

Acrescenta-se que o presente trabalho não pretende servir de algum sustentáculo teórico para alterações que se afiguram muito distantes da realidade da advocacia pública.¹⁵ Nem mesmo que, ao tempo de sua

14 Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVI. Advocacia Pública. Independência técnico-funcional da Advocacia do Estado. Ed. Lumen juris. p. 16.

15 É o caso, por exemplo, da Portaria 294/2010 – PGFN, que, dentre outros temas, disciplina hipóteses objetivas de não apresentação de defesa ou interposição de recurso pela Procuradora-Geral da Fazenda Nacional.

elaboração, as ideias que apresenta estejam longe da mentalidade de muitos dos Procuradores do Estado do Paraná ou da própria administração da Procuradoria. Antes, seu principal desiderato é servir de fomento à cultura que o impregna, uma vez que alteração estrutural é inexorável (não se trata apenas de necessidade imposta por certa concepção doutrinária, mas, antes, questão de verdadeira sobrevivência institucional em tempos de advocacia de massa).

Nesse contexto, cita-se como exemplo de medida já impregnada pela ideia de eficiência na atuação judicial a Deliberação 129/2010, do Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado, convertida na Súmula 23,¹⁶ do mesmo órgão, que permite a não interposição de recurso em face do reconhecimento judicial da prescrição em execução fiscal, nas hipóteses que especifica.¹⁷ Outros exemplos de medidas já implementadas poderiam ser citados, como é o caso da recentemente aprovada Súmula 24, que versa sobre a não interposição de recurso de revista em face do valor da causa.

Por sua vez, são propostas que, ao tempo da redação do trabalho estavam em gestão e apontam no mesmo sentido aqui defendido, notadamente, a revisão das súmulas do Conselho Superior e a estruturação do “Programa de Gestão Estratégica da Atividade Judicial da Procuradoria-Geral do Estado”; com a adoção destas medidas, pode-se afirmar que estará

16 No voto que deu origem à Deliberação 129/2010, o Dr. Julio Cesar Zem Cardoso, então Conselheiro e hoje Procurador-Geral do Estado, faz expressa referência, inclusive com citações doutrinárias, ao princípio constitucional da eficiência administrativa.

17 Se bem que, para uma gestão racional e eficiente da execução fiscal, tendo em vista a otimização e o alavancamento de resultados (do ponto de vista da arrecadação), é ainda necessário que se avance para a disciplina do reconhecimento administrativo da prescrição ou, quando menos, da aplicação do art. 40 da Lei n.º 6.830/80 por provocação da própria Procuradoria: pondo-se de lado a execução fiscal frustrada, aumenta-se a efetividade na cobrança dos créditos viáveis.

estruturado verdadeiro sistema que permita, de forma objetiva, delinear uma atuação mais eficiente do Estado do Paraná em juízo.

A Procuradoria do Estado e o Direito Processual Constitucional. Os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à razoável duração do processo

Para encerrar, considere-se que a linha de raciocínio defendida não encontra amparo apenas nos princípios da *juridicidade* (em superação à legalidade estrita) e da eficiência, senão também nos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à razoável duração do processo.

No Estado neoconstitucional, o vetusto *direito de ação* (assim como as noções clássicas do Direito Administrativo, perceba-se) foi revisitado, assumindo a roupagem de *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Não basta mais que o Estado simplesmente garanta a *inafastabilidade da jurisdição*. Antes, é preciso conferir aos jurisdicionados possibilidades concretas de acesso à justiça e garantia de tutela jurisdicional efetiva.¹⁸ Essa é a atual interpretação do inciso XXXV do art. 5º da CRFB.

A concepção demonstrada no parágrafo anterior pode ser desdobrada em diversas consequências, passando pelo que hoje se convencionou

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, pp. 215-21.

chamar de ativismo judicial,¹⁹ pela atipicidade dos meios executórios²⁰ e, em especial, pela necessidade de uma tutela jurisdicional célere.²¹

Por isso se afirma que a tutela jurisdicional, para ser *efetiva*, tem de ser ainda *tempestiva*.²² Ou seja, o decurso do tempo do processo não pode ser tamanho que fustigue, no plano material, a parte que tem o direito reconhecido em juízo.

Nesse contexto, a Emenda Constitucional 45/2004 positivou, no inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB, o *direito fundamental à razoável duração do processo* – muito embora este já estivesse implícito na necessidade de tutela jurisdicional efetiva (perceba-se que, antes mesmo da alteração constitucional, as técnicas antecipatórias por “abuso do direito de defesa” ou por parcela incontroversa da demanda – art. 273, II, e § 6º, do CPC – já claramente materializavam o direito “à razoável duração”, porquanto permitiam a inversão do ônus do tempo do processo).²³

A breve incursão ao Direito Processual Constitucional levada a efeito nas linhas anteriores permite a verificação de que os direitos à *tutela*

19 “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, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 06. Disponível em http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em 29.11.2012)

20 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral*, cit. pp. 273-82.

21 *Idem, ibidem*, p. 221.

22 *Idem, ibidem*, p. 221.

23 *Idem, ibidem*, p. 224.

jurisdicional efetiva e à *razoável duração*, positivados que estão no art. 5º, são direitos fundamentais de 1ª geração (ou dimensão).

Como tais – e apesar de direitos fundamentais ditos processuais – têm eficácia vertical,²⁴ segundo a qual incidem sobre todo o Poder Público;²⁵ vale dizer, não apenas sobre o Poder Judiciário, mas também sobre o Executivo.

Por isso é que *não se pode mais conceber o processo judicial como meio de mera protelação*. Retoma-se, aqui, o que já foi afirmado a propósito de uma atuação judicial eficiente (item anterior), no sentido de não ser a quantidade de ações, contestações ou recursos a medida de eficiência da Procuradoria.

Assim, o sistema de atuação judicial cuja implementação é imposta de forma urgente pelo princípio da eficiência deve contemplar hipóteses objetivas em relação às quais sejam dispensadas a apresentação de defesa e a interposição de recursos. A escolha objetiva dessas situações de direito material ou processual (com efeito, a inexorabilidade dessa escolha),²⁶ percebe-se, é informada pela incidência direta dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à razoável duração do processo à atividade da Procuradoria Geral do Estado, função essencial à justiça e serviço público (em sentido amplo) que é.

24 *Idem, ibidem*, p. 77 e ss.

25 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais (uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional)*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 369-72.

26 Em breve síntese, o Programa de Gestão Estratégica, além de disciplinar a “atuação judicial comissiva”, enunciará (a exemplo da Portaria 294/2010 – PGFN, já mencionada em nota de rodapé) hipóteses objetivas em que é permitida a não apresentação de defesa ou interposição de recurso. Trata-se do tópico de petição ou do capítulo de decisão que esteja de acordo com: súmula do Conselho Superior da Procuradoria, súmula de Tribunal Superior, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle principal de constitucionalidade, decisão do mesmo Tribunal no regime dos arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil e decisão do Superior Tribunal de Justiça no regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.

Em outras palavras, a pura e simples manutenção procrastinatória de um processo, esteja o Estado na qualidade de autor (é o caso de incontáveis execuções fiscais manifestamente prescritas) ou réu (pela apresentação de contestações ou recursos sem qualquer chance de êxito à luz da jurisprudência), encerra, de acordo com as premissas assumidas neste trabalho, *inconstitucionalidade tríplice*, por contrariedade ao (1) princípio da eficiência, (2) ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, finalmente, (3) ao direito fundamental à razoável duração do processo.

Contudo, para que se assuma essa postura é inevitável o desapego a uma noção de indisponibilidade do interesse público (secundário, diga-se) já francamente superada pela ordem constitucional.

Conclusão

Com esta breve análise, pretendeu-se demonstrar sucintamente que a Procuradoria Geral do Estado, como órgão da Administração Pública que é, não está alheia às mutações pelas quais tem passado o Direito Administrativo. Dessa forma, todas as considerações formuladas com vistas à atuação do Administrador Público encontram também aplicação ao serem transplantadas para a realidade da Procuradoria. Sendo assim, não se pode fechar os olhos para tal realidade, ainda mais quando implicar uma significativa melhora na qualidade de nossa atuação.

O mesmo é verificado diante do Processo Civil Constitucional, em especial dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à razoável duração do processo.

Destaque-se que não se está aqui a defender uma atuação apegada a considerações de ordem exclusivamente econômica, mesmo porque nem sempre será possível quantificar o interesse público envolvido em determinada demanda. Sabe-se haver casos em que os interesses defendidos pelo Estado extrapolam tais considerações, de modo que se poderia dizer também ineficiente uma Procuradoria “cartesiana”, focada

tão só em números e estatísticas. Entretanto, há casos em que a prevalência de tal feição pode ser facilmente detectada. É nestes casos que se defende a prevalência de uma visão mais crítica a respeito da economicidade, bem como a realização de um raciocínio ponderativo a respeito da relação custo-benefício envolvida na demanda.

Sob outro vértice, defesas e recursos meramente procrastinatórios devem ser abolidos da agenda judicial da Procuradoria Geral do Estado, em homenagem não somente ao princípio constitucional da eficiência administrativa, mas também aos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à razoável duração do processo.

Por fim, e mais uma vez, pois absolutamente pertinente, “é preciso avançar com técnicas de gestão direcionadas a metas objetivas e com as inovações tecnológicas superar as amarras, a inércia e as deficiências administrativas na construção de um Estado que esteja mais de acordo com a Constituição cidadã. (O Procurador do Estado e seu trabalho. Obra coletiva dos Associados APEP. Curitiba, 2010. p. 46)”. O compromisso dos Procuradores com o futuro e o seu papel institucional não podem deixar de ser lembrados na busca de uma atuação mais eficiente e consentânea com a Constituição. E não só é possível, mas acima de tudo, recomendável, que se tenham em mente os institutos do Direito Administrativo e do Processo Civil neoconstitucionais, de modo a facilitar uma compreensão quanto à adoção de estratégias mais ousadas e inovadoras na missão de representação do Estado, realização do interesse público e salvaguarda do Estado de Direito.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em 29.11.2012

BATISTA, PATRÍCIA. Transformações do direito administrativo. Biblioteca de teses. Rio de Janeiro: Editora renovar. 2003.

BINENBOJM, GUSTAVO. Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVI. Independência técnico-funcional da Advocacia de Estado. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris. 2006.

_____. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno. Legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2008.

_____. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2ª edição. 2008.

ASSOCIAÇÃO DE PROCURADORES DO ESTADO DO PARANÁ. O Procurador do Estado e seu trabalho. Curitiba: Associação de Procuradores do Estado do Paraná. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais (uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional)*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS DE ARAGÃO, ALEXANDRE. Curso de Direito administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2012.

As Cláusulas Gerais, uma Perspectiva Histórico- Construtiva do Direito Privado Contemporâneo

*Ricardo Cavedon*¹

RESUMO: O presente trabalho busca traçar uma análise histórica da construção da ciência jurídica até alçar vertente de sistema aberto, incorporando conceitos vagos os quais dependem de colmatção valorativa por parte do intérprete aplicador da norma jurídica. Com ênfase na Teoria Geral do Direito, analisar-se-ão a história do pensamento jurídico e as primeiras previsões de cláusulas gerais nas codificações oitocentistas, para só então traçar um paralelo com o que a doutrina contemporânea vem entendendo por cláusulas gerais e conceitos indeterminados, cabendo posteriormente a análise de como estes conceitos jurídicos se expressam no atual direito civil-constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusulas Gerais; Conceitos Jurídicos Indeterminados; Colmatção Valorativa; Codificações; Nova Hermenêutica; Neoconstitucionalismo; Neopositivismo; Interpretação Evolucionista; Integração Valorativa.

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Graduado em Direito Civil e Empresarial e Bacharel pela mesma Instituição. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Assessor jurídico de Desembargador no TJPR desde 2007. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5682648172792984>. E-mail: rcavedon@pop.com.br.

Introdução

A experiência jurídica nos limiares da época clássica foi muito mais ligada à práxis do que a uma preocupação de construção sistemática. O então chamado direito das gentes, oriundo do *ius civiles*, direito aplicado unicamente aos cidadãos romanos, com as invasões bárbaras, e a notória influência da filosofia estoíca, foi-se aos poucos se alargando durante quase um milênio numa fusão entre usos e costumes dos povos germânicos, constituindo a expressão do que hoje chamamos de direito natural, um direito originário da natureza do homem. O saber jurídico da época, até pela influência aristotélica, resumia-se até então a uma atividade eminentemente “prudencial”, baseada na arte da contradição.

Foi somente na Idade Média, principalmente com o movimento renascentista, que o caráter sistemático do direito começou a aflorar.²

Com o surgimento das universidades, e tendo em base o ideário iluminista, o movimento jusracionalista (direito natural fundado na autoridade da razão) erigiu campo na ciência jurídica, dando seus primeiros passos em busca de uma sistematização. Sua maior contribuição foi exatamente a noção do caráter de sistema.³

Construído ao longo de dois milênios, o direito oriundo da razão também contribuiu para desvincular a ciência jurídica dos dogmas religiosos, abrindo caminho na linha da história para o vindouro movimento das

2 Pode-se citar no *medievo* a interpretação literal do *corpus juris civiles* (compilação de textos e leis escritas realizada pelo imperador romano Justiniano) realizada pelo movimento dos glosadores e pós-glosadores (comentadores e humanistas), que viam os textos do *corpus* como a única fonte de interpretação do direito então existente. A técnica que utilizavam era unicamente gramatical, literária, e exprimia dos textos escritos um sentido unívoco e gramatical. As glosas, nesse sentido, eram os comentários a estes textos.

3 Nesse sentido: WIECKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa. Tradução de A. M. Botelho Hespanha, p. 665.

codificações, cujo maior esplendor foi o monumento das ordenações civis francesas – o código napoleônico.

O jusracionalismo, ao mesmo tempo em que contribuiu para o movimento das codificações, concedeu ainda um fundamental alicerce para o formalismo jurídico do século XIX. Foi notória a influência e repercussão do direito racional na ciência jurídica. Com os seus ideais lançados em textos escritos, amplamente estruturados numa perspectiva sistemática, o jusracionalismo abriu campo para a doutrina positivista.

O direito positivo, contudo, quando totalmente integrado em textos escritos, passou a refutar por completo os princípios e valores que detinha por origem, era a expressão do legalismo jurídico. Liberto dos juízos de valores extra *legem*, sem poder lutar contra o jugo da lei positiva, reflexo de sua própria racionalidade, a ciência jurídica baseada na razão, ao mesmo tempo em que teve seu ápice, conheceu também sua destruição.⁴ O direito natural foi relegado, então, a mero fator ocasional da história, com o positivismo legalista do século XIX passando a resolver o problema da justiça na questão da validade da lei positiva.

A teoria da subsunção (cujo raciocínio básico é a extração de uma conclusão lógica silogística, utilizando-se a confrontação de uma previsão

4 Nesse sentido, Luis Roberto Barroso: “O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizam a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representam, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), in: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas / Luís Roberto Barroso (organizador) – 3ª ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 22/23.

legal casuística com um caso concreto) passou a dominar o método de interpretação e aplicação do direito. A ideia de que as regras jurídicas eram extraídas de uma norma superior da hierarquia e dali deduzidas, não se podendo questionar a justiça desta dedução em razão de ser a lei válida (e presumidamente justa) na hierarquia das fontes, foi o cerne proficiente que necessitava a ciência jurídica positivista para alcançar a centralidade e univocidade de aceitação por parte dos estudiosos da época.⁵

Eis porque a ciência jurídica assumiu aí, definitivamente, o caráter de sistema fechado, tendo-se expressado nesta época por requintados processos lógicos e em essência herméticos.

Somente o final do século XIX e primeira metade do século XX marcaram a ruptura metodológica caracterizada pela limitação do método subsuntivo, diante de seu inegável reducionismo.

Com as mutações sociais engendradas pela primeira grande guerra, os Juízes se viram perante a árdua tarefa de ajustar o direito legal ao novo modelo social, emergindo daí um direito *praeter* (quando em confronto com suas próprias lacunas) ou mesmo *contra legem* (quando em confronto com os novos valores e princípios que vinham surgindo).⁶

Na expressão de Franz Wiecker, a teoria que se construiu a partir de

5 As lacunas (aparentes) deveriam sofrer “uma correção no ato interpretativo, não pela criação de nova lei especial, mas pela redução de um caso dado à lei superior na hierarquia. Isto significava que as leis de maior amplitude genérica continham, logicamente, as outras, na totalidade do sistema”. Mediante o “estabelecimento de uma premissa maior, a qual conteria a diretiva legal genérica”, e de uma “premissa menor, que expressaria o caso concreto”, exsurgiria de um raciocínio lógico subsuntivo a manifestação de um juízo concreto ou decisão, sem haver valorações e muito menos criação pelo intérprete. (cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2008, p. 33).

6 Ver WIECKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 665.

então foi denominada de “achamento da solução jurídica” (*Rechtsfindung*), segundo a qual, a cada norma legal “*subjazeria um acto de valoração de interesses e uma opção voluntarista entre várias valorizações possíveis dos interesses opostos das partes em conflito*”.⁷ Foi a expressão do movimento então denominado de jurisprudência dos interesses.

Larenz classificou o movimento como uma espécie de reação ao método exegético de interpretação da lei, predominante no século XIX, questionando o reducionismo do método subsuntivo e suas limitações.⁸

Paralelamente, verificou-se movimentos que buscavam a desvinculação total do juiz de regras predeterminadas de julgamento, como o naturalismo jurídico e a jurisprudência teleológica.

Também a técnica legislativa alterou-se substantivamente.

Ao legislador não mais era possível antever todos os inúmeros conflitos, necessidades e interesses, do multifacetado meio social. O casuísmo legislativo, que previamente define casos específicos para regulação legislativa, próprio do legalismo jurídico, foi aos poucos se tornando insuficiente.

Com a superação do mito de completude das codificações, e a superveniência de um número cada vez maior de legislações extravagantes, destinadas a regular os novos institutos surgidos com a evolução econômica e social,⁹ ia-se formando um “direito especial, paralelo ao direito comum

7 WIECKER, Franz. História do Direito Privado Moderno, op. cit., p. 666.

8 Cf. LARENZ. Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª edição. Trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1997, p. 63-82.

9 Nesse sentido, Ricardo Luiz Lorenzetti aponta: “A crise das visões totalizadoras fez explodir todo o texto unificado. Os interesses são individuais ou setoriais, perfeitamente diferenciados uns dos outros. No plano individual, o legislador depara-se com problemas. Se tivéssemos que tomar uma decisão legislativa sobre temas polêmicos, seríamos obrigados a fazer uma lei para cada um desses indivíduos. (...) O problema das denominadas ‘leis promocionais’, que subsidiam algumas atividades específicas, produziu

estabelecido pelo Código Civil”,¹⁰ e essas novas previsões nem sempre encontravam abrigo certo e definido em textos previamente antevistos pela técnica da subsunção.

Assim, ante a fragmentariedade dos interesses sociais, o legislador via-se cada vez mais obrigado a estabelecer legislações abertas, vagas, utilizando-se de cláusulas gerais, as quais necessitavam de colmatação valorativa para preenchimento de suas hipóteses, e conseqüências do caso concreto.

Passou-se a exigir, cada vez mais, do intérprete/aplicador da lei uma maior sensibilidade para fatores sociais afetos à concretude e à realidade muitas vezes vulnerável de determinadas camadas sociais, no preenchimento do caso concreto.

A incorporação definitiva de princípios estruturantes, com forte viés valorativo e força normativa, necessários para manter a integridade lógica e construir um sistema baseado em alicerces fortes capazes de permear as exigências agora de um sistema axiologicamente aberto, fizeram-se cada vez mais presentes na realidade jurídica do direito a partir da segunda metade do século XX.

O pós-positivismo, o neoconstitucionalismo e a principiologia são expressões que procuram transmutar o sistema fechado do positivismo em algo permeável, perene e mutável às exigências da complexidade social.

A ciência jurídica passou a se estruturar em normativas dependentes de valorações. O intérprete não somente valora a hipótese, como também cria a consequência, ou cria a hipótese e valora a consequência, pautado em situações concretas e integrações axiológicas, as quais nem sempre se

uma fragmentação de direitos e privilégios, que, por sua vez, provoca novas pressões setoriais, para obter equiparação com o que foi alcançado por outro grupo ou superá-lo.” (LORENZETTI. Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais., 1998, p. 53-54).

10 TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 06.

encontram abstratamente previstas. Daí que surgem os chamados conceitos vagos, abertos, discricionários e, especificamente, as cláusulas gerais.

A proposta do presente trabalho é delinear o paradigma das cláusulas gerais, que ora passam efetivamente a sobrelevar importância na estruturação do sistema, necessitando de premissas axiológicas que circunscrevam o denominado *reenvio* efetivado com o intérprete¹¹, para os quais os valores constitucionais (solidariedade, dignidade, Estado democrático etc.) e os direitos fundamentais são invocados, juntamente com as teorias que concedem eficácia horizontal a estes direitos.

Ao final, tentar-se-á expor algumas situações na atual codificação civil que remetem o intérprete à valorações outras (extrassistemáticas) e são vetorizadas pela fonte da jurisprudência e da doutrina.

Premissas Metodológicas – A Evolução da Ciência Jurídica e a Adoção de seu Caráter de Sistema

É certo que no período da *práxis* romana houve inúmeras tentativas para dar cientificidade ao direito. Entretanto, uma das peculiaridades da ciência jurídica clássica encontrava-se justamente na sua ausência de cientificidade, em razão de seu caráter essencialmente dialético, cuja racionalidade a levava tipicamente para um saber eminentemente “prudencial”.¹²

Por certo, os romanos a partir de suas conquistas recolheram muito da experiência de outros povos antigos. Demoraram, contudo, séculos para realizar a compilação de todo o seu legado de modo completo e penetrante. Desde o século IV o império teria se dividido definitivamente, ficando, de um lado, o império do ocidente, com sede em Roma, e de outro, o império

11 Cf. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 274

12 Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2008, p. 21.

do oriente, com sede em Constantinopla.

A queda de Roma, por volta do ano de 476, simbolizou o fim do império ocidental (e o início da Idade Média), período caracterizado pela invasão e o estabelecimento de uma série de reinos germânicos no ocidente.¹³ Durante muito tempo na Idade Média, com a derrocada das velhas instituições da antiguidade, e a influência crescente dos povos germânicos, os quais conservavam seu próprio direito consuetudinário, o direito romano manteve-se “reduzido a um direito consuetudinário provinciano, o direito romano vulgar”.¹⁴

O império romano do oriente, contudo, resistiu por muito tempo, tendo seu termo somente com a queda de Constantinopla em 1453 (o que marca o início da Idade Moderna). E foi lá que as compilações de Justiniano (†565), materializadas pelo *Corpus iuris civilis*, segundo Caenegem, expressaram “um dos mais célebres projetos legislativos da História (...) o resultado final de dez séculos de evolução jurídica”. O *Corpus iuris civilis* assumiria o papel de “mensagem para os juristas futuros”, expressando a compilação de uma “seleção substancial das obras de juristas clássicos e da legislação imperial.”¹⁵

Na Alta Idade Média o mundo romano, notadamente com as invasões bárbaras, foi largamente alcançado por culturas diversas. Esse período caracterizou-se eminentemente por uma sociedade arcaica, feudal e agrária. Importantes progressos ocorreram no curso dessa transformação do Ocidente, marcados pelo desenvolvimento do mercado e do comércio, pela derrocada dos regimes individualistas e a diminuição dos poderes dos

13 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à História do Direito Privado: op. cit., p. 09-10.

14 CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 25-6.

15 CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado, op. cit., p. 25-6.

senhores feudais, com a paulatina centralização do poder pelas autoridades monárquicas, segundo lembra Caenegem:

O estado nacional soberano tornou-se a forma dominante de organização política (...) A emergência de autoridades nacionais deu-se à custa do império e impediu as tentativas germânicas de restaurar o poder universal do Império Romano. Esse mesmo desenvolvimento significou também a diminuição do poder dos senhores feudais enquanto o governo central afirmava-se e fortalecia-se. A organização da Igreja seguiu uma tendência centralizadora semelhante. (...) A economia política fechada e essencialmente senhoril foi substituída por uma economia de mercado. Isso foi sustentado (...) pela renovação e transformação da atividade econômica em geral, ajudada pelo surgimento de numerosas cidades. (...) ¹⁶

A evolução social foi notória. Caenegem assevera que à expansão econômica correspondeu uma expansão urbana. Anota que o “... sucesso comercial dos negócios urbanos passou a regular a marcha do desenvolvimento econômico do país.” Houve um profundo desenvolvimento intelectual. O nível cultural geral elevou-se de maneira considerável, o que se refletiu particularmente na alfabetização e no uso crescente da língua vernáculo. ¹⁷

O pensamento racional também continuou a ganhar terreno. Foi também nesse período que as universidades surgiram e espalharam-se por toda a Europa, trazendo consigo uma disciplina intelectual baseada nas grandes obras filosóficas e jurídicas da Antiguidade greco-romana. O pensamento antigo passou a ser objeto de estudos intensos, o que culminou com a Renascença. Com o aparecimento do método científico moderno, que era experimental, houve a libertação enfim dos dogmas e dos argumentos

¹⁶ CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 43-4.

¹⁷ Cf. CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. op. cit., 1999, p. 43-4.

baseados na autoridade.¹⁸

A ascensão do absolutismo com a centralização paulatina do poder fez com que a atividade legiferante se tornasse cada vez mais intensa, constituindo-se em contrapartida uma espécie de “burocracia jurídica”, cada vez mais regionalizada, dando um cunho muito particular e específico à ordem jurídica de então.

Com o surgimento das universidades, e o ideário do iluminismo, o movimento *jusnaturalista* moderno propriamente dito, expressado na Europa ocidental por volta do século XVII, ganhou força, e a ciência jurídica começou a dar seus primeiros passos em busca de uma sistematização.¹⁹

A era moderna sobressaía-se espelhando uma nova concepção para o direito natural, cuja origem não era a natureza, como na antiguidade, nem o direito divino, como no *medievo*, mas um fundamento único constituído e integrado exclusivamente pela razão humana.²⁰ O jusracionalismo provocou uma revolução cultural.²¹

Foi principalmente com o ideário de Hugo Grotius e de Samuel Pufendorf, caracterizando o jusnaturalismo como um direito

18 Cf. CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. op. cit., 1999, p. 43-4.

19 (CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 165).

20 “Por meio de um estudo racional seria possível descobrir os princípios que deveriam reger a vida em sociedade. A partir desses princípios axiomáticos outros mais específicos poderiam ser deduzidos, construindo-se, assim, um completo sistema de normas. (ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à História do Direito Privado e da Codificação. Ob. cit., p. 20).

21 Cf. WIECKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 228-9.

eminentemente racional, que a ciência jurídica e o pensamento sistemático realizaram uma integração mais profunda, isso por volta do século XVII, tendo-se as primeiras noções de um conteúdo sistemático do direito.

Pode-se dizer que a maior contribuição do jusnaturalismo moderno para o direito privado europeu foi efetivamente o seu caráter de *sistema*. Segundo o testemunho de Franz Wiecker, a jurisprudência europeia fora até aqui “*uma ciência da exegese e de comentários de textos isolados, tendo permanecido assim depois do fracasso do projeto sistemático do humanismo (glosadores)*”.²²

O direito natural, contudo, no jusracionalismo, aproximou-se de uma demonstração lógica de um sistema fechado, tornando-se, em contrapartida, nas palavras de Wiecker, na “pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos”.²³ É dizer, a jurisprudência da época, a partir de então, passou a representar um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e domina até hoje os códigos e os compêndios jurídicos.

A época do jusracionalismo, que durou por dois séculos (séc. XVII-XVIII), espelhou importante e direta influência sobre a legislação e a jurisprudência da maior parte dos povos europeus. Seus maiores precursores, Hugo Grócio e Samuel Pufendorf, notadamente, elaboraram as bases de um sistema metodológico autônomo, puramente racional e, por consequência, completamente livre de dogmas religiosos. Suas reflexões, nitidamente inspiradas em Galileu Galilei (fundador da nova imagem fiscalista do mundo) e Descartes (que formulou o conhecimento global do mundo

22 WIECKER, Franz. História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967.

23 *Ibidem*. p. 309/310.

externo)²⁴, implementaram a fase lógico-sistemática do jusnaturalismo (expressado como jusracionalismo, pela ênfase na razão humana).

Mais tarde, Christian Wolf desenvolveria ainda mais o pensamento elaborado por Pufendorf, dando-lhe a conotação de que os princípios do direito somente poderiam ser estabelecidos pelo método científico.²⁵

Com o jusracionalismo a ciência jurídica adotou uma construção conceitual, buscando fundamentar suas premissas por meio da exatidão matemática da razão, tornando-se a poucas épocas uma expressão sistematizada marcada pela pretensão de ordenação lógica de seus próprios preceitos.

Segundo Franz Wiecker, “o jusracionalismo baseia-se, portanto, numa nova antropologia. O homem aparece não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural; a humanidade, não mais (na primeira versão) como participante de um plano divino de salvação ou (na última) como participante do mundo histórico, mas como elemento de um mundo apreensível através de leis naturais”.²⁶

Por certo, o jusracionalismo pretendeu expurgar do ordenamento positivo as normas que considerava em desacordo com os “princípios superiores da razão”, assim preparando caminho para uma construção

24 “Descartes, em especial, consumou a matematização da natureza iniciada pela escolástica tardia, ao tornar sistematizável, através da redução à dimensão sujeito-objecto do Eu pensante e do mundo objectivo extenso, a descrição da imagem do mundo. Do ponto de vista metodológico, a construção sistemática da experiência científica apenas se consumou através do estrito raciocínio dedutivo que, progredindo a partir dos axiomas, se justificou e orientou constantemente pela observação empírica (da natureza externa, da sociedade humana, da alma humana).” (WIECKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 285).

25 WIECKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 361.

26 WIECKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 288.

sistemática autônoma.²⁷

Somente com a positivação dos ideais *jusracionalistas*, é que o Estado passou a representar uma estruturação fundante nas novas bases políticas assentadas na realização do indivíduo e na natureza humana agora reconhecidamente livre e igual.²⁸ O direito passa a não mais inspirar-se em valores *extra legem*, e o Estado, de um dia para o outro, passa de opressor a defensor do espírito humano, em nome do livre mercado. O Estado conteria em si mesmo a liberdade, a igualdade e a propriedade, devendo garantir a segurança e a ordem, e assegurar a participação calculada do cidadão na vida pública.

Com o processo de transformação do Estado moderno para o Estado

27 “... É porque o jusracionalismo é, ele próprio, um sistema fechado de verdades (isto é, certezas) da razão. Daí o objetivo, político e ideológico, que o levou a situar o direito como um sistema que partisse de regras ou princípios gerais, as quais, contrapostas ao direito vigente – costumeiro e romanístico –, apenas o validariam se evidenciada a concordância entre esse e o direito natural, cujos postulados assume como internos, conaturais a uma ‘essência’ do próprio direito.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 137-9).

28 “... no final do século XVIII, conjugam-se vários fatores que iriam determinar o aparecimento das Constituições e infundir-lhes as características fundamentais. Sob influência do jusnaturalismo, amplamente difundido pela obra dos contratualistas, afirma-se a superioridade do indivíduo, dotado de direitos naturais inalienáveis que deveriam receber a proteção do Estado. A par disso, desenvolve-se a luta contra o absolutismo dos monarcas, ganhando grande força os movimentos que preconizavam a limitação dos poderes dos governantes. Por último, ocorre ainda a influência considerável do Iluminismo, que levaria ao extremo a crença na Razão, refletindo-se nas relações políticas através da exigência de uma racionalização do poder. Aí estão os três grandes objetivos, que, conjugados, iriam resultar no constitucionalismo: a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 18.ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 168).

liberal houve uma significativa centralização de suas fontes normativas, bem como da jurisdição, além do surgimento do constitucionalismo, tendo havido nessa medida uma expansão latente no processo burocrático, como salienta José Reinaldo de Lima Lopes: “o Estado liberal e burguês que emergiu no século XIX teve a mesma pretensão totalizante do mercado, da moeda e da mercadoria, e obedeceu a uma expansão territorial e funcional contínuas. A burocracia cresceu, o controle disciplinar cresceu, e a atividade do jurista começou a reduzir-se à exegese da legislação.”²⁹

Os juristas da época passaram a findar-se num único objeto – a lei – cujas interpretações se davam mediante requintados processos lógicos, eminentemente racionais e intelectivos. O esplendor desse período se deu com o advento da conhecida Escola da *exegese* – na França – e dos *pandectistas* – na Alemanha.

29 “O ideal de uma ciência positiva, ou positivista, assenta-se na tradição idealista da filosofia do fim do século XVIII. Em primeiro lugar, define-se uma distinção entre sujeito e objeto do conhecimento e suas relações recíprocas. Em segundo lugar, propõe uma objetividade do conhecimento demonstrável pela manipulação e pela experimentação. Conhecer é saber fazer, é reproduzir e prever. A ciência é então destacada da interpretação e da razão prática, e associada à razão instrumental e ao cálculo. O universo tem uma linguagem matemática, e é possível conhecê-la, prevendo os fenômenos. O empirismo associa-se, pois, ao idealismo: a descoberta das leis e a formulação das hipóteses (elementos ideais) são verificadas, ou falsificadas, como diz Popper, pela experimentação e pela observação. Claro que a observação científica é polêmica por natureza, conhece-se contra o conhecimento anterior. A discussão sobre o positivismo é enorme e hoje em dia, quando o positivismo dá sinais de esgotamento, esta discussão é ainda maior, pois a própria tradição filosófica positivista apresenta diversas correntes, e os que propõem métodos não positivistas também se alinham em perspectivas diversas. No direito, o positivismo deu aos juristas a sensação confortável de que estavam ainda atualizados com o desenvolvimento geral do pensamento. Se a ciência medieval se confundia com a *especulação gramaticada*, e se a ciência moderna se associava à geometrização do mundo, os juristas haviam, a seu tempo, incorporado aquelas concepções de ciência. (...) elegeram um objeto e o privilegiaram: a lei, o ordenamento positivo.” (LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história : op. cit., p. 203-4).

O auge do positivismo legalista repercutiu no movimento das codificações. As aspirações burguesas, cujo ápice se deu nas revoluções liberais, passaram a espelhar os interesses predominantes da sociedade da época. Os códigos civilistas foram relegados a constituições do direito privado, tudo exprimiam, tudo previam, e de tudo cuidavam.

No início do século XX, sobreveio o conhecido (sobretudo porque inspirou o Código Civil Brasileiro de 1916) Código Civil alemão BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), de inspiração na técnica pandetística de Windscheid. Trouxe em seu bojo conceitos vagos e cláusulas gerais, as quais dependiam de preenchimento valorativo pelo intérprete/aplicador.

Isso ocasionou na época uma medida de instabilidade. É que as cláusulas gerais serviam muitas vezes para premiar a parcialidade judicial e os interesses ideológicos, mas nem por isso não podem ser vistas como um avanço. Sua aplicabilidade esvaziava de sentido a atividade subsuntiva, sem remeter a uma moral bem definida, vez que a codificação encontrava-se isolada como centro do direito privado. Não havia princípio unificador. A codificação era o centro do direito privado, e o preenchimento de seus conceitos remetia a um subjetivismo judicial nem sempre desejável. Segundo Wiecker:

As cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão pelo positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo *praetor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*. O legislador transformou o seu trabalho – através da referência à ‘boa-fé’, aos bons costumes, aos hábitos do tráfego jurídico, à justa causa, ao carácter desproporcionado, etc. – em algo de mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de esperar.” (...) O reverso das cláusulas gerais foi de há muito notado. Se a disciplina dogmática do juiz se torna mais rigorosa, dá-se uma tentativa de ‘fuga para as cláusulas gerais’ (Hedemann), para uma jurisprudência voltada exclusivamente para a justiça e liberta da obediência aos princípios; em épocas de predomínio da injustiça elas favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e o oportunismo político. Mesmo abstraindo destas épocas de degenerescência, elas possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o

arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica.³⁰

Isso ocorreu exatamente pela ausência de uma tendência axiológica capaz de nortear a interpretação judicial na Alemanha do início do século XX. Não bastava o mero abandono de toda técnica judicial até então construída, o que viria somente a agravar a insegurança e o subjetivismo na decisão judicial. Havia a necessidade de uma referência axiológica que, no Brasil, somente veio com a Constituição Federal de 1988.

Aí se inicia a problematização da melhor interpretação para os conceitos vagos e a busca de um parâmetro axiológico para circunscrever a aplicação das cláusulas gerais, evitando-se assim o tão criticado subjetivismo judicial.

O Início da Problematização. Limitação do Dogma da Subsunção e Possível Interpretação Evolucionista na Colmatação de Conceitos Legais Indeterminados

O recuo do formalismo jurídico manifestou-se, assim, na libertação do juiz da vinculação estrita das hipóteses de fato previamente definidas de modo estanque na lei. O estado social de direito alterou a função da lei, e trouxe ao juiz a tarefa de ajustar o texto legal a critérios de justiça, cabendo ao intérprete incorporar as valorações incipientes da nova ética formada no mundo pós-guerra.

A percepção do reducionismo sofrido pela ciência jurídica com a centralização da teoria da subsunção (e das interpretações subjetivista/

30 WIECKER, *op. cit.*, p. 546.

objetivista³¹), e a profusão de ideias contrárias à exegese legalista,³² fizeram com que houvesse releituras ao paradigma da codificação, antes expressão de segurança jurídica e estabilidade social.³³

A filosofia mudava, os interesses sociais se alteravam. A consciência era outra. A concepção voluntarista do direito, como expressão da vontade individual, alterava-se. Os interesses transcendentais ao individual eram dignos de proteção, sobretudo, os interesses sociais objetivos (boa fé contratual, dimensão social da propriedade, finalidade da instituição familiar etc.). A lógica, agora, era utilitarista e transindividual.³⁴

31 “Enquanto que o positivismo legalista propunha uma interpretação da lei de acordo com as intenções do seu legislador histórico, o positivismo conceitualista propõe o recurso à ficção de um legislador ‘razoável’, de um legislador que vai integrando (‘reescrevendo’, ‘reinterpretando’) continuamente cada uma das normas no seu contexto sistemático, de modo a que o ordenamento jurídico – de facto constituído por uma miríade de normas contraditórias – conserve sempre a sua integridade e coerência como sistema conceitual. O sentido da norma decorre, assim, não de intenções subjectivas (do seu legislador histórico), mas dos sentidos objectivos do seu contexto”. (HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milénio*; Fundação Boiteux, 2005, p. 400).

32 As escolas anti-conceitualistas e anti-formalistas, com o naturalismo jurídico, a Escola do Direito Livre, a Escola Teleológica de Jhering, além da Jurisprudência dos Interesses, foram os movimentos que confrontaram o método subsuntivo de aplicação da lei, e travaram críticas ao método exegético de aplicação do direito.

33 Nesse sentido, Ricardo Luiz Lorenzetti aponta: “O direito civil codificado era auto-suficiente, não necessitava de outros textos para solucionar litígios. (...) Antes, se uma questão não podia ser resolvida segundo as leis civis, recorria-se ao soberano. Agora, ao contrário, resolve-se mediante leis análogas ou princípios gerais do direito. Finalmente, o Código foi expressão de uma ordem racional que propunha transcender todos os tempos e latitudes.” (LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos de Direito*. Trad. Bruno Miragem. Notas Cláudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais., 2009, p. 42-3).

34 Nesse sentido: HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia*:

O conceitualismo e seus dogmas, herdados do formalismo kantiano, que destacava a função estruturante do conhecimento jurídico, vinham sendo superados.³⁵

A atividade judicante alcançava a possibilidade de criação do direito, com medidas próprias de valorações pelo aplicador da lei, lançando mão a valores transpessoais (coletivos) ou mesmo inerentes ao sujeito-juiz (voluntarismo judicial).

O século XX foi marcado pela superação da dicotomia interpretação objetivista/subjativista (ou ligada ao reconstrutivismo da lei ou ligada unicamente à vontade do legislador). O mundo jurídico estava em pautas de ver um novo processo de interpretação e aplicação do direito.

Se o objetivismo redundou nos exageros formalistas do século XIX,³⁶ e o subjativismo alcançou a vertente de debilitar as estruturas clássicas do Estado de Direito³⁷; a interpretação no Estado Social de Direito via-se em meios de desvincular da vontade do legislador a vontade da lei, lançando mãos a um voluntarismo judicial regrado pelos valores e

síntese de um milênio; Fundação Boiteux, 2005, p. 405.

35 Os dogmas conceitualistas (movimento anterior do positivismo legalista – jurisprudência dos conceitos, ou pandectística) podem ser resumidos por Antonio Manuel Hespanha: (a) a teoria da subsunção (Subsumtionslehre); (b) o dogma da *plenitude lógica do ordenamento jurídico*; (c) a interpretação ‘objetivista’. (cf. HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*; Fundação Boiteux, 2005, p. 399-400).

36 “O objetivismo na interpretação da lei e da Constituição exprimiu sempre a posição predileta dos positivistas formais, daqueles que no século XIX, confiantes em fatores reinantes de estabilidade, fizeram do dogmatismo e do culto ou reverência ao texto da lei o mais seguro penhor das instituições produzidas pela estrutura política do Estado de Direito.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed., 2008, p. 455).

37 A vontade do legislador, para essa clássica concepção, é baseada na vontade do povo, pessoa soberana, o que redundou no voluntarismo judicial, e mais tarde serviu para fundamentar, para a doutrina de Bonavides, os regimes nazistas e fascistas.

princípios constitucionais³⁸, com o intérprete utilizando-se de valorações transpessoais (coletiva) para proceder à colmatação dos conceitos vagos dispostos nos textos escritos.

A teoria pura do direito de Kelsen, e seu tempo e a seu modo, operou esta substituição, do voluntarismo do legislador para o voluntarismo do juiz, na medida em que para Kelsen, “*a interpretação é mais um ato de vontade que de cognição e quando o juiz se decide por uma das possibilidades interpretativas, essa eleição ou preferência se dá fora da esfera teórica, no âmbito da política do direito*”.³⁹

Karl Engisch, comparando a interpretação jurídica objetivista (adotada na época do formalismo) com os limites do subjetivismo judicial, em um primeiro momento exorta a hipótese de uma interpretação histórica do preceito, dizendo que quando *a vontade do legislador histórico não é apreensível*, é necessário adotar a solução “*mais razoável*”, a qual, na dúvida, deve ser considerada como aquela que o legislador quis.⁴⁰

Após, reconhecendo que nem sempre isto é possível (achar uma solução mais razoável e adotá-la como a que o legislador quis), consente em pressupor casos em que se teria de proceder a uma adaptação do conceito legal com a época do intérprete (desvinculando-o então da vontade do legislador histórico). Ter-se-ia aí, na lição de Engisch, que se verificar “*se não*

38 “O voluntarismo é o traço marcante da corrente subjetivista. Ela se renova no século XX, com as modernas escolas de interpretação, que substituem o voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz. Assim, há sucedido, por exemplo, com os juristas da livre investigação científica (Geny), do ‘direito livre’ (Kantorowicz) e da teoria pura do direito (Kelsen).” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed., 2008, p. 453).

39 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, *apud* BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed., 2008, p. 451-452.

40 ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996, p. 182.

se terá porventura constituído um Direito consuetudinário que confere ao juiz legitimidade para, despreendendo-se da vontade do legislador histórico, preencher o texto da lei com um sentido ajustado ao momento actual, um sentido razoável, adequado aos fins do Direito".⁴¹

Ora, em hipóteses como essas, então, o texto teria vida autônoma. Porque se desvinculado do seu autor – o legislador histórico – lançando efeitos e conseqüências sobre a história posterior que o autor (o legislador) não poderia sequer imaginar. Aqui se diria, seguindo as lições de Hans-George Gadamer, que seu autor (o legislador) seria apenas um “elemento ocasional”, e a determinação do verdadeiro sentido do texto somente se daria com a análise dos efeitos e conseqüências que ele teria espelhado na história posterior.⁴²

Em outras palavras, para captar o verdadeiro sentido de um texto, seria imprescindível um ulterior juízo de adaptação com a realidade social do momento em que é ele interpretado, e não com o contexto político e social da época do legislador.

Se os textos legais no modelo de Estado atual são lançados cada vez mais com conceitos vagos ou abertos, é inafastável a ideia de que os ditos conceitos legais indeterminados terão de ser colmatados mediante valorações. E mais, dependendo da dimensão da indeterminação, é possível sustentar uma total desvinculação do intérprete/aplicador da lei ou mesmo da vontade do legislador histórico. Karl Engisch, a este respeito, alertou:

As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descubrem e fundamentam as suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a

41 ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 183.

42 Sobre a história dos efeitos de Hans-George Gadamer ver: REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. História da filosofia. São Paulo: Paulinas, 1990-1991. V. 3: Do romantismo até nossos dias, p. 632.

conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador. E assim continuará a ser no futuro. Será sempre uma questão duma maior ou menor vinculação à lei.⁴³ (grifos nossos).

Nesse aspecto, os conceitos dos textos legais, para English, muito raramente são absolutamente determinados (o autor considera como tais os conceitos numéricos, de medida ou os referentes a valores monetários - muito comuns no direito de Trânsito ou no estabelecimento de valores pecuniários). Em sua maior parte, nos fala o autor, os conceitos legais são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte.⁴⁴

A indeterminação, contudo, pode se dar em relação à *pluralidade de sentidos* (e nestes casos, deve-se interpretar a partir do contexto do caso), ou em relação à imprecisão mesma *dos limites do conceito* (indeterminação em sentido estrito).⁴⁵ Aí, diga-se, há de se falar em indeterminação quando a “*subsunção, em virtude da pluralidade e complexidade das considerações a fazer, pode pôr em causa a univocidade do resultado*”,⁴⁶ e não tão simplesmente quando a interpretação do conceito levante dúvidas, caso em que caberia à atividade judicial a tarefa de eliminar esta dúvida (nesse sentido, inclusive, já tratava Kelsen).⁴⁷

A indeterminação em sentido estrito, portanto, será aferida quando

43 ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 207.

44 ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 209.

45 Nesse sentido: ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., nota n. 03, p. 259.

46 Nesse sentido BACHOF, citado por ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., nota n. 03, p. 260.

47 Assim, mesmo, sustentava a teoria pura de Kelsen, na medida em que para ele caberia ao julgador a escolha de um dos sentidos, para dirimir a dúvida, e realizar a subsunção, mediante a discricionariedade própria do julgador.

houver *pluralidade de sentidos* de uma palavra que exprime o conceito (quando bastará utilizar-se de uma interpretação progressista ou evolucionista⁴⁸), ou quando houver uma *imprecisão dos limites do conceito* (o que Phillip Heck denomina de “halo do conceito”⁴⁹), mas devendo esta última imprecisão levar a dificuldade (ou impossibilidade) de se encontrar um único resultado com a utilização da subsunção, e não meramente levantar dúvidas que poderão ser dirimidas pelo órgão judicial.⁵⁰

Assim, esses conceitos que possuem seus limites imprecisos⁵¹ podem ser conceitos *descritivos*, ou *normativos*. Os conceitos descritivos são facilmente determináveis pela observância da realidade, pois diz Engisch que “designam ‘descritivamente’ objetos reais ou objetos que de certa forma participam da realidade, isto é, objetos que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma perceptíveis”.⁵² Os conceitos normativos, contudo, operam aquilo que o autor denominou “referência a valores, a saber, a referência do conteúdo e da extensão de todo o conceito

48 Como aquela em que o intérprete faz um juízo posterior de adaptação da norma ao contexto social em que é interpretada (hoje se diria em relação ao contexto axiológico constitucional).

49 “Com Phillip Heck, podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo conceitual.” (ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 209).

50 Tudo conforme ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 209.

51 Chamados pelo autor de conceitos relativamente determinados (quando ao halo conceitual de Heck). E que deferem-se dos absolutamente determinados, quanto ao núcleo conceitual.

52 Tudo conforme ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 210.

jurídico às específicas idéias valorativas do Direito".⁵³

Desse modo, os conceitos indeterminados *normativos* (de limites imprecisos) que fazem/levam o intérprete a uma referência valorativa, acabam por se remeter a institutos do direito. Ou seja, a valoração que os permeia são valorações encampadas pelo direito. Contudo, estas valorações encampadas pelo direito podem ocorrer de maneira direta ou indireta. Direta é quando o sentido normativo é preenchido pelo próprio significado do conceito, como, por exemplo: casamento, funcionário público, menor etc. Indireta é quando o conceito, apesar de descrever um fato ou ato do mundo tangível, necessita se referir à normatividade do direito para dar sentido ao conceito (por exemplo, "coisa alheia", significa que pertence a outrem, ou seja, necessário pressupor o regime jurídico da propriedade).⁵⁴

Agora, há os conceitos indeterminados *normativos* que efetivamente necessitam de uma valoração advinda ou do *subjetivismo do intérprete* (conceitos discricionários), ou de uma valoração preexistente no seio da coletividade.⁵⁵ Estes conceitos, sim, necessitam **de preenchimento valorativo**, e somente aí se estará a referir limitação à teoria da subsunção.

Abre-se, assim, o questionamento de qual método de interpretação característico a ser usado para se aferir o preenchimento valorativo, e qual a pauta de valores utilizada para o balizamento deste preenchimento.

A doutrina moderna vem, aos poucos, respondendo esses questionamentos de modo a remeter o intérprete a princípios jurídicos e valorações advindas da Constituição, mediante uma interpretação que opera *reenvios*. Partiremos, então, primeiramente, para a definição da

53 Tudo conforme ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 210.

54 Cf. ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 212.

55 ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 213.

metódica interpretativa, para somente após tentar conceituar as cláusulas gerais e diferenciá-las dos então conceitos legais indeterminados.

A Ruptura das Codificações. O Declínio das Aspirações Burguesas, e a Ascensão das Pautas Axiológicas Constitucionais. Neoconstitucionalismo e Neopositivismo. A Nova Hermenêutica e as Cláusulas Gerais

As codificações oitocentistas eram tidas como “constituições do direito privado”, pois pautavam seus valores fundamentais no indivíduo e na sua relação com o patrimônio, ⁵⁶ assumindo o papel de “estatuto único e monopolizador das relações privadas”. Almejavam a completude, destinando-se a regular “através de situações-tipo, todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular”, de modo que o direito público não viria de nenhuma forma interferir na esfera privada. ⁵⁷ Esse mundo da segurança, retratado pelas grandes codificações

56 O direito privado clássico, nas palavras de Gustavo Tepedino, se ocupava em regular “a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada inspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. (...) Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas. Os chamados riscos do negócio, advindos do sucesso ou do insucesso das transações, expressariam a maior ou menor inteligência, a maior ou menor capacidade de cada indivíduo. (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 02-03)

57 “O Código Civil de 1916, bem se sabe, é fruto da doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso primeiro Código Civil. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. (...) o Código Civil Brasileiro, como os outros códigos de sua época, era a Constituição do direito

privadas, entra em declínio na Europa já do final do século XIX, conforme preleciona Gustavo Tepedino:

Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliado às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando de tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia. O Estado legislador movimentava-se então mediante leis extracodificadas, atendendo às demandas contingentes e conjunturais, no intuito de reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas castas econômicas, que se formavam na ordem liberal e que reproduziam, em certa medida, as situações de iniquidade que, justamente, o ideário da Revolução Francesa visava a debelar.⁵⁸

Pautada pela efervescência social e cultural, num mundo onde a industrialização latente desestruturou a estabilidade formada pela união dos interesses anteriormente priorizada, a sociedade como um todo passa a não mais reger-se por uma única e exclusiva classe hegemônica, desaparecendo o sujeito social único a ser ouvido, “o sujeito comum, aquele desenhado na esteira da Revolução Francesa pelo princípio da igualdade, abstrata, frente à lei.”⁵⁹ A sociedade torna-se, a poucas épocas, um mundo massificado,

privado. De fato, cuidava-se da garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-as contra a ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas. O direito público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas.” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 02-03)

58 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 04.

59 “... não há apenas um único sujeito social a ser ouvido, não há mais um sujeito comum, como aquele desenhado na esteira da Revolução Francesa pelo princípio da igualdade, abstrata, frente à lei.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, op. cit., p. 281)

complexo; “à massificação social corresponderá o desenvolvimento irreversível de um novo pluralismo social”.⁶⁰

Isso corresponde a dizer que a sociedade passou a deter peculiaridades que transpassaram a “unidade concreta das relações sociais”⁶¹, na medida em que a lei não mais representa uma única e cristalina classe hegemônica.

Não mais se puderam acomodar num único e exclusivo código todos os interesses em que converge o multifacetado meio social. Custou-se a perceber, nas palavras de Martins-Costa, que “não teria mais sentido, nem função, o *código total*, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura.”⁶² Por certo o dogma da identidade entre o direito e a lei foi definitivamente superado.

Notadamente, a “multiplicidade de textos legais”, nas palavras de Judith Martins-Costa, abalou fundamentalmente a estrutura codificada,⁶³

60 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 280.

61 As expressões usadas por Judith Martins Costa, de “unidade formal do Estado” e “unidade concreta das relações sociais”, refletem a sociedade oitocentista, assentada na propriedade fundiária e no liberalismo econômico, com uma uníssona classe hegemônica, dotada de um sistema jurídico “completo, pleno, total, harmônico e auto-referente das leis civis. O código era tido como a “Constituição da vida privada”, e, portanto, “a unidade das relações sociais representada pela unidade da classe hegemônica se refletia na unidade legislativa que o código continha”. (cf. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 277).

62 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 282.

63 “As leis se multiplicam não só em número, mas na modalidade expressiva e sintática. A sua linguagem ‘múltipla e discordante, prolixa e ambígua, declamatória e programática’ está, enfim, completamente esquecida do desejo voltariano da lei ‘claire, uniforme et précise’. Afasta-se para longe o mito de uma linguagem unitária, matematizante, desenvolvida segundo regras de interpretação precisas que atuem, para o intérprete,

uma vez que a cada interesse presente na sociedade, frente a cada sujeito social dissonante, forte e ao mesmo tempo independente, correspondeu um microsistema legislativo multidisciplinar, o que mais tarde, na lição da autora, viria, juntamente com outros fatores, a impossibilitar a “integridade lógica do sistema”, esboçando-se, então, um mundo marcado pela insegurança, onde a imprevisibilidade das decisões judiciais não raro afronta a estabilidade social.⁶⁴

Neste mundo da imprevisibilidade, a complexidade das demandas exige do legislador e do intérprete maior sensibilidade para fatores sociais afetos à concretude e à realidade muitas vezes vulnerável de determinadas camadas sociais, de sorte que a técnica legislativa e a fundamentação do sistema alteraram-se substancialmente, com a incorporação de princípios estruturantes, com forte viés valorativo e força normativa, tratando-se agora de um sistema aberto, permeável, perene e mutável de acordo com as exigências da complexidade social.

O direito do novo século é um sistema aberto a valores. Canaris observa que essa abertura vale tanto para o *sistema científico* quanto para o *sistema da ordem jurídica*, “a propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude (e a provisoriedade) do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais”.⁶⁵

Essa ideia de abertura traduz a permeabilidade do ordenamento

como critérios constantes e unívocos de leitura.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 282).

64 “Hoje vive-se, diversamente, no ‘mundo da insegurança’. Esta não reside apenas na circunstância da multiplicidade de textos legais que abalaram a estrutura codificada, mas, fundamentalmente, na impossibilidade de manter-se, no universo em que vivemos, a integridade lógica do sistema”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. Op. cit., p. 276).

65 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, Lisboa, 2002, p. 281.

jurídico a elementos externos, a valorações principiológicas, e intersubjetivas. A autocontenção do judiciário representou reflexo dos horrores do mundo pós-guerra, e a preocupação com os valores fez com que fosse alçado a dignidade da pessoa humana a princípio unificador do sistema, a se irradiar em todas as relações sociais, seja entre poder público e indivíduo, seja entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

A técnica legislativa, até então eminentemente casuística⁶⁶, abriu lugar à discussão acerca de valores e princípios normativos atuantes no universo jurídico.

Trazidos ao ordenamento mediante conceitos vagos, programáticos, elásticos etc., e interpretações evolucionistas, os valores integrativos das normas, em conformação com o arcabouço constitucional, formam o novo paradigma da ciência do direito.

O neoconstitucionalismo, embasado na nova concepção trazida pelo pós-positivismo⁶⁷, promoveu uma nova releitura da constituição, alçando-a

66 O casuísmo legislativo a que se refere é quando o legislador antevê determinados casos específicos (hipóteses ou preceito primário) e previamente define abstratamente suas consequências fáticas (preceito secundário).

67 O pós-positivismo é o marco filosófico do neoconstitucionalismo. Segundo Luis Roberto Barroso: “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.” (BARROSO, Luís Roberto.

como pauta axiológica, como tábua de valores capaz de nortear a aplicação de textos legais infraconstitucionais. É dizer, as legislações infraconstitucionais passaram a somente deter validade material se constitucionalmente recepcionadas, ou seja, se em harmonia com as valorações subjacentes à ordem constitucional. E a Constituição passou a regular toda a intervenção estatal na economia, inclusive lançando princípios e diretrizes que alcançariam o direito privado, maculando ou ao menos relativizando a separação entre as esferas do direito público e privado.

Hoje observa-se, segundo Martins-Costa, uma crescente “atuação da órbita estatal na regulação do mundo dos privados – mediante, inclusive, o estabelecimento de políticas públicas e a elaboração de normas diretas – e a aceitação efetiva da força normativa da Constituição sobre o direito privado, inclusive para o efeito da aplicação direta de seus princípios na legislação ordinária.”⁶⁸

Assim, ainda seguindo a doutrina de Martins-Costa, as codificações não mais espelham, em suas palavras, a “estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.”⁶⁹

Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 21 fev. 2010).

68 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional, op. cit., p. 282).

69 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 285.

Por certo, alguns valores já se inscreviam no sistema desde longa data, mas sofreram releituras, e outros passaram a ter uma nova dimensão, sendo incorporados recentemente, mediante a *praxis* da aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.⁷⁰

Assim, o Código Civil Brasileiro de 2002 incorporou inúmeros conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, tornando-se imprescindível, conforme a lição de Tepedino, que se realize uma inter-referência interpretativa entre a codificação e a Constituição, *in verbis*:

O novo Código Civil brasileiro, inspirado nas codificações anteriores aos anos

70 BARROSO, Luis Roberto, op. cit., Revista Acadêmica Brasileira de Direito Constitucional, p. 42. Cita-se, por relevante, trecho de sua entusiasta doutrina: “As denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação. As cláusulas gerais não são uma categoria nova no Direito – de longa data elas integram a técnica legislativa – nem são privativas do direito constitucional – podem ser encontradas no direito civil, no direito administrativo e em outros domínios. Não obstante, elas são um bom exemplo de como o intérprete é co-participante do processo de criação do Direito. Um exemplo real, amplamente divulgado pela imprensa: quando da morte da cantora Cássia Eller, disputaram a posse e guarda do seu filho, à época com cinco anos, o avô materno e a companheira da artista. O critério fornecido pela Constituição e pela legislação ao juiz era o de atender ao “melhor interesse do menor”. Sem o exame dos elementos do caso concreto e sua adequada valoração, não era possível sequer iniciar a solução do problema.” (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 21 fev. 2010).

70, introduz inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sem qualquer outro ponto de referência valorativo. Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública. Desta forma, dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional, que assumiu o papel de reunificação do direito privado, diante da pluralidade de fontes normativas e da progressiva perda de centralidade interpretativa do Código Civil de 1916. Dito diversamente, as cláusulas gerais do novo Código Civil poderão representar uma alteração relevante no panorama do direito privado brasileiro desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea.⁷¹

Hoje, o ordenamento como um todo é sustentado por princípios e valores fundantes que agasalhados pela Constituição contêm força normativa genérica e *status* de normas jurídicas.

As normas-princípio, ademais, são tidas como um sustentáculo, uma base inquebrantável, “*os princípios são ordenações que se irradiam e imantam nos sistemas de normas, são - como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira - núcleos de condensação nos quais confluem valores e bens constitucionais*”⁷².

Mais um vez, Luis Roberto Barroso explicita:

Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema; integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) *condensar valores*; b) *dar unidade ao sistema*; c) *condicionar a atividade do intérprete*.⁷³

71 TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 07-8.

72 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23 ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2004, p.92.

73 BARROSO, Luis Roberto, ob. cit., Revista Acadêmica Brasileira de Direito

Com efeito, os princípios foram acobertados pelo ordenamento jurídico como bases estruturais que sustentariam a partir de então a convivência humana. Incorporados nas legislações dos Estados mundiais e nas Constituições, os princípios jurídicos abriram campo de pesquisa para uma nova concepção legislativa e de *práxis* jurídica. Sua força normativa exsurgiu de seu enquadramento hierárquico-normativo como “espécies de normas”, gerais ou constitucionais, assim como o são as regras.⁷⁴

Constitucional, n. 1, 2001, p. 43.

74 As regras se aplicam mediante subsunção. São proposições normativas que contêm um comando objetivo na forma de tudo ou nada, ou são aplicadas na sua plenitude ou são violadas. Conforme assevera Barroso, “se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir de modo direto e automático, produzindo seus efeitos”. Não incidirá, no entanto, se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor (BARROSO, Luis Roberto, ob. cit., Revista Acadêmica Brasileira de Direito Constitucional, n. 1, 2001, p. 44). Quando há conflito entre as regras, se aplica uma em detrimento da outra, que é violada. Assim sendo, quando a situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham, há três tradicionais critérios que devem ser aplicados, conforme ensina Norberto Bobbio: “o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior; o cronológico – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior; e o da especialização – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral” (BOBBIO, Norberto, Teoria do ordenamento jurídico, 1990, p. 81 e ss). Os princípios, entretanto, segundo Robert Alexy, devem se aplicar de forma mais ou menos intensa e de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem nunca excluírem-se mutuamente, não comprometendo jamais a validade que detém no ordenamento jurídico. (ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81 ss). Quando ocorre colisão entre os princípios, em função de seu maior grau de abstração e amplitude, os critérios anteriormente narrados não são plenamente satisfatórios. Não se pode simplesmente aplicar um em detrimento do outro. Por esse motivo, entra em cena a técnica denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses, pela qual se busca estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos, devendo-se aplicar no caso concreto cada qual na medida de suas possibilidades e valores condizentes e harmonizáveis com a situação específica. Dessa forma, não há que se falar em exclusão mas sim em ponderação entre princípios. Devendo-se levar em conta sempre a importância que os bens jurídicos cotejados têm no

E, por sua vez, os conceitos vagos (entre os quais estariam as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados), da mesma forma, são pontes que, legislativamente incorporadas, permeiam valores implícitos ou mesmo expressos em princípios constitucionalmente recepcionados para o interior do sistema. Aplicam-se por intermédio deles – princípios, mediante um processo de *reenvio* a uma “valoração tipicizante” (Martins-Costa)⁷⁵

caso concreto bem como as peculiaridades de cada situação em específico. Isso pode ser percebido no julgamento do HC n. 82.424/RS. O STF identificou um conflito envolvendo os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão. Não houve nesse caso, em momento algum, diga-se, exclusão de um princípio em detrimento de outro, ou, sequer que existe hierarquia entre ambos. Houve que foram ponderados por meio de uma aplicação gradual. Como bem reconheceu o Ministro Marco Aurélio em seu voto, as colisões entre princípio (sob essa ótica) somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostas a um ou aos dois lados. Enquanto o conflito entre regras resolve-se na dimensão da validade, (...) o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da “ponderação”, que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 82.424/RS). Sem embargo, tal desenvoltura deve por certo, sempre e inelutavelmente, balizar-se pelos mais rígidos critérios outorgados pelos postulados da razoabilidade, proporcionalidade e proibição dos excessos (normas de segundo grau), esses que servem de parâmetros para a aplicabilidade das normas (de primeiro grau) no sistema jurídico. Assim, seguindo a doutrina de Humberto Ávila, é possível distinguir os postulados (de maneira simplória) da seguinte forma: a) razoabilidade se caracteriza pelo exame concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual; b) proporcionalidade se refere a uma exame abstrato da relação meio-fim, e a c) proibição dos excessos diz respeito a que uma norma ao ser aplicada não pode invadir o “núcleo essencial” de um princípio de ordem fundamental do cidadão. (ver ÁVILA, Humberto. A teoria dos princípios e o direito tributário. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, v. 125, p. 33-49, fev. 2006).

75 Por “valoração tipicizante” podemos entender seguindo a doutrina de Martins-Costa a “regra social” que detendo relevo e recalitrância no seio da sociedade, são objetivamente vigentes no ambiente social, formando um arquétipo devidamente operado pela fonte jurisprudencial. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 334-7)

ou mesmo a um valor constitucional⁷⁶, e trazem à linguagem legislativa uma nova concepção de lei, mais aberta, mais perene e atual, e muito mais ligada à equidade, por ser moldável e adaptável ao caso concreto, na forma da mensuração equitativa do intérprete. Na pertinente ponderação de Martins-Costa:

Notadamente na segunda metade deste século, a técnica legislativa foi radicalmente transformada, assumindo a lei características de concreção e individualidade que eram próprias dos negócios privados: não mais a lei como *kanon* abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas. Irrumpem na linguagem legislativa indicações de valores, de programas e de resultados desejáveis para o bem comum e a utilidade social, terminologias científicas, econômicas, sociais, compatíveis com os problemas da idade contemporânea. Tem sido observada a formulação, nos códigos civis mais recentes e nas leis especiais, de certos tipos de normas que fogem ao padrão tradicional, enucleado na definição, o mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação punctual e pormenorizada de suas consequências. Estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas consequências, é intencionalmente desenhada como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas *cláusulas gerais*.⁷⁷

A interpretação, portanto, ganhou nova perspectiva. A atividade hermenêutica, que no mundo oitocentista estava fortemente ancorada a um modelo estático, baseado na letra posta da lei, alçou rumo progressivo. O texto legal, antes ampliado à condição de *objeto exclusivo da interpretação*

76 Tem-se os valores constitucionais da solidariedade, da dignidade, da função social, do Estado Democrático de Direito.

77 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 285-6.

jurídica, hoje é mero caminho para o intérprete percorrer: se quiser chegar a uma conclusão equitativa, deverá permear o texto legal, pela abrangência de suas formulações, com valores e princípios constitucionais, ou máximas de conduta oriundos de elementos valorativos tipicizados⁷⁸.

Isso corresponde a dizer que o intérprete agora não mais se apega unicamente ao literal e objetivo (oriundo da lei ou da vontade do legislador), mas subjaz-se da principiologia e das valorações adjacentes ao ordenamento, para colmatar os conceitos jurídicos abertos ou indeterminados e as cláusulas gerais operativamente dispostas nas legislações.

As prescrições legais agora podem não mais se reduzir a uma simplória subsunção operada por meio de deduções silogísticas, pois a complexidade social ostenta valores nem sempre facilmente observáveis. Há por certo sérias limitações na técnica casuística, ante o infindável número de diplomas legislativos especificadores que abarcam uma complexa rede de interesses nem sempre convergentes.

Em outras palavras: a técnica de regulação casuística (em que há uma perfeita especificação ou determinação dos elementos que compõe o

78 Expressão que enfatiza uma aspiração social relevante para o direito, porque constitui um modelo jurídico, ou estrutura normativa que “ordena fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas conseqüências, em função de valores imanentes ao próprio processo social. Os modelos são gerados por quatro fontes – a *legal*, a *consuetudinária*, a *jurisdicional* e a *negocial* –, as quais resultam das quatro diversas formas de manifestação do poder de decidir – atributo fundamental do conceito de fonte no direito –, a saber: a) o poder estatal de legislar; b) o poder social, ‘inerente à vida coletiva’, o qual se revela, na fonte consuetudinária, ‘através de sucessivas e constantes formas de comportamento’; c) o poder (estatal) que se revela através do Judiciário; d) o poder negocial, que se expressa mediante ‘o poder tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem’. As fontes de produção jurídica – seja a lei, a jurisdição, o costume ou o negócio jurídico, geram modelos jurídicos.” (cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 332-3).

fattispecie)⁷⁹, por si só, é insuficiente para uma satisfatória regulamentação social, o que vem exigindo por parte dos legisladores cada vez mais o uso de técnicas legislativas permeadas de conceitos vagos, programáticos, em branco, os quais demandam muito mais do intérprete na função de criação do direito, do que a mera subsunção do preceito legal específico ao caso concreto.⁸⁰

A nova hermenêutica, portanto, repercute no novo paradigma do direito civil, trazido pelas expressões do direito civil-constitucional.

Encerrada a época das codificações, com as Constituições assumindo o papel de centro do sistema, assumindo também o papel de referência axiológica ao preenchimento de conceitos vagos e das cláusulas gerais, pode-se chegar a um delineamento pelo menos

79 “O legislador fixa, de modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos, de modo que, em face da *tipificação de condutas* que promovem, pouca hesitação haverá do intérprete para determinar o seu sentido e alcance. Este poderá aplicar a norma mediante o processo mental conhecido como subsunção. Há uma espécie de pré-figuração, pelo legislador, do comportamento marcante, a ser levado em conta pelo intérprete, uma vez que o legislador optou por descrever a factualidade.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 297).

80 “... o caráter de *determinação ou tipicidade* que caracteriza a casuística (...) vem sendo apontado como um dos principais, senão o principal, fator de rigidez – e, por consequência, de envelhecimento – dos códigos civis. A razão está, conforme Natalino Irti, em que ‘o legislador cria um repertório de figuras e disciplinas típicas (...) ao qual o juiz pouco ou nada pode aduzir para o disciplinamento do fato concreto’. As disposições definitórias, tais como as da casuística, conduzem o intérprete a uma subsunção quase automática do fato sob o paradigma abstrato. Tem, portanto, esta técnica um caráter de rigidez ou imutabilidade, o qual ‘acompanha a pretensão de completude a ambição de dar resposta a todos os problemas da realidade.’ Em contrapartida, às cláusulas gerais é assinalada a vantagem da *mobilidade* proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém, do que o risco do imobilismo é afastado por esta técnica porque aqui é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 298).

tangencial da fundamentação do sistema, e das referências utilizadas para o preenchimento dos conceitos vagos.

Aí, ao mesmo tempo em que finda o problema da referência para a vagueza conceitual, começa uma infinidade de teses que ainda não se encontram passíveis sequer se sistematização. Discussões como a do diálogo das fontes, em que aproxima o Código Civil da principiologia ligada ao Código de Defesa do Consumidor, notadamente na área contratual; como a que perscruta uma cláusula de abertura dos direitos fundamentais para além das Constituições, alcançando inclusive legislações infraconstitucionais⁸¹, ou seja, no campo do direito civil-constitucional, pelo menos, se abre uma infinidade de discussões que ainda não se encontram sequer parametrizadas, o que faz com que aquele ideal de sistematização da ciência jurídica, a partir deste novo paradigma do direito, comece a tecer veios de insegurança jurídica, caso não houvesse um postulado unificador, como a dignidade da pessoa humana,⁸² para centralizar a interpretação do direito.

81 Ver nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocencio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional - 5ª Ed. 2010, no que se refere ao capítulo que trata dos direitos fundamentais, das cláusulas pétreas e da reserva legal.

82 É possível sustentar, embasado na perspectiva civil-constitucional do direito privado, a existência de uma cláusula geral fundante ou que estrutura o ordenamento jurídico contemporâneo, a cláusula geral de tutela da pessoa humana, prevista no texto constitucional nos artigos 1º, inciso III, (a dignidade humana como valor fundamental da República), 3º, inciso III e 5º, caput (igualdade substancial e formal). Sua função seria a salvaguarda de um espaço privado que proporcione condições ao pleno desenvolvimento da pessoa, um mínimo vital, que permita a cada ser humano o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Referida cláusula geral de tutela da personalidade representa uma referência interpretativa para todas as situações nas quais os aspectos ou desdobramentos da personalidade estejam em jogo, uma vez que estabelece a prioridade da pessoa humana no cotejamento de valores em conflito, até por ser a pessoa, conforme Perlingieri, “o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela”.

As Cláusulas Gerais e os Conceitos Jurídicos Indeterminados. Uma Conceitualização Possível. Limitação ou Insuficiência

Por certo, os conceitos vagos ou indeterminados e, especificamente, as cláusulas gerais, são dotados de grande mobilidade⁸³, possuindo uma abertura semântica, o que possibilita à atividade jurisprudencial, com base em princípios e valores hoje incorporados nas legislações fundantes dos Estados contemporâneos, construir progressivamente as respostas para os problemas que a realidade apresenta.⁸⁴

(PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 155). Dessa forma, o respeito pela pessoa humana polariza as tendências jurídicas e interpretativas na contemporaneidade, e suas características e atributos constituem a personalidade. Nesse sentido, leciona Gustavo Tepedino: “Personalidade como valor, já se disse, é característico da pessoa humana, atraindo, por isso mesmo, disciplina jurídica típica e diferenciada, própria das relações jurídicas existenciais. Já a qualidade para ser sujeito de direito o ordenamento confere indistintamente a todas as pessoas e, segundo opções de política legislativa, pode fazê-lo em favor de entes despersonalizados. Por isso mesmo, deve-se preferir designar este último sentido de personalidade como subjetividade, expressão que, de resto, não é incomum em doutrina (por todos, Francisco Amaral, *Direito Civil*, p. 220, para quem ‘a personalidade ou subjetividade, significa, então, a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas’). Em outras palavras, a personalidade, ao contrário da subjetividade, é expressão da dignidade da pessoa humana e objeto de tutela privilegiada pela ordem jurídica constitucional (...)” (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, ob. cit., p. 04-5).

83 “As cláusulas gerais têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico. Esta mobilidade deve ser entendida em dupla perspectiva, como mobilidade externa, isto é, a que ‘abre’ o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a ‘adequação valorativa’, e como mobilidade interna, vale dizer, a que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 341).

84 “... as cláusulas gerais (...) legitimam o juiz a produzir normas que valem para além do caso onde será promanada concretamente a decisão.” (MARTINS-COSTA, Judith.

Poder-se-ia estabelecer uma distinção, para efeitos deste estudo, acerca de conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais,⁸⁵ entretanto, é bom recordar que não há uma unanimidade na doutrina contemporânea acerca da correta nomenclatura destes conceitos, os quais, pela vagueza semântica de seus termos, os denomino simplesmente de conceitos vagos.⁸⁶

A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 341).

85 Os conceitos jurídicos indeterminados, para Judith Martins-Costa, integram sempre a descrição do fato, ou seja, em suas nas palavras, a liberdade do aplicador se exaure no estabelecimento da premissa, de modo que “uma vez estabelecida, in concreto, a coincidência ou a não-coincidência entre os acontecimentos real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. O caso seria, pois, de subsunção. Não haveria, aí, para a autora ‘criação do direito’ por parte do juiz, mas apenas interpretação. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 326). Não é essa, contudo, a conclusão de Karl Engisch quando delinea os denominado *conceitos discricionários* (acerca disto ver o capítulo 03 deste trabalho).

86 A expressão conceitos gerais não é tecnicamente mais adequado, pois não se pode adjetivar generalidade às cláusulas gerais, na medida em que o termo vagueza semântica é mais adequado, porque “não constitui uma imprecisão qualquer, uma imprecisão genericamente considerada. É uma imprecisão de significado, (...) o conceito de vagueza é um conceito relativo às acepções do termo ‘significado’ (...) na linguagem jurídica (...) a vagueza será intencional, ou programática, sendo utilizada na perseguição de certas finalidades. (...) Diz-se vaga uma norma ou preceito quando no seu enunciado se apresentam ou podem se apresentar casos-limite. (...) O fato de conter expressões ou termos vagos não significa seja a mesma despida das qualidades essenciais às normas jurídicas, como a coercibilidade e a obrigatoriedade. Para que isso ocorra, contudo, é preciso que sejam encontrados os critérios de aplicação. Cláudio Luzzatti cunhou a expressão ‘vagueza socialmente típica’ para indicar os casos de emprego legislativo de expressões programaticamente vagas, verificáveis quando algum termo, ‘segundo uma certa interpretação, exprime um conceito valorativo cujos critérios aplicativos *não são sequer determináveis senão através da referência aos variáveis parâmetros de juízo e às mutáveis tipologias da moral social e do costume*. O critério para a aplicação das normas vagas nesta acepção será constituído por valores objetivamente assentados pela moral social, aos quais

Assim, nos conceitos vagos, ou há o simples preenchimento de um significado (dotado pela característica da vagueza – comum ou socialmente típica⁸⁷) pelo intérprete, devendo para tanto o aplicador da

o juiz é reenviado. Não se trata aqui, de utilizar as ‘regras comuns da experiência’ (CPC, art. 335), mas de utilizar valorações tipicizantes das regras sociais, porque o legislador renunciou a determinar diretamente os critérios (ainda que parciais) para a qualificação dos fatos, fazendo implícito ou explícito reenvio a parâmetros variáveis no tempo e no espaço (regras morais, sociais e de costume). (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 306-313).

87 “Luzzati ressalta que os termos vagos dos conceitos jurídicos caracterizados **por vagueza comum** são aqueles preenchíveis mediante regras de experiência, sem recurso a valorações. Nestes casos, o intérprete parte de noções sobre uma série de acontecimentos semelhantes, de modo que, por meio de um raciocínio indutivo, é possível chegar-se à convicção de que se os fatos costumam apresentar-se de uma determinada forma no momento presente, assim devem eles, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro. Essas regras, muitas vezes, podem estar relacionadas com a sabedoria popular, com a arte, com a técnica, com o exercício das profissões, com as atividades comerciais e econômicas etc. (...) Avulta aqui, indubitavelmente, a própria vivência do juiz e a sua experiência adquirida ao longo do exercício da judicatura, a partir da análise reiterada de casos. (...) seja como for, a colmatação de um termo vago feita a partir de regras de experiência não oferece maior dificuldade. Basta, como vimos, recorrer o intérprete à análise das situações reiteradas para se chegar à regra geral de conduta. Por outras palavras, deverá o juiz partir de inferências extraídas do ordinário, do comum, do corriqueiro, do costumeiro, enfim de tudo quanto possa extrair das várias contingências particulares. (...) Normas de tipo aberto caracterizados por **vagosa socialmente típica** são aquelas que, no entender de Luzzati, possuem termos jurídicos vagos cujo preenchimento se faz a partir da análise dos valores encontráveis no ambiente social. (...) Preencher, pois, um termo vago sujeito à análise axiológica não é ato discricionário e muito menos arbitrário. Por serem os valores entidades vetoriais, está o intérprete adstrito à sua observância segundo a graduação hierárquica estabelecida naquela sociedade. Conquanto não se deva afastar por completo a idéia de um subjetivismo axiológico, visto que o juiz atribui significado às coisas de acordo com a reação positiva ou negativa que lhe provocam, temos que os valores gozam de um caráter objetivo, principalmente quando incorporados aos princípios.” (apud TOSTA, Jorge. Manual de Interpretação do Código Civil: As normas de tipo aberto e os poderes do juiz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 33-34 e 39-40).

lei interpretar evolutivamente o texto, procedendo a uma interpretação, em um primeiro momento que se exaure na significação histórica de um instituto, mas que posteriormente procede a uma adaptação social da significação normativa; ou, tal como haveria de ocorrer nas cláusulas gerais, pode haver uma efetiva criação judicial do direito pelo intérprete/aplicador, e aí, detendo uma dimensão de operabilidade, necessitando estar expressas, escritas, deslocam o intérprete – mediante o que Judith Martins-Costa rotula de *reenvio* – a um valor ou princípio que pode estar expresso ou ainda inexpresso (mas que necessariamente existe na órbita constitucional), e que necessariamente possui um caráter de sustentáculo do ordenamento, uma valoração fundante, de origem, que detém característica estrutural do sistema.

As cláusulas gerais, nesse sentido, teriam a sua *fattispecie* necessariamente concretizada por valores constitucionais.

E esses valores, *standards* ou mesmo princípios, aos quais o intérprete é reenviado, possuem fontes oriundas da construção do sistema agora aberto⁸⁸, sendo ainda que em um primeiro momento encontrados fora do sistema, mas com a reiteração de casos semelhantes, paulatinamente vetorizados pela jurisprudência para dentro do sistema, operando o que Martins-Costa denomina de ressystematização de um elemento originalmente extrassistemático. Daí que na cláusula geral há a efetiva criação judicial do

88 “... nas cláusulas gerais, a concretização da valoração e a formação da estatuição só pode operar perante o caso concreto, ou em face de grupos de casos considerados como ‘típicos’. Não é viável, aqui, a abstração generalizante, a qual, por ser generalizante, ‘tipifica’ e encerra, em determinados e fixos róis, o que é geral e o que é excepcional. Pelo contrário, porque não há, na própria norma, esta fixação puncualizada da conseqüência jurídica correlata à hipótese legal, haverá, a par da necessidade de precisar a hipótese, mediante o processo de reenvio, o dever de estabelecer a conseqüência conforme o instrumental oferecido pelo sistema, do que derivará uma imensa potencialidade de sua formação, tarefa para a qual, inclusive, é chamada a cooperar a doutrina.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 340-1).

direito com ênfase no caso concreto. Para a autora, portanto:

... a cláusula geral constitui, (...), uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluída’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a *ressistemização* destes elementos originalmente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico⁸⁹

Comparativamente, os artigos 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor⁹⁰, e 422 do Código Civil⁹¹, estabelecem, no que pertine ao significado do termo “boa-fé”, o primeiro um conceito jurídico indeterminado e o segundo uma cláusula geral, na lição da autora.

No primeiro caso há um conceito jurídico indeterminado na definição semântica de “boa-fé”, uma vez que o referido texto da legislação consumerista dispõe na sua *fattispecie* a hipótese legal indeterminada de se pactuar obrigações incompatíveis com a “boa-fé”, definindo, entretanto, de modo objetivo sua consequência, qual seja, a de nulificação a cláusula contratual, por ato judicial. Assim nesse primeiro caso “o juiz deverá precisar o que a sociedade onde vive tem como incompatível com a boa-fé, tarefa eminentemente hermenêutica. Essa valoração determinará a sua premissa. Uma vez configurada, o caso é simplesmente aplicar a norma,

89 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 303.

90 Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

91 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

havendo como consequência jurídica a nulidade da disposição contratual. A solução não é, pois, criada pelo juiz, já estando pré-configurada na lei: o que ocorre é, tão somente, um preenchimento do significado do conceito de ‘boa-fé’ pelo julgador”.⁹²

Já no segundo caso, o artigo 422 do Código Civil, ao determinar que “os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e *boa-fé*”, estabelece na verdade uma cláusula geral, em que o juiz cria a hipótese, a consequência e a solução do caso concreto na forma de sua mensuração equitativa, com base em elementos valorativos não previstos no texto (de origem extra ou intrassistemática). As pontes de valoração, ressalte-se, arquétipos exemplares, costumes objetivamente reiterados, valores vigentes no atual contexto constitucional, são vetorizados pela fonte jurisprudencial, trazendo a solução como parte do sistema jurídico (ainda que não do ordenamento jurídico).

Assim leciona Judith Martins-Costa:

Trata-se de cláusula geral porque, estando vagamente posta a *fattispecie*, toda a amplíssima gama dos *efeitos* decorrentes de contrato que não foi executado em boa-fé será *criada, determinada, desenvolvida e mensurada pelo juiz, sempre à vista do caso concreto*. A regra não define a noção de boa-fé, não determina as condições em que um contrato é executado em boa-fé, qual a extensão deste dever, nem as consequências da sua infração. Evidentemente, aí se tem não apenas um único efeito (a nulificação do contrato), mas todo um *potencial domínio de casos* e suas consequências compreendidas pela cláusula. Assim, a par de tomar em conta o critério valorativo (interpretação), deverá o juiz, tendo em vista o instrumental que o próprio sistema lhe oferece, pesquisar as soluções anteriormente conferidas pela jurisprudência e/ou aquelas apontadas pela doutrina, e *criar o regramento aplicável ao caso concreto toda vez que um contrato não for executado em acordo à boa-fé (concreção judicial)*.⁹³

92 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 327

93 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 328.

Em ambos os casos, portanto, haverá uma valoração por parte do intérprete. Entretanto, o poder conferido ao intérprete da cláusula geral é deveras maior, pois, no conceito jurídico indeterminado se vislumbra apenas uma interpretação valorativa (e evolutiva), que consiste na ulterior adaptação ao seio social do texto interpretando. A cláusula geral diferentemente reenvia o intérprete para a construção de um raciocínio embasado em elementos trazidos por fontes doutrinárias ou consuetudinárias, cabendo à jurisprudência o papel de sistematização destes elementos originariamente extrassistemáticos. Isso tudo na visão de Judith Martins-Costa.

Conclusões

Por todo exposto, buscou-se neste trabalho construir uma perspectiva histórico-filosófica acerca da lenta e gradual evolução por que passou a “ciência” jurídica, na medida em que superou o dogmatismo positivista e, com a relativização do dogma da subsunção, abarcou os conceitos vagos e os princípios jurídicos como método de estruturação e valoração da ciência do direito.

Diante da análise do fenômeno de colmatagem que a atividade interpretativa, assentada nos valores imanentes da ordem jurídica, impõe aos conceitos estruturantes do ordenamento (conceitos vagos e princípios jurídicos), chegou-se à conclusão de que a “ciência” jurídica não é estática, merecendo vislumbre tal como “uma viva e operante concatenação produtiva”, que evolui com o tempo, agrega valores e imanta princípios, os quais podem ser vistos como estruturas que a sustentam, assim, melhor conectando a concretude social com a abstração do direito.

Após a ciência jurídica ter transpassado o saber eminentemente “prudencial”, e, principalmente, com o ideário do renascimento e posteriormente do iluminismo, se desvinculado das “emanações” divinas, alcançando uma conceitualização baseada em um raciocínio meramente

lógico subsuntivo, sem haver valorações e muito menos criação pelo intérprete, teve a grande proficiência de acobertar os conceitos vagos e os princípios valorativos constitucionais, cuja aptidão foi de aproximar o direito da realidade social e, conseqüentemente, da justiça distributiva, como equidade geral.

Com a segmentação dos interesses sociais, restando abalada fundamentalmente a estrutura codificada, passou-se a exigir cada vez mais do intérprete e do aplicador do direito uma maior sensibilidade para fatores sociais afetos à concretude e à realidade muitas vezes vulnerável de determinadas camadas sociais. Daí exsurgiu a nova técnica legislativa, com o sistema fundando-se em valores outros que não os do sujeito social único dominante das relações materiais. Incorporando princípios estruturantes, com forte viés valorativo e força normativa, passou o sistema a ser axiologicamente perene e aberto, permeável, mutável, de acordo com as exigências da complexidade social.

A ciência jurídica passou a se estruturar em normativas dependentes de valorações. O intérprete não somente valora a hipótese, como cria a consequência, ou cria a hipótese e valora a consequência, pautado em situações concretas e integrações axiológicas as quais nem sempre se encontram abstratamente previstas.

Os conceitos vagos (entre os quais estão as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados) remetem o intérprete, mediante um processo chamado de reenvio, a elementos valorativos assistemáticos, os quais, recalcitrantes na sendo da interpretação, são paulatinamente incorporados no sistema mediante a função vetorizante da jurisprudência.

As cláusulas gerais exigem do intérprete uma criação hermenêutica no intuito de definir a hipótese e a consequência da norma, eis que não estão abstratamente previstas. Isto ocorre pelo fenômeno do reenvio a elementos outros pertencentes ao sistema (tal qual, os princípios constitucionais) ou mesmo a elementos originalmente situados fora do sistema (*standarts* tipicizantes constantemente observados nos costumes sociais) os quais, entretanto, paulatinamente reincorporados, são reestruturados como parte

do sistema, eis que incorporados pela fonte vetorizante da jurisprudência.

Os conceitos jurídicos indeterminados, por sua vez, integram sempre a descrição do fato, sendo que a integração valorativa (mediante a interpretação evolutiva) permite o estabelecimento da premissa (hipótese) estando, no mais das vezes, a consequência predeterminada. É o caso, pois, ao que parece de se aplicar a subsunção.

Entretanto, nos conceitos jurídicos indeterminado há o preenchimento de um significado (dotado pela característica da vagueza – comum ou socialmente típica), devendo para tanto o aplicador da lei interpretar evolutivamente o texto, procedendo a uma interpretação, em um primeiro momento que se exaure na significação histórica do instituto, mas que posteriormente procede a uma adaptação social da significação normativa. Referida adaptação pauta-se, por sua vez, em elementos tipicizantes vigentes no seio social, tal qual os princípios constitucionais ou mesmo os standarts tipicizantes constantemente observados na realidade social.

Enfim, a construção insipiente da ciência jurídica não mais se pauta em elementos meramente lógicos dedutivos de conceitos estanques, mas deve pautar-se na realidade existencial, sob a condição de conformar a aplicabilidade do direito com o princípio regente do sistema: a dignidade da pessoa humana.

Referências Bibliográficas

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

ÁVILA, Humberto. **A teoria dos princípios e o direito tributário**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, v. 125, p. 33-49, fev. 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo): A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas / Luís Roberto Barroso (organizador) – 3ª**

ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 01-48.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 21 fev. 2010

BOBBIO, Norberto, **Teoria do ordenamento jurídico**, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed., 2008.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CANARIS. Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio, **Curso de Direito Constitucional Tributário**, ed. Malheiros, 21ª edição, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 18.ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

ENGISCH. Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio**; Fundação Boiteux, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª edição. Trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias**. 3ª ed. São Paulo. Atlas. 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos de Direito**. Trad. Bruno Miragem. Notas Cláudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

REALE Miguel, **Lições Preliminares de Direito**, 25ª edição, ed. Saraiva, 2001.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**. São Paulo: Paulinas, 1990-1991. V. 3: Do romantismo até nossos dias.

REALE, Miguel, 1910-2006, **Filosofia do direito**, 19ª ed. - São Paulo, Saraiva, 1999.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil**, 2ª ed., Del Rey, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República – 2ª edição – Renovar**, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil. Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOSTA, Jorge. **Manual de Interpretação do Código Civil**: As normas de tipo aberto e os poderes do juiz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

WIECKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967.

Evolução Dogmática da Tutela dos Interesses Individuais Homogêneos na Justiça do Trabalho: da substituição processual à sentença genérica

Ronaldo Lima dos Santos ¹

RESUMO: O Direito Processual do Trabalho foi o primeiro ramo do ordenamento jurídico brasileiro a tratar da tutela dos interesses individuais homogêneos, com a consagração dos institutos da ação de cumprimento (art. 872 da CLT) e da denominada substituição processual sindical. Após o cancelamento da Súmula 310 do TST, que disciplinava o instituto da substituição processual na Justiça do Trabalho, foi aberto o caminho para a sua reformulação, a partir da sua reconceituação à luz dos princípios e regras do microsistema das ações coletivas, cujo núcleo é formado pela LACP e pelo CDC, ocorrendo uma paulatina modificação no pensamento da doutrina e da jurisprudência juslaboral, com o enquadramento da substituição processual sindical e da ação de cumprimento no sistema de jurisdição coletiva e a adoção dos seus diversos institutos, regras e princípios no processo do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Processo do trabalho; interesses individuais homogêneos; substituição processual; ação coletiva; jurisdição coletiva.

¹ Procurador do Trabalho da PRT/2ª Região - São Paulo. Professor Doutor de Direito e Processo do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Direitos individuais homogêneos nas relações de trabalho

Embora a expressão “tutela coletiva de direitos individuais homogêneos na Justiça do Trabalho” possa apresentar um certo ar de novidade para os operadores do Direito do Trabalho, o Direito Processual do Trabalho foi o primeiro ramo do ordenamento jurídico brasileiro a reconhecer a possibilidade de tutela conjunta de direitos individuais, consagrando os institutos da ação de cumprimento (art. 872 da CLT)² e da denominada substituição processual sindical³, há mais de 30 anos antes do advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90).

No Direito Processual do Trabalho, já havia se tornado comum a tutela de interesses individuais homogêneos pelas entidades sindicais, destacando-se as seguintes situações: a) ações de cumprimento para exigência de satisfação de direitos previstos em sentença normativa, acordos e convenções coletivas (art. 872 da CLT c/c Lei n. 8.984/95); b) mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, “b”, da CF/88); b) ações versando sobre a caracterização de atividades insalubres ou perigosas e(ou) para

2 A ação de cumprimento, prevista no artigo 872 da Consolidação das Leis do Trabalho, consiste no meio processual adequado para dar-se cumprimento aos preceitos decorrentes de sentença normativa, convenções e acordos coletivos quando não satisfeitos pelo(s) empregador (es). Trata-se de um instrumento jurídico para a salvaguarda de direitos individuais homogêneos dos trabalhadores, sendo mais um mecanismo de tutela coletiva de direitos.

3 No direito processual do trabalho, a expressão “substituição processual” adquiriu um significado específico para designar as hipóteses em que uma entidade sindical (substituto) atua em nome próprio em juízo na tutela de interesses dos trabalhadores (substituídos). Diferencia-se das hipóteses de “representação processual”, nas quais a entidade sindical (representante) atua em nome alheio na defesa de direito alheio dos trabalhadores (representados).

pleitear os efeitos pecuniários (pagamento dos respectivos adicionais) da constatação da existência de insalubridade e(ou) periculosidade (§ 2º do art. 195 da CLT e OJ n. 121 da SDI-I do TST); c) demandas relativas ao recolhimento dos valores do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (art. 25 da Lei n.º 8.036/90; d) cobrança de reajustes/aumentos/diferenças salariais (Lei n.º 8.073/90” “Art. 3º. As entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria”); e) mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, “b”, da CF/88).

Como se nota da experiência do Direito Processual do Trabalho, a defesa de interesses individuais homogêneos consiste na possibilidade de um ente coletivo legitimado (autor ideológico), como o sindicato, ingressar em juízo, em nome próprio (e como parte formal do processo), na tutela de direitos alheios, *in casu*, interesses individuais de uma coletividade de trabalhadores.

Desse modo, toda vez que uma entidade ingressa em juízo pleiteando direitos individuais (que possuem o mesmo título, natureza jurídica e uniformidade) de diversos trabalhadores, na condição de legitimada extraordinária ou substituta processual, estando diante de uma tutela de interesses individuais homogêneos na Justiça do Trabalho.

Os interesses individuais homogêneos distinguem-se dos meramente individuais em virtude da origem comum, isto é, um fato jurídico que atinge diversos indivíduos concomitantemente e os coloca em situação assemelhada, propiciando o tratamento uniforme das várias relações jurídicas que se formam em torno da mesma situação. Em sua essência constituem interesses individuais; o que adquire feição coletiva é a forma processual pela qual podem ser tratados, dada a homogeneidade decorrente da origem comum. A sua uniformidade confere-lhes a possibilidade de um tratamento processual coletivo.

O Código de Defesa do Consumidor enfatizou a defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos, com a permissão da propositura de uma única ação, por um autor ideológico (ente representativo), para a proteção desses interesses, com o objetivo de fortalecer seus titulares e de evitar-se

sua defesa de forma pulverizada e a possibilidade de decisões contraditórias sobre a mesma questão fático-jurídica.

No esteio da adoção da tripartição dos denominados interesses transindividuais⁴, em difusos, coletivos e individuais homogêneos, o Código de Defesa do Consumidor, após especificar o conteúdo dos dois primeiros tipos de interesses, definiu de modo sintético os interesses individuais homogêneos como aqueles direitos “decorrentes de origem comum” (art. 81, III, da Lei n.º 8.078/90).

Na esfera de tutela coletiva, os interesses individuais homogêneos constituem os interesses individuais com titulares determinados, disponíveis ou indisponíveis e de fruição singular, mas decorrentes de uma origem comum, que lhes concede homogeneidade e possibilita o seu tratamento conjunto e uniforme, sem que, por tal fato, percam a nota da sua individualidade.

A expressão “origem comum” não significa que os interesses devam decorrer do mesmo fato e ao mesmo tempo; requer-se apenas que os fatos sejam assemelhados e possuam uma mesma causa, ainda que ocorram em momentos diversos. Nas palavras de *Kazuo Watanabe* “as vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos da imprensa, e em repetidos dias, ou de um produto nocivo à saúde, adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles”.⁵

4 “Metaindividual”, “transindividual”, “supraindividual”, “sobreindividual” são expressões que, no campo jurídico, especificamente na temática do nosso trabalho, são utilizadas para designar direitos e interesses que ultrapassam o círculo jurídico de um indivíduo, correspondendo a direitos de toda uma coletividade, categoria, classe, comunidade ou grupo de pessoas. O Código de Defesa do Consumidor adotou a tripartição dos interesses transindividuais em difusos, coletivos e individuais homogêneos.

5 WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da

A origem comum pode caracterizar-se por uma mesma fonte objetiva, consistente em fatos ou atos jurídicos (negócio jurídico, ato normativo etc.), ou por uma fonte subjetiva, como a existência de um mesmo credor ou devedor de diversas relações jurídico-obrigacionais com vários sujeitos.⁶

As relações de trabalho constituem campo fértil para o nascimento de direitos individuais homogêneos, tendo em vista a presença de grupos de empregados numa mesma empresa, cujos direitos podem ser lesados de forma uniforme em relação a um conjunto total ou parcial de trabalhadores, ensejando a sua tutela coletiva por um ente representante (sindicato, associação), Ministério Público etc., como vem se consolidando a jurisprudência trabalhista.⁷

práxis forense. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.189.

6 LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 286.

7 “EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. DECISÃO EMBARGADA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. HORAS EXTRAS E PROMOÇÕES. SINDICATO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. O Sindicato tem legitimidade para a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos da categoria, cuja titularidade diz respeito a uma coletividade de empregados representados pelo sindicato, abrangendo ou não toda a categoria. Este é o conceito que se extrai do artigo 81, inciso III, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), segundo o qual constituem interesses individuais homogêneos “os decorrentes de origem comum”. E, in casu, tratando-se de pleito que envolve os empregados da Corsan, resta caracterizada a origem comum do direito, de modo a legitimar a atuação do Sindicato, não a descaracterizando o fato de ser necessária a individualização para apuração do valor devido a cada empregado, uma vez que a homogeneidade diz respeito ao direito e não à sua quantificação. Recurso de embargos conhecido e provido. (TST-E-ED-RR-36900-06.2004.5.04.0551, Re. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, J. 29.6.2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, p. 08.8.2010). “SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE. O sindicato possui legitimidade para atuar com substituto processual na defesa de interesses individuais homogêneos, na forma do art. 8º, III, da CF, independentemente do número de substituídos, conforme precedente do Tribunal Superior do Trabalho...” (TRT – 14º

Consoante a disposição do artigo 82 do CDC c/c artigo 5º da

Região, RO 0000973, Rel. Des. Elana Cardoso Lopes, J. 06/04/2010, 1ª T., Publicação: DETRT14 n.064, de 07/04/2011). “RECURSO DE REVISTA. I. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE. O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para propor ação civil pública, com a finalidade de tutelar interesses e direitos individuais homogêneos. Na hipótese dos autos, verifica-se que o Parquet ajuizou a presente demanda com o objetivo de impor à reclamada obrigação de fazer, com efeitos projetados para o futuro, consistente na determinação de vedação do labor acima das dez horas diárias, bem como concessão de intervalos mínimos intra e interjornada e o repouso semanal remunerado. Nesse contexto, é incontestável que a presente matéria está inserida no rol de direitos que visam a defesa da ordem jurídica e dos interesses e direitos individuais homogêneos, com repercussão social, o que torna o Ministério Público parte legítima para propor esta ação. Precedente da SBDI-I. Recurso de revista não conhecido.” (TST – Proc. 28100-11.2008.5.03.0087, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, J. 14/09/2011, 2ª T., P. DEJT 23/09/2011).

“EMBARGOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. RECURSO DE REVISTA CONHECIDO E PROVIDO. ORIGEM COMUM DOS PEDIDOS. A decisão da c. Turma que afasta a legitimidade do Sindicato, quando constatada a origem comum da lesão, deve ser reformada. A homogeneidade dos direitos buscados em juízo está vinculado à lesão comum e à natureza da conduta, de caráter geral, ainda que alcance a titularidade de diversos indivíduos envolvidas na relação jurídica. A norma constitucional, ao assegurar ao sindicato a defesa judicial dos direitos individuais da categoria, autoriza a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos da categoria, cuja titularidade diz respeito a uma coletividade de empregados representados pelo sindicato, abrangendo ou não toda a categoria. Este é o conceito que se extrai do art. 81, inciso III, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), segundo o qual constituem interesses individuais homogêneos “os decorrentes de origem comum”. Deste modo, tratando-se de ação que visa pleito de pagamento de horas extraordinárias, horas in itinere, horas extras por não considerar redução ficta das horas noturnas, adicional noturno, diárias, diferenças de diárias, multas pelo descumprimento de acordos coletivos, sobreaviso, avaliação por desempenho individual, horas extras trabalhadas aos sábados, domingos férias e RSRs, que embora materialmente individualizáveis são de origem comum, resta consagrada a homogeneidade que viabiliza a defesa de interesses individuais homogêneos pelo Sindicato da categoria. Embargos conhecidos e desprovidos.” (TST – E-ED-RR -Proc. 50300-18.2007.5.03.0064, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 01/09/2011, Subseção I Especializada em Dissídios individuais, DEJT 09/09/2011).

LACP, possuem legitimidade ativa para a propositura da ação coletiva: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública c) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; d) as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses previstos no CDC; e) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano (pré-Constituição) e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses transindividuais invocados em juízo (pertinência temática).

Direitos individuais homogêneos e substituição processual na Justiça do Trabalho

A expressão “substituição processual” foi cunhada por Chiovenda para designar aquelas situações em que um determinado indivíduo, embora não se afirme titular da pretensão material posta em juízo, excepcionalmente, assume a posição de parte processual (substituto), tutelando em nome próprio direito alheio (do substituído).

Na esteira do pensamento de Chiovenda, o direito processual civil brasileiro, no âmbito individual, adotou como regra para a legitimação processual a suposta identificação entre o indivíduo e a titularidade do direito material suscitado em juízo, adotando a substituição processual como instituto excepcional, somente possível nas hipóteses autorizadas por lei (art. 6º do CPC⁸).

8 Art. 6º do CPC: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei.” Como exemplo de substituição processual no âmbito do processo individual temos o artigo 42 do CPC, que dispõe, *in verbis*: “A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.” Neste caso, o alienante permanece na lide como substituto processual do adquirente, uma vez que aquele não mais detém a titularidade da coisa ou do direito litigioso.

No direito processual do trabalho, a expressão “substituição processual” adquiriu um significado específico para designar as hipóteses em que uma entidade sindical (substituto) atua em juízo em nome próprio na tutela de interesses alheios, dos trabalhadores (substituídos), caracterizando a denominada legitimação extraordinária. Diferencia-se das hipóteses de “representação processual”, pelas quais a entidade sindical (representante) atua em nome alheio na defesa de direito alheio dos trabalhadores (representados), como na esfera do dissídio coletivo do trabalho (art. 114, §§ 2º e 3º, da CF/88).

As primeiras fontes legislativas da substituição processual trabalhista encontram-se na ação de cumprimento de sentença normativa (art. 872, parágrafo único, da CLT) e na cobrança de adicionais de insalubridade ou periculosidade em ação proposta pelo sindicato em favor de grupos de associados (art. 195, § 2º, da CLT)⁹.

A CF/ 1988, ao prever que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas” (art. 8º, III), criou controvérsia interpretativa sobre a consagração constitucional ou não da substituição ampla e geral. A mesma controvérsia foi gerada pela Lei n.º 8.073/90, cujo veto aos dois primeiros artigos deixou em vigor somente o artigo 3º, que versa sobre a substituição processual pelos sindicatos.¹⁰ A Lei n.º 8.036/80 previu a possibilidade de substituição processual para instar o empregador a proceder ao recolhimento do FGTS. A Lei n.º 8.984/95 ampliou a hipótese de substituição processual

9 Art. 195 da CLT. § 2º. “Argüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato, em favor de grupo de associados, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.”

10 Lei 8.073/90. “Substituição processual. Estabelece a Política Nacional de Salários e dá outras providências.” Artigos 1º e 2º Vetados. “Art. 3º. As entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria.”

para a satisfação de vantagens previstas em normas coletivas.¹¹

Diante da incipiente regulamentação legislativa, o TST, no exercício de verdadeira atividade legiferante, regulamentou a substituição processual trabalhista por meio da Súmula 310¹² (Res. TST n. 1/93, 28.4.93, DJ 6.5.93)”, cancelada, dez anos após a sua entrada em vigor, pela Resolução 119/2003, DJ. 01.10.2003.

Ao interpretar o artigo 8º, III, da CF/88, o TST, *a priori*, negou que o referido dispositivo constitucional tivesse consagrado a substituição

11 Até o advento desta Lei a jurisprudência predominante somente admitia a ação de cumprimento para normas coletivas que tivessem sido homologadas pela própria Justiça do Trabalho. Neste contexto foi alterada a Súmula 286 do TST, pela resolução n. 98/2000, DJ. 18.9.2000: “*Sindicato. Substituição processual. Convenção e acordos coletivos. A legitimidade do sindicato para propor ação de cumprimento estende-se também à observância e acordo e convenção coletivos.*”

12 “310 — *Substituição processual. Sindicato. I — O art. 8º, inciso III, da Constituição da República, não assegura a substituição processual pelo sindicato. II — A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis n. 6.708, de 30.10.1979 e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 3 de julho de 1989, data em que entrou em vigor a Lei n. 7.788. III — A Lei n. 7.788/89, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. IV — A substituição processual autorizada pela Lei n. 8.073, de 30 de julho de 1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes específicos, resultantes de disposição prevista em lei de política salarial. V — Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados, pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. VI — É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto. VII — Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. VIII — Quando o Sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios (Res. TST n. 1/93, 28.4.93, DJ 6.5.93).”*

processual ampla pelas entidades sindicais, considerando-o mera reprodução do artigo 513, “a”, da CLT¹³, ao qual nada teria acrescido, de forma que a legitimação extraordinária somente poderia ser admitida nos casos expressamente previstos em lei, nos termos do artigo 6º do CPC.

Entretanto, como se observa, o artigo 513, “a”, da CLT, insere entre as atribuições das entidades sindicais a representação dos interesses da categoria e dos associados, isto é, refere-se às hipóteses nas quais os sindicatos atuam em nome alheio na defesa de direito alheio (dos trabalhadores). Já nas situações de substituição processual as entidades sindicais atuam em nome próprio na defesa de direito alheio (dos trabalhadores), na condição de legitimado extraordinário, figurando como parte formal no processo.

Diante de toda a controvérsia e da incipiente regulamentação legislativa sobre a substituição processual sindical, o TST, no exercício de verdadeira atividade legiferante, regulamentou a substituição processual trabalhista por meio da Súmula 310 (*Res. TST n. 1/93, 28.4.93, DJ 6.5.93*)¹⁴;

13 “Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos: Representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida”.

14 “Súmula 310 — Substituição processual. Sindicato. I — O art. 8º, inciso III, da Constituição da República, não assegura a substituição processual pelo sindicato. II — A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis n. 6.708, de 30.10.1979 e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 3 de julho de 1989, data em que entrou em vigor a Lei n. 7.788. III — A Lei n. 7.788/89, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. IV — A substituição processual autorizada pela Lei n. 8.073, de 30 de julho de 1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes específicos, resultantes de disposição prevista em lei de política salarial.V — Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados, pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. VI — É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou

cancelada, dez anos após, pela Resolução 119/2003, DJ. 01.10.2003. Referida súmula continha uma interpretação bastante restritiva do instituto da substituição processual trabalhista, que, além de inconstitucionais, restringiam a atuação das entidades sindicais e eram incompatíveis com as regras e os princípios do microsistema das ações coletivas.

A interpretação restritiva do TST começou a se despenhar com o julgamento do Ag. 153.148 (AgRg)-PR, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão (DJ 17.11.95), pelo qual a 1ª Turma do STF reconheceu que o artigo 8º, III, da CF/88 contemplava o instituto da substituição processual ampla pelas entidades sindicais. O STF reafirmou o seu entendimento no julgamento do Recurso Extraordinário n. 202.063-0 (j. 26.6.97), também pela 1ª Turma do STF, de relatoria do Ministro Octavio Gallotti, com a seguinte ementa:

EMENTA: O art. 8º, III, da Constituição, combinado com o art. 3º da Lei nº 8.073/90, autoriza a substituição processual ao sindicato, para atuar na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais de seus associados (AGRAG 153.148-PR, DJ 17-11-95).

Eventuais divergências interpretativas do texto constitucional foram definitivamente soterradas com o julgamento dos Recursos n.º 210029, 193503, 193579, 208983, 211874, 213111, 214668, 214830, 211152, em 12.6.2006, quando o plenário do STF consolidou o entendimento sobre

anuência do substituto. VII — Na liquidação da sentença exequênda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. VIII — Quando o Sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios (Res. TST n. 1/93, 28.4.93, DJ 6.5.93).”

a interpretação do artigo 8º, III, da CF/88, considerando-o como tendo estabelecido a substituição processual ampla pelas entidades sindicais. Segue-se a ementa do acórdão proferido no RE 210.029-3/RS, tendo como recorrente o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Passo Fundo e recorrido o Banco do Estado do Rio Grande do Sul (Barrisul):

“EMENTA: PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.”

No transcorrer do julgamento do RE n. 210.029-3/RS, o TST já havia determinado o cancelamento da Súmula 310, pela Resolução n. 119/2003, de 01.10.2003.

Com o cancelamento da Súm. 310 do TST, foi aberto o caminho para a reformulação do instituto da substituição processual sindical no processo do trabalho. Entre as principais reformulações doutrinárias e jurisprudenciais, destacam-se a sua admissão ampla e geral, nos termos da interpretação concedida pelo STF ao art. 8º, III, da CF/88, e a adoção dos princípios e das regras constantes das Leis n.º 7.347/85 e n.º 8.078/90, as quais formam núcleo normativo do microsistema das ações coletivas.

É indubitável que todas as hipóteses de substituição processual pelos sindicatos na Justiça do Trabalho, inclusive a ação de cumprimento, constituem típicos instrumentos jurídicos para a salvaguarda de direitos individuais homogêneos dos trabalhadores, sendo mais um mecanismo de

tutela coletiva de direitos.

Como característicos instrumentos coletivos de tutela de interesses individuais homogêneos, a denominada substituição processual trabalhista e a ação de cumprimento enquadram-se no direito processual coletivo, o qual vem se conformando como um subsistema processual, cujos diplomas normativos nucleares são a Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), o qual forneceu elementos para a instauração dessa esfera coletiva de proteção processual.

O CDC, além de conferir contornos mais precisos ao objeto da ação civil pública, delineou uma série de conceitos cruciais para a celeridade e segurança desse universo de proteção coletiva, como a definição e a enunciação dos atributos essenciais e específicos de cada um dos interesses transindividuais (art. 81, incisos I, II e III), a previsão da tutela processual de interesses individuais homogêneos (art. 91 e seguintes), reformulação do alcance e efeitos da coisa julgada (art. 103, incisos I, II e III) e da litispendência (art. 104), etc. Contém, assim, regras genéricas e princípios jurídicos aplicáveis a todo instrumento processual de proteção de direitos coletivos.

A implementação dessa jurisdição coletiva no processo do trabalho deve observar todo esse sistema de tutela coletiva, cujos motores, reitera-se, são a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Não restam dúvidas a respeito da nova disciplina da substituição processual trabalhista, das ações de cumprimento, do mandado de segurança coletivo e de toda demanda em que um autor ideológico (sindicato, associação, Ministério Público do Trabalho etc.) atua no juízo trabalhista na tutela de interesses individuais alheios, pertinentes a uma dada coletividade de trabalhadores. A elas aplicam-se as regras universais do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, bem como para qualquer demanda coletiva cujo objetivo seja a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Enquanto não sobrevierem normas especiais sobre a questão da substituição processual no processo do trabalho (como previsto no projeto de reforma sindical), a

ela (inclusive à ação de cumprimento) aplicam-se as regras universais do CDC e da LACP, acrescidas das normas específicas do direito processual do trabalho e da aplicação subsidiária do direito processual comum, em face de determinação expressa do art. 21 da Lei n.º 7.347/85, acrescentado pela Lei n.º 8.078/90.

As disposições do CDC da LACP aplicam-se a todos os instrumentos processuais de tutela coletiva de direitos (mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, substituição processual sindical, ação de cumprimento etc.) em face de determinação expressa do art. 21 da Lei n.º 7.347/85.

Nesse movimento reformatório do processo, a antiga concepção de substituição processual pelos sindicatos na Justiça do Trabalho, antes restrita a algumas hipóteses normativas, foi reformulada e ampliada pela concepção de tutela de interesses individuais homogêneos por meio da ação coletiva do CDC, pela qual um autor ideológico (Ministério Público, sindicatos, associações etc.) atua na condição de legitimado extraordinário na tutela de interesses alheios (individuais) dos membros de uma coletividade¹⁵, cujos preceitos são aplicáveis a todas as ações coletivas que possuam como desiderato a tutela desses interesses.

O art. 769 da CLT determina a aplicação do direito processual comum nos casos omissos e no que for compatível com as normas processuais do trabalho. Direito processual comum não significa Código de Processo Civil,

15 A ação coletiva foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pelo CDC, tendo como objetivo a reparação de lesão a interesses individuais homogêneos (interesses individuais decorrentes de uma origem comum – art. 81, III, CDC). Ela é proposta por um autor ideológico, constante do rol de legitimados previsto no art. 82 do CDC c/c art. 5º da LACP, na age na condição de legitimado extraordinário; atua em nome próprio para a tutela de direito alheio (dos interessados individuais); hipótese jurídica também denominada de substituição processual. Seu objetivo é a obtenção de um provimento judicial condenatório do réu ao ressarcimento dos danos individualmente sofridos. Trata-se de uma tutela processual coletiva de interesses individuais com origem comum.

mas qualquer diploma processual cujos princípios e regras sejam compatíveis com a natureza do instituto processual que invoca a aplicação subsidiária.

No caso de ações coletivas típicas ou não do processo do trabalho devem ser aplicadas as normas que regem o direito processual coletivo, e não aquelas de cunho liberal-individualístico do Código de Processo Civil, tendo em vista que estas são, num primeiro momento, incompatíveis com a natureza coletiva das lides em comento. Somente na falta de normas pertinentes às ações coletivas deve o intérprete buscar alento nas normas do Código de Processo Civil.

Em consonância com o subsistema processual coletivo, o STF sedimentou jurisprudência no sentido de que o art. 8º, III, da CF/88 consagrou a substituição processual ampla para qualquer matéria e abrangente de toda a categoria ou coletividade lesada, independentemente de norma autorizadora específica¹⁶; não se limitando à matéria salarial ou apenas aos associados do sindicato, como disposto na revogada Súmula 310.

Neste diapasão, eram notoriamente inconstitucionais os itens I, II, III e IV da antiga Súmula n. 310¹⁷, pelos quais não se reconhecia a amplitude

16 “PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido. (STF – RE 193.503/SP – Pleno – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 1 24.08.2007). A decisão emblemática do novo posicionamento do STF foi preferida em 12.06.2006, no julgamento dos Recursos Extraordinários 193503, 193579, 208983, 211874, 213111, 214668, 214830, 211152 e 210029, tendo este último sido interposto pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Passo Fundo (RS) contra decisão do TST na que havia decidido que o artigo 8º, inciso III da Constituição Federal não autorizava a substituição processual pelo sindicato.

17 “Súmula 310 — Substituição processual. Sindicato. I — O art. 8º, inciso III,

material da substituição processual sindical (tutela de direitos individuais homogêneos), tal como previsto no art. 8º, III, da CF/88 e no subsistema processual coletivo.

Atualmente, reconhece-se às federações e confederações legitimidade para atuar como substitutas processuais para a efetivação de interesses de categorias inorganizadas em sindicato. A interpretação extensiva do art. 872 da CLT, no sentido de conceder significado amplo ao vocábulo “*sindicatos*” para designar genericamente as “entidades sindicais”, já vinha sendo empregada pela doutrina e jurisprudência¹⁸; situação corrigida pela Lei 8.073/98, ao reportar-se a “entidades sindicais”. No mais, a legitimação das federações e confederações pode ser retirada diretamente do art. 82, IV, CDC, pois constituem espécies de associações. Encontra-se também pacificada a jurisprudência em torno da legitimidade do Ministério Público do Trabalho¹⁹

da Constituição da República, não assegura a substituição processual pelo sindicato. II — A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis ns. 6.708, de 30.10.1979 e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 3 de julho de 1989, data em que entrou em vigor a Lei n. 7.788. III — A Lei n. 7.788/89, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. IV — A substituição processual autorizada pela Lei n. 8.073, de 30 de julho de 1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes específicos, resultantes de disposição prevista em lei de política salarial.” [...]

18 O Tribunal Superior do Trabalho cancelou, por meio da Resolução Adm. N. 121 do Tribunal Pleno, de 28.10.03, DJ 19.11.03, a Súmula 359, pelo qual havia cristalizado jurisprudência no sentido de que “*A federação não tem legitimidade para ajuizar ação de cumprimento prevista no art. 872, parágrafo único, da CLT, na qualidade de substituto processual da categoria profissional inorganizada*”.

19 Assim conclui o STF no RE 163.231-SP, Informativo n. 62, STF, relator o Ministro Maurício Corrêa, J. 26.02.1997. Igual decisão foi tomada no Recurso Extraordinário n.º 213.015-0 - Distrito Federal, cujo relator foi o Ministro Néri da Silveira: “*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E*

e das associações²⁰, para a tutela de interesses individuais homogêneos na esfera da Justiça do Trabalho.

HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.”

20 “RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO DE EMPREGADOS APOSENTADOS. DEFESA DE INTERESSES E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. A Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho decorre da tutela de direitos e interesses individuais homogêneos, provenientes de causa comum, que atinge uniformemente um grupo de trabalhadores. A tutela pretendida pela associação, no caso, decorre da defesa de suposto direito de isonomia de remuneração dos ex-empregados aposentados com os empregados em atividade, previsto em preceito de lei, e remete à proteção do trabalhador sob perspectiva social que possibilitará a diminuição ou mesmo impedirá a avalanche de processos individuais junto à Justiça do Trabalho, coibindo a suposta atuação ilícita do reclamado. A legitimidade das associações para o ajuizamento da ação civil pública está prevista nos arts. 5º, XXI da CF, 5º, V e 21 da LACP, que remete à defesa coletiva dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (Título III do CDC). Constatando-se o bem tutelado, direitos trabalhistas supostamente negados aos aposentados associados da entidade autora, é de se verificar que encontra-se a matéria inserida naqueles direitos individuais homogêneos, eis que presente a pluralidade de pessoas que integram a categoria dos aposentados associados da reclamante que não lograram as vantagens postuladas em razão de lesão de origem comum, a denotar claramente o caráter coletivo e homogêneo da demanda. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST -RR 1957-11.2010.5.02.0000, Rel. Aloysio Corrêa da Veiga, J. 15/06/2011, 6ª Turma, DEJT 24/06/2011).

Tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos no Código de Defesa do Consumidor e a revogação da Súmula n. 310 do TST

Como ressaltamos alhures, o conceito legal de interesses individuais homogêneos foi inserido em nosso ordenamento jurídico com o advento do Código de Defesa do Consumidor. Além desse delineamento, o CDC consagrou um capítulo específico intitulado “Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos”, com vistas a disciplinar minuciosamente a tutela dos desses interesses, possibilitando que os autores coletivos ideológicos proponham, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos (art. 91 do CDC).

Entretanto, não obstante as regras e os princípios do microsistema das ações coletivas, o Tribunal Superior do Trabalho, no ano de 1993, havia editado a Súmula n.º 310, com o exercício de verdadeira atividade legiferante, ao regulamentar o instituto da substituição processual sindical no âmbito do processo do trabalho.

Embora a Súmula 310 fosse inconstitucional ou ilegal em vários aspectos (os quais são apontados ao longo deste trabalho), suas disposições tornaram-se os principais dispositivos regentes da substituição processual sindical na Justiça do Trabalho, sendo que mesmo após o seu cancelamento muitos operadores do direito ainda continuam aplicando algumas das suas disposições, razão pela qual mantemos a sua análise ao longo de todo este trabalho, pelo prisma do delineamento atual da substituição processual trabalhista à luz da CF, da legislação trabalhista, do CDC e dos posicionamentos do STF.

Por se tratar de típico instrumento processual coletivo de tutela dos interesses dos trabalhadores, recebe a substituição processual sindical o mesmo tratamento das ações coletivas do CDC para a tutela desses

interesses. Desse modo, assim como não se exige a identificação dos substituídos para a propositura da ação coletiva do CDC, também não se pode fazer tal exigência em relação à substituição processual (inclusive para a ação de cumprimento). Tratando-se de ações que são propostas de forma despersonalizada pelo autor coletivo, a elas aplica-se o instituto da sentença genérica do art. 95 do CDC²¹. O proferimento de sentença genérica exige, evidentemente, pela aplicação do princípio da congruência da sentença ao pedido, a formulação de pedido genérico, isto é, sem a identificação do “*cui debeat*ur” - os lesados individuais.

A despersonalização da demanda coletiva (substituição processual sindical) é um pressuposto para o proferimento da sentença genérica, sendo ilegal a exigência de apresentação de rol de substituídos como o fazia a Súmula 310, pois a identificação dos beneficiários dar-se-á somente nas fases de liquidação e execução da sentença (arts. 97 e 98 do CDC).

Com bem exposto por *Nelson Nery Júnior*, a restrição que estava contida no item V da Súmula 310 não encontrava amparo legal, pois tanto o inciso III do art. 8º da CF/88 quanto o art. 82 do CDC e o art. 5º da LACP legitimam o sindicato, que tem natureza de associação civil, sem exigir que sejam identificados os substituídos, na ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, já que tal exigência é de difícil ou impossível consecução.²²

Não obstante clareza legal e doutrinária, ainda se verifica no Judiciário Trabalhista não somente a exigência da juntada de rol de substituídos pelos

21 Art. 95. “*Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados*”.

22 NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 393.

órgãos julgadores, como, por vezes, a juntada espontânea pelas entidades sindicais do referido rol, com olvidamento das regras da LACP e do CDC, fazendo-se necessário um detalhamento do conceito de sentença genérica.

Sentença genérica nas ações coletivas

Consoante o CDC, nas ações referentes a interesses individuais homogêneos, o pedido será genérico e, em caso de procedência do pedido, a condenação será igualmente genérica, com a fixação da responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95 do CDC), devendo tanto o *cui debeat* (a quem se deve) quanto o *quantum debeat* (o quanto se deve) serem apurados em posterior liquidação e(ou) execução coletiva, em que serão identificados os beneficiários, ou em liquidação e(ou) execução propostas pelos próprios interessados individuais (art. 97 e 98 do CDC). Há, desse modo, duas modalidades de execução: a coletiva, promovida pelo autor ideológico, e a individual, proposta por cada lesado individualmente.²³

23 “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. O Tribunal Regional determinou o retorno dos autos ao Juízo de origem, para o prosseguimento da execução, assentando a possibilidade de a substituída promover individualmente a execução de título judicial conferido em ação coletiva ajuizada pelo sindicato profissional na qualidade de substituto processual, ou seja, proferiu decisão de natureza interlocutória, pois apenas resolveu questão incidental na execução. Nesse contexto, a Súmula nº 214 do TST incide em óbice ao processamento do recurso de revista, corretamente denegado. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST - AIRR n. 970640-94.2008.5.09.0018, 1ª T., Rel. Waldir Oliveira da Costa, j. 26/10/2011, DEJT 04/11/2011). “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE TÍTULO JUDICIAL ORIUNDO DE AÇÃO COLETIVA PROMOVIDA POR ENTIDADE DE CLASSE, NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE. I. O sindicato ou associação, como substitutos processuais, têm legitimidade para defender judicialmente interesses coletivos de toda a categoria, e não apenas de seus filiados, sendo dispensável a juntada da relação nominal dos filiados e de autorização expressa. Assim, a formação da coisa julgada nos autos de ação coletiva deve beneficiar todos os servidores da categoria, e não apenas aqueles que na ação de conhecimento demonstrem a

Em virtude da necessidade de comprovação de fatos novos, ambas serão processadas por artigos.

Na liquidação, além do *quantum debeatur*, cada liquidante deverá provar, por artigos, a existência do seu dano pessoal e o nexo etiológico com o dano reconhecido na demanda coletiva.

Tem-se que na fase cognitiva de jurisdição da demanda o bem tutelável é visto de modo global e indivisível, sendo uma fase eminentemente coletiva, sem identificação de quaisquer dos interessados individuais ou apresentação de rol de substituídos, ao passo que as fases posteriores são marcadas pela individuação dos beneficiados, por meio das execuções individuais ou execução coletiva com apresentação nominal dos beneficiados. O caráter abstrato e despersonalizado da fase de cognição coletiva levou o legislador a adotar a regra da sentença genérica.²⁴

Observa-se, assim, que, embora a ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos tenha como finalidade precípua e

condição de filiado do autor. 2. “Tendo a Associação Goiana do Ministério Público atuado na ação de conhecimento na qualidade de substituta processual dos seus filiados, ainda que não a tenha autorizado, expressamente, para representá-la naquele processo, a servidora tem legitimidade para propor execução individual oriunda da ação coletiva.” (AgRg no Ag 1024997/SC, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 15/12/2009) 3. Agravo regimental improvido.” (STJ - AgRg no Ag n. 1153516 GO 2009/0022651-8, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05/04/2010, DJe 26/04/2010).

24 Como expõe José Marcelo Menezes Vigliar, “*Não haveria mesmo que se esperar uma atitude diversa do legislador. Os legitimados para as demandas coletivas que tutelam interesses que na origem são individuais, mas que podem vir a ter um tratamento coletivo em juízo, não necessitam conhecer as especiais condições de cada um dos legitimados. Se conhecessem e necessitassem de suas autorizações (quicá da outorga de procurações), estaríamos diante do fenômeno de pluralidade de partes. Aqui, não. Um único autor – um daqueles que a Lei n. 7.347/85, conjugada com a Lei n. 8.078/90, resolveu que representaria adequadamente os interesses da coletividade. – deduz uma única pretensão em juízo.*” VIGLIAR, José Marcelo Menezes *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70.

concreta a reparação dos danos sofridos pelos trabalhadores (interessados) individualmente considerados, de acordo com o art. 95 do CDC, “*em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados*”. A sentença, *in casu*, declarará a existência do dano e decretará a responsabilidade do réu pela sua reparação, sendo que na fase de liquidação dar-se-ão a individuação dos beneficiários e a determinação da extensão dos prejuízos, para posterior execução. Desse modo, como expusemos no item anterior, não existe fundamento jurídico-legal para a exigência de rol de substituídos, como outrora previsto no item V da cancelada Súmula n. 310 do TST²⁵, somente havendo identificação dos substituídos na fase de liquidação e execução de sentença.

À guisa de exemplificação, tome-se uma ação coletiva proposta por uma entidade sindical pleiteando o pagamento do adicional de insalubridade aos empregados de determinada empresa, cujos aspectos ficarão assim delineados: a) **Pedido certo e determinado, mas genérico:** responsabilização do réu pelo pagamento do adicional de insalubridade em grau baixo, médio ou alto aos empregados sujeitos aos agentes insalutíferos que trabalharam ou trabalham no setor X durante o período Y; b) **Sentença genérica de procedência:** reconhece a insalubridade e condena o réu ao pagamento do adicional de insalubridade, num dos graus reconhecidos em perícia, aos trabalhadores que exerceram ou exercem suas atividades no estabelecimento X durante o período Y; c) **na liquidação**, individual ou coletiva, proceder-se-á à liquidação do *cui debeatur*, isto é, deverá ser comprovado por artigos, que o(s) liquidante(s) trabalhou(aram) ou trabalha(am) no setor X durante o período Y, bem como o valor a ser executado referente ao adicional não pago no período (*quantum debeatur*).

25 “ V — *Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados, pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade.*”

Como elucidada Ada Pellegrini Grinover, o fato de a sentença ser genérica não significa que não seja certa ou precisa. A certeza aparece no fato de a sentença condenatória estabelecer a obrigação do réu de indenizar pelos danos causados, ficando somente os beneficiários e a extensão do dano para determinação em fase posterior de liquidação. É, portanto, a sentença genérica, um comando certo e ilíquido. É, como aponta a autora, o que *Araújo Filho* denomina sentença “*subjetivamente ilíquida*”.²⁶

Coisa julgada nas ações coletivas fundamentadas em direitos individuais homogêneos: coisa julgada *erga omnes* e coisa julgada *secundum eventum litis*

Entre as diversas ressignificações de institutos processuais, o microsistema das ações coletivas concedeu um novo regime à coisa julgada, afastando-a da tradicional regra do artigo 472 do Código de Processo Civil e reconfigurando-a para adaptá-la às peculiaridades dos conflitos de massa.²⁷

A principal característica da coisa julgada coletiva consiste no fato de que ela “não respeita os limites subjetivos traçados pelo artigo 472 do CPC, tanto entre os legitimados para demandar a tutela dos interesses transindividuais como em face das pessoas individualmente lesadas. Há nesse tipo de processo, possibilidade de eficácia *erga omnes* (isto é, perante quem *não foi parte no processo*), *embora nem sempre de forma plena*.”²⁸

Por isso, é assente na doutrina, que, nesse sistema de jurisdição, a

26 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 814.

27 SANTOS, Ronaldo Lima dos. Modalidades da coisa julgada coletiva. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, ano 14, n. 27, mar. 2004, p. 38.

28 JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. 32ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 478.

coisa julgada, assim como a legitimação para agir, constitui um dos pontos sensíveis da regulamentação e do desenvolvimento do processo coletivo.²⁹

O tratamento molecular dos litígios, em substituição ao tradicional tratamento atomizado, exigiu a revisão e adaptação de alguns institutos do direito processual clássico, em especial a legitimidade *ad causam* e os limites da *res judicata*.³⁰ No regime do processo individual, a identificação entre o titular do direito material e a legitimidade processual faz com que coisa julgada produza efeitos *pro et contra*, isto é, independentemente do resultado da demanda ser favorável ou contrário aos interesses da parte ou de terceiros;³¹ já no regime da coisa julgada coletiva, onde há uma desidentificação entre a titularidade do direito material e a legitimidade processual (que é exercida por um autor ideológico – associação, Ministério Público etc.), a constituição e a extensão da coisa julgada dependerão da natureza do direito material tutelado e do resultado da demanda.

Nesse contexto, a disciplina geral da coisa julgada nas ações coletivas vem traçada, de modo diferenciado, nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor³², sendo que a regulamentação da coisa julgada

29 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 258.

30 DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 98-9.

31 GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 66.

32 “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do artigo 81; III – erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º. Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos

nas ações coletivas fundamentadas em direitos individuais homogêneos é distinta daquela prevista para as demandas referentes a interesses difusos e coletivos, tendo em vista a natureza de cada uma destas espécies de interesses transindividuais.

Essa distinção de tratamento quanto aos efeitos da coisa julgada decorre da própria dessemelhança de natureza dos interesses individuais homogêneos em relação aos difusos e coletivos, pois, ao passo que estes constituem interesses essencialmente transindividuais, cuja tutela somente pode ser realizada por um ente ideológico por meio de uma ação coletiva, aqueles não são transindividuais em sua essência, tendo em vista que constituem interesses individuais que, somente em razão da sua origem comum, da homogeneidade de natureza e da conotação social que adquirem, podem ser tutelados por uma via processual coletiva.

Diversamente dos interesses difusos e coletivos cuja guarida processual encontra-se jungida a uma tutela coletiva, proposta por um autor ideológico, os interesses individuais homogêneos podem ser tutelados tanto pela via coletiva quanto pela individual, justificando o tratamento peculiar

individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º. Os efeitos da coisa julgada prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsorte poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º. Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória. Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

da coisa julgada que se forma nas demandas que os tenham como objeto.

Em virtude dessa peculiaridade, tanto o pedido quanto o conteúdo da decisão serão distintos consoante se tratem de interesses difusos e coletivos ou de interesses individuais homogêneos. Na hipótese de interesses difusos e coletivos, o pedido deverá ser certo e determinado, devendo a ação ter por objeto uma tutela específica (artigo 3º da Lei nº 7.347/85) de sorte que o conteúdo da decisão também será específico (reparação do bem histórico, pagamento de indenização para o Fundo etc.); já nas ações referentes a interesses individuais homogêneos, em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, com a fixação da responsabilidade do réu pelos danos causados (artigo 95 do CDC), devendo o *quantum debeatur* ser apurado em liquidação e(ou) execução coletiva, em que serão identificados os beneficiários, ou em liquidação e(ou) execução propostas pelos próprios interessados individuais (artigos 97 e 98 do CDC). Na liquidação, além do *quantum debeatur*, cada liquidante deverá provar, por artigos, a existência do seu dano pessoal e o nexo etiológico com o dano reconhecido na demanda coletiva.

Com base nessas especificidades, previu-se que nas demandas coletivas fundadas em direitos individuais homogêneos a sentença fará coisa julgada “*erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores*” (art. 103, III, CDC).

Desse modo, além do caráter *erga omnes* da coisa julgada, as ações coletivas para a tutela dos interesses individuais homogêneos caracterizam-se pela presença da coisa julgada *secundum eventum litis* (segundo a sorte da lide), isto é, o conteúdo da sentença somente atingirá os titulares dos interesses individuais na hipótese de procedência da demanda (sorte da lide), circunstância que os habilita a beneficiar-se da decisão favorável, procedendo-se diretamente à execução dos seus direitos, sem a necessidade de prévio processo de conhecimento.

Por outro lado, eventual decreto de improcedência da ação coletiva não possui eficácia *erga omnes* em relação aos titulares singulares, que poderão propor ações individuais para a proteção dos seus direitos,

desde que preenchida uma condição: não tenham integrado a demanda coletiva como litisconsortes do autor ideológico, pois nesse caso, uma vez que participaram do contraditório, serão abrangidos pela coisa julgada, restando prejudicada qualquer ação individual com o mesmo título (artigo 103, § 2º, do CDC).

Em resumo, consoante o fenômeno da coisa julgada *secundum eventum litis*, as pretensões individuais dos particulares beneficiam-se das vantagens advindas com o proferimento de eventual sentença de procedência em ação coletiva, de modo que a coisa julgada possuirá efeitos *erga omnes*. Em sentido contrário, as pretensões individuais dos particulares não são prejudicadas pelo advento de sentença desfavorável, ou seja, somente são abrangidos *secundum eventum litis*; nesse caso, a existência de sentença coletiva desfavorável não obsta que os indivíduos enquadrados na hipótese fática ou jurídica que fora objeto da ação coletiva promovam suas ações individuais.³³

Mesmo na hipótese de sentença favorável há uma exceção à regra do beneficiamento do interesse individual: trata-se da situação em que o indivíduo possuía uma ação individual e, ao tomar ciência da propositura da demanda coletiva com o mesmo objeto, não requereu a suspensão da respectiva ação individual no prazo de trinta dias, a contar da ciência dos autos do ajuizamento da ação coletiva (artigo 104 do CDC). Assim, em não havendo a suspensão do processo individual, eventual sentença coletiva favorável não beneficiará o autor da demanda individual, que ficará à mercê da decisão a ser proferida no processo em que figura como parte.

33 Como exemplifica Humberto Theodoro Junior, “*numa demanda coletiva foi declarado improcedente o pedido de retirada do mercado de um produto medicinal por nocividade à saúde pública, tendo a sentença proclamado que o medicamento não era danoso. Haverá coisa julgada suficiente para impedir que qualquer nova ação coletiva venha a ser aforada contra o fabricante em torno do aludido produto, mesmo que outro seja o legitimado. Isto, todavia, não impedirá que um determinado consumidor, reputando-se lesado pelo medicamento, venha a ajuizar uma ação indenizatória individual.*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p. 479).

Para elucidar esses aspectos, na prática, voltemos ao exemplo anterior de sentença genérica: a) **Pedido certo e determinado, mas genérico:** responsabilização do réu pelo pagamento do adicional de insalubridade aos empregados sujeitos (e(ou) que foram sujeitos) aos agentes insalutíferos; b) **Sentença genérica de procedência:** reconhece a insalubridade e condena o réu ao pagamento do adicional de insalubridade aos trabalhadores que exercem (exerceram) suas atividades no estabelecimento X durante o período Y; c) **Efeitos *erga omnes* e *secundum eventum litis*:** a sentença favorável aproveita a todos os trabalhadores individuais, que poderão promover, coletiva (com identificação dos substituídos) ou individualmente a execução, que se processará por artigos. O reconhecimento da insalubridade a todos beneficia. Na liquidação o trabalhador demonstrará que laborava no estabelecimento X no período Y; d) **Exceção aos efeitos *erga omnes* e *secundum eventum litis*:** o trabalhador que mantinha uma reclamação trabalhista com pedido de adicional de insalubridade contra a empresa e não requereu a suspensão do processo, no prazo de 30 dias, a contar da ciência dos autos do ajuizamento da ação coletiva, não se beneficiará da decisão coletiva, podendo, inclusive ter sentença desfavorável na ação individual, que por qualquer motivo, não reconheça a insalubridade; e) **Sentença genérica de improcedência:** não reconheceu a insalubridade e julgou desfavoravelmente a ação coletiva. Os trabalhadores poderão rediscutir a existência ou não de insalubridade em processos individuais, podendo haver reconhecimento pelo juízo da insalubridade, independentemente da sentença desfavorável proferida na ação coletiva. Somente o(s) trabalhador(es) que interveio(vieram) na ação coletiva estará(ão) obstado(s) de rediscutir a matéria por meio de ações individuais.

Em relação aos entes legitimados para a tutela dos interesses individuais homogêneos, nas hipóteses de procedência ou improcedência do pedido, haverá sempre coisa julgada material, inclusive nos casos de improcedência por insuficiência de provas, o que obstará a propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir por qualquer autor ideológico, tenha ou não participado da demanda coletiva. Entretanto, em virtude da formação da

coisa julgada *secundum eventum litis*, a improcedência da demanda coletiva não obsta a rediscussão do direito por meio de ações individuais.

Desse modo, fica assim delineado o quadro da coisa julgada nas demandas coletivas fundamentadas em direitos individuais homogêneos:

Natureza da decisão	Formação da coisa julgada	Consequências
Extinção do processo sem julgamento do mérito (artigo 267 do CPC)	Coisa julgada formal	Possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.
Procedência do pedido	Coisa julgada material	Eficácia <i>erga omnes</i> . Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado. A execução poderá ser efetuada a título coletivo ou individual. Não será beneficiado pela coisa julgada coletiva o indivíduo que não requereu a suspensão do processo individual (artigo 104 do CDC).
Improcedência do pedido, inclusive por insuficiência de provas	Coisa julgada material	Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado. Os interessados individuais que não tiverem intervindo no processo poderão pleitear seus direitos em ações individuais.

Intervenção Individual nas Ações Coletivas

A tutela processual coletiva dos interesses individuais homogêneos admite a intervenção litisconsorcial individual dos titulares dos interesses discutidos em juízo (arts. 94 e 103, § 2º, do CDC).

No entanto, essa intervenção não tem como finalidade a discussão da situação individual, específica e peculiar do interveniente, tendo em vista que a sentença proferida será genérica (art. 95 do CDC), sem apreciação de situações particulares, cuja discussão fica relegada à fase de liquidação

de sentença (arts. 97 e 98 do CDC).

O ingresso do interessado individual na lide como litisconsorte limita-se a auxiliar à parte assistida na obtenção de sentença genérica favorável à classe, de forma que a intervenção tem um cunho despersonalizado, no mesmo sentido da lide coletiva. A intervenção dá-se sob a óptica coletiva, uma vez que é possível a suscitação de questões individuais em lides coletivas.

Desse modo era totalmente equivocado, e incongruente com o microsistema da jurisdição coletiva, o entendimento esposado no item IV da revogada Súmula n. 310 do TST, pelo qual se admitia o ingresso do trabalhador individual na lide coletiva com a finalidade de acordar, transigir ou renunciar, faculdades somente possíveis nas lides essencialmente individuais, uma vez que a via coletiva não obsta aquele caminho processual (art. 103, § 3º, do CDC).

Nos termos do art. 104 do CDC, a intervenção assistencial litisconsorcial pelo indivíduo constitui hipótese de exceção à regra da coisa julgada *secundum eventum litis* (segundo a sorte da lide) pela qual os lesados individuais só são abrangidos pela coisa julgada favorável, não tendo obstada a via processual individual para a discussão de matéria julgada desfavoravelmente numa ação coletiva.

Assim, na hipótese em que o interessado individual tiver intervindo no processo, ele será abrangido pelos efeitos da coisa julgada, favorável ou não, não podendo propor ação a título individual (art. 103, § 2º, do CDC), ao contrário dos demais interessados individuais (não interventores) que poderão propor suas demandas a título individual (art. 103, § 2º, do CDC). Trata-se de uma das exceções ao princípio da intangibilidade da via individual em face da coletiva.

Cite-se, por exemplo, uma ação coletiva proposta pelo sindicato profissional da categoria com o objetivo do pagamento de determinado abono salarial pelo empregador. Em sendo julgada improcedente a demanda, o trabalhador que interveio no feito sofrerá os efeitos da coisa julgada, não podendo propor ação com o mesmo objeto a título individual, ao passo que todos os demais trabalhadores poderão rediscutir a questão

em ações individuais, inclusive como produção probatória específica, sem interferência da decisão desfavorável na lide coletiva.

Concomitância de ações coletivas e individuais

No campo da concomitância entre ações coletivas e individuais, aplica-se o disposto no 104 do CDC, o qual dispõe no sentido da inexistência de litispendência entre a demanda coletiva proposta por um autor coletivo e uma ação individual com o mesmo objeto e causa de pedir, uma vez que o CDC adotou o princípio da intangibilidade da via processual individual pela via coletiva. Se os autores das ações individuais não requererem a suspensão destas no prazo de trinta dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, não serão beneficiados por eventual decisão favorável na ação coletiva (art. 104 do CDC).³⁴

O CDC preservou as ambas as esferas da tutela judicial: a individual e a coletiva. O exercício do direito de ação coletiva pelo autor ideológico

34 “RECURSO DE REVISTA. LITISPENDÊNCIA. ARTIGO 104 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. A coletivização das ações tem como resultado pronunciamento judicial com autoridade para solucionar lesões de direito que se repetem, de modo que tenha ele força suficiente para se estender aos direitos individuais homogêneos e coletivos, evitando, com isso, o entulhamento de processos que assoberbam os órgãos jurisdicionais. As ações coletivas têm a mesma natureza jurídica, quer sejam elas de origem trabalhista, quer sejam consumeristas. Deste modo, não há se falar em litispendência, na medida em que o autor apenas será abrangido pela coisa julgada, que se formará na decisão coletiva, se buscar a suspensão do seu processo individual, com o fim de receber os efeitos daquela ação, o que não consta no presente caso. Aplica-se, portanto, o art. 104 do CDC ao processo do trabalho, que assegura a propositura de ações individuais e coletivas sem caracterização de litispendência. Recurso de revista conhecido e desprovido.(...)” (TST- RR-216700-91.2006.5.02.0029, 6ª T. Aloysio Corrêa da Veiga Ministro Relator, J. 15.06.2011, p. 24.6.2011).

substituto não prepondera sobre o direito de ação individual, nas hipóteses em que o próprio substituído o exercite, com renúncia à tutela coletiva. Tal conduta incorreria no equívoco de transformar o substituto processual em detentor da titularidade do direito, em detrimento do seu verdadeiro titular.

Não obstante as disposições expressas do CDC, tem-se verificado no Judiciário Trabalhista a extinção de ações individuais com o mesmo objeto e causa de pedir de uma ação coletiva proposta pela entidade sindical. Essa posição parte do entendimento segundo o qual, embora as partes formais de ambas as demandas (coletivas e individuais) não sejam as mesmas, as partes materiais (beneficiários – trabalhadores lesados) seriam as mesmas, o que daria ensejo à extinção da ação individual sem resolução do mérito.

Entretanto, tal entendimento construiu-se à revelia das regras e princípios do microsistema das ações coletivas, pelos quais a concomitância de ações individuais e coletiva não enseja litispendência (art. 104 do CDC). O CDC preservou as esferas individual e coletiva, assegurando assim duas dimensões da tutela judicial: a individual e a coletiva. O exercício do direito de ação coletiva pelo autor ideológico (legitimado extraordinário/substituto processual) não prepondera sobre o direito de ação individual, nas hipóteses em que o próprio substituído o exercite, com renúncia à tutela coletiva. Tal conduta incorreria no equívoco de transformar o substituto processual em detentor da titularidade do direito, em detrimento do seu verdadeiro titular. A opção pela via processual individual funciona como uma espécie de “*opt out*”, servindo, analogicamente ao sistema das *class actions* do direito norteamericano, como uma exclusão do trabalhador da esfera da demanda coletiva, salvo se optar por suspender a sua demanda no prazo de 30 trintas, o que funcionaria como uma espécie de “*opt in*” na ação coletiva, o que resultaria num ingresso do trabalhador no universo da demanda coletiva e dos seus efeitos.

Atualmente, observa-se uma clara reformulação do instituto da substituição à luz do CDC pelos Tribunais Trabalhistas, inclusive no

que se refere à concomitância entre lides coletiva e individual com o mesmo objeto.³⁵

35 “RECURSO DE REVISTA. LITISPENDÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AÇÃO INDIVIDUAL. A ação coletiva não induz litispendência em relação à ação individual. Inteligência do art. 104 da Lei nº 8.078/90. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST – RR n. 2931-33.2010.5.12.0012, 3ª T., Rel. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 31/08/2011, DEJT 09/09/2011). “RECURSO DE REVISTA - AÇÃO INDIVIDUAL - AÇÃO COLETIVA - LITISPENDÊNCIA - INEXISTÊNCIA - ARTS. 103 E 104 DO CDC. A questão afeta à configuração de litispendência entre ação coletiva e reclamação trabalhista individualmente ajuizada pelo empregado deve ser examinada sob a ótica do atual sistema das ações coletivas instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a lacuna da CLT no particular (art. 769 do diploma consolidado). O código consumerista, em face da disciplina peculiar que confere aos efeitos da coisa julgada, expressamente determina que as ações coletivas para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos não induzem litispendência em relação às ações individualmente ajuizadas (arts. 103 e 104 do CDC). Dessa forma, não merece acolhimento a pretensão esposada no presente recurso de revista (extinção sem julgamento de mérito da reclamação trabalhista ora examinada, em decorrência de ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho), sob pena de afronta ao sistema criado pelo legislador infraconstitucional para a proteção de direitos metaindividuais. Recurso de revista não conhecido. CORREÇÃO MONETÁRIA - ÉPOCA PRÓPRIA. Conforme preconizado na Súmula nº 381 do TST, o pagamento dos salários até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST - RR 1700-20.2001.5.01.0035, 1ª T., Rel. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, j. 23/11/2011, DEJT 02/12/2011). “Agravo regimental no agravo de instrumento. Inexistência de qualquer novo elemento capaz de infirmar a decisão agravada. Manutenção por seus próprios fundamentos. Ação de cobrança. Ajuizamento de ação coletiva que não obsta a regular tramitação de ação individual. Impossibilidade de suspensão ex officio de ações individuais com o mesmo pedido da ação coletiva sem o pedido expresso de uma das partes. Perda do objeto do recurso especial. Caracterização. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no Ag 1037753 RS 2008/0077906-1, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13/10/2009, DJe 09/11/2009).

Conclusões

Após o cancelamento da Súmula 310 do TST, que regulamentava o instituto da substituição processual na Justiça do Trabalho, foi aberto o caminho para a sua reformulação, a partir da sua reconceituação à luz dos princípios e regras do microsistema das ações coletivas, cujo núcleo é formado pela LACP e pelo CDC. Embora cancelada no ano de 2003, a vigência da Súmula 310 do TST pelo período de 10 anos ainda a faz ressoar entre os operadores do Direito do Trabalho, levando a concepções doutrinárias e jurisprudenciais incompatíveis com o Direito Processual Coletivo, não obstante se nota uma clara alteração paulatina do entendimento no âmbito juslaboral, sendo que diversos institutos pertinentes à substituição processual já estejam pacificados, ou em vias de pacificação jurisprudencial, destacando-se: a) a concepção da substituição processual como instrumento coletivo de tutela de interesses individuais homogêneos, nos moldes da LACP e do CDC; b) a consagração da substituição processual ampla pelo art. 8º, III, da CF/88, com abrangência de toda a categoria; c) a desnecessidade de rol de substituídos para a propositura da demanda coletiva; d) a adoção da concepção de sentença genérica do CDC; d) aplicação do instituto da coisa julgada *secundum eventum litis* em matéria de interesses individuais homogêneos; d) o delineamento da execução da tutela coletiva à luz do CDC, possibilitando-se tanto a execução coletiva quanto a individual, ambas processadas por artigos; e) a limitação do conteúdo da intervenção individual nas demandas coletivas para a tutela de interesses individuais homogêneos; f) a interrupção da prescrição para as ações individuais pelas ações coletivas.

Nem tudo, porém, são flores, há ainda diversos entendimentos jurisprudenciais no âmbito juslaboral em matéria de tutela processual coletiva incompatíveis com as regras da LACP e do CDC, bem como com os princípios e regras do próprio Direito Processual do Trabalho, como o esposado pelo TST em matéria de competência territorial pela OJ-130-SDI-2; a concepção da sentença normativa como formadora de coisa

julgada meramente formal; as dificuldades de identificação dos verdadeiros interesses tutelados em determinada demanda coletiva, com decisões equivocadas etc. Todos esses fatores ainda exigirão um esforço hercúleo para consolidação de um Processo Coletivo efetivo e verdadeiramente promotor de direitos sociais no âmbito da nossa Justiça Especializada.

Bibliografia

DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 98-9.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 814.

JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil. 32ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 478.

LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 258.

LISBOA, Roberto Senise. LISBOA, Roberto Senise. Contratos difusos e coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 286.

NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 393.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Modalidades da coisa julgada coletiva. Revista do Ministério Público do Trabalho, São Paulo, ano 14, n. 27, mar. 2004, p. 38.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p. 479

VIGLIAR, José Marcelo Menezes Interesses individuais homogêneos e seus

aspectos polêmicos. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70.

WATANABE, Kazuo. WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, p.189.

O Monitoramento do *e-mail* Corporativo e o Poder de Comando Patronal¹

Mariana Giacomini²

RESUMO: O ambiente de trabalho vem se modificando em virtude do crescente desenvolvimento tecnológico, com a disponibilidade de ferramentas inovadoras, tais como a internet e o correio eletrônico, evidenciando-se o surgimento de novos conflitos entre empregados e empregadores. O presente trabalho visa imprimir uma análise da doutrina e dos recentes julgados dos diversos tribunais do país relacionados aos direitos da personalidade do empregado, em especial do direito à intimidade no uso do *e-mail* corporativo frente ao poder diretivo do empregador. Para tanto, faz-se necessário o estudo dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, bem como sua aplicação nas relações trabalhistas, passando pelo direito fundamental à privacidade e à intimidade do empregado em face do poder de comando patronal, para, enfim, chegar ao cerne da questão, com uma análise da problemática do monitoramento dos *e-mails* corporativos no ambiente laboral e dos diferentes posicionamentos doutrinários e

1 Artigo baseado em monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em direito material e processual do trabalho, sob a orientação do Professor Dr. Manoel Carlos Toledo Filho.

2 Advogada especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP.

jurisprudenciais sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: *E-Mail*; Empregado; Empregador; Intimidade; Monitoramento.

Introdução

É inconteste que o mundo atual é capaz de proporcionar facilidades incomensuráveis se comparadas ao passado, demonstrando que o progresso é algo inato ao ser humano. Entretanto, ao lado de todo esse avanço segue o crescente aumento de meios e tecnologias capazes de violarem os direitos da personalidade.

Dessa feita, pode-se dizer que há um paradoxo, pois a informática nos tempos atuais permite, a um só tempo, significativo avanço tecnológico e também uma expressiva ingerência na vida humana, gerando inevitável vigilância e afronta aos direitos da personalidade.

Pode-se afirmar com precisão que a intimidade do usuário da rede mundial de computadores tornou-se vulnerável. Decerto, o *e-mail*, importante instrumento de comunicação via internet, não se tem revelado suficientemente protegido das violações que podem ser perpetradas contra a segurança da transmissão da mensagem, apesar das técnicas cada vez mais avançadas desenvolvidas para coibi-las.

Assim, muito embora seja inevitável reconhecer os avanços tecnológicos e as facilidades que foram criadas para o homem, não há que se olvidar que todo operador do direito, preocupado com a condição do ser humano, colocado como o feixe de todo ordenamento legal em função do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, Constituição Federal de 1988), deverá assumir inevitável postura crítico-constructiva sobre o atual estágio das questões envolvendo a informática.

Isso porque, dada a lacuna legislativa a respeito de temas envolvendo a era tecnológica, muitas questões restaram pendentes de solução nos mais diversos ramos do direito.

Impende, pois, examinar no decorrer da presente, o resultado dessas inovações tecnológicas no plano do direito do trabalho, mais precisamente no uso do *e-mail* corporativo, ao redor do qual são crescentes os conflitos entre empregadores no uso do seu direito de propriedade e poder diretivo, e seus subordinados, na tentativa de proteção do seu direito à intimidade.

Atualmente, observa-se muita polêmica acerca do tema, sendo este bastante contemporâneo, o que impõe que o assunto deva ser estudado e analisado com zelo e cautela, uma vez que, no Brasil, inexistente legislação do direito trabalhista sobre o tema, o que poderia sugerir, em um primeiro momento, a inexistência de quaisquer óbices à utilização do *e-mail* corporativo para fins pessoais.

Por essa razão, há de se considerar a problemática levando-se em conta o posicionamento da jurisprudência e, sobretudo, uma análise dos princípios constitucionais que gravitam em torno das relações trabalhistas.

Portanto, no curso do presente artigo, pretende-se expor os diferentes entendimentos existentes sobre a questão, visto que há os que sustentam a inviolabilidade ampla e irrestrita do *e-mail* corporativo do empregado, os que defendem a possibilidade de monitoramento em toda e qualquer situação, bem como há teses mais moderadas, as quais permitem a violação desde que respeitados determinados requisitos pelo empregador.

Da Proteção à Intimidade no Direito do Trabalho

Sabe-se que a legislação trabalhista brasileira não prevê qualquer tutela específica para salvaguardar os direitos da personalidade do trabalhador na relação de emprego.

No entanto, o artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho autoriza a rescisão indireta em algumas hipóteses que poderiam estar ligadas a tais direitos. Ocorre que o dispositivo ora mencionado é específico e restrito a determinados casos, limitando-se a autorizar a rescisão do contrato de trabalho por justa causa do empregador em suas hipóteses.

Consequentemente, tendo em vista a omissão legislativa trabalhista e ser incontestável que a mais ampla e efetiva proteção constitucional do direito à intimidade e à vida privada, no Brasil, foi trazida pela Carta Magna de 1988, além desta ser fonte primária do Direito do Trabalho, toda vez que a intimidade do empregado for violada caberá a proteção constitucional insculpida no artigo 5º, inciso X, do referido diploma, que prescreve que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Importante considerar que tais direitos individuais, ao lado de alguns outros estampados na Constituição Federal, foram taxados de cláusulas pétreas pelo legislador originário, o que se depreende da leitura do artigo 60, parágrafo 4º e respectivos incisos, assim, tanto a Emenda Constitucional quanto a lei ordinária que ousarem suprimi-los, padecerão de inconstitucionalidade.

Ainda, segundo Alice Monteiro de Barros:

embora o Direito do Trabalho não faça menção aos direitos à intimidade e à privacidade, por constituírem espécie dos direitos da personalidade consagrados na Constituição, são oponíveis contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desses direitos dentro do estabelecimento comercial³.

Além disso, pode-se dizer que são manifestações do direito à intimidade e à vida privada, como seus consectários, a inviolabilidade de domicílio e de correspondência, expressas, respectivamente, nos incisos XI e XII do texto Constitucional.

Assim, por se tratar de direito da personalidade e por ser característica inerente ao ser humano, intrinsecamente relacionada com a dignidade

3 BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à Intimidade do Empregado*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p.38-39.

humana, a intimidade jamais se dissocia do indivíduo, o acompanhando em todas as suas relações, em especial nas relações trabalhistas das quais faça parte, nas quais opõe-se ao poder diretivo do empregador, fundamentado no direito de propriedade, em especial.

A inserção do empregado no ambiente laboral, portanto, não lhe retira os direitos da personalidade, senão de nada adiantaria o Estado respeitar o direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos, se não houvesse mecanismos que impusessem esse mesmo dever aos empresários, no âmbito das relações laborais, bem como aos particulares e à sociedade como um todo⁴.

Nesse tipo de vínculo, dada a condição de subordinação, vulnerabilidade e dependência do empregado, é praticamente impossível que ele se insurja contra as agressões à sua intimidade perpetradas pelo seu empregador.

Do Poder Diretivo e seus Limites

O poder diretivo é o poder organizacional, servindo os demais poderes (regulamentar, fiscalizatório e disciplinar) para lhe dar efetividade, podendo ser vistos como desdobramentos daquele.

Assim, aquele que contrata trabalhador dependente determina o serviço, especificando com seu poder de direção os limites funcionais, adotando as medidas que entende oportunas para que haja o cumprimento por parte do obreiro de suas prestações, daí o poder disciplinar, cuja função é assegurar o poder diretivo patronal⁵.

4 SIMÓN, Sandra Lia. *A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p.102.

5 RAMALHO. Maria do Rosário Palma. *Do Fundamento do Poder Disciplinar Laboral*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 185 APUD CALVET, Otavio; MENEZES,

O poder disciplinar do empregador é uma das formas de destaque do poder empregatício. O fundamento está muitas vezes no unilateralismo do empregador na aplicação de penalidades tipificadas (art. 482 CLT) e não tipificadas nas normas trabalhistas.

Porém, não há que se afastar que no exercício do direito de comandar, fiscalizar ou punir o empregado, o empregador deverá fazê-lo dentro de um critério de razoabilidade e ponderação.

Isso porque, o exercício do poder diretivo e fiscalizador do empregador não pode servir, em nenhum momento, para a produção de resultados inconstitucionais, abusivos e lesivos aos direitos fundamentais do trabalhador, tampouco para a sanção ao exercício legítimo de tais direitos por parte daqueles (empregadores).

Não há dúvidas de que o poder disciplinar do empregador encontra no “superprincípio” da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, Constituição Federal de 1988) a primeira e maior barreira para o seu exercício. Após, tem como limitação diversos princípios constitucionais, tais como o da isonomia, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra etc.

De fato, a subordinação sempre existirá no vínculo empregatício, mas a proteção ao empregado funcionará como limite desta, a fim de prevalecer o respeito à pessoa e às suas liberdades.

Percebe-se, portanto, que todos os direitos integrantes do rol dos direitos fundamentais do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, servem de limitação à atuação do empresário na direção da prestação de serviços. Dentre esses direitos, dá-se especial destaque aos que protegem a personalidade do trabalhador.

Cláudio Armando Couce de; LOPES, Gláucia Gomes Vergara; SIVOLELLA, Roberta Ferme. *Direitos Fundamentais e Poderes do Empregador: O Poder Disciplinar e a Presunção de Inocência do Trabalhador*. Núcleo Trabalhista Calvet. Disponível em: <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br>; Acesso em: 31/01/11.

O abuso no exercício do poder disciplinar já foi, inclusive, rechaçado pelos nossos Tribunais, senão vejamos:

EMENTA: ABUSO NO EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR. DANOS MORAIS E JUSTA CAUSA DESCARACTERIZADA. AGRESSÃO, DESRESPEITO, SONEGAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS E RESISTÊNCIA DO EMPREGADO. “(...) O desnível atual do exercício do poder disciplinar pelo empregador opera com maior intensidade nas atividades laborais no setor privado, no qual predomina a ampla liberdade do empregador, que enfeixa em suas mãos um poder quase absoluto, potestativo, em uma época de desenvolvimento histórico, político e cultural em que a sociedade já não tolera mais direitos absolutos e quaisquer formas de discriminação, especialmente em face de hipossuficiente.” De resto, o reclamado ao exercer seus poderes empresariais de forma autoritária, ilegal e despropositada, perpetrando atos de agressão física e verbal, gera o dano moral pleiteado e a descaracterização da justa causa. (TRT 17ª Região - 01353.2007.011.17.00.2 RECURSO ORDINÁRIO. Rel. JUIZ CLAUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES, Rev. JUIZ CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, data 27/11/2008)⁶. (grifos nossos)

Trazendo tal limitação para o campo principal deste trabalho, percebe-se que os empregados não são obrigados a acatar ordens sobre aspectos alheios à relação de emprego e sem qualquer repercussão sobre ela. Logo, em regra, a vida privada do empregado está fora do campo de incidência do poder diretivo do empregador, conforme se deduz da leitura do artigo 5º, inciso X, da CF/88, o qual considera invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas.

Outrossim, a liberdade do empregado também encontra limites estampados na própria Constituição, quando esta assegura a garantia do direito de propriedade no artigo 5º, inciso XXII e o princípio da livre iniciativa, insculpido no artigo 1º, inciso IV. Logo, justifica-se a ingerência na vida do empregado quando seu comportamento for suscetível de

6 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Disponível em: <http://www.trtes.jus.br>. Acesso em: 28/02/11.

ocasionar danos aos interesses da empresa.

Por oportuno, importante frisar que o controle das comunicações do empregado no local de trabalho é justificado pelo empregador no uso de suas atribuições de controle e fiscalização, inseridas no seu poder diretivo, ao lado dos demais meios de controle e fiscalização, tais como a vigilância e o monitoramento do local de trabalho por meio de circuito interno de filmagem e as revistas íntimas. Porém, é inegável que os novos rumos trazidos pelo avanço tecnológico gradativo têm transformado o uso desse poder diretivo significativamente.

Nesse ínterim, o poder de controle e direção tem permitido ao empresário estabelecer, conforme o caso, medidas impeditivas e condicionantes sobre o uso particular dos serviços de correio eletrônico, o que, de certa forma, vem gerando um intenso debate jurisprudencial e doutrinário acerca dos limites que aqui devem ser impostos.

Isso porque, de um lado, está o poder de decisão do empregador sobre a estrutura e funcionamento da sua empresa, bem como sobre a direção da prestação de trabalho do pessoal contratado de acordo com as condições pactuadas no contrato de trabalho. De outro, a necessidade de que as relações trabalhistas sejam orientadas nos princípios da boa-fé e da diligência profissional. E, como é óbvio, aquelas condições “não podem estabelecer-se com abstração dos direitos reconhecidos pela Constituição. A autonomia organizacional do empresário não é nem poder ser ilimitada”⁷.

Assim, há uma forte tendência em se afirmar que a subordinação jurídica do empregado, prevista no artigo 3º, CLT, não justifica a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, sob pena de um estado ilimitado de sujeição do economicamente hipossuficiente. Porém,

7 PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *O Monitoramento do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho*. In: *Revista Instituto de Pesquisas e Estudos*. 36ª ed., dezembro de 2002 a Abril de 2003, p. 295.

essa tendência vem sendo, de certa forma, relativizada pelos Tribunais Superiores, conforme será verificado mais adiante.

A Internet no Ambiente Laboral

Como não poderia deixar de ser, a internet, como ferramenta indispensável na sociedade moderna, produziu (e ainda vem produzindo) mudanças significativas nas relações de trabalho, visto que a rede mundial foi posta a serviço dos empregados, a fim de que a qualidade dos seus serviços fosse aumentada qualitativamente e quantitativamente.

Com o surgimento de um novo modelo de relação trabalhista, resultado da modernidade, no qual a informação e o conhecimento passaram a desempenhar papel primordial na atividade econômica, impôs-se como foco principal a busca por novos e exigentes mercados consumidores. A esse respeito, Vânia Siciliano Aieta afirma que

resta incontestado que o surgimento de um novo modelo de sociedade, ou melhor afirmando o irrompimento da “sociedade de rede”, vem proporcionando um eficaz desenvolvimento e aprimoramento das empresas em razão de vantagens como confiabilidade e segurança na troca de informações, facilidade de armazenamento de informações, rapidez, menores custos e notadamente a inequívoca possibilidade de descentralização da produção, permitindo o gerenciamento de subsidiárias à distância, inexistindo-se a presença física do empregado na sede ou nas filiais de uma empresa⁸.

Certo é que a utilização da internet, seja como meio de comunicação, seja como modo de dinamizar a atividade empresarial, tem criado uma série

8 AIETA, Vânia Siciliano. *A Violação da Intimidade no Ambiente de Trabalho e o Monitoramento Eletrônico dos Empregados*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: RT, ano 14, n.º 55, Abril-Junho 2006, p.61-62.

de polêmicas acerca da necessidade de proteção à intimidade do trabalhador.

Isso porque é o empregador quem detém os meios de produção e os equipamentos disponibilizados ao empregado para a prestação dos serviços contratados. Logo, como titular da propriedade, dos bens e do poder diretivo, deve primar sempre pelo adequado uso desses apetrechos.

Ocorre que, muitas vezes, o próprio empregador é quem permite a utilização dessas ferramentas para atividades pessoais fora do expediente do trabalho, ou, até mesmo, no decorrer dessa jornada.

Essa livre permissão pode se dar pela disponibilização ao empregado de computadores ligados à rede mundial, dotados de livre acesso à internet e sem qualquer restrição ou vedação de acesso a *sites* não correlacionados com a atividade laboral, mas também, muitas vezes, mediante a criação de uma conta profissional de *e-mail* para o empregado, somente utilizável através da intranet, ou seja, com acesso circunscrito ao ambiente laboral.

Dessa feita, a partir do momento em que a navegação pela rede mundial de computadores é posta à disposição do empregado, seja pelo livre acesso, seja pelo acesso restrito à intranet, não haveria razão para a intromissão pelo empregador em tais ambientes, a fim de não ferir a intimidade do seu subordinado. Por outro lado, caso seja da praxe interna da empresa vedar o uso e acesso a esse tipo de ferramenta, não haveria justificativas para permitir a navegação, e certamente haveria justo motivo para uma possível despedida por justa causa, por violação aos preceitos institucionais.

O monitoramento eletrônico dos empregados: A fiscalização dos e-mails

Conforme exhaustivamente explanado no início do presente trabalho, certas manifestações da pessoa destinam-se a conservar-se completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros, ou seja, são secretas, sendo ilícito divulgá-las, delas tomar conhecimento ou revelá-las, não importa

a quantas pessoas sejam. Em contrapartida, essas mesmas informações relacionadas à esfera íntima da vida privada podem ser consideradas lícitas, quando justificadas por um legítimo interesse do sujeito que as recebe ou as intermedeia.

Resta saber se o fim a que a informação serve tem maior valor que o interesse do sujeito ao qual se refere essa informação. É exatamente neste ponto que colide o direito fundamental à intimidade do empregado no uso do *e-mail* corporativo com o direito do empregador de ter acesso ao conteúdo dessa mensagem.

Daí decorre a pergunta inevitável: o *e-mail* usado em ambiente profissional é revestido das garantias de sigilo e inviolabilidade, inclusive perante o empregador que fornece e promove o uso e o acesso a ele?

Sabe-se que o correio eletrônico (popularmente conhecido por e-mail ou “Eletronic Mail”) é o instrumento pelo qual é possível enviar e receber informações eletronicamente através da internet, informações essas também conhecidas por mensagens eletrônicas. Existem duas espécies de correspondência eletrônica, quais sejam, o e-mail pessoal e o e-mail corporativo, fornecido pela empresa.

Tem-se o primeiro, particular, por meio do simples contrato estabelecido diretamente com provedores de acesso, que existem aos milhares, sendo muitas vezes gratuito. Nesse, é o próprio particular quem define o nome de usuário que adotará no seu endereço e a respectiva senha de acesso. A comunicação é realizada mediante a conta privada do usuário, o qual detém a titularidade, suportando os custos da prestação de serviços de acesso e conexão, em caso de não gratuidade.

Já o segundo, corporativo, é o que passa pela rede privada de computadores do empregador, o qual suporta, na qualidade de proprietário dos equipamentos e da caixa postal, os custos com o acesso e conexão. Sendo este uma ferramenta de trabalho, deverá ser utilizado como instrumento de trabalho, seja para comunicação com o seu empregador e demais empregados da empresa, seja para tratar de assuntos da empresa fora do seu âmbito físico.

Segundo João Oreste Dalazen, o *e-mail* corporativo “em que o

empregado utiliza-se de computador da empresa, de provedor da empresa e do próprio endereço eletrônico que lhe foi dado pela empresa para a utilização estritamente em serviço, é como se fosse uma correspondência em papel timbrado da empresa (...)”⁹.

Em relação ao monitoramento do correio eletrônico do empregado, este consiste na vigilância das suas atividades *on-line* feita por meio de programas que compilam dados do conteúdo dessas mensagens e respectivos anexos, dentre outras coisas. Compilações estas que são automaticamente enviadas ao computador do empregador, ou a setores especializados dentro ou fora do ambiente laboral, para posterior ciência daquele em casos específicos.

Argumentos favoráveis e desfavoráveis ao monitoramento do e-mail corporativo

Para os adeptos do controle do *e-mail* corporativo, sendo o correio eletrônico uma ferramenta de trabalho fornecida pelo empregador ao empregado para realização do trabalho, e sendo aquele o detentor dos meios de produção (inserindo-se nesse contexto os meios de comunicação), haveria justificativas mais que plausíveis autorizadoras desse tipo de conduta.

Com efeito, os defensores dessa tese afirmam categoricamente que

os empregadores são os contratantes das provedoras, motivo pelo qual têm o direito de regulamentar como os computadores devem ser utilizados, inclusive no que pertence à conexão na internet e envio e recebimento de *e-mails* (públicos e corporativos), para fins estritamente direcionados ao trabalho, mesmo porque os trabalhadores têm deveres de obediência, de fidelidade, de colaboração e

9 DALAZEN, João Oreste. *E-mail: o empregador pode monitorar?*In: Jornal do Advogado. OAB/SP. Ano XXXI, nº 299, Outubro de 2005, p. 10.

de diligência, dentre outros, na vigência da relação de emprego, decorrentes de subordinação do empregado¹⁰.

Logo, tratando-se de verdadeira ferramenta de trabalho e de uma infraestrutura fornecida integralmente pelo empregador, esse pode dispor dos recursos como melhor lhe aprouver, no uso dos poderes que lhe são conferidos pela legislação trabalhista (artigos 2º e 3º).

Assim, poder-se-ia enumerar da seguinte forma os argumentos favoráveis à fiscalização do *e-mail* do empregado pelo seu empregador:

1. Os recursos necessários para utilização do correio eletrônico são de propriedade do empregador, neles inserindo-se: computadores, rede de acesso à *internet*, provedor de acesso, energia, ou seja, todo aparato técnico;
2. O poder diretivo do empregador, por meio do qual o empregador exerce seu poder de fiscalização, de controle e disciplinar sobre seus empregados;
3. A empresa é responsável pelos atos de seus empregados¹¹ (artigo 932, inciso III do Código Civil de 2002), em homenagem à teoria da aparência, muito aplicada nas relações jurídico-empresariais. Obviamente que um terceiro eventualmente prejudicado não tem obrigação, muito menos condições de saber os limites das funções do empregado, reputando-se legítimos os atos por este praticados no exercício do seu labor diário.

10 ROCHA, Marcelo Oliveira. *O Monitoramento dos E-Mails no Ambiente de Trabalho*. In: RDT - Revista do Direito do Trabalho. Repositório autorizado de Jurisprudência do TST (Registro nº 13/97). Editora Consulex, Brasília, DF, ano 11, nº 06, p. 3-4, Junho 2005, p. 3.

11 CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. JORGE NETO, Francisco Ferreira. *A ilegalidade da prova e o direito da personalidade no Direito do Trabalho*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 21/02/11.

A esse respeito, assinala o Desembargador Alexandre Agra Belmonte, do Eg. TRT da 1ª Região, que:

Um das razões que levam ao rastreamento das navegações e e-mails diz respeito à associação da má utilização ao bom nome e reputação da empresa. No terreno da responsabilidade civil, não têm validade os chamados Legal Disclaimers ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que remetem ao funcionário - e não à Empresa - a responsabilidade pelo envio de e-mail causador de prejuízo moral ou material. Assim como não teria valor o aviso afixado na porta de veículo funcional, informativo de que a empresa não responderia pelos xingamentos, agressões físicas ou abalroamentos ocorridos em horário de serviço, remetendo ao empregado a integral responsabilidade pelos atos. Isto porque o empregador responde, perante terceiros, pelos danos praticados pelo empregado ou preposto¹².

4. A inoocorrência da privacidade quanto ao conteúdo da mensagem eletrônica, pois o administrador do provedor pode ter acesso ao mesmo¹³;
5. Necessidade de se manter elevado o nível de eficiência, produtividade e foco na atividade desempenhada pelo trabalhador. Isso porque não há dúvidas acerca do potencial dispersivo da internet, dado o leque de informações e possibilidades que se abrem àqueles que por ela navegam, exigindo-se o mínimo esforço. Somados, esses pequenos desvios ao longo da jornada são capazes de gerar significativa perda de desempenho por parte de empregado dentro da sua jornada de

12 BELMONTE, Alexandre Agra. Desembargador do Eg. TRT da 1ª Região, em monografia intitulada *O Monitoramento da Correspondência Eletrônica das Relações de Trabalho* (São Paulo: LTr, 2004, p. 64), APUD Acórdão proferido pelo TRT da 15ª Região, RO nº 01597-2008-062-15-00-0. Juíza Relatora: Ana Paula Pellegrina Lockmann. Disponível em: <http://www.trt15.jus.br>. Acesso em 21/02/11.

13 Idem.

trabalho¹⁴, podendo configurar acentuado desvio de finalidade no exercício da função.

6. Tem-se também a questão da segurança da empresa, uma vez que o uso privativo do *e-mail* corporativo (mediante o recebimento e abertura de anexos e afins – ex: *pop-ups*) pode tornar o computador e o sistema informático da empresa vulneráveis à invasão de *hackers* (ou *crackers*), propagando-se vírus capazes de gerar sérios transtornos ao ambiente laboral, dando margem a possíveis violações de informações sigilosas da empresa.
7. Por fim, e não menos importante, a proteção à imagem da empresa, que pode restar prejudicada diante de consumidores, fornecedores e investidores, quando, via de exemplo, o empregado propaga por meio do seu *e-mail* imagens pornográficas ou racistas, podendo vincular o nome da empresa a esse tipo de prática ilícita.

Vânia Siciliano Aieta¹⁵ ainda coloca a questão da lentidão da rede como um outro ponto a ser considerado quando da análise dos argumentos favoráveis ao monitoramento dos *e-mails* dos empregados.

A fim de rechaçar a tese de que a exigência de senha pessoal e secreta para acesso à caixa de correio eletrônico ensejaria uma expectativa

14 As pesquisas revelam que, em média, os empregados chegam a gastar em torno de cinquenta horas mensais em atividades na Internet pesquisando assuntos que não estão relacionados com o seu trabalho, e que 53% dos *e-mails* trocados durante o expediente têm conteúdo pessoal. – Fonte: AIETA, Vânia Siciliano. *A Violação da Intimidade no Ambiente de Trabalho e o Monitoramento Eletrônico dos Empregados*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: RT, ano 14, n° 55, p. 60-88, abril-junho 2006, p. 72.

15 AIETA, Vânia Siciliano. *A Violação da Intimidade no Ambiente de Trabalho e o Monitoramento Eletrônico dos Empregados*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: RT, ano 14, n° 55, Abril-Junho 2006, p.73.

de privacidade, os autores adeptos dessa primeira tese advertem que isso não deve prosperar, visto que tal senha seria um mecanismo de proteção do próprio empregador, visando, de tal forma, evitar que terceiros alheios à sua confiança tenham acesso ao conteúdo das mensagens profissionais.

Certo é que r. jurista Sérgio Pinto Martins¹⁶ insere a atitude do empregado que utiliza o meio de correspondência eletrônica da empresa para fins pessoais, apesar de alertado e devidamente advertido quanto à sua proibição, como ato de indisciplina, podendo configurar uma justa causa se ficar constatado que o computador recebeu um vírus exatamente pela brincadeira feita pelo empregado.

Neste ínterim, o autor também recomenda que a empresa proíba por escrito a utilização do computador no horário de serviço, a fim de se evitar posteriormente alegação de desconhecimento da vedação: “O empregador poderia dispor tal proibição no regulamento da empresa ou em norma interna, dando publicidade de seu conteúdo a todas as pessoas, justamente para que possa ser cumprido”¹⁷.

Os tribunais brasileiros, em diversas oportunidades, já se manifestaram nesse sentido, senão vejamos:

EMENTA. JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO. CONFIGURAÇÃO. USO DE E-MAIL CORPORATIVO PARA RECEBIMENTO E ENVIO DE MATERIAL DE CONTEÚDO PORNOGRÁFICO. O “e-mail corporativo” vai além de um mero serviço postal ou depósito de mensagens, mas configura instrumento de comunicação virtual disponibilizado pelo empregador. Equipara-se, pois, a uma ferramenta de trabalho do empregado destinada essencialmente à troca de mensagens de caráter profissional. Ao utilizar-se desse instrumento para a troca de correspondência eletrônica com conteúdo nitidamente dissociado e impróprio à atividade laboral, *in casu*, para o recebimento e envio de material de conteúdo

16 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 385.

17 *Ibidem*.

pornográfico, configura-se o mau procedimento pelo empregado, com potencial de torná-lo, até mesmo, lesivo para a imagem da empresa. Entendendo o empregador que diante dessa prática houve quebra da fidedignidade, pode despedir o empregado por justa causa, no pleno exercício do direito potestativo. Recurso a que se nega provimento. Processo nº 01597-2008-062-15-00-0 RO (Acórdão 3ª Turma – TRT 15ª região). Origem: Vara do Trabalho de Lins. Juíza Relatora: Ana Paula Pelegrina Lockmann¹⁸.

EMENTA. SUSPENSÃO DISCIPLINAR. REQUISITOS. LICITUDE. DEMONSTRADA A PRÁTICA DE ATO DISSONANTE DOS PADRÕES MÉDIOS DE URBANIDADE, E A SUA DEVIDA SUBSUNÇÃO AO REGULAMENTO DO EMPREGADOR, EMERGER A LICITUDE DA PENA DISCIPLINAR IMPOSTA. A conta corporativa de e-mail é ferramenta de trabalho e não um direito do empregado. Seu uso somente se justifica para, no exercício das atividades laborais (itens 4.1.14, 4.1.15 e 4.1.16 do Manual de Comunicação - fl. 80), “agilizar a circulação de informações e a comunicação entre órgãos e ou empregados da Empresa” (fl. 84), sendo vedada, segundo os normativos internos os quais deveria conhecer o Reclamante, qualquer medida que contribua para o congestionamento da rede e a ocupação desnecessária dos recursos do sistema o uso de expressões sarcásticas e deselegantes, bem como o emprego da ferramenta à margem dos objetivos profissionais (itens 3.1, 3.3, 3.4, 4.1.14, 4.1.15 e 4.1.16). Assim, se determinada ferramenta de trabalho sofre pelo empregado uso estranho à atividade profissional, não há qualquer óbice do empregador, no exercício do poder diretivo, decidir por retirar o aludido instrumento do alcance do trabalhador, sem se falar em ofensa ilegítima à esfera moral do trabalhador. Processo nº 01330-2007-014-10-00-5 RO (Acórdão 2ª Turma – TRT 10ª região). Origem: 14ª Vara do Trabalho de Brasília/DF. Rel.: Desembargador João Amílcar. Julgado em 15/05/2008. Publicado em 20.06.2008¹⁹.

Ao revés, os que discordam da possibilidade de controle do *e-mail* do empregado pelo seu empregador, sustentam sua objeção com

¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Disponível em: <http://www.trt15.jus.br>. Acesso em: 28/02/11.

¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br>. Acesso em: 28/02/11.

fundamento na proibição de violação da intimidade do trabalhador e no sigilo de suas correspondências.

Para os defensores desta tese, o direito de propriedade não é absoluto, devendo ceder à garantia da privacidade das comunicações, que poderia ser elidida somente por autorização judicial nos casos em que os indícios de má utilização do *e-mail* corporativo possam ser aferidos com base em critérios objetivos, quais sejam, na queda de produtividade e na alta frequência de envio de mensagens de cunho pessoal (esta poderá ser constatada através dos títulos das mensagens, por exemplo).

No que tange ao direito de propriedade irrestrito, o Juiz do Trabalho da 15ª região, Dr. Jorge Luiz Souto Maior, lembra que

O *e-mail* é ferramenta de trabalho, mas ao mesmo tempo serve ao indivíduo. Não é porque o empregador forneceu o equipamento que pode, por isto, invadir a privacidade do empregado que se manifesta por tal meio, naturalmente. Grotescamente falando, não é porque o empregador fornece o uniforme que pode mandar que o empregado se dispa imediatamente (...) ²⁰.

Segundo os adeptos dessa corrente, a privacidade do trabalhador deve ser preservada de maneira integral, e a legítima intromissão na vida privada se dará, excepcionalmente, desde que seja precedida de um fundamento de interesse público. Afirmam, para tanto, que o empregador sempre deverá atuar de maneira ética e de acordo com uma finalidade social.

Para Floriano Barbosa Junior,

O monitoramento do *e-mail* do empregado impede o exercício do direito à liberdade de expressão, do direito à crítica e até de reflexão sobre as condições de trabalho,

20 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Monitoramento de e-mail no local de Trabalho*. Revista de Derecho Social Latino América, p. 200, APUD SIQUEIRA, Camila Ferreira de. *A Demissão por Justa Causa decorrente do Monitoramento de Correspondência Eletrônica*. Monografia de bacharelado. Orientador: Prof. Dr. Manoel Carlos Toledo Filho. Campinas: Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Faculdade de Direito, 2009, p. 34.

e principalmente o direito do empregado de que suas manifestações somente sejam conhecidas pelas pessoas que eleja para tanto, de sorte que a interceptação das mensagens impede que o trabalhador possa discutir sobre as formas de desempenho das funções, os desgostos com os superiores, a ilegitimidade de uma prática ilícita e a reivindicação por melhores condições de trabalho²¹.

Há quem afirme, outrossim, que o monitoramento irrestrito do conteúdo das mensagens eletrônicas conduz a um controle abusivo sobre a própria personalidade do trabalhador. Isso porque a ausência de normatização e regulamentação da matéria no direito pátrio poderia ensejar atitudes arbitrárias por parte do empregador para com seu subordinado, podendo emergir situações de absoluto desrespeito e injustiças, com sanções e penalidade ilegais e desproporcionais, além de situações vexatórias, levando ao descontrole das relações laborais.

A fim de dirimir a questão, Gustavo Filipe Barbosa Garcia adverte que

pode-se entender que, tendo o empregador avisado, previamente, quanto à possibilidade de seu controle, de forma impessoal, na esfera da empresa, e estando em jogo algum outro valor de ordem fundamental – como o dever de não se enviar mensagens em tom criminoso, ilegal ou desrespeitoso a terceiros – pode-se autorizar a referida verificação, pela empresa, no seu equipamento de informática, resguardando a sua eventual responsabilidade, o que não se confunde com interceptação da mensagem quando em seu caminho de destino²².

Tem-se, aqui, a aplicação do princípio da proporcionalidade, por meio do qual se ponderam os valores fundamentais no caso concreto, prevalecendo o que estiver em maior consonância com o bem comum, não repelindo por completo o outro direito conflitante, é claro.

21 BARBOSA JÚNIOR, Floriano. *Direito à Intimidade: Direito Fundamental e Humano na Relação de Emprego*, São Paulo: LTr, 2008, p. 100.

22 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 341-342.

Isso porque, conforme já afirmado, não existem direitos absolutos, devendo haver um “jogo” de equilíbrio entre as normas fundamentais conflitantes, dada a ausência de regulamentação do assunto no direito brasileiro.

Por conseguinte, em não sendo absoluto o poder de controle da empresa fundado no direito à propriedade, “o empregador deve estabelecer os mecanismos de controle sobre o uso do correio eletrônico e internet, valorando a idoneidade, equilíbrio, razoabilidade e proporcionalidade em relação ao objetivo que perseguem”²³.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região já se manifestou nesse sentido, senão vejamos:

EMENTA: JUSTA CAUSA. USO DE EMAIL CORPORATIVO PARA ENVIAR CURRÍCULO PESSOAL E CARTEIRA DE CLIENTES. Buscar uma nova colocação no mercado de trabalho utilizando-se de envio de *email*, ainda que corporativo, cujo uso era autorizado pela política da empresa para fins pessoais, e não havendo prova de qualquer dano ou prejuízo, não há que se falar em justa causa. Recurso improvido. (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região – SP – 12ª Turma – RO nº 20060471683, publicado no D.J. e, 29.06.2006)²⁴.

Constata-se, por outro lado, que até mesmo entre os adeptos da corrente que pugna pela inviolabilidade “absoluta” dos *e-mails* corporativos vem havendo uma certa relativização da proibição, porquanto vem se

23 MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Derecho Del Trabajo*, Espanha: Tecnos, pp. 568-569, pp. 616-618 APUD RAFFO, Verónica; ZEÑI, Nelson Larrañaga. *Control Del Uso de Correo Electrónico e Internet em La Empresa*. In: Revista XIX, Jornadas Uruguaias de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 117 APUD SIQUEIRA, Camila Ferreira de. *A Demissão por Justa Causa decorrente do Monitoramento de Correspondência Eletrônica*. Monografia de bacharelado. Orientador: Prof. Dr. Manoel Carlos Toledo Filho. Campinas: Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Faculdade de Direito, 2009, p. 21.

24 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Disponível em: <http://www.trt2.jus.br>. Acesso em: 03/03/11.

estabelecendo na doutrina e na jurisprudência hipóteses em que poderá haver o rompimento da inviolabilidade.

Assim, ainda que defendam a tese de que estaria havendo violação da intimidade e, por conseguinte, da dignidade humana do trabalhador, trazem a lume a possibilidade de monitoramento do seu correio eletrônico desde que resguardados alguns requisitos e direitos, e, acima de tudo, alguns princípios basilares do sistema jurídico vigente, quais seja, boa-fé, igualdade, razoabilidade, adequação, proporcionalidade e outros.

Seriam alguns desses requisitos a comunicação prévia e motivada pelo empregador acerca do monitoramento (não se esquecendo, obviamente, de que deverá constar no contrato de trabalho ou no regulamento de empresa tal advertência e as possíveis consequências de seu desrespeito), a presença de um representante sindical capaz de tutelar os direitos do empregado zelando pela transparência do ato, procedimento adequado e apto a aferir o nexo de causalidade existente entre a conduta do empregado de utilizar o *e-mail* corporativo para fins pessoais e o resultado indesejado e prejudicial à empresa, dentre outros, indispensáveis conforme a complexidade do caso.

De suma importância é a questão do “uso social do *e-mail*”, ou melhor, a realização da função social da propriedade empresarial. Segundo essa nova teoria, trazida a lume pelo eminente jurista Mário Antônio Lobato de Paiva, o empregado possuiria uma liberdade limitada no uso do *e-mail* corporativo, liberdade esta que lhe permitiria o acesso consciente, não abusivo e restrito às questões laborais. Assim, ele teria mais estímulo e criatividade no desenvolvimento de suas funções.

O Tribunal Superior do Trabalho e a Relativização do Direito à Privacidade no Monitoramento do *e-mail* Corporativo

Sabe-se que, no Brasil, assim que surgiram as primeiras controvérsias sobre o tema julgava-se pela inviolabilidade das mensagens eletrônicas dos funcionários por analogia à inviolabilidade das correspondências, do artigo

5º, inciso XII, da Constituição Federal.

Entretanto, com o passar dos anos, esse entendimento foi sendo modificado e superado a cada novo julgamento, até que, com o advento da decisão do Recurso de Revista nº 613/2000-013-10-00.7, julgado pela 1ª Turma do TST²⁵, esse r. Tribunal inclinou-se no sentido de que seria possível o monitoramento do *e-mail* corporativo do empregado:

PROVA ILÍCITA. -E-MAIL- CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (-e-mail- particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado -e-mail- corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o -e-mail- corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização

25 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR nº 61300-23.2000.5.10.0013. Órgão Judicante: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relator Min.: João Oreste Dalazen. Recorrente: banco HSBC; Recorrido: Elielson Lourenço do Nascimento. Publicado pelo D.J. em 10.06.2005. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em 01/03/2011.

abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de -e-mail- corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de -e-mail- de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em -e-mail- corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. (grifos nossos)

Decerto, é cediço entre os julgadores que a proteção de direitos fundamentais recai sobre as mensagens pessoais, já que as corporativas podem e devem ser objeto de verificação e fiscalização pelos empregadores, como decorrência lógica do seu poder diretivo. Tudo isso com vistas à imposição de disciplina no ambiente de trabalho, à gestão prudente das atividades exercidas pelos trabalhadores e à manutenção da sua produtividade.

Mas é claro que, ainda que se trate de *e-mail* corporativo, não se deve permitir práticas abusivas por parte do empregador, de forma a violar os direitos fundamentais do seu subordinado, de tal sorte que deverá haver, antes de qualquer coisa, previsão expressa a respeito da proibição do seu uso para determinados fins.

EMENTA: E-MAIL – LIMITES - USO CORPORATIVO E PESSOAL – PODER EMPREGATÍCIO - DISCIPLINA – CONSEQÜÊNCIAS INTRA-

CONTRATUAIS – PUNIÇÃO - (...) No ambiente empresarial, o computador destina-se à prestação de serviços, que, como qualquer outro instrumento de trabalho, por natural e costumeira concessão da empregadora, via de regra, também pode ser utilizado racionalmente para fins pessoais, sem prejuízo ao bom andamento dos serviços. (...) Todavia, nada impede que a empregadora vede essa prática, deixando de modo claro e expresso, verbalmente ou por escrito, para os empregados que é proibido o uso do computador da empresa, dentro ou fora do horário de expediente, para fins pessoais. Nessas condições, se o empregado desobedece e acessa a *internet* ou o seu *e-mail* pessoal em computador da empresa, independentemente do conteúdo da mensagem, estará praticando ato de insubordinação ou de indisciplina, dependendo da natureza do comando, se genérico ou pessoal. O importante é que o empregado esteja ciente dos limites do uso do computador: o que pode e o que não pode fazer a partir do equipamento empresarial.(...) A prévia comunicação ao empregado a respeito da proibição do uso do computador para fins pessoais constitui verdadeira *conditio sine qua non* para que a empregadora possa, em casos excepcionalíssimos e extremamente necessários, rastrear, fiscalizar e, em último recurso, invadir o conteúdo da caixa postal eletrônica do empregado, com o fito de exercer o seu poder disciplinar. (TRT, 3ª Região, 4ª Turma, Rel. Dr. Luiz Otavio Linhares Renault, RO nº 00997.2005. 030. 03.00.6, DJMG 13.05.2006).²⁶(grifos nossos)

Após a ciência, se ainda assim o empregado ousar utilizar para assuntos pessoais o *e-mail* que lhe é dado tão somente para manutenção de assuntos profissionais no âmbito da empresa, ignorando os princípios da boa-fé e da boa diligência profissional que devem nortear todo o contrato de trabalho, far-se-ão necessários procedimentos mais incisivos por parte do seu empregador.

Tais procedimentos habilitarão o monitoramento pelo empregador do *e-mail* de trabalho de seu subordinado se restarem presentes indícios de sua utilização para fins pessoais, indícios esses que deverão ser firmados em critérios objetivos, analisados caso a caso.

26 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br>. Acesso em: 15.03.11.

Nesses casos, se o empregador tiver um indício veemente (como, por exemplo, a alta frequência no envio de comunicações pessoais a ser aferida pelos títulos das mensagens eletrônicas, ou, ainda, denúncias de envios de vírus ou mensagens com conteúdo inadequado originadas do computador do empregado investigado) de que estão ocorrendo abusos por parte do empregado, deverá ser permitido o controle, respeitando-se os direitos e garantias daquele, obviamente, pautando-se sempre na proporcionalidade e razoabilidade da medida, e das sanções aos atos ilícitos porventura praticados.

Destarte, conforme assevera Maria Lúcia Avelar Ferreira,

Percebe-se que a proteção ao direito da intimidade ou privacidade, ainda que intacta a sua *raison d'être* no seio das proteções constitucionais, não pode ser arguida em uma realidade econômico-social em que os empregados exercem uma participação direta nas decisões empresariais e na colimação dos objetivos a serem alcançados com os empreendimentos²⁷.

E continua, advertindo que “o objetivo não é a supressão dos direitos fundamentais do trabalhador, enquanto tal ou como cidadão, mas simplesmente não exacerbá-los a ponto de comprometer outros valores, de natureza social, tão caros quanto o próprio direito à privacidade e à intimidade”²⁸.

Por fim, não há dúvida de que, ao assumir os riscos da atividade econômica, a empregadora tem o direito de proteger o seu patrimônio e de buscar a eficiência, a qualidade total, a produtividade, certificando-se de que determinado instrumento fornecido ao empregado está sendo devidamente utilizado para o fim a que se destina.

Logicamente, não deverá ser permitida a inserção das chamadas

27 PAULINO, Maria Lúcia Avelar Ferreira. *As Relações de Emprego na Era da Internet: Violação à Intimidade do Empregado X Poder Diretivo do Empregador* – Dissertação de Mestrado; Orientador: Prof. Dr. Sérgio Pinto Martins. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2008, p. 92.

28 *Ibidem*.

“cláusulas de invasão de privacidade”, por meio das quais o empregador obtém a assinatura do seu empregado quando do ato de admissão, com o fito de afastar eventuais ilicitudes causadas pela violação do *e-mail* corporativo. Tal cláusula caracteriza ato de coação e seriamente violador dos direitos fundamentais do empregado.

No entanto, o que não se permite é o empregado ser pego de surpresa: sem prévio comando claro e específico, ter o seu *e-mail* invadido para verificar se está havendo ou não qualquer tipo de desvio ou abuso de utilização do computador, de forma arbitrária e injusta.

Considerações Finais

À luz de tudo quanto fora demonstrado e exposto, compactua-se com a chamada violação parcial e assistida²⁹ do *e-mail* corporativo do empregado, de forma a permitir o seu monitoramento diante de situações excepcionais, nas quais os interesses são socialmente relevantes e diante de critérios objetivos de aferição, sempre diante da clara ciência prévia do empregado e afastando-se quaisquer formas arbitrárias e abusivas de monitoramento.

Há quem discorde, entretanto, da necessidade de decisão judicial fundamentada para tanto, uma vez que sendo uma situação ocorrida no âmago da relação trabalhista, nada mais plausível que restringir a esse âmbito a discussão. Certamente que, ocorrendo abusos por parte de quaisquer atores da relação, o Poder Judiciário deverá ser invocado, a fim de solucionar a lide.

Por outro lado, os que defendem essa autorização judicial, a conduta empresarial de verificação do *e-mail* corporativo do empregado sem o

²⁹ Expressão dada por Danielle Spencer. *Proteção à Intimidade no Ambiente Laboral: Uma análise sob a ótica da nova sociedade da informação*. In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: RT, ano 36, nº 138, abril-junho 2010, p. 29.

permissivo fere o princípio de presunção de inocência do trabalhador e o princípio da igualdade entre as partes, à medida que submete o empregado a uma maior lesão à sua intimidade, o que não acontece com outras pessoas que integram aquele ambiente laboral.

Segundo Danielle Spencer³⁰, há situações em que os interesses são socialmente relevantes, e nas quais restaria justificada a ingerência na vida privada do indivíduo, destacando algumas, que seriam: a) proteção dos direitos da personalidade alheia; b) existência de fortes indícios da prática de crime; c) violação aos interesses difusos e coletivos extrapatrimoniais da sociedade.

Essa violação parcial e assistida poderia ser inserida dentro de uma corrente moderada, dentro da qual é razoável aceitar que o empregador possa monitorar o e-mail do seu subordinado desde que haja indícios de má utilização, pois a proteção à individualidade, à liberdade, à personalidade ou à privacidade, apesar de essencial no respeito ao Estado de Direito, não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância.

Esses indícios de má utilização poderiam ser aferidos com base na alteração de comportamento do empregado, a ser constatada na variação de seu rendimento. Ainda, em casos extremos, que importem em violação e(ou) quebra do sigilo de informação da empresa, ou propagação de mensagens caluniosas e injuriosas, tal aferição seria possível por meio de provas testemunhais etc.

Há ainda os que propõem uma separação a ser feita pelo próprio empregado, de modo a inserir no título das mensagens a serem enviadas os termos 'particular' ou 'profissional', e quando às mensagens recebidas, dividi-las em partes de acordo com o mesmo critério. Segundo esse sistema,

30 SPENCER, DANIELLE. *Proteção à Intimidade no Ambiente Laboral: Uma análise sob a ótica da nova sociedade da informação*. In: *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT, ano 36, nº 138, abril-junho 2010, p. 29.

o empregador somente estaria autorizado a checar aqueles *e-mails* que trouxessem a expressão ‘profissional’ em seu título.

Dessa feita, diante de fortes vestígios de má utilização do *e-mail* corporativo, estar-se-ia autorizado o monitoramento daquele, sempre, é claro, diante de prévia comunicação ao empregado e, se possível, na sua presença, sempre de modo a coibir eventuais abusos.

Se, apesar da expressa vedação ao uso pessoal da ferramenta, restar constatada a reincidência ou a gravidade do ato, o empregado poderá ser demitido pela prática de ato de indisciplina (artigo 482, h, CLT).

É evidente que a razoabilidade e o bom senso sempre devem prevalecer, evitando que as empresas cheguem ao extremo de demitir empregados apenas porque estavam lendo piadas ou recebendo correntes na rede.

Portanto, a simples veiculação na rede não pode ter força de transformar atividades até então consideradas corriqueiras e toleráveis em condutas criminosas e puníveis com demissão sumária.

Por todo exposto, a utilização da internet e, conseqüentemente, do *e-mail* corporativo, deve observar regras mínimas de uso e de convivência, bem como os institutos da função social do contrato e da boa-fé objetiva, afastando abusos e mau procedimento pelos dois sujeitos do contrato de trabalho, evitando, assim, prejuízos às empresas e preservando o conteúdo das mensagens, da dignidade do trabalhador e seu direito à intimidade.

Referências Bibliográficas

AIETA, Vânia Siciliano. *A Violação da Intimidade no Ambiente de Trabalho e o Monitoramento Eletrônico dos Empregados*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: RT, ano 14, n.º 55, p. 60-88, abril-junho 2006.

BARBOSA JÚNIOR, Floriano. *Direito à Intimidade: Direito Fundamental e Humano na Relação de Emprego*, São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª Ed. e 6ª Ed. – São Paulo: LTr, 2006/2010.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à Intimidade do Empregado*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

CALVET, Otavio; MENEZES, Cláudio Armando Couce de; LOPES, Gláucia Gomes Vergara; SIVOLELLA, Roberta Ferme. *Direitos Fundamentais e Poderes do Empregador: O Poder Disciplinar e a Presunção de Inocência do Trabalhador*. Núcleo Trabalhista Calvet. Disponível em: <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br>.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. JORGE NETO, Francisco Ferreira. *A ilegalidade da prova e o direito da personalidade no Direito do Trabalho*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>.

DALAZEN, João Oreste. *E-mail: o empregador pode monitorar?* In: *Jornal do Advogado*. OAB/SP. Ano XXXI, nº 299, Outubro de 2005, p. 10.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª Ed. e 9ª Ed. – São Paulo: LTr, 2008/2010.

ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. *O Princípio Protetor do Empregado e a Efetividade da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: LTr, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PAESANI, Liliana Minard. *Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *O Monitoramento do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho*. In: *Revista Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica – Instituição Toledo de Ensino*, Bauru: EDITE, 36ª ed, p. 283-322, Dezembro de 2002 a Abril de 2003.

PAULINO, Maria Lúcia Avelar Ferreira. *As Relações de Emprego na Era da Internet: Violação à Intimidade do Empregado X Poder Diretivo do Empregador* – Dissertação de Mestrado; Orientador: Prof. Dr. Sérgio Pinto Martins. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2008.

ROCHA, Marcelo Oliveira. *O Monitoramento dos E-Mails no Ambiente de Trabalho*. In: RDT - Revista do Direito do Trabalho. Repositório autorizado de Jurisprudência do TST (Registro nº 13/97), editora Consulex, Brasília, DF, ano 11, nº 06, p. 3-4, Junho 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SIMÓN, Sandra Lia. *A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

SIQUEIRA, Camila Ferreira de. *A Demissão por Justa Causa decorrente do Monitoramento de Correspondência Eletrônica*. Monografia. Orientador: Prof. Dr. Manoel Carlos Toledo Filho. Campinas: Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Faculdade de Direito, 2009.

SPENCER, Danielle. *Proteção à Intimidade no Ambiente Laboral: Uma análise sob a ótica da nova sociedade da informação*. In: Revista de Direito do Trabalho. Coordenação: Domingos Sávio Zainaghi. São Paulo: RT, ano 36, nº 138, p. 11-42, Abril-Junho 2010.

Elaborado em setembro de 2011.

O uso da interceptação telefônica na esfera extrapenal e a efetivação da justiça

Yasa Rochelle Santos de Araujo¹

Renato Bregoli Dondoni²

RESUMO: A interceptação telefônica é meio de prova de uso constitucionalmente autorizado e cuja utilização restringe-se às hipóteses de investigação criminal ou processual penal, eis que envolve violação à intimidade, princípio este considerado de inquestionável importância na promoção e defesa da dignidade humana. No entanto, recentemente, em decisão inovadora, o Superior Tribunal de Justiça permitiu a possibilidade de utilização deste meio de prova no âmbito do processo civil, ampliando seu âmbito de atuação, com o escopo de proteger bens jurídicos reputados como essenciais. A decisão que, em tese afronta texto constitucional expresso inspira uma discussão a respeito dos princípios fundamentais, do real papel do processo e da defesa dos princípios fundamentais quando em veemente conflito.

PALAVRAS-CHAVE: prova; processo; efetividade; justiça.

1 Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil e Prática Processual Civil da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel – UNIVEL. Cascavel, Paraná, Brasil.

2 Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel – UNIVEL.

Introdução

Em uma sociedade que se apresenta cada vez mais complexa e cujos conflitos interpessoais apresentam-se tão numerosos, parece redundante falar da importância do Estado – juiz como o responsável pela aplicação da lei e de suas respectivas sanções quando diante da ruptura da harmonização social.

O papel do processo nesse sentido é de importância ímpar e representa nada mais do que a concretização do acesso à justiça, princípio esse que, sem dúvida serve de base ao Estado de Direito e figura-se como expressão máxima da defesa da dignidade da pessoa humana.

A prova, nesse diapasão, é a forma como as partes envolvidas em um litígio conseguem explicar a violação do seu direito, demonstrando por meio de diversos mecanismos a verdade que norteará o juiz na aplicação do direito.

Para o direito processual moderno, os mecanismos de prova têm sofrido grande influência do desenvolvimento tecnológico, trazendo possibilidades infinitas de conhecimento e aprofundamento dos elementos que compõem os fatos levados à elucidação do magistrado.

O que se nota é que a verdade real, como princípio basilar do processo, nunca encontrou tantos meios de realização, sendo praticamente inaceitável a condenação do réu, quer na esfera penal, quer na cível ou em qualquer outra, sem que se tenha absoluta certeza acerca de sua responsabilidade.

Nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover:

A ideia de acesso à justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais. Nas palavras lapidares de Kásuo Watanabe, não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim deviabilizar o acesso à ordem jurídica justa. E, segundo o mesmo autor, são dados elementares desse direito: o direito à informação; o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócia econômica do país; o direito de acesso à uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; o direito a pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; o direito à remoção

dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características (GRINOVER, 1998, p. 115).

A interceptação telefônica é meio de prova cuja utilização tem se mostrado extremamente útil no combate à criminalidade, uma vez que é a partir das conversas particulares entre os infratores da lei que detalhes a respeito da prática criminosa se tornam acessíveis às autoridades responsáveis pela sua repressão.

Consiste, em linhas gerais, na visão de Streck:

na captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. Considera-se lícita a interpretação, desde que realizada dentro dos parâmetros do ordenamento jurídico. O seu resultado, que é uma operação técnica, é fonte de prova. Através do meio de prova, (a gravação e sua transcrição) será introduzida no processo. (STRECK, 1997, p. 43).

No entanto, a restrição de seu uso às esferas penal e processual penal enunciada pela Lei nº 9.296/96 vem sendo questionada pelos estudiosos a respeito do tema, sobretudo após a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que admitiu seu uso na esfera extrapenal, no Habeas Corpus nº 203.405 – MS, em casos de extrema excepcionalidade.

A decisão do STJ, que num primeiro momento afronta cabalmente dispositivo expresso da mencionada Lei n.º 9.296/96 e da Constituição Federal de 1988, teve por escopo permitir que em processo diverso do âmbito criminal, fosse possível proteger bem jurídico relevante, mediante o uso da interceptação telefônica.

Inovadora e polêmica, a posição do órgão traz reflexões importantes e atuais a respeito do papel da prova e do processo como instrumentos essenciais à construção do acesso à justiça.

Por sua vez, levanta a discussão a respeito de como e quando a invasão da intimidade, inevitável quando da utilização da interceptação telefônica, pode ser minimizada para atender a interesses outros, condizentes com a busca pela verdade real e a justiça nos processos de qualquer natureza.

A interceptação telefônica e sua previsibilidade legal

A interceptação telefônica é meio de prova admitido no Brasil e previsto inclusive pela Constituição da República de 1988, a qual, em seu artigo 5º XII prevê a inviolabilidade do sigilo das correspondências, de dados, das comunicações telegráficas e telefônicas fazendo-se ressalva apenas para os casos em que esta for autorizada pelo juiz para investigação criminal.

Por se tratar de norma constitucional de eficácia limitada, a interceptação precisava de norma regulamentadora capaz de viabilizar sua aplicabilidade, razão que motivou a criação da Lei n.º 9.296/96, que se ocupou de delimitar os contornos precisos de tal mecanismo de prova, eis que ele já se apresentava, segundo o próprio texto constitucional, como uma exceção à proibição expressa ao princípio da intimidade, protegido a título constitucional por ser entendido como um dos princípios mais importantes da nossa ordem jurídica.

Segundo a legislação mencionada, portanto, a aplicação da interceptação telefônica somente poderá ser permitida para a apuração de crimes os quais não possam ser investigados por outros meios de prova e ainda, quando o fato investigado não se tratar de delito punível com pena de detenção, no máximo. A não observância desses requisitos pode transformar a utilização da interceptação em prova obtida por meio ilícito, o que inviabilizaria sua utilização no processo (LENZA, 2010).

Assim aduz Aranha:

“O primeiro requisito exigível para o cabimento da medida excepcional é a existência de “indícios razoáveis de autoria ou de participação na infração penal”. Note-se que o legislador exigiu a existência de “indícios razoáveis”, que não se confundem com “indícios suficientes” ou com a “razoável suspeita”. No entender dos léxicos, “razão” significa “ponderação, bom senso, raciocínio lógico, prudência” temos que não se exigem para a concessão “indícios suficientes”, da mesma forma que não são suficientes” meras suspeitas”; deve a autoridade concedente avaliar e ponderar com prudência as alegações apresentadas pela autoridade requerente para o deferimento do pedido. (ARANHA, 2006, p. 287).

Ainda de acordo com as lições de Vicente Greco Filho (2005, p. 45) a interceptação “é de natureza cautelar, sendo sua finalidade a produção de prova processual penal, e os requisitos para sua autorização constituem os seus pressupostos específicos, que se enquadram nos conceitos genéricos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*”.

A utilização restrita da interceptação telefônica como meio de prova encontra, em nosso sistema legislativo algumas justificativas plausíveis se contemplarmos o Estado de Direito como aquele em que os cidadãos detêm mecanismos eficientes de se defenderem contra todo e qualquer tipo de violação à sua dignidade.

Isso porque a interceptação pressupõe ferimento expresso do princípio constitucional da intimidade, defendido como direito fundamental pelo artigo 5º X.

Ademais, observa-se que um dos princípios que rege o processo penal brasileiro é o da presunção de inocência, princípio esse presente, inclusive, na Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, a qual, em seu artigo XI assevera que “todo ser humano acusado de ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei”.

Ora, a admissão em caráter excepcional da interceptação telefônica é plausível porque a sua utilização importará em inevitável violação da intimidade de pessoa que, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, será vista como inocente perante a sociedade.

Imperioso destacar que a intimidade das telecomunicações e correspondências só pode ser rompida em nosso sistema constitucional nos chamados estados de exceção previstos pelos artigos art. 136 §1º, I, “c” e 139, III todos da Carta Magna, situações estas consideradas extremas.

Portanto, se antes do trânsito em julgado da sentença criminal não há que se falar em culpa, não existe, dentro da óptica processual e constitucional brasileira como se sustentar uma investigação criminal que a qualquer título viola a intimidade de pessoa que, num primeiro momento, é cidadão comum e precisa ter seus direitos fundamentais resguardados.

A ideia de uma utilização mais restrita da interceptação telefônica visa, portanto, proteger a presunção de inocência e a dignidade humana como princípios informadores do processo e como direitos constitucionais fundamentais e basilares para o Estado de Direito brasileiro.

Mais do que isso, visa resguardar a intimidade do cidadão como um dos corolários à manutenção do Estado de Direito, eis que qualquer violação atentatória a esse direito acaba por gerar abusos e prejuízos difíceis de mensurar, razão pela qual sua relativização precisa estar adstrita a situação de real e imperiosa necessidade.

A importância da interceptação telefônica como meio de prova

Ao recorrer ao Estado Juiz diante de um conflito de interesses ou supressão de direito o cidadão busca que ele, mediante a aplicação das leis e dos preceitos de justiça, encontre uma solução capaz de reestabelecer a harmonia social ali obstruída. Para fazê-lo e ter chance de ver satisfeita a sua pretensão, todavia, é imprescindível que se utilize dos meios eficazes de comprovação do seu direito e das suas alegações.

A esses elementos que servirão de base para a demonstração do direito de cada uma das partes envolvidas em um processo é que a doutrina atribui o nome de prova.

Segundo Candido Rangel Dinamarco (2003, p. 43), a prova é “um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”.

Nesse mesmo sentido são as lições de Plácido e Silva (1998, p. 296), que a prova seria “no sentido jurídico, a denominação, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se concluiu por sua existência do fato ou do ato demonstrado”.

O objetivo da prova é, portanto, trazer aos autos a verdade real, tão

quanto possível, de modo que o magistrado tenha condições de aplicar as leis do modo mais justo e condizente possível com a defesa dos direitos fundamentais das partes.

Esse é igualmente o entendimento de Nicola Framarino Dei Malatesta (1995, p. 21), para quem a prova pode ser tomada como “a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza”.

A interceptação telefônica, nesse sentido, responde perfeitamente àquilo que se espera de um meio de prova, pois se utiliza da tecnologia para trazer ao processo evidências que auxiliarão o juiz na averiguação dos fatos e na aplicação do direito.

Em determinados momentos, é o único mecanismo de prova hábil a revelar denúncias de atividades criminosas e que põe em risco toda a coletividade. Assim revele-se o julgado abaixo, senão vejamos:

HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. (HC 72588, Relator (a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/1996)³.

Nesse mesmo sentido, outra decisão judicial:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ÚNICO MEIO DE PROVA VIÁVEL. PRÉVIA INVESTIGAÇÃO. DESNECESSIDADE. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO NO CRIME SURTIDOS DURANTE O PERÍODO DE MONITORAMENTO. PRESCINDIBILIDADE DE DEGRAVAÇÃO DE TODAS AS CONVERSAS. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

3 <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 25 de março de 2012

1. Na espécie, a interceptação telefônica era o único meio viável à investigação dos crimes levados ao conhecimento da Polícia Federal, mormente se se levar em conta que as negociações das vantagens indevidas solicitadas pelo investigado se davam eminentemente por telefone.
2. É lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso. Precedentes.
3. O monitoramento do terminal telefônico da paciente se deu no contexto de gravações telefônicas autorizadas judicialmente, em que houve menção de pagamento de determinada porcentagem a ela, o que consiste em indício de sua participação na empreitada criminosa.
4. O Estado não deve quedar-se inerte ao ter conhecimento da prática de outros delitos no curso de interceptação telefônica legalmente autorizada.
5. É desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora Pacientes, pois basta que se tenham degravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal. Precedentes.
6. Writ denegado⁴.

Diante do que foi demonstrado não há que se questionar o valor que a interceptação telefônica guarda como mecanismo de repressão de crimes e aferição da verdade real dentro do processo.

A nova discussão que motivou o presente trabalho é a utilização do referido mecanismo de prova na esfera extrapenal, a qual foi excepcionalmente admitida pelo Superior Tribunal de Justiça e que vem suscitando discussões a respeito do seu uso estar adstrito à esfera penal, quando poderia também ser admitido em outros ramos do processo, quando útil ao deslinde dos fatos e à promoção da justiça.

4 Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 25 de março de 2012.

A utilização da interceptação telefônica na seara extrapenal

Análise da decisão do Habeas Corpus nº 203.405 – MS

Toda a discussão que motivou o presente artigo teve origem a partir do Habeas Corpus nº 203.405 – MS, proferido pela Terceira Turma do STJ, e publicado no Diário de Justiça do Estado em 07 de novembro de 2011, sob a relatoria do Ministro Sidnei Beneti.

Todo o imbróglio que envolve a permissividade da utilização da interceptação telefônica na seara extrapenal surgiu quando uma empresa telefônica recusou-se em cumprir com determinação judicial de quebra de sigilo, requisitada pela autoridade judicial da 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande, Mato Grosso do Sul, a qual visava, na ocasião, descobrir o paradeiro de uma criança que se encontrava desaparecida.

No caso aqui relatado, a opção pela interceptação telefônica foi trazida pelo juiz, quando não havia outro meio de prova que se mostrasse hábil a demonstrar o destino da criança, a qual se suspeitava ser vítima de rapto pelo próprio genitor, eis que por diversas vezes foram enviadas cartas precatórias para que se realizassem a busca e apreensão do menor, sem que, contudo, houvesse êxito.

Pautado no ímpeto de resguardar os direitos do menor é que o juiz optou pela referida diligência, e, corroborando com seu pensamento, assim assinalou o Desembargador Romero Osme Dias Lopes:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA. VARA DE FAMÍLIA. TENTATIVA DE LOCALIZAÇÃO DE GENITOR QUE RAPTOU O PRÓPRIO FILHO. RECUSA NO CUMPRIMENTO DE ORDEM EMANADA DE VARA CÍVEL. ALEGAÇÃO DE QUE A MEDIDA É VEDADA NA SEARA EXTRAPENAL. AFASTADA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. COMETIMENTO DE DELITO A SER AVERIGUADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E VINCULADA. PRAZO PARA AS ESCUTAS. READEQUAÇÃO DO DISPOSTO NA LEI 9.296/96. ORDEM DENEGADA. LIMINAR CASSADA. 1. Conforme cediço e exposto na Lei nº 9.296/96, a realização da interceptação telefônica é vedada na seara extrapenal. Entretanto, tal princípio não é absoluto.

No âmbito cível e em situação extremamente excepcional, é admitido este artifício quando nenhuma outra diligência puder ser adotada, mormente quando há possibilidade de se averiguar o possível cometimento do delito disposto no art. 237 do ECA.⁵

Na situação aqui em comento, o Superior Tribunal de Justiça adotou uma posição que, num primeiro momento mostrou-se polêmica, eis que para os doutrinadores mais positivistas, houve violação não apenas de lei expressa, mas do próprio texto constitucional, já que a aplicabilidade em esfera cível, deste tipo de prova, não encontra qualquer respaldo.

Entretanto, a justificativa utilizada pelos Ministros Relatores do Habeas Corpus nº 203.405 – MS foi, no sentido de que a defesa de bens jurídicos relevantes e dos direitos fundamentais requer, vez ou outra, relativização de certos princípios, e, mais do que isso, interpretação diferenciada do texto legal.

Sabe-se que a defesa da intimidade pelo ordenamento jurídico pátrio toma por base a própria origem do Estado de Direito, e evita que o Estado, abusando dos poderes que lhe são inerentes, invada setores da vida do cidadão, os quais dizem respeito a aspectos pessoais e que não podem ser objeto de qualquer investigação sob pena de se colocar em questão a sua dignidade.

Em relação à proteção do direito da intimidade, até mesmo a influência dos tratados internacionais de direitos humanos são utilizados como mecanismos de combate a sua violação. Importante citar, inclusive, o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, e o qual eleva o valor da vida privada e familiar, do domicílio e das correspondências, disciplinando sua proteção, em seu artigo 11, do qual se extrai que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência,

5 Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 20 de março de 2012.

nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

Não se está a questionar na decisão do Superior Tribunal de Justiça em comento o valor da intimidade em nosso sistema jurídico. A Constituição brasileira mantém intacta e inviolável a proteção a esse direito e não vem, a partir desse julgado, permitir a relativização desse princípio a qualquer preço, mas demonstrar que uma aplicação do direito que vise à promoção da justiça precisa privilegiar a convivência harmônica dos princípios e direitos fundamentais existentes.

Nos dizeres de Konrad Hesse:

O objetivo da interpretação é chegar ao resultado constitucionalmente correto através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado de modo igualmente racional e controlável, e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão. (Hesse, 2009, p. 103).

Privilegiar demasiadamente a intimidade pode resultar em sacrifícios de direitos tão ou mais importantes que esse razão pela qual a ponderação de direitos e princípios torna-se imperativa na atualidade.

Logo, ao que parece, para que se possa aplicar os preceitos constitucionais de forma razoável é imperioso que, vez ou outra, a aplicabilidade de dado princípio precise reduzir a área de atuação de outro.

Nos dizeres de Alexy (2008, p. 280 e 281): “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental, partindo-se do pressuposto de que tais direitos assim o são, possuem certa margem excedente sobre a qual poderá recair a referida limitação”.

Nesse mesmo sentido, as palavras de Romero Osme Dias Lopes, no voto por ele proferido no HC nº 203-405-MS:

Se, de um lado prevalece o direito à intimidade daqueles que terão seus sigilos quebrados, de outro há a necessidade de se resguardar, com extrema urgência, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade,

ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária do menor.⁶

A permissão da utilização da interceptação telefônica, nesse sentido, responderá a um imperativo lógico, do novo sistema processual, o qual se desapegando do formalismo exagerado e do positivismo arraigado, busca a justiça como sua meta máxima na aplicação dos preceitos constitucionais.

A utilidade do processo e da prova na pacificação com justiça

A decisão do Superior Tribunal de Justiça em comento no presente trabalho fomenta a reflexão a respeito não apenas da possibilidade de utilização da interceptação telefônica fora do âmbito exclusivamente penal, mas põe em questão a importância da prova para o deslinde dos fatos que levam a decisões justas em um processo.

Ora, se o acesso à justiça é princípio constitucional expresso na Carta Magna de 1988, e se servem de sustentáculo ao Estado de Direito brasileiro, princípios outros como o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, não há que se admitir que, num processo judicial, a ausência de uma coerente elucidação dos fatos venha a pôr em questão o papel do juiz no deslinde dos crimes e na aplicação da lei de forma justa.

Nos dizeres de Ovídio Batista:

A verdadeira essência da função jurisdicional não é, portanto, o “pronunciamento” da sentença que compõe o litígio que não passa de uma atividade - meio, apenas instrumental, senão que corresponde à realização do direito material que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da auto - realização. O que ocorre, no entanto, é que o Estado, para poder realizar o direito material, terá necessariamente de averiguar, antes, a existência do direito cuja titularidade seja porventura afirmada

6 Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 20 de março de 2012.

por aquele que o procura para exigir a tutela jurisdicional. Desta contingência decorre a circunstância inevitável de ter-se de conceder “ação”, no plano do direito processual, igualmente ao que não tenha direito, não tenha pretensão nem ação. (BATISTA, 2001, p. 86).

Conforme já mencionamos nos capítulos anteriores, toda a polêmica que envolve a utilização da interceptação telefônica no Brasil, diz respeito à possibilidade de violação de direitos fundamentais, eis que o método de colheita de informações que ela propicia poderá colocar em risco alguns direitos fundamentais presentes na Constituição Brasileira.

Assim, restringe-se seu uso quando autorizado às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal, visando-se resguardar, sobretudo, a intimidade, princípio constitucional igualmente protegido pela nossa ordem jurídica.

Na realidade, se o objetivo da prova é elucidar fatos e se esse esclarecimento por ela proporcionado é um dos caminhos que leva à pacificação social e, por conseguinte, possibilita o acesso à justiça, restringir a utilização de determinados tipos de prova, parece, num primeiro momento, ser pernicioso ao nosso sistema processual, e mais do que isso prejudicial a uma ordem constitucional que tem como escopo último a defesa da dignidade da pessoa humana.

Segundo Sarlet (2004, p. 54), os direitos fundamentais de uma maneira geral têm cunho negativo uma vez que se dirigem a uma abstenção, que os proteja de violações por parte do Estado. No que tange à intimidade, deseja-se resguardar de qualquer ameaça a intimidade dos cidadãos perante o ente estatal.

A restrição da utilização da interceptação telefônica à esfera processual penal, nesse diapasão, acaba sendo justificada pelo fato de que, apenas em casos de proteção extrema de bens jurídicos que são de incontestável importância para a sociedade, esse princípio poderá ser relativizado.

A grande questão é descobrir se fora do âmbito penal existe algum direito ou bem jurídico de importância tão ínfima que mereça

ser desconsiderado como tal, a ponto de prescindir da utilização de determinados meios de prova, hábeis a demonstrar a verdade real dos fatos.

É notório que estamos vivenciando um momento de constitucionalização do direito processual. Ora, se analisarmos a prova como um dos mecanismos de acesso à justiça, eis que só por meio dela conseguimos ter uma percepção clara de quem afinal violou direito de outrem ou rompeu com a harmonia social (e merece, por conseguinte, sofrer as consequências previstas em lei para tanto), a justificativa para restringir sua aplicação ao processo penal já parecerá desmesurada.

Numa visão mais atual do processo e da prova, todo e qualquer formalismo ou rigor técnico que inviabilize o bom andamento da justiça, já fere, não àqueles que buscam do Estado – juiz uma solução aos seus problemas, mas a toda uma ordem jurídica que propõe o acesso à justiça como princípio fundamental.

Nos dizeres de Marques (1998, p. 504-505):

A observância das formas constitui, portanto, fator de regularidade procedimental, garantindo às partes um perfeito conhecimento do curso do processo e dos atos que nele se pratica. Todavia, sacrificar o processo em sua marcha ou eficácia, em virtude apenas de inobservância de forma, sem que prejuízo tenha daí advindo às partes, é orientação hoje abandonada, pois as leis processuais, antes que presas à regra da relevância absoluta da forma seguem o princípio da instrumentalidade das formas, em que o aspecto formal do ato cede passo a sentido teleológico, e o *modus faciendi* à causa *finalis*. (MARQUES, 1998, 504-505).

É nesse sentido que defendemos a adoção da interceptação telefônica também fora do âmbito criminal. Se esse meio de prova se apresenta como uma forma eficaz de promoção da concretização da justiça, dentro da visão humanista que a nossa ordem constitucional prega, parece justo que não outros ramos do direito possam dela usufruir.

Não há mais que falar em aplicação exclusiva do princípio da verdade real apenas em âmbito formal. Todo e qualquer processo visa à verdade dos fatos, pois a nossa ordem constitucional não poderia prever o acesso à

justiça e nem a proteção do devido processo legal privilegiando a mentira como embasamento fático das sentenças prolatadas pelo Estado.

Essa visão que nos parece absolutamente distante da nova ordem constitucional, poderia ser utilizada para justificar a violação do direito à intimidade na utilização da interceptação telefônica em âmbito criminal, mas não incluir essa permissividade para outros ramos do direito e do processo.

Todavia, para o novo direito processual, pautado no devido processo legal, na ampla defesa e no contraditório como direitos fundamentais, mais uma vez a proibição se apresenta como perniciosa e infundada. Vejamos o que aduz Rui Portanova a respeito do tema:

A adoção plena no processo civil do princípio da verdade real é uma consequência natural da modernidade publicística do processo. Assim, a par de não se admitir o princípio dispositivo rígido... Cada vez mais aumenta a liberdade na investigação da prova, em face da socialização do Direito e da publicização do processo, razão que levou Lessona a afirmar que em matéria de prova todo progresso está justamente em substituir a verdade ficta pela verdade real. (...) Pela prova há a revelação processual da verdade e este, pelo menos, deve ser o interesse das partes e da sociedade. (PORTANOVA, 1997, p. 199).

Sendo a prova, portanto, um importantíssimo mecanismo de defesa da dignidade da pessoa, diante de uma situação de litígio, é preciso que ela possa ser utilizada da forma mais ampla possível com vistas a proporcionar ao magistrado o acesso real aos fatos que necessita saber para aplicar corretamente o direito ao caso em concreto.

A interceptação telefônica e a interpretação constitucional

As restrições à utilização da interceptação telefônica estão, conforme já fora aqui aduzido, presentes de forma expressa na Constituição da República brasileira. Logo, interpretando-se o dispositivo constitucional de forma literal, não há que se falar na possibilidade de se aplicar tal meio de prova em outra seara que não seja a processual penal.

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, entretanto, foi inevitavelmente pautada na aplicação não da letra fria da lei, mas em uma interpretação sistemática de todo o texto constitucional.

Isso porque, na busca pela efetivação da justiça, não é admissível que o Estado-juiz apegue-se apenas ao que determina o legislador, sem atentar-se para as peculiaridades do caso.

Nos dizeres de Plauto Faraco de Azevedo:

Faz-se necessário mudar o ângulo de visualização dos problemas jurídicos, notadamente daqueles relativos à aplicação do Direito, reconhecendo que sua solução demanda, além do conhecimento e domínio analítico-descritivo do sistema jurídico, capacidade de valorizar os interesses pessoais e sociais em questão, uma forma, em suma, de sensibilidade crítica que a formação jurídica positivista tolhe, na medida em que limita o conhecimento do jurista à lei, ao código, ao sistema jurídico, separando-os da vida. (AZEVEDO, 1989, p. 58).

Não há como se engessar a aplicação da lei, petrificar o seu alcance ou restringir a aplicação das normas constitucionais, sobretudo, quando essa interpretação mais literal colocar em prejuízo a investigação da verdade e a aplicação da justiça.

Observa-se que, no HC nº 203.405-MS, a interceptação telefônica foi utilizada para que se pudesse salvaguardar o bem-estar e a integridade física de uma criança. A proteção dos menores apresenta-se tão relevante para a visão constitucional quanto o resguardo da intimidade, minimizada quando da utilização da interceptação telefônica.

Logo, para que possa ser aplicada em termos práticos, é necessário que se faça uma interpretação da Constituição mais voltada à ponderação dos valores ali defendidos, já que não há, em termos práticos, como se apontar um princípio ali defendido que seja mais importante que outro.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Carlos Maximiliano (1961, p. 193), quando aduz que “O Direito é uma ciência principalmente normativa ou finalística; por isso sua interpretação há de ser, na essência, teleológica”.

Não há que se olvidar que a hierarquia das leis que impõem o

cumprimento dos preceitos constitucionais como a base do sistema jurídico brasileiro não pode ser afastada a qualquer preço. Mas, a obediência à Constituição não pode impedir a concretização da justiça.

Relativizar ou minimizar um princípio constitucional parece razoável quando há outro princípio que, em dado momento, apresenta-se mais relevante e carece de proteção. A proporcionalidade e a razoabilidade parecem servir de parâmetro para que se possa garantir que a aplicação da Constituição de forma mais restrita ou mais ampla não ensejará violações a dignidade da pessoa humana, valor máximo defendido por nosso ordenamento jurídico.

Nos dizeres de Magalhães:

não resta alternativa ao profissional do direito senão recorrer, antes de tudo, ao fenômeno da mutação constitucional. (...) não se pode interpretar a Constituição de maneira reducionista ou contra seus princípios, antes ponderando-se que a interpretação conforme a Constituição da Lei nº 9.296/96, que trata da interceptação de comunicações telefônicas, deve considerar inconstitucional o termo “para prova em investigação criminal e instrução processual penal”, uma vez que não possui a mesma complexidade que encerra a Carta Fundamental. (MAGALHÃES, 2012, p. 58).

Logo, a adoção da interceptação telefônica na seara extrapenal não parece violar norma constitucional expressa, mas contribuir para que os princípios constitucionais do processo sejam viabilizados e a proteção do ser humano consiga ser promovida de forma compatível com aquilo que a própria Constituição propõe.

Considerações Finais

A decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida no HC nº 203.405-MS demonstra claramente a necessidade de enxergarmos o direito além das amarras dos textos escritos.

Nos dizeres de Paulo Bonavides (1994, p. 424), “a moderna

interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal que tanto prosperou na época do Estado liberal.”

De fato, se o apego à letra da lei, em outras épocas conferia segurança às partes em face dos abusos do Estado, na atualidade, o que assistimos é uma verdadeira “superação do paradigma normativista – (neo) liberal individualista” (STRECK, 1997).

A nova interpretação da lei deve buscar envolvê-la nas recentes aspirações sociais e, para fazê-lo, terá que prestar-se à releitura de princípios, e à inevitável ponderação de valores, minimizando e relativizando certos direitos para que consiga defender outros reputados em dado momento mais relevantes.

Permitir a aplicação da interceptação das comunicações telefônicas na esfera extrapenal parece ser atitude que se compatibiliza com essa nova visão do direito. Ultrapassando os limites impostos pela legislação constitucional e infraconstitucional, a utilização desse meio de prova, em qualquer das esferas do direito apresenta-se como útil e capaz de proporcionar a elucidação dos fatos que embasarão decisões judiciais mais comprometidas com a verdade dos fatos.

Ainda que o resguardo à intimidade seja algo que se coaduna perfeitamente com as bases do Estado de Direito, não é admissível que a sua proteção e defesa possam colocar em risco outros direitos de similar importância.

Nesse sentido, são as palavras de Ada Pellegrini Grinover:

O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável. (GRINOVER, 1985, p. 194).

Por fim, não é demasiado lembrar que a jurisprudência e parte da doutrina já se manifestaram favoráveis à utilização da prova emprestada de

processos criminais na esfera extrapenal.

Logo, não parece que a admissão da interceptação telefônica na esfera extrapenal seja, em verdade, capaz de ensejar violação tão mais gravosa que a utilização da prova emprestada, sobretudo, quando o caso em concreto indicar que a sua utilização restará proveitosa.

O que se pode compreender a partir da análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça é que a necessidade de se interpretar os dispositivos constitucionais de forma cada vez mais comprometida com os ditames da justiça tem convidado os operadores do direito a saírem da zona de conforto da aplicação da letra da lei e, mesmo diante de norma constitucional, a repensarem o papel da prova e sua utilização no processo, como mecanismos de utilidade ímpar na promoção do acesso à justiça.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANHA, Adalberto José Q. T. De Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO DE CASTRO, Carla Rodrigues. *Crimes de Informática e seus aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. “A ‘plenitude de defesa’ no processo civil”, in *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL, Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Brasília: Senado Federal, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo,

Malheiros, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Luís Alberto Carlucci. *Aspectos da Lei de Interceptações Telefônicas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/196>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acessado em: 5 mar. 2012.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica: Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo Constitucional em Marcha*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1985.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Waleska Gbiotto Silverberg. São Paulo: Conan, 1995. v.1.

- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª Ed., São Paulo: Atlas S.A, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 1.ed., 2ª tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4º ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 296.
- SILVA JÚNIOR, Délio Lins e Silva. *Dez anos da lei de interceptações telefônicas, ainda há salvação para o cunho garantista de sua redação?*. **Boletim IBCRIM**, São Paulo, n.162, ano14, p.2, maio/2006.
- STRECK, Lênio. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

ENSAIOS

2013

A Retratação do Veto

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz ¹

“The President can not recall a veto
though it is signed under a misapprehension...”
(David Watson, in The Constitution of the United States,
Chicago, 1910, v. I, p. 375).

A Constituição Federal de 1988, seguindo a tradição constitucional desde a Carta Imperial de 1824, mantém o instituto do veto, isto é, autoriza a Lei Maior que o Chefe do Poder Executivo recuse sanção a projeto de lei já aprovado pelo Legislativo, dessa forma impedindo a sua transformação em lei (art. 66, § 1º, da CF/88).

A propósito, diz Harold Laski, ao examinar a experiência constitucional norte-americana, *verbis*:

“The President has also the veto power, in its various forms, as a method of influence. No one now accepts the view of Washington that a Bill should be vetoed only upon the ground of its probable unconstitutionality. “If anything has been established by actual practice,” wrote President Taft, “it is that the President, in signing a Bill, or returning it unsigned, must consider the expediency and wisdom of the Bill, as one engaged in legislation and responsible for it. The Constitution used the word ‘approve,’ and it would be a narrow interpretation to contract this into a mere decision as to legal validity.” This is the generally accepted view ... On

¹ Desembargador Federal do TRF da 4ª Região

the whole, it cannot be said that the power is a great one, or that it has been widely used; and Congress can always overrule the President by a two-thirds majority of the members who constitute a quorum in either House. Eight Presidents (seven of them in office before the Civil War) did not exercise their veto power at all. Of the earlier Presidents, Washington exercised it twice, Madison on six occasions, and Monroe once. Jackson vetoed twelve measures, and Tyler nine. In the post-Civil War period, Grant vetoed forty-three Bills, Roosevelt forty, and Woodrow Wilson twenty-six. Cleveland vetoed no less than 358 measures; but the vast majority of them were private pensions Bills of an indefensible character. The passage of a Bill over the President's veto is infrequent.”²

O ponto nodal da questão está em se saber se a Constituição admite a possibilidade de retratação de um veto pelo titular do Poder Executivo.

A doutrina, em expressiva maioria, responde pela negativa, concluindo que o uso do veto não permite arrependimento e, uma vez lançado, é irretroatável.

Pontes de Miranda, com insuperável clareza, expõe esse princípio de Direito Constitucional com estas palavras, *verbis*:

“Vetado o projeto de lei, não pode o Poder Legislativo resolver corrigi-lo e submetê-lo a novas discussões. A fortiori, pedir que o Presidente da República lho devolva, para que, antes da sanção, se emende. Os trâmites da elaboração das leis são irreversíveis. Também o Presidente da República que exerceu o direito de vetar, não pode penitenciar-se, e revogar, ou modificar o veto. Se vetou totalmente o projeto de lei, não lhe é permitido passar ao veto parcial. Se só parcialmente o vetou, não se lhe concede vetá-lo duas vezes, em parte, ou mais de uma vez no todo.”³

2 Laski, Harold J. *In The American Presidency – An Interpretation*. Third Impression, George Allen & Unwin Ltd, London, 1952, pp. 147/8. Nesse sentido, ainda, as obras de Thomas C. Marks e John F. Cooper, *in State Constitutional Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1988, pp. 57/61, e Jerome A. Barron e C. Thomas Dienes, *in Constitutional Law*, 7 th Edition, West, St. Paul, Minn., 2009, pp. 168/176.

3 Miranda, Pontes de. *In Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970, t. III, p. 322. Nesse entendimento, ainda, os seguintes autores: Carlos Maximiliano, *in Comentários à*

Em tal sentido, anotou o consagrado Professor Mario Casasanta, em sua clássica tese de concurso “O Poder de Veto”, *verbis*:

“Pergunta-se se, tendo devolvido o projeto, com os motivos do veto, pode o presidente, ainda dentro dos dez dias úteis, ou mudar de resolução, não o vetando, ou, tendo-o vetado parcialmente, querer vetá-lo em outra parte.

Paulo de Lacerda responde negativamente às duas hipóteses. O veto é ato único e irretratável. O presidente pode usá-lo só uma vez, e, uma vez usado, não pode arrepende-se. Tem de passar pelos trâmites que a constituição lhe determina.

O veto não tem a mesma sorte que a sanção: uma vez posta a assinatura no projeto, torna-se lei, ainda que se não devolva ao legislativo, ao passo que o veto se malogra, com a não devolução, dentro dos dez dias úteis.

Watson, *Constitution of the Unites States*, I, p. 363, dá-nos conta de uma decisão nesse sentido. Como um governador sancionasse um projeto e sobreviesse o encerramento das sessões legislativas, o presidente do senado, que veio a substituí-lo, encontrou o projeto e opôs-lhe veto, não obstante a sanção. Decidiu-se que a sanção do governador fôra definitiva, sendo nula, por isso mesmo, a ação do segundo.

Quanto à irretratabilidade, parece não haver dúvida.

Ela decorre do texto, que não prevê senão uma remessa do projeto do legislativo para o executivo e uma devolução do executivo para o legislativo.

É o que ocorre nos Estados Unidos.

Woodburn, apud Aurelino Leal, *Teoria e Prática*, p. 851:

“O presidente Grant, em 15 de agosto de 1876, vetou o projeto relativo à venda de terras de índios, enviando sua mensagem de veto ao senado. Antes, porém, que esta

Constituição Brasileira, 4ª edição, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio, 1948, v. II, p. 178, nº 364; Aurelino Leal, in **Theoria e Prática da Constituição Federal Brasileira**, Parte Primeira, F. Briguiet e Cia. Editores, Rio de Janeiro, 1925, p. 851; Ernesto Rodrigues, in **O Veto no Brasil**, 1ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 52; José Afonso da Silva, in **Processo Constitucional de Formação das Leis**, 2ª edição, 2ª tiragem, Malheiros Editores, pp. 227/8, nº 17; José Celso de Melo Fº, in **Constituição Federal Anotada**, 2ª edição ampliada, Saraiva, 1986, p. 224.

câmara tivesse tomado conhecimento dela, recebeu do presidente outra dizendo que o veto fôra prematuro e pedindo que o projeto lhe fosse devolvido para ser assinado. Travou-se debate para saber se o presidente podia reconsiderar o veto. Foi geralmente sustentado que êle não tem tal poder e que o único efeito da segunda mensagem era induzir a aprovação da mensagem sôbre o veto.”

A irretratabilidade decorre do texto, porque não a prevê, mas essa unicidade pode ser posta em dúvida, com alguma razão.”⁴

Na mesma linha, sinalou Paulo de Lacerda, *verbis*:

“482 – De resto, o poder de vetar é indelegável, e o veto irrevocável, tal como o de sancionar e a sanção. Trata-se de atribuição pessoal do Presidente da Republica, e que ele pode usar uma unica vez a cada projecto; mas que, em usando-a, esgota essa mesma respectiva atribuição. É o que se verifica nos preceitos constitucionaes acerca do instituto.”⁵

Ao dissertar acerca da matéria, à vista do sistema constitucional americano, escreveu James Woodburn, *verbis*:

“President Grant on August 15, 1876, vetoed a bill for the sale of certain Indian lands. He sent his veto message to the Senate, but before that body had acted upon it a message was received from the President, saying that his veto was premature, and he requested that the bill be returned to him that he might sign it. A discussion arose as to whether the President could recall a veto message. It was generally held that the President had no such power, and the only effect of the second message was to induce the passage of the bill over the veto.”⁶

4 Casasanta, Mario. In O Poder de Veto, Os Amigos do Livro, Belo Horizonte, pp. 250/2.

5 Lacerda, Paulo de. in Princípios de Direito Constitucional Brasileiro, v. 2, p. 292, n° 482.

6 Woodburn, James A. in The American Republic and its Government, second, revised, edition, G. P. Putnam’s Sons, New York and London, 1916, p. 156.

No mesmo itinerário de pensamento, conclui Watson, *verbis*:

“The President can not recall a veto though it is signed under a misapprehension and it was held by the Virginia Court of Appeals in Wolfe v. McCaull, that the legislature could not recall a bill which had been sent to the governor for his approval.”⁷

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Representação nº 432-DF, em 22 de janeiro de 1960, sendo relator o Ministro Ary Franco, teve a oportunidade de se pronunciar a respeito de retratação do veto.

O acórdão possui a seguinte ementa, *verbis*:

“O poder de veto, se usado pelo executor não pode ser retratado.”⁸

Em seu voto, disse o relator, o eminente e saudoso Ministro Ary Franco, *verbis*:

“Sr. Presidente, como viu o Tribunal, do relatório e das exposições feitas pelo Dr. Procurador Geral da República e pelo ilustre advogado que ocupou a tribuna, depois de vetado um projeto de lei, o governador do Estado de Pernambuco se dirigiu a Assembléia Legislativa, pedindo-lhe que devolvesse o mesmo, dizendo que vira estar errado e não ser de subsistir o veto. Daí a sanção da lei votada pelo Legislativo estadual. Como disse o ilustre advogado, o que o governador fêz foi vetar e desvetar. O problema é saber se é lícito ao governador, depois da devolução à Assembléia Legislativa do projeto vetado, retratar-se. O ilustre advogado, a meu vêr, não deixou pedra sôbre pedra. Trouxe a atenção do Tribunal opiniões de todos os tratadistas na matéria, inclusive comentadores nacionais, a começar por Paulo Lacerda, na vigência da Constituição de 1891, e o seu excelente comentário sôbre a Constituição, particularmente, os ensinamentos a respeito de Mario Casasanta, na sua tese de concurso “O Poder de veto”, que tenho em mãos, em que se diz,

7 Watson, David K. in The Constitution of the United States – Its History Application and Construction, Callaghan & Company, Chicago, 1910, v. I, p. 375.

8 In RTJ 13/89.

incisivamente “ – o presidente pode usá-lo só uma única vez e, uma vez usado, não pode arrepender-se. Tem de passar pelos trâmites que a Constituição lhe determina”. Páginas adiante, êle timbra em mostrar que o que perfaz o veto é a devolução. Ora, desde que o Governador havia vetado a lei, a solução estaria naquilo que por vêzes, é usado pelo Presidente da República e foi pôsto em relêvo pelo ilustre advogado, com muita oportunidade: é aconselhar o Congresso a rejeitar o veto (no caso, seria a Assembléa Legislativa). Longe do entendimento que dá o Dr. Procurador Geral da República ao assunto, em penso que o Governador bem se houve nesta representação, porque atenta contra a independência e harmonia dos poderes e torna inconstitucional a lei.”⁹

E o Ministro Nelson Hungria, ao proferir o seu voto, assinalou, *verbis*:

“Sr. Presidente, também entendo que, se admite a possibilidade da retratação de um veto, a lógica nos levaria à conclusão de que o Governador poderia, igualmente, revogar a sanção, desde que ainda não expirado o prazo que tinha, para esta. É verdade que houve um acôrdo, uma *entente* entre a Assembléa Legislativa e o Governador, mas, quando estão em jôgo interêsse público e um preceito constitucional, em face do qual não é possível que dois Podêres se entendam, para que um interfira na órbita do outro, não pode haver essa transação ou acomodação recíproca. A Assembléa Legislativa, ao receber o veto do Governador, não podia, a seguir, renunciar o direito de apreciá-lo, para aceitá-lo ou rejeitá-lo. Assim, estou de acôrdo com o voto do Sr. Ministro Relator.”¹⁰

Nessa conformidade, à vista dos princípios sucintamente expostos, da *communis opinio doctorum*, da doutrina estabelecida, generalizada e definitivamente consagrada (*Bewaehrte Lehre*), aceita por mestres de consolidado prestígio, é lícito concluir que o poder de veto, previsto no artigo 66, § 1º, da Carta Política, somente pode ser utilizado pelo Chefe do Poder Executivo uma única vez e, uma vez usado, é irreatável.

Para finalizar, seja-me permitido colacionar o depoimento do

9 *In* RTJ 13/91.

10 *In* RTJ 13/91.

Presidente Theodore Roosevelt acerca da importância e da gravidade da utilização do “veto power”, *verbis*:

“It is customary to speak of the framers of our Constitution as having separated the judicial, the legislative and the executive functions of the government. The separation, however, is not in all respects sharply defined. The President has certainly most important legislative functions, and the upper branch of the national legislature shares with the President one of the most important of his executive functions; that is, the President can either sign or veto the bills passed by Congress, while, on the other hand, the Senate confirms or rejects his nominations. Of course the President can not initiate legislation, although he can recommend it. But unless two-thirds of Congress in both branches are hostile to him, he can stop any measure from becoming a law. This power is varyingly used by different Presidents, but it always exists, and must always be reckoned with by Congress.”¹¹

Nessa mesma linha, ainda, o pensamento do Presidente Calvin Coolidge, *verbis*:

“When I took office I gave an oath to support the Constitution of the United States. (...) My oath was not to take a chance on the Constitution; it was to support it. When the proponents of this measure do not intend to jeopardize their safety by acting under it, why should I jeopardize my oath by approving it? We have had too much legislating by clamor, by tumult, by pressure. Representative government ceases when outside influence of any kind is substituted for the judgment of the representative. This does not mean that the opinion of constituents is to be ignored. It is to be weighed most carefully... Opinions and instructions do not outmatch the Constitution. Against it they are void.”¹²

Com efeito, a instituição do veto pelas constituições visou atender a uma necessidade universalmente sentida, qual seja, a de fornecer meios

11 *In Presidential Addresses and State Papers of Theodore Roosevelt – Part one*, P. F. Collier & Son Publishers, New York, pp. 2/3.

12 Coolidge, Calvin. *In The Price of Freedom - Speeches and Addresses*, Charles Scribner's Sons, New York – London, 1924, pp. 406/7.

ao Executivo de expungir dos textos legislativos “pingentes” ou “caudas”, ou *riders*, como os autores americanos os denominam, acrescentados pelos parlamentares no decorrer do processo legislativo.

A gravidade dessa medida, quando utilizada pelo titular do Executivo, pois o coloca na posição de defensor da Carta Magna, exercendo um verdadeiro controle preventivo para resguardá-la de qualquer violação ao seu texto, resultante da entrada em vigor de uma lei inconstitucional, implica, uma vez aposto o veto, a impossibilidade de sua posterior retratação.

Verba clara non admittunt interpretationem, neque voluntas conjecturam.

Breves Anotações sobre o Sistema de Controle Interno: Redefinição do Denominado Modelo de Gestão “Gerencial”¹, Exercício da Função e a Necessidade de uma Lei Geral de Controle Interno

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro²

A desmitificação do que chamamos de modelo de gestão pública “gerencial”: o problema do rótulo e a redefinição para construção de um conceito de modelo responsável

Como se sabe, no ano de 1967 algumas alterações substanciais ocorreram na gestão administrativa brasileira, principalmente com a publicação do Decreto-Lei n.º 200/67, que, dentre outros buscava a

1 Colocamos o termo “gerencial” entre aspas, pois, como veremos, essa expressão carrega uma forte rejeição em face de alguns contornos e tentativas de flexibilização da gestão pública brasileira com a utilização desse rótulo. Dessa forma, o modelo gerencial do qual trataremos, e ainda acreditamos, não é este tachado negativamente pelo rótulo, mas pode ser entendido e será assim nominado, como modelo de Estado “responsável”

2 Doutorando e Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar Filho. Especialista em Direito Empresarial Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

superação da noção estanque de burocracia e sinalizava a preocupação em fornecer ao Estado princípios racionais que possibilitassem o planejamento e a gestão orçamentária, a descentralização e a coordenação das atividades administrativas e um controle por resultados, tornando-se assim o primeiro marco da Administração Pública “Gerencial” no Brasil.

Ocorre que as alterações trazidas pelo citado Decreto-Lei não prosperaram, uma vez que, com a noção de maior liberdade na gestão administrativa, não demorou para que houvesse um desvirtuamento das regras de direito na criação de entidades da administração indireta³ e um completo descontrole das empresas estatais ante a sua autonomia e desregrada proliferação, o que fez com que alguns princípios e regras racionais-burocráticas tivessem que ser reforçadas.⁴

A Emenda Constitucional n.º 19/98 teve como fundamento⁵ “avançar no caminho da administração, promovendo flexibilidade, eficiência e cidadania”.⁶

Importante frisar desde já, que não se estará a dizer que o modelo burocrático não serve ao Estado Brasileiro, ou que a perspectiva de adoção do modelo “gerencial” pressupõe a completa inefetividade da burocracia,

3 Como, por exemplo, a burla à proibição de acumulação de cargos públicos e à regra precípua de realização de concurso público para ocupação de cargos na Administração.

4 Para alguns doutrinadores a introdução de regras e princípios racionais-burocráticos na condução da máquina pública engessou a Administração e representou um retrocesso no processo de flexibilização do Estado. Porém, tal posicionamento me parece radical no sentido de que existia, à época, a necessidade de se frear a desorganização administrativa para que, posteriormente, fosse permitida uma adequação sustentável e responsável do sistema.

5 Fundamento este declarado no Plano Diretor da Reforma do Estado.

6 MOREIRA. *Direito administrativo: da rigidez autoritária a flexibilidade democrática*, p. 160.

mas sim que, ante a evolução das relações entre o setor público e o setor privado, não se pode aguardar que o modelo burocrático cumpra seu estágio no Estado Brasileiro⁷ ou que seja readequado ao que dele se espera, pois seguramente, para uma maior eficiência da “máquina” pública no Brasil, é necessário um choque de gestão e urge a adoção de um modelo de gestão que combine aos ditames burocráticos existentes, um direcionamento da política pública ao atendimento dos anseios da coletividade e uma administração proba e transparente.

Não há dúvida de que o estágio do modelo burocrático no Brasil foi tímido e não operou os efeitos esperados. Não se questiona, da mesma forma, que muito há que se fazer para existir em nosso Estado um desprendimento

7 Nesse sentido, veja-se: “Nos documentos e nos trabalhos sobre a Reforma da Gestão Pública de 1995/98, distingi com clareza a administração pública gerencial ou do modelo da gestão pública, das duas formas históricas básicas de administração do Estado que a antecedem: a administração patrimonialista, que confundia o patrimônio público com o privado, e a administração pública burocrática, que torna o serviço público profissional e baseado no princípio do mérito. A Reforma da Gestão Pública de 1995-98 não subestimou os elementos patrimonialistas e clientelistas ainda existentes em um Estado como o brasileiro, mas, ao invés de continuar se preocupando exclusivamente com ele, como fazia a reforma burocrática desde que foi iniciada nos anos 1930, avançou na direção de uma administração mais autônoma e mais responsabilizada perante a sociedade, a partir do pressuposto de que a melhor forma de lutar contra o clientelismo e outras formas de captura do Estado é dar um passo adiante e tornar o Estado mais eficiente e mais moderno. É preciso lutar contra a corrupção e o desperdício, mas essa luta não alcança êxito se nos limitamos a travar a administração pública com controles e mais controles. Ao invés disso, é preciso tornar a combinar confiança com controle, dar mais autonomia ao gestor público, e fazê-lo mais responsabilizado pelos seus atos. Dessa forma, a reforma brasileira rejeitou a crença burocrática de que não se pode jamais colocar o carro na frente dos bois, que, primeiro, é preciso completar a reforma burocrática para depois avançar na da gestão pública. Ao aceitarmos esse tipo de crença, deveríamos também defender a tese de que, primeiro, deveríamos terminar a revolução mecânica para podermos entrar na eletrônica...” (PEREIRA. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, 1996, p. 13).

do modelo patrimonialista e um maior aproveitamento da máquina pública. Porém, é inquestionável também que, muito embora exista uma necessária percepção de crescimento nesse sentido, há uma necessidade de evolução da Administração Pública brasileira, para que não sufrague em modelos ultrapassados e que não acompanham o desenvolvimento da sociedade.

Esse modelo, até para que não haja nenhuma confusão com aspectos conceituais e pressupostos prejudiciais do chamado modelo gerencial, chamaremos de modelo de gestão pública “responsável”.

Aqueles mais atentos podem imaginar que há, nesse posicionamento, uma alteração de postura desse autor em relação ao chamado Estado “Gerencial”⁸, ao contrário, há apenas uma redefinição do rótulo utilizado, para que não haja um pré-conceito em relação às ideias que são manifestadas ao tratar do tema de Controle Interno.

Por certo o modelo responsável não pode ser implementado com desatenção a realidade da Administração Pública brasileira,⁹ ou seja, haverá também neste novo modelo um controle de meios e de resultados — a depender do ato que se está a controlar — porém, **com a perspectiva evolutiva de que, pouco a pouco, a gestão administrativa se medirá pelo alcance do interesse público de maneira eficiente e substancial.**

É dizer, não se pode, em pleno século XXI, esperar que solicitações de leitos em hospitais sejam atendidas e autorizadas dias após o falecimento do solicitante; da mesma forma, impossível imaginar em dias atuais que com tantos controles e exigências legais a que está submetido o gestor, lhe seja facultado, no orçamento, destinar mais recursos a publicidade e(ou) gastos de gabinete do que para infraestrutura e implemento de ações fins e

8 Cf. publicado na obra: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. “*Sistema de Controle Interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*”. 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum.

9 Neste diapasão, vide JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 287.

de comprometimento sociais, por exemplo. Ou ainda, em tema de direito disciplinário, não se pode permitir que sanções administrativas sejam aplicadas ao arbítrio da Lei, com simulacros de processo administrativo ou, ainda, desvios de conduta do gestor no sentido de não atender a requisitos mínimos da função, como qualificação (profissionalização) e requisitos constitucionais comezinhos.

Ora, parece-me que nunca é despiciendo reforçar a necessidade do retorno de políticas públicas efetivas ao interesse público e ao cidadão, o que não se permite, é uma desarrazoada e custosa necessidade de agigantamento de ações secundárias do Estado em detrimento de ações primordiais da Administração (estas, frise-se, entendidas como aquelas que são tomadas em prol do cidadão).

A gestão administrativa responsável é, pois, um modelo que verifica sim os meios, mas se preocupa precipuamente com a realização dos resultados, do alcance primeiro do bem comum, da realização do interesse público, da máxima eficiência do ato administrativo, em outras palavras, da efetivação da justiça social por meio de uma gestão eficiente.

A aceitação de cargos comissionados quando utilizados para cumprimento de sua real função constitucional

No livro intitulado “Sistema de Controle Interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial”¹⁰, adotou-se uma postura de maior segurança aos desmandos que ocorrem em nosso país ao se tratar do tema da nomeação para cargos comissionados. Talvez por se imaginar um texto muito mais prático e que servisse para dotar a Administração Pública de meios efetivos para o implemento de um controle razoável e justo, infenso

10 CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. “Sistema de Controle Interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial”. 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum.

aos desvios de condutas e da utilização do direito para o cometimento de atos fraudulentos e prejudiciais ao erário.

Porém, no período em que sucederam a primeira e a segunda edição da referida obra e percebendo a realidade de alguns controles internos já instalados e a complexidade de tratar de um tema tão relevante num cenário de multiplicidade técnica e funcional dos (principalmente) municípios brasileiros, agrega-se, ao posicionamento anteriormente adotado, a possibilidade de nomeação do responsável pelo Controle Interno para o exercício de cargo comissionado originário, sem que nessa conduta haja qualquer irregularidade pré-concebida.

A razão – muito embora demande amadurecimento científico para sua tratativa e razoável entendimento pelo gestor – é simples.

O texto constitucional é claro ao permitir a utilização de cargos comissionados para as funções de direção, chefia e assessoramento¹¹, desde que, por óbvio (e essa exigência é abarcada pelos demais princípios constitucionais expostos no artigo 37), a pessoa nomeada detenha expertise e condições técnicas para o exercício do *munus* que lhe fora conferido.

Tal concepção se reforça quando se constata que o exercício do controle interno em alguns casos, por sua tecnicidade e importância, depende de um profissional que muitas vezes o corpo de servidores não detém, ou, ainda que detenha, não parece oportuno e conveniente ao gestor utilizar desse corpo técnico para uma função que pode ser atendida por servidor comissionado que, frise-se, deve deter reconhecida capacidade para exercê-la.

11 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Claro que mecanismos de reforço a independência e autonomia do Controlador interno nesse caso devem ser buscados e fomentados – muito pela característica de exoneração *ad nutum* própria desses cargos –, como por exemplo, a criação na Lei instituidora de Controle de instrumentos autônomos de atuação e controle, ou ainda, como um implemento dessa autonomia, buscar definir claramente os aspectos “gerenciais” de controle por meio de contratos de gestão com prazos e metas bem definidos em uma matriz de risco.

A opção pelo cargo comissionado, portanto, não é residual; é dizer, pode ser realizada independentemente de haver servidor efetivo e estável para esse exercício, desde que, frise-se, seja inequívoca a qualificação técnico-profissional desse servidor.

Por um dever de cautela do gestor em relação a sua opção discricionária – e para que mesmo com um amadurecimento da postura outrora adotada haja, em nosso entender, uma afinação com o texto constitucional – em havendo servidor efetivo e estável com capacidade para o exercício da função de controlador, deverá pelo gestor ser demonstrada a capacidade do servidor escolhido quando da opção pela nomeação do cargo comissionado, para que se atendam aos requisitos constitucionais (explícitos e implícitos) da referida nomeação.

Nesse sentido, o exercício do Controle Interno por cargo comissionado não é vedado e, em alguns casos, pode ser a única solução viável para que se tenha a qualidade almejada nessas ações de Controle.

O estabelecimento de uma métrica de controle interno uniforme e que permita o mínimo de conformação entre os sistemas

O tema de controle não é apenas complexo pela sua amplitude e dificuldade em um país de dimensões continentais como o Brasil, mas principalmente, pela falta de uma metodologia clara que oportunize o

exercício desse controle e a mensuração de seus resultados, mormente quando se vinculam esses resultados a possível realização ou não da eficiência administrativa.



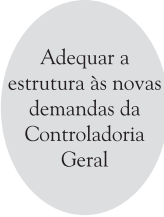
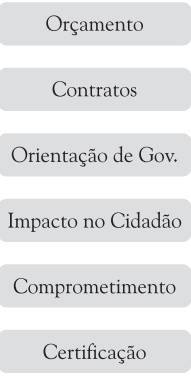
Ora, já não se pode mais imaginar um controle interno extremamente burocrático, pautado em rígidas instruções normativas, resoluções e atos normativos, jungido a uma programação de conduta de seus servidores coordenada por “check-lists” estanques e que na maioria das vezes não cumprem a sua função primeira, qual seja, permitir informação de qualidade para tomada de decisões.

É nesse sentido que se propõe, com base em estudos da teoria da Administração, uma metodologia eficiente, pautada na análise de riscos e atuação responsável do gestor.

Essa metodologia pressupõe, em um primeiro momento, a elaboração de um planejamento estratégico de controle, no qual cada aspecto do controle interno existente na estrutura administrativa em que está sendo implementado ou melhorado será analisado e servirá para determinação do ponto de partida do “novo” enfoque dado àquele controle.

Essa proposta pode ser representada, exemplificativamente, pelo seguinte quadro esquemático:

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DA CONTROLADORIA
(Implantação do Sistema de Controle Interno)

Etapa	ETAPA 1 Identificar as Ações de Controle	ETAPA 2 Implantar as Ações de Controle nas Entidades	ETAPA 3 Estrutura da Controladoria Geral	ETAPA 4 Implementação dos Níveis de Risco
Metodologia	 <p>Base Controladoria Manuais de Controle Órgãos da Administração</p>	 <p>Planejamento Receitas Despesas Patrimônio Atos de Pessoal</p>	 <p>Adequar a estrutura às novas demandas da Controladoria Geral</p>	 <p>Orçamento Contratos Orientação de Gov. Impacto no Cidadão Comprometimento Certificação</p>
Produto	Rol de Normas e Procedimentos de Controle Interno	Diagnóstico do Comprometimento do Gestor	Nova Estrutura da Controladoria Geral	Plano Anual de Auditorias

Em um segundo momento, será elaborada a matriz de risco da estrutura administrativa, onde o responsável pelo controle mapeará e terá em mãos – pautado em critérios de relevância financeira e vulnerabilidade – todos os aspectos relevantes de controle determinados pelo Gestor e pelas normas de controle, podendo, assim, priorizar ações, ordenar condutas e atingir de forma mais eficiente os resultados pretendidos.

Vejamos um possível esquema de formatação de matriz de risco na Administração Pública, mais especificamente no Poder Executivo Municipal:



Essa matriz de risco deverá ser aplicada em cada estrutura e será determinada pelo plano de governo do gestor, pelas regras constitucionais e legais e, ainda, pelas exigências dos Tribunais de Contas estaduais e municipais (onde houver) e pelo Tribunal de Contas da União. Senão vejamos:

PONTUAÇÃO DOS FATORES DE RISCO
EM CADA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA
(Ex.: Impacto no cidadão)

Classe	Essencialidade do Serviço	Atendimento ao Cidadão		Pontos	Nível de Risco
		Direto	Indireto		
1ª	Não	Não	Sim	1,0	1
2ª	Não	Sim	Não	2,0	2
3ª	Sim	Não	Sim	3,0	4
4ª	Sim	Sim	Não	4,0	5

Classes	Peso / Pontos		Nível de Risco
	De	Até	
1ª Classe	0,1	1,0	Mínimo
2ª Classe	1,1	2,0	Baixo
3ª Classe	2,1	4,0	Médio
4ª Classe	4,1	5,0	Alto

Em um terceiro momento, após aplicada a matriz de risco, será elaborado pelo responsável pelo controle interno um plano de auditoria, que como regra será anual (nada obstante possa ser realizado em período inferior a depender da realidade de cada ente) e terá como finalidade o cumprimento dos ditames estabelecidos principalmente pelos artigos 70 e 74 da Constituição da República de 1988.

PLANIFICAÇÃO GERAL
(Plano Anual de Auditoria)

Unidades Auditáveis	Orçamento		Contratos		Orientação de Governo		Impacto no Cidadão		Comprometimento do Gestor		Tipo de Certificado		Risco Total da Entidade
	N/R	P	N/R	P	N/R	P	N/R	P	N/R	P	N/R	P	
Saúde													(?) % Alto Risco
Educação													
Obras													
Previdência													(?) % Médio Risco
Tributos													
A. Social													
Adm.													(?) % Baixo Risco
Esp. Cult.													
Planej.													
PGM													(?) % Mínimo Risco
Instituc.													
CGM													
Governo													

Essa metodologia possui como requisito fundamental dois aspectos, quais sejam: a) um aprimoramento dos controles administrativos, com menor dispêndio de tempo e recursos (humanos e financeiros) para o mapeamento das necessidades estatais; e b) uma resposta acertada e temporalmente satisfatória do poder público aos anseios dos cidadãos, é dizer, a realização – senão plena – razoável do interesse público.

A necessidade de criação de uma Lei Geral de Controle Interno

Embora a Constituição da República de 1988 tenha se preocupado com a implantação e efetivação prática de um sistema de controle interno na Administração Pública, o tema, como já mencionado, já mereceu destaque nos textos legais anteriores à Constituição, mormente no que tange à Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964.

A Lei supramencionada inovou quando, já na década de 1960, introduziu no ordenamento jurídico as expressões controle externo e interno, especificamente nos seus artigos 75 a 80, propondo-lhes as respectivas atribuições, porém, sem delimitar qualquer vínculo entre eles.¹²

Nesse sentido, uma das formas encontradas para delimitar o conceito de controle interno foi o estabelecimento pelo legislador ordinário no artigo 75 da Lei nº 4.320/64, do exercício do controle de execução orçamentária. Como se não bastasse, vinculou o exercício deste controle ao Poder Executivo, sinalizando um ideal fiscalizador nas atividades executivas do Estado, sem prejuízo dos entes de controle externo responsáveis constitucionalmente pelo controle dos bens e recursos públicos.

A “Constituição”¹³ de 1967, por sua vez, dotou de força constitucional o conceito de controle interno, estabelecendo em seu artigo 71, inciso I, que o controle interno possuía como uma de suas atribuições fundamentais propiciar a máxima eficácia do controle externo.

Porém, foi com a promulgação da Constituição de 1988 que o sistema de controle interno ganhou *status* relevante no cenário da Administração Pública brasileira.

12 GUERRA. *Os controles externos e internos da administração pública*, p. 257.

13 Autores como Paulo Bonavides e Paes de Andrade sustentam que não houve propriamente uma tarefa constituinte, mas uma farsa constituinte. In MENDES, Gilmar Ferreira, Et alli. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. p 175.

O sistema de controle interno passou, então, a corresponder ao controle que compreendia a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional, relativamente à legalidade, legitimidade e economicidade, tanto na Administração direta ou indireta, por força dos artigos 70 e 74 do texto constitucional.

Para além disso, o artigo 31 da Constituição da República evidencia a imperatividade do controle interno no âmbito municipal, fazendo espalhar o entendimento de sua aplicação a todas as esferas de poder.¹⁴

Nesse aspecto, o controle interno deveria ser implantado, como decorrência de uma interpretação sistemática do texto constitucional, no Poder Executivo – tanto em sua administração direta como na indireta –, no Poder Legislativo, no Poder Judiciário e, ainda, no Ministério Público e Tribunais de Contas, todos no âmbito Federal, Estadual e Municipal (quando houver).

A Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, se preocupou em estabelecer regras voltadas à responsabilidade na gestão fiscal, mormente no que tange à legalidade e transparência no trato das finanças públicas,

14 A parte final do artigo 31 da Constituição remete à expressão “na forma da Lei”. Neste sentido abre-se o questionamento sobre qual Lei seria esta à qual fez menção o texto constitucional, se lei ordinária ou lei orgânica? Neste sentido, Guerra aduz: “tratando-se de matéria de fiscalização, atividade típica do Estado, deverá estar prevista na Lei maior do Município” (GUERRA. *Os controles externos e internos da administração pública*, p. 258). Data vênia, não parece ser este o melhor entendimento, uma vez que a Lei Orgânica do Município estabelece critérios orientadores e fundamentais da estrutura do Poder Executivo Municipal e seu relacionamento com os demais entes da estrutura do Estado e fixa parâmetros para o pleno exercício dos ditames constitucionais no âmbito municipal; e é à legislação ordinária quem cabe estruturar as normas estabelecidas no texto constitucional e inovar, exaustivamente, a matéria objeto de versação constitucional, como, por exemplo, estabelecer as regras do sistema de controle interno municipal. Ou seja, poderia a Lei orgânica mencionar, como no texto constitucional, a obrigatoriedade de criação do sistema de controle interno municipal, porém não se vislumbra óbice à lei ordinária dispor sobre sua realização e ordenação prática.

trazendo a obrigatoriedade da assinatura do responsável pelo órgão de controle no relatório de gestão fiscal do ente controlado,¹⁵ vinculando-o, assim, ao cumprimento moral e detalhado de todas as normas relativas à responsabilidade fiscal do ente¹⁶.

Em síntese, a Lei nº 101/2000, por delegação, repassa aos sistemas de controle interno de cada Poder a verificação e fiscalização das normas de responsabilidade e gestão fiscal por ela previstas, mormente no tocante a) ao cumprimento das metas estampadas na Lei de Diretrizes Orçamentárias; b) aos limites e condições para que seja viável assumir obrigações de operação de crédito e inscrições em restos a pagar; c) fiscalização do limite de gastos totais referentes a despesa com pessoal e providências de controle deste limite; d) verificação das medidas adotadas para restabelecer os montantes da dívida consolidada e mobiliária aos respectivos limites; e) controle das restrições constitucionais e legais de gestão fiscal no tocante aos recursos advindos da alienação de ativos; e f) o controle do cumprimento dos gastos totais dos legislativos municipais.¹⁷

Nota-se, portanto, que os pressupostos de ordem jurídica, ou seja, a obrigatoriedade legal da implantação do controle e os fundamentos desta implantação, são de fundamental importância para o entendimento da necessidade e adoção imediata em todos os poderes e esferas de governo de um sistema de controle interno adequado.

Como se não bastasse, a *International Organization of Supreme Audit*

15 Vide artigo 54, parágrafo único da Lei de Responsabilidade Fiscal.

16 Nesse passo, sendo obrigatória também a assinatura dos relatórios pelo chefe de cada Poder, a Lei de Responsabilidade Fiscal coloca o responsável pelo controle como responsável solidário das obrigações e informações prestadas no referido documento, como preconiza também o texto constitucional de 1988.

17 Vide artigo 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Institutions – INTOSAI¹⁸ preocupou-se em estabelecer um marco de normas minimamente exigidas e que seriam aplicadas a todos os níveis de governo para criação de um sistema controle interno adequado, quais sejam: a) O estabelecimento de uma norma geral que se preocupe com a segurança do sistema de controle, ou seja, a formatação jurídica no sentido de que as estruturas de controle interno devem oferecer uma razoável segurança de que os objetivos institucionais estampados na norma serão cumpridos; b) A fixação de uma regra geral de cooperação entre os envolvidos no controle, no sentido de que todos da cadeia de controle adotem atitudes positivas e de cooperação na efetivação do controle interno; b) A estipulação de uma norma que privilegie, como *conditio sine qua non*, critérios de moralidade e competência para fazer parte integrante do quadro de controle interno; c) regramento dos objetivos buscados pelo sistema de controle interno, que devem ser identificados e razoáveis no contexto geral dos objetivos da instituição de que faz parte; d) e, principalmente, uma norma que permita o acompanhamento constante do sistema de controle e sua independência diante da determinação de irregularidades encontradas no decorrer de sua atividade.

Ora, é por meio do pressuposto normativo que se estabelecem as regras de conduta na implantação do Sistema, bem como sua formatação estrutural, com vistas ao atingimento dos fundamentos legais que balizam o controle.

Mas como cumprir com todas essas exigências, se não existem parâmetros mínimos e razoáveis para a criação e adequação do Sistema de Controle Interno dentro de qualquer estrutura da Administração Pública?

Nota-se que a estruturação dos controle internos no Brasil é realizada de forma desregrada e sem qualquer critério técnico determinante, sendo

18 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS – INTOSAI. Guia para normas de controle interno. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, p. 68-69.

formatada de acordo com a interpretação dada por cada um dos entes/entidades para os conteúdos das Leis acima mencionadas, quando não são objeto de reprodução de textos legais achados na Internet ou importados de outros entes/entidades sem qualquer compatibilidade.

É medida de rigor, portanto, que para além da inclusão na pauta de discussão do Congresso Nacional, haja a efetiva criação de uma Lei Geral de Controle Interno, que consiga, de forma sintética e responsável, agregar os conceitos legislativos aqui expostos e conferir o mínimo de previsibilidade e segurança ao Sistema de Controle.

Nesse sentido, em se considerando que os aspectos aqui versados são essenciais para a busca da eficiência administrativa, do controle de resultados, e do ponto de equilíbrio entre modernização e segurança na gestão pública brasileira, vale repisar a importante lição de Gilles Deleuze, “*não cabe temer ou esperar, mas buscar novas armas*”.¹⁹

Referências Bibliográficas

ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na administração pública. *Cadernos da ENAP*, Brasília, n. 10, 1997.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *O papel do estado no domínio da economia capitalista*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949.

ANDRADE, Z. R. *O controle interno de órgãos municipais*. Florianópolis: Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, 1989.

ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 48, n. 3. p. 105-133, set./dez. 1997.

¹⁹ DELEUZE. Controle e devir e post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: *Conversações*, p. 220.

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

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DELEUZE, Gilles. Controle e devir e post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: *Conversações*. São Paulo: Ed. 34, 1992.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Barueri: Manole, 2003.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Barueri: Manole, 2002.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externos e internos da administração pública*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS – INTOSAI. Normas de auditoria. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 22, 1991.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS – INTOSAI. Guia para normas de controle interno. Tradução de Heloísa Garcia Vidal Pinto. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, v. 19, 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO E REFORMA DO ESTADO – MARE. *Questões sobre a reforma administrativa: resposta à consulta formulada pela comissão especial da câmara dos deputados em subsídio ao parecer da PEC n.º 173-A/95*. *Cadernos MARE da Reforma do Estado*,

Brasília, n. 10, 1998.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária a flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 47, v. 120, n. 1, jan./abr. 1996.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (Org.). *Economia do setor público no Brasil*. São Paulo: Campus Elsevier, 2004.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998.

VILAÇA, Marcos Vinícios Rodrigues. A ética e os poderes das entidades fiscalizadoras superiores. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, Edição Comemorativa 25 anos, 1995.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982.

JURISPRUDÊNCIA

2013

A EC 62/2009 e as Decisões do Supremo Tribunal Federal

Jorge Haroldo Martins ¹

Trataremos das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, no tocante à EC n.62/2009, adotadas no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.357/DF, transcrevendo a seguir aquela prolatada no dia 14/03/2013, cuja ata resultou *in verbis*:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Ayres Britto (Relator), julgou parcialmente procedente a ação direta, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Dias Toffoli, que a julgavam totalmente improcedente, e os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que a julgavam procedente em menor extensão. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. O Ministro Marco Aurélio requereu a retificação da ata da sessão anterior para fazer constar que não declarava a inconstitucionalidade da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no § 12 do art. 100 da CF. Redigirá o acórdão o Ministro Luiz Fux. Plenário, 14.03.2013.

A EC 62/2009, em vigor desde 09 de dezembro de 2009, surgiu para regular, de forma inovadora, o tratamento dispensado pelos entes públicos ao pagamento de precatórios.

Para tanto alterou, de forma substancial, o art. 100 da Constituição Federal, que já tratava da matéria, e acrescentou o art. 97 ao Ato das

¹ Procurador do Estado do Paraná.

Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A referida emenda salvaguardava as cessões de precatórios realizadas antes de sua promulgação, bem como as compensações realizadas, referentes a tributos vencidos até 31/10/2009, nos termos do art. 78, § 2º do ADCT.

Este mesmo art. 78 do ADCT, introduzido pelo § 2º da EC 30/2000, teve sua eficácia suspensa na apreciação das ADIs n.º 2.356 e 2.362, o que afastou, a partir da entrada em vigor da EC 62/2009, a possibilidade de compensação de precatórios, ao lhes retirar o poder liberatório do pagamento de tributos, uma vez não liquidada a parcela no prazo determinado.

O Estado do Paraná aderiu ao novo regime introduzido pela EC 62/2009, por meio do Decreto n.º 6335, publicado no Diário Oficial n.º 8165, de 23/02/2010, optando pela primeira opção de pagamento de precatórios, na forma do inciso I do § 1º e do § 2º do aludido artigo 97. Dessa forma, foram incluídos em tal regime os precatórios que, naquele momento, se encontravam pendentes de pagamento, e os que foram emitidos durante a sua vigência.

Nesse sentido, a Fazenda Pública Estadual deposita mensalmente 1/12 (um doze avos), incidente sobre 2% (dois por cento) da receita corrente líquida correspondente, apurada no segundo mês anterior ao mês de pagamento, como determina o art. 97, § 2º, I, “b” do ADCT.

Essa sistemática, comprovadamente, acelerou de forma significativa a liquidação dos precatórios pendentes no Estado do Paraná, pois instituiu uma fórmula que se mostrou compatível com a capacidade de pagamento dos entes devedores, bem como firmou um compromisso mensal de repasses para este fim, passível de penalidades quando do seu não cumprimento, nelas incluídas sequestro de valores, compensação automática com tributos devidos ou a vencer, responsabilização por parte do chefe do Executivo por improbidade administrativa, além da proibição do ente público em contrair empréstimos, externo ou interno, bem como de receber transferências voluntárias.

O Estado do Paraná vem cumprindo com rigor estes repasses mensais, desde abril de 2010, que já representam montante de R\$ 1.341.534.393,14

(um bilhão, trezentos e quarenta e um milhões, quinhentos e trinta e quatro mil, trezentos e noventa e três reais e quatorze centavos), atualizados em agosto 2013. Com isto foi possível liquidar, no Estado do Paraná, em torno de 6.000 (seis mil) precatórios de credores preferenciais (§ 2º, do art. 100, da CF – redação dada pela EC 62/2009) e também um total de 1.216 (um mil, duzentos e dezesseis) precatórios comuns, pagamentos em razão de ordem cronológica e precatórios de qualquer natureza em ordem única; e, precatórios na ordem crescente de valores – inciso II, § 8º, do art. 97 do ADCT e Decreto Estadual Paraná nº 2.973/2011).²

Posteriormente, o Estado do Paraná elaborou a Lei n.º 17.082, de 09/02/2012, que “regulamenta o Acordo Direto de Precatórios e estabelece Políticas Fazendárias”, bem como o Decreto Estadual n.º 5007, de 22/06/2012, que disciplina os procedimentos quanto à conciliação nos acordos diretos de precatórios. Em atendimento ao edital de convocação para a primeira rodada de conciliação, definido no art. 17 da referida lei estadual, e suas condições nos arts. 14, 15 e 16, foram protocolados 547 pedidos de acordos, envolvendo em torno de 1 bilhão de reais.³

Mediante um trabalho detalhado e seguindo métodos rígidos de controle, que preservem a segurança jurídica dos acordos a serem referendados e pagos, a Câmara de Conciliação de Precatórios, criada também em decorrência da referida Lei Estadual citada, já referendou acordos diretos em valores superiores a R\$ 23 milhões de reais, acordos estes já homologados pelo TJPR e devidamente quitados.

Vale ressaltar que as dificuldades maiores, neste particular, residem

2 Dados da Procuradoria de Precatórios, Coordenação de Execuções e Cálculos - PRE.

3 Dados da Câmara de Conciliação de Precatórios, criada pela Lei n. 17.082/2012, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, composta por representantes da Procuradoria do Estado do Paraná, da Secretaria de Estado da Fazenda e da Secretaria de Estado da Administração e Previdência.

em reconhecer e legitimar todo o processo de desmembramento e cessão verificado em relação ao precatório original, evitando, por constatação óbvia, qualquer pagamento indevido que possa representar ônus ao erário ou responsabilização aos administradores públicos responsáveis, em respeito ao primado constitucional da legalidade e da supremacia do interesse público.

Essa mesma constatação pode ser feita em outros Estados, conforme relato dos respectivos Procuradores, membros da Câmara Técnica, órgão ligado ao Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e que se reúne periodicamente em Brasília, para acompanhar e discutir questões de interesse comum. Dados nesse sentido foram juntados ao processo da ADI n.º 4.357.

A despeito desta realidade, que demonstra pela primeira vez em muitos anos, um avanço na problemática questão de pagamento de precatórios, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 14/03/2013, no julgamento das ADIs n.º 4.357 e 4.425, Relator Ministro Ayres Brito, decidiu: **a)** por rejeitar a alegação de inconstitucionalidade formal da EC n. 62/2009, por inobservância do interstício dos turnos de votação; **b)** pela inconstitucionalidade da expressão “*na data de expedição do precatório*” contida no § 2º do art. 100 da CF; **c)** pela inconstitucionalidade dos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF; **d)** pela inconstitucionalidade da expressão “*índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança*” constante do § 12, do art. 100 da CF, e do inciso II do § 1º e do § 16, ambos do art. 97 do ADCT; **e)** pela inconstitucionalidade da expressão “*independentemente de sua natureza*”, constantes do § 12 do art. 100 da CF, para que aos precatórios de natureza tributária se apliquem os mesmos juros de mora incidentes sobre o crédito tributário; **f)** declarar a inconstitucionalidade, **por arrastamento** (itens “d” e “e” acima), do art. 5º da Lei n.º 11.960/2009, que alterou a redação do art. 1º – F da Lei n.º 9.494/97; **g)** pela inconstitucionalidade do § 15 do art. 100 da CF e de todo o art. 97 do ADCT (especificamente o caput e os §§ 1º, 2º, 4º, 6º, 8º, 9º, 14 e 15, sendo os demais por **arrastamento ou reverberação normativa**”, conforme ata de julgamento, único documento disponível sobre o assunto.

Na declaração de inconstitucionalidade da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança,” constante do § 12 do artigo 100, foi dada interpretação conforme ao referido dispositivo para que os mesmos critérios de fixação de juros moratórios prevaleçam para devedores públicos e privados nos limites da natureza de cada relação jurídica analisada, de acordo com o voto do novo Ministro Relator Luiz Fux.

É de se destacar que a Câmara Técnica produziu memoriais e os distribuiu aos Ministros, como forma de sensibilizá-los para a importância e alcance de uma decisão que considerasse, como ocorreu, inconstitucional os textos legais analisados, especialmente para as finanças públicas, mas igualmente para os detentores dos títulos judiciais, afetados em sua legítima perspectiva de recebimento dos valores devidos, dada a inviabilidade de realizar os pagamentos na forma anteriormente existente.

Os entes públicos de forma conjunta, via Câmara Técnica, ou individualmente, fizeram chegar ao Relator Ministro Luiz Fux, a preocupação quanto às consequências da decisão tomada e requerendo fosse definido a modulação de seus efeitos, para garantir efeitos **ex nunc** à decisão prolatada.

Isso visava garantir a validade de todos os atos já praticados sob a vigência da EC n.º 62/2009, com o reconhecimento da quitação plena dos pagamentos efetuados, seja em regime normal ou mediante acordo ou leilão, em nome da segurança jurídica, da boa-fé e do especial interesse público. Especial ênfase foi dada, neste particular, no respeito à correção praticada nos termos do art. 5º da Lei n.º 11.960/09, em razão de seu óbvio impacto nas contas públicas, caso necessário o recálculo de eventuais diferenças.

Mediante provocação da OAB, que noticiou a suspensão de pagamentos por parte de alguns Tribunais, até a modulação de efeitos da decisão tomada na ADI 4.357, o Ministro Relator, monocraticamente, em 11 de abril de 2013, determinou, “ad cautelam, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo

a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro.”

Uma decisão monocrática se sobrepôs à decisão do colegiado, ainda que em função da não completude do julgamento, faltando a necessária modulação dos efeitos da decisão, mostra, por si só, a complexidade dos efeitos dela decorrentes. Questão central: o STF reconheceu como inconstitucional, sistemática produtora de grandes e benéficos efeitos na seara do pagamento dos precatórios, sem que houvesse alternativa outra que permitisse dar prosseguimento à liquidação do estoque da dívida, em evidente prejuízo, neste caso evidente, dos credores de precatórios.

Apesar de continuar procedendo os entes públicos para saldar seus débitos referentes aos precatórios, no estrito cumprimento da decisão cautelar do Ministro Luiz Fux, nos moldes até então observados, novamente se insurge a OAB, agora para garantir, a despeito da ausência de modulação da decisão, efeitos *ex tunc* quanto à correção monetária e juros a serem aplicados, adotando os critérios firmados no título judicial passado em julgado, bem como os índices aplicados pelos respectivos Tribunais.

Requer, ainda, que os valores repassados pelos entes públicos devedores, não mais obedeçam ao previsto nos dispositivos da EC 62/2009, percentual da receita corrente líquida, mas sim sejam compatíveis com a liquidação do estoque no tempo remanescente previsto na referida emenda, numa modulação autóctone e extemporânea, capaz de ser fulminada quando proferida aquela, nos autos do processo, pelo Pleno do STF.

Procedimento semelhante por parte da OAB foi intentado junto ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, mediante o Pedido de Providência n.º 0004841-14.2013.2.00.0000, Relatoria da Conselheira Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, pugnando pela alteração/modificação dos artigos 35 e 36 da Resolução n.º 115/2010, que regulamentou a gestão dos precatórios pelo Poder Judiciário, a partir das alterações promovidas pela EC 62/09. Neste caso em particular, defendendo a aplicação imediata da correção dos valores dos precatórios, sob a nova sistemática decorrente da decisão proferida na ADI n.º 4.357, ao arripio da modulação de efeitos ainda pendente. Teve

negado pedido liminar. Neste caso concreto, houve, também, manifestação conjunta das Procuradorias dos Estados, por meio da Câmara Técnica.

Aqui sim teríamos uma significativa insegurança jurídica, além de submeter a administração pública a retrabalho injustificável, bem como a eventual dispêndio de recursos públicos de forma indevida, uma vez constatada a possibilidade de serem efetuados pagamentos a maior do que aqueles determinados, quando da decisão definitiva quanto à modulação dos efeitos da decisão tomada na ADI n. 4.357.

O Supremo Tribunal Federal tem se manifestado, no sentido da preservação de suas decisões, para que se aguarde a definição da modulação dos efeitos, antes de se decidir pela aplicação de qualquer dos capítulos da decisão colegiada. Nesse sentido é emblemática o decidido pelo Ministro Ricardo Lewandowski na Mediada Cautelar na Reclamação n.º 15.675/BA, em 26/07/2013, ao indeferir o pedido da MC nos termos seguintes: *“Portanto, tudo indica que o ato reclamado não afronta o que decidido na ADI 4.357/DF e na ADI 4.425/DF, visto que parece dar, ao contrário, estrito cumprimento às decisões judiciais acautelatórias respectiva e supervenientemente proferidas pelo Ministro Luiz Fux naqueles mesmos autos, que impuseram aos tribunais de todo o País a plena continuidade dos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham sendo realizados, tudo conforme a sistemática vigente até a decisão prolatada por esta Corte em 14/3/2013.”*

É de fácil constatação, os significativos esforços empreendidos, atualmente, pelo Governo do Estado do Paraná, na eliminação do estoque de precatórios formado ao longo do tempo, cujo pagamento fora inviabilizado por sistemática então existente, incompatível com a boa gestão das finanças públicas.

De regra, é fundamental aguardar a decisão final do Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto à modulação dos efeitos na ADI n.º 4.357 para, a partir de então, conhecendo os impactos nas finanças públicas, poder traçar, o Estado do Paraná, uma estratégia que permita, a um só tempo, continuar a executar uma política que elimine o estoque de precatório formado por um longo período sem pagamento, mas preserve

sua capacidade de investimento em programas de significativo interesse público, voltados para a população como um todo, função precípua do Estado como agente indutor do desenvolvimento econômico e social.

PARECER

2013

Guilherme Soares¹

Protocolo n° XXXXXXXX

Assunto: Minuta de contrato de concessão de direito real de uso visando promover a regularização fundiária do Parque Nacional do Iguaçu

Interessado: Ministério do Meio Ambiente

INFORMAÇÃO n° XX/2013 - AT/GAB/PGE

Senhor Procurador-Geral:

Trata-se de protocolado originário da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Hídricos instruído com minuta de Contrato de Concessão de Direito Real de Uso apresentada pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, oriundo do Termo de Reciprocidade 001/2011, tendo por objeto área de terras de propriedade do Estado do Paraná, com vistas à regularização fundiária do Parque Nacional do Iguaçu.

O feito foi encaminhado pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Hídricos a esta Procuradoria Geral do Estado para que fosse prestada informação acerca da existência de eventual ação judicial tendo por objeto a regularização fundiária do Parque Nacional referido e suas implicações sobre a celebração da avença proposta.

Sobreveio informação da Procuradoria de Proteção Ambiental dando conta do desconhecimento de qualquer processo judicial versando

I Procurador do Estado do Paraná

acerca da regularização fundiária do Parque Nacional do Iguazu.

Superada esta questão, cabe analisar a viabilidade jurídica da celebração do negócio proposto pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, bem como as formalidades constitucionais e legais para a celebração do contrato que tem por objeto a concessão de direito real de uso de bem imóvel de propriedade do Estado do Paraná.

I - ANÁLISE DA VIABILIDADE JURÍDICA DA CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE DO ESTADO DO PARANÁ EM FAVOR DE AUTARQUIA FEDERAL, COM VISTAS À REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE PARQUE NACIONAL

O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, autarquia federal vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, criada pela Lei Federal n.º 11.516, de 28 de agosto de 2007, entidade responsável pela gestão e fiscalização das unidades de conservação da natureza instituídas pela União (art. 1º, I, da Lei n.º 11.516/2007), propõe, por meio do Ofício n.º XXX/2012-GABIN/PRESI/ICMBio, visando proceder à regularização fundiária do Parque Nacional do Iguazu, em seguimento ao Termo de Reciprocidade n.º 001/2011, a celebração de contrato de concessão gratuita de direito real de uso, por prazo indeterminado, da área de terras de 1.085,5328 hectares, de propriedade do Estado do Paraná, situada no perímetro do mencionado Parque Nacional.

Os bens públicos, entendidos como tais aqueles bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno (CC/02, art. 98), porque vinculados ao atendimento do interesse geral, estão sujeitos a um regime jurídico específico e diverso daquele a que estão submetidos os bens titularizados por particulares. Conforme esclarece ODETE MEDAUAR (Direito Administrativo Moderno, 12. ed., São Paulo: RT, 2008, p. 236), “o regime da dominialidade pública não é um regime equivalente ao da

propriedade privada. Os bens públicos têm titulares, mas os direitos e deveres daí resultantes, exercidos pela Administração, não decorrem do direito de propriedade no sentido tradicional. Trata-se de um vínculo específico, de natureza administrativa, que permite a impõe ao poder público, titular do bem, assegurar a continuidade e regularidade da sua destinação, contra quaisquer ingerências”.

Este regime jurídico específico dos bens públicos, que tem por principais características a inalienabilidade (CC/02, arts. 100 e 101), a imprescritibilidade (CC/02, art. 102), a impenhorabilidade (CF/88, art. 100) e a impossibilidade de oneração (CC/02, art. 1420), visa assegurar que tais bens sejam destinados ao atendimento do interesse público e não se desvirtuem dessa destinação.

Isso não significa, todavia, que os bens públicos não possam ser submetidos ao uso privativo, exclusivo ou especial de uma pessoa ou grupo de pessoas. É cediço, como afirma HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, 24. ed, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 464/465), que “todos os bens públicos, qualquer que seja sua natureza, são passíveis de uso especial”.

De fato, os bens públicos “podem ser utilizados pela pessoa jurídica que detém a sua titularidade ou por outros entes públicos aos quais sejam cedidos, ou, ainda, por particulares” (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Direito Administrativo, 24. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 689). Trata-se de situação em que os bens públicos são utilizados, no todo ou em parte, por uma pessoa ou grupo de pessoas determinadas, afastando outros usos. Nesse caso, essa pessoa ou grupo de pessoas não se apresenta, com relação ao bem, como usuário anônimo, nem como beneficiário de serviços públicos, antes são pessoas físicas ou jurídicas às quais se atribui, mediante instrumento jurídico específico para tal fim, o uso exclusivo, parcial ou total, de um bem público, afastando a fruição geral e indiscriminada da coletividade ou do próprio Poder Público.

O uso privativo de bem público, leciona MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*Op. cit.*, p. 692), “é o que a Administração pública

confere, mediante título jurídico individual, a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerçam, com exclusividade, sobre parcela de bem público. Pode ser outorgado à pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, pois nada impede que um ente público consinta que outro se utilize privativamente de bem público integrado em seu patrimônio”.

O uso privativo de bem público, embora legítimo, não prescinde da observância de certas condicionantes legais. Com ensina HELY LOPES MEIRELLES (Op. cit., p. 465), “ninguém tem direito natural a uso especial de bem público, mas qualquer indivíduo ou empresa pode obtê-lo mediante contrato ou ato unilateral da administração, na forma autorizada por lei ou regulamento ou simplesmente consentida pela autoridade competente”.

Os principais condicionantes de legitimidade jurídica do uso privativo de bem público apontados pela doutrina especializada são: (i) a *compatibilidade com o interesse público*: o uso privativo do bem público não pode contrariar o interesse público, e (ii) o *consentimento da Administração*: o uso privativo de bem público depende de um **título jurídico individual** pelo qual a Administração outorga o uso e estabelece as condições em que será exercido (DI PIETRO, Op. cit., p. 692/693; MEDAUAR, Op. cit., p. 245).

O consentimento da Administração pode ser formalizado por meio de diversos títulos jurídicos individuais previstos pela legislação. Estes, relata HELY LOPES MEIRELLES (Op. cit., p. 465), “vão desde as simples e unilaterais *autorização de uso* e *permissão de uso* até os formais contratos de *concessão de uso* e *concessão de uso como direito real resolúvel*, além da imprópria e obsoleta adoção dos institutos civis do comodato, da locação e da enfiteuse”.

O utilização de um ou outro título jurídico para a outorga do uso privativo, porém, não é livre, variando sobretudo de acordo com a espécie do bem público a ser outorgado (ver CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, Curso de Direito Administrativo, 26a ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 915; MARÇAL JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 739)

Ganha relevo, nesse passo, a tradicional classificação dos bens

públicos quanto à sua destinação, expressamente adotada pelo art. 99 do Código Civil Brasileiro, que os distingue em três classes: a) *bens de uso comum*: aqueles que se destinam à utilização geral pelos indivíduos, b) *bens de uso especial*: aqueles que visam à execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral; e c) *bens dominicais*: os bens próprios do Estado como objeto de direito real ou pessoal, não aplicados nem ao uso comum nem ao uso especial.

Tal classificação é relevante à medida que os bens das duas primeiras classes, por estarem afetados ao interesse público, estão fora do comércio jurídico privado. De forma que só podem ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito público. Assim, para fins de uso privativo, os instrumentos possíveis são apenas a *autorização*, a *permissão* e a *concessão de uso*, instrumentos sujeitos ao regime jurídico de direito público, com características próprias que decorrem da posição de supremacia da Administração. Já os bens dominicais, por estarem no comércio jurídico privado, podem ser cedidos tanto pelos instrumentos jurídicos de direito público acima mencionados quanto pelos contratos previstos na legislação civil, como a locação, o arrendamento, o comodato, a concessão de direito real de uso e a enfiteuse (DI PIETRO, Op. cit., p. 694).

Especificamente no que respeita ao instituto da concessão de direito real de uso, objeto da proposta contratual formulada pelo ICMBio, importa considerar que se trata de “contrato pelo qual se transfere, a título de direito real, a fruição temporária, por prazo certo ou indeterminado, de terreno público ou particular, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social” (RICARDO PEREIRA LIRA, A concessão de direito real de uso. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 163, jan./mar. 1986, p. 16-57).

A regulamentação do instituto está prevista no art. 7º do Decreto-Lei n.º 271, de 28.02.1967, com redação que lhe foi dada pela Medida Provisória n.º 335, de 23.12.2006, convertida na Lei n.º 11.481, de 31.05.2007:

Art. 7- É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

§ 1o A concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.

§ 2o Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

§ 3o Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.

§ 4o A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato inter vivos, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência.

(...)

Da disciplina legal extrai-se a seguinte conformação jurídica do instituto da concessão de direito real de uso:

- *constituição e forma*: a concessão se celebra por ato *inter vivos*, podendo ser contratada por instrumento público ou particular, bem como por simples termo administrativo, devendo ser inscrito no competente registro de imóveis;

- *objeto*: a concessão de direito real de uso pode incidir somente bens imóveis, públicos ou privados, não servindo como instrumento jurídico para a outorga de uso privativo de bens móveis;

- *natureza*: trata-se de negócio jurídico que transfere ao concessionário direito real sobre coisa alheia, é dizer, não produz alienação do domínio,

nem gera um simples direito pessoal, mas a cessão parcial de poderes jurídicos do proprietário em favor do concessionário, que apenas assume o direito de uso especial e determinado; classifica-se como direito real sobre coisa alheia, no rol dos direitos reais de fruição;

- *transferibilidade*: como direito real sobre coisa alheia, o direito real de uso, salvo disposição contratual em contrário, é transferível à terceiro por ato *inter vivos* ou *causa mortis*;

- *resolubilidade*: constitui-se em favor do concessionário direito real resolúvel, sujeito à condição resolutiva da destinação à finalidade pública estipulada, sob pena do perecimento do direito. Não se trata, porém, de vínculo instável ao livre alvedrio da Administração, não sendo possível a resolução da outorga por razões de conveniência administrativa;

- *tempo*: pode ser por prazo certo ou indeterminado, o que não implica a perpetuidade da concessão, haja vista que o caráter resolúvel da concessão de direito real de uso traz inerente a temporariedade do vínculo, seja ele celebrado a prazo certo ou indeterminado;

- *vantajosidade*: pode ser gratuita ou remunerada, conforme esteja ou não o concessionário obrigado a pagar ao concedente, periodicamente ou não, uma contraprestação pelo direito de uso outorgado;

- *finalidade legalmente especificada*: os fins da concessão de direito real de uso são previamente fixados na lei reguladora, ou seja, tal concessão de uso somente pode ocorrer para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

Depreende-se desse perfil jurídico delineado que a concessão de direito real de uso revela-se como instrumento jurídico adequado à formalização do uso privativo de bem público diante da verificação de, no mínimo, três condições: primeiro, que tenha por objeto bem imóvel; segundo, que o imóvel a ser concedido classifique-se como bem dominical da entidade concedente; terceiro, que o uso estipulado ao concedente

seja compatível com as finalidades específicas deste instituto, conforme dispostas no caput do art. 7º do Decreto-Lei n.º 271/67, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.481/2007.

Fixadas estas premissas, importa ter em conta que o imóvel objeto do contrato de concessão de direito real de uso proposto não está afetado pelo Estado do Paraná ao uso comum ou a qualquer finalidade administrativa ou serviço público, eis que atualmente encontra-se enclausurado nos limites de um parque nacional federal, estando, de fato, sob ocupação irregular da entidade federal gestora do Parque Nacional do Iguaçu. Trata-se, pois, de bem dominical do Estado do Paraná.

Já a destinação proposta ao imóvel a ser outorgado, prevista expressamente na minuta do contrato de concessão, consiste na *preservação ambiental e preservação de mananciais (Cláusula Quinta)*. Trata-se, pois, de finalidade eminentemente ambiental, que, como tal, se enquadra, sem qualquer embaraço, no conceito amplo de interesse social agasalhado pelo caput do art. 7º do Decreto-Lei n.º 271/67 (redação dada pela Lei n.º 11.481/2007). Tanto é assim que este preceito traz explícita menção, de caráter exemplificativo, a outras finalidades de cunho precipuamente ambiental, como são o *“aproveitamento sustentável das várzeas”* e a *“preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência”*.

A destinação ambiental, noutra face, mostra-se perfeitamente compatível com as características do imóvel, haja vista que, de fato, ele já recebe a mesma destinação ao menos desde instituição do Parque Nacional do Iguaçu.

Essa circunstância, aliás, põe em maior evidência o interesse público na concessão. A celebração da avença proposta, além de assegurar a destinação ambiental da área, terá por efeito a regularização fundiária do Parque Nacional do Iguaçu. O que colocará fim a uma situação de irregular utilização pelo ente federal da área de propriedade do Estado do Paraná.

Trata-se, ademais, de dar ao imóvel em questão a única destinação legalmente autorizada para os terrenos que como ele estão situados em parques nacionais. Com efeito, as áreas abrangidas em

parques nacionais, categorizados pela Lei Federal n.º 9.985/2000 (Lei das Unidades de Conservação) como unidades de proteção integral da natureza, são destinadas exclusivamente à preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, conforme prevê o art. 11 da Lei n.º 9.985/2000. E, além disso, trata-se de outorgar o uso do imóvel à única entidade legalmente autorizada para geri-lo, porquanto a administração das unidades de conservação federais, com é o caso do Parque Nacional do Iguaçu, instituído pelo Decreto Federal n.º 1035/1939, alterado pelo Decreto Federal n.º 86.676/1981, é atribuição privativa do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, nos termos o art. 6o, III, da Lei Federal n.º 9.985/2000 e do art. 1º, I, da Lei Federal n.º 11.516/2007, o que impede a livre destinação do bem pelo Estado do Paraná.

Tem-se, assim, que o modelo contratual proposto pelo ICMBio ao Estado do Paraná, consistente na concessão de direito real de uso, além de atender interesse público inderrogável – materializado na regularização da posse da área em favor do único gestor legalmente autorizado a administrá-la (Decretos Federais n.º 1035/1939 e n.º 86.676/1981 e Leis Federais n.º 9.985/2000 e n.º 11.516/2007) –, mostra-se juridicamente adequado, vez que estão presentes as circunstâncias jurídicas necessárias à utilização desta modalidade de negócio, quais sejam: a incidência sobre imóvel público dominical da entidade concedente e a destinação de interesse social.

Vale salientar, adiante, que os direitos e as obrigações previstos na minuta do contrato apresentada pelo ICMBio, que outorgam ao concessionário a atribuição de “adotar as medidas necessárias de administração, implantação e controle da gleba de terras concedida” (cláusula terceira) e transferir a terceiro a concessão que ora lhe é outorgada (cláusula quarta), não conflitam com o Decreto-Lei n.º 271/67, eis que tais faculdades inserem-se no poder de uso e fruição da coisa que é outorgado pela via da concessão de direito real de uso, conforme estabelecem os §§ 2º e 4º do art. 7º do citado diploma legal.

Na mesma senda, revela-se legalmente admissível a celebração da

concessão por prazo indeterminado (cláusula sétima) e a título gratuito (cláusula quinta), consoante autorizado pelo *caput* do art. 7º da Decreto-Lei n.º 271/67.

Por fim, as demais cláusulas do contrato não encontram nenhum óbice legal. As cláusulas de remissão genérica à lei e à vontade das partes (cláusulas sexta e oitava) nada agregam ao acordo que não seja decorrência direta de normas jurídicas vigentes e de observância compulsória. Já a cláusula de eleição de foro, que elege o foro da Justiça Federal, Seção Judiciária de Curitiba, para dirimir controvérsias decorrentes do contrato, limita-se, de um lado, a observar a norma constitucional que estabelece a competência da Justiça Federal para processar e julgar as causas em que for parte autarquia federal (art. 109, I, CF/88), de que é exemplo o ICMBio; de outro, não contraria nenhuma norma processual que estabeleça competência jurisdicional inderrogável.

Não se vislumbra, por conseguinte, obstáculo jurídico à celebração da avença, seja em razão da forma jurídica escolhida, seja em razão do conteúdo do contrato proposto pelo ICMBio ao Estado do Paraná.

II - FORMALIDADES EXIGÍVEIS PARA A CONCESSÃO NÃO ONEROSA DE DIREITO REAL DE USO DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE DO ESTADO DO PARANÁ EM FAVOR DE AUTARQUIA FEDERAL

A disposição de qualquer bem público pressupõe o cumprimento de certas formalidades relacionadas com a verificação da compatibilidade do ato com os interesses da coletividade. Como adverte a doutrina, as regras comuns atinentes aos atos de disposição de bens públicos exteriorizam duas preocupações marcantes. De um lado, a preocupação de evitar a redução do Estado a dimensões insuficientes para a execução de suas funções, com a indevida transferência para a órbita privada de bens e direitos de interesse comum ou cuja apropriação por particulares enseja a privatização

de competências estatais inalienáveis (MARÇAL JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 11. ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 172). De outro, estas regras pretendem orientar-se pela preocupação de assegurar a igualdade dos administrados no acesso aos bens públicos (EDMIR NETTO DE ARAÚJO, **Curso de Direito Administrativo**, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 706).

Lição tradicional no direito público pátrio elucida que a administração dos bens públicos é atribuição inerente à função administrativa do Estado, que incumbe, precipuamente, ao Poder Executivo. (CAIO TÁCITO. Parecer: **Concessão de uso - terras públicas - autorização**. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 150, 1983, p. 209-216). Como exercício da função administrativa do Estado, a administração de bens públicos é atividade submissa à lei e à Constituição. Assim, as formalidades pertinentes à disposição de bens públicos encontram-se estabelecidas tanto na órbita constitucional quanto na legislação infraconstitucional. A competência legislativa, ademais, alcança todos os entes federativos, haja vista que “uma das características essenciais da Federação reside na autonomia para decidir o destino jurídico dos próprios bens” (MARÇAL JUSTEN FILHO, **Comentários...**, p. 171),

A Constituição Federal tratou expressamente das formalidades necessárias aos atos de disposição de dos bem públicos apenas nos seus artigos 49, inc. XII, e 188, § 1º, exigindo autorização do Congresso Nacional para a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

A Lei Federal n.º 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), cujas normas gerais são aplicáveis a todos os entes da Federação (art. 22, XXVII, CF/88), prevê a exigência das seguintes formalidades para a validade da alienação de bens públicos imóveis: *interesse público justificado*, *prévia avaliação*, *autorização legislativa* e *licitação* na modalidade concorrência, conforme estatui o art. 17, inc. I, da Lei Federal n.º 8.666/93.

Tais formalidades vêm sendo admitidas como aplicáveis a União,

Estados, Municípios e ao Distrito Federal, porquanto tem-se entendido que tais requisitos são “derivados diretamente da disciplina constitucional” (ver, por todos, MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários...*, p. 173).

Nada obstante, no âmbito do Estado do Paraná há normas específicas estabelecidas na Constituição Estadual e na Lei Estadual n.º 15.608/2007 (Lei de Licitações do Estado do Paraná) disciplinando as formalidades a serem observadas para os atos de disposição de bens públicos.

Em se tratando de concessão de direito real de uso, a doutrina amplamente majoritária, levando em conta as disposições da legislação federal sobre a matéria, em especial o art. 17 da Lei n.º 8.666/93, afirma que a concessão depende de autorização legal e de licitação na modalidade concorrência, admitindo-se a dispensa desta nas hipóteses legalmente previstas (ver MEIRELLES, *Op. cit.*, p. 470; MEDAUAR, *Op. cit.*, p. 247; CARVALHO FILHO, *Op. cit.*, p. 1034; JUSTEN FILHO, *Comentários...*, p. 170).

A seu turno, o art. 17 da Lei n.º 8.666/93 preceitua o seguinte quanto aos atos de disposição de imóveis públicos:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada & existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e /; (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso,

locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; (Incluído pela Lei nº 11.952, de 2009)

§ 12 Os imóveis doados com base na alínea “b” do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

§ 2^o A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - a pessoa natural que, nos termos da lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural situada na Amazônia Legal, superior a 1 (um) módulo fiscal e limitada a 15 (quinze) módulos fiscais, desde que não exceda 1.500ha (mil e quinhentos hectares); (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)

§ 2^o-A. As hipóteses do inciso II do § 2- ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos: (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)

I - aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1- de dezembro de 2004; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas;

(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - vedação de concessões para hipóteses de exploração não-contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e (Incluído pela Lei nº de 2005)

IV - previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2—B. A hipótese do inciso II do § 2 ^ deste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite; (Redação dada pela Lei nº 11,763, de 2008)

III - pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do caput deste artigo, até o limite previsto no inciso II deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 3 ^ Entende-se por investidura, para os fins desta lei: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea “a” do inciso II do art. 23 desta lei; (Incluído pela Lei nº 9,648, de 1998)

II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§4 ^ A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 5- Na hipótese do parágrafo anterior, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

(...)

À luz da interpretação acima relatada que convencionalmente vem sendo atribuída a estes dispositivos, em especial às normas constantes do *caput*, do inciso I e do § 2º, I, do art. 17 da Lei de Licitações, tem-se que a concessão de direito real de uso de imóvel, de Estado-membro em favor de autarquia federal, e, portanto, entidade integrante da Administração Pública Federal (art. 4º, Decreto-Lei n.º 200/67), como é o caso do ICMBio, deve ser precedida de autorização legislativa, dispensado-se, contudo, a licitação, ante a expressa previsão do art. 17, § 2º, I, da Lei n.º 8.666/93, com redação dada pela Lei n.º 11.196/2005.

Em havendo pertinência da concessão de direito real de uso, a existência do interesse público é inerente, uma vez que esta modalidade de uso privativo de bem público só é admissível para o atendimento das finalidades de interesse social previstas no art. 7º do Decreto-Lei n.º 271/67. Já a prévia avaliação é dispensável, a toda evidência, quando a concessão se der a título gratuito.

Deve-se considerar, entretanto, que a menção à Lei n.º 8.666/93 não esgota o tratamento jurídico do tema, uma vez que a matéria é igualmente objeto de disciplina pela legislação do Estado do Paraná.

No âmbito estadual, a norma mais importante sobre os atos de disposição de bens públicos está esculpida no art. 10 da Constituição do Estado do Paraná:

Art. 10. Os bens imóveis do Estado não podem ser objeto de doação ou de utilização gratuita, salvo, e mediante lei, se o beneficiário for pessoa jurídica de direito público interno, órgão ou fundação de sua administração indireta ou entidade de assistência social sem fins lucrativos, declarada de utilidade pública, ou para fins de assentamentos de caráter social. **Parágrafo único.** A alienação, a título oneroso, de bens imóveis do Estado dependerá de autorização prévia da Assembléia Legislativa e será precedida de concorrência pública, a qual será dispensada quando o adquirente for uma das pessoas jurídicas de direito público interno, referidas neste artigo, ou para fins de assentamentos de caráter social.

Também digno de nota é o disposto nos artigos 6º, 7º e 8º da Lei Estadual n.º 15.608/2007, que rege as licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos Poderes Estado do Paraná

Art. 6º. A alienação de bens da Administração Pública Estadual subordina-se à:

I - existência de interesse público devidamente justificado;

II - prévia avaliação, visando à definição do preço mínimo;

III- autorização legislativa para os bens imóveis, bem como para bens móveis quando envolver alienação de controle societário de economia mista e empresa pública;

IV - licitação na modalidade de concorrência ou leilão público, desde que realizado por leiloeiro oficial ou servidor designado pela Administração.

§ 1º, A dação em pagamento pode ser utilizada pela Administração quando motivada a vantagem ao interesse público.

§ 2º. Na doação com encargo devem constar, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e a cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato.

§ 3º. Na hipótese do § 2º, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações devem ser garantidas por hipoteca em segundo grau.

§ 4º. No ato de doação previsto no §2º deve ser imposta condição definindo que, cessadas as razões que a justificaram, os bens devem reverter ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

§ 5º. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras: (vide Lei 16736 de 27/12/2010)

I - avaliação dos bens alienáveis;

II - comprovação da necessidade ou utilidade da alienação;

III - adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão.

Art. 7º. Na concorrência para a venda de bens imóveis, a fase de habilitação limitar-se-á à comprovação do recolhimento de quantia correspondente a 5% (cinco por cento) da avaliação.

Art. 8º. Será dispensada a licitação, nos seguintes casos:

I - De bens imóveis para:

a) dação em pagamento;

b) doação quando o destinatário for órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;

c) permuta, por outro imóvel que seja destinado ao atendimento das finalidades

precípua da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha e desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia de ambos os bens;

d) investidura;

e) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da Administração Pública especificamente criados para esse fim;

f) doação com encargo, no caso de interesse público devidamente justificado;

g) direito real de uso quando destinado a outro órgão ou entidade da Administração Pública;

h) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, quando representar vantagem para o interesse público;

II - De bens móveis para:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

c) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem previsão de utilização por seu titular;

d) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

e) venda de títulos, na forma da legislação específica;

f) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades.

Parágrafo único. Entende-se por investidura, para os fins desta lei:

I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação, e obedecidos os demais pressupostos previstos em lei nacional sobre normas gerais de licitação;

II - A alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.

O *caput* do art. 10 da Constituição Estadual veda, como regra geral, a doação ou a utilização gratuita de bens imóveis do Estado do Paraná. O mesmo preceito constitucional, no entanto, excepciona desta proibição os

casos em que o beneficiário for pessoa jurídica de direito público interno, órgão ou fundação de sua administração indireta ou entidade de assistência social sem fins lucrativos, declarada de utilidade pública, ou para fins de assentamentos de caráter social; isto, desde que a doação ou utilização gratuita seja realizada mediante lei.

Ao referir as figuras da *doação* e da *utilização*, resta claro que o dispositivo constitucional quis abarcar não apenas os atos que implicam a transferência de titularidade dos bens públicos estaduais (doação), mas também as formas jurídicas que transferem a terceiros, públicos ou particulares, o uso privativo do bem público, sem transmissão do domínio (utilização). De modo que, no âmbito estadual, tanto a alienação da propriedade dos bens imóveis quanto a mera transmissão de parte das faculdades que integram o domínio, como o uso e o gozo da coisa, quando realizadas a título não oneroso, dependem da prévia autorização legislativa.

A concessão de direito real de uso, como já analisado anteriormente, é um contrato pelo qual se constitui um direito real sobre coisa alheia, que não absorve nem extingue o domínio público, envolvendo apenas a cessão parcial de poderes jurídicos do proprietário em favor do concessionário, que assume o direito de uso especial e determinado. Como tal, é modalidade de utilização privativa de bem público. Logo, a celebração de contrato de concessão gratuita de direito real de uso de imóvel pertencente ao Estado do Paraná depende de lei, nos termos do art. 10, *caput*, da Constituição Estadual.

Quanto aos demais requisitos previstos no art. 6º da Lei Estadual 15.608/2007 para a disposição de bens imóveis (interesse público justificado, prévia avaliação e licitação), que nada acrescentam aos comandos da Lei Federal n.º 8.666/93, reitera-se que, em relação à concessão de direito real de uso, a existência do interesse público é inerente diante da finalidade social deste instituto, sendo desnecessária a prévia avaliação quando se tratar de concessão gratuita. Já quanto à licitação, vê-se que o art. 8º, inc. I, alínea “g”, da Lei Estadual n.º 15.608/2007, repetindo o teor do art. 17, § 2º, I, da Lei n.º 8.666/93, dispensa a licitação para a concessão de direito real de uso de bens imóveis quando destinado a outro órgão ou entidade da

Administração Pública. Dispensada, pois, a licitação para a celebração da avença entre o Estado do Paraná e autarquia integrante da Administração Pública Federal.

Feitas estas considerações, **é lícito concluir, à luz da Constituição da República, da Lei Federal nº 8.666/93, da Constituição do Estado do Paraná e da Lei Estadual nº 15.608/2007, que a pretendida concessão gratuita de direito real de uso de imóvel estadual em favor da autarquia federal ICMBio**, pessoa jurídica de direito público interno, para ser válida, deverá ser autorizada por lei aprovada pela Assembleia Legislativa do Paraná, sendo dispensável a licitação (na forma do art. 17, § 2º, I, da Lei nº 8.666/93 e do art. 8º, inc. I, alínea “g”, da Lei Estadual n.º 15.608/2007) e desnecessária a prévia avaliação, ante o caráter gratuito da concessão.

Finalmente, mesmo tendo em conta a hipótese de o imóvel estadual em questão situar-se na faixa de fronteira estabelecida pelo art. 20, § 2º, da Constituição Federal, mostra-se desnecessária a observação da formalidade prevista no art. 2º, I, da Lei Federal n.º 6.634/1979 (*Art. 2º. - Salvo com o assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional, será vedada, na Faixa de Fronteira, a prática dos atos referentes a: I - alienação e concessão de terras públicas, abertura de vias de transporte e instalação de meios de comunicação destinados à exploração de serviços de radiodifusão de sons ou radiodifusão de sons e imagens*). Isto porque que tal formalidade endereça-se aos casos em que as terras públicas situadas na faixa de fronteira têm seu domínio transferido à particulares. Não se aplica, pois, às hipóteses em que o imóvel público situado na faixa de fronteira não é retirado da dominialidade pública, como ocorre com a concessão de direito real de uso. Igualmente não se aplica quando o uso e fruição do imóvel fronteiro serão cedidos à outra entidade pública, federal, para afetação ao uso público, como ocorrerá com a celebração do negócio proposto, que visa à regularização fundiária do Parque Nacional do Iguazu, tendo por beneficiário a autarquia federal ICMBio.

Por oportuno, transcreve-se a minuta de lei a ser submetida ao Sr. Governador e encaminhada à Assembleia Legislativa para a consecutiva aprovação:

Minuta:

Autoriza o Poder Executivo a efetuar a concessão de direito real de uso do imóvel que especifica ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio.

A Assembleia Legislativa do Estado do Paraná decretou e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º. *Fica o Poder Executivo Estadual autorizado a fazer a Concessão de Direito Real de Uso, a título gratuito, ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, do imóvel constituído de um terreno com área de 10.853.280 m² (dez milhões, oitocentos e cinquenta e três mil, e duzentos e oitenta metros quadrados), situado à margem do rio Iguaçu, no Município e Comarca de Foz do Iguaçu, neste Estado, com as especificações constantes da Matrícula nº 35.598, do Registro de Imóveis da Comarca de Foz do Iguaçu, Estado do Paraná.*

Art 2º. *O imóvel de que trata o art. 1º será destinado à preservação ambiental e proteção de mananciais, nos termos do que dispõe a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, atendendo ao contido no Termo de Reciprocidade nº 001/2011-SEMA.*

Parágrafo único. *O não atendimento a quaisquer das condições previstas nesta lei implicará a extinção da concessão, sem que caiba ao concessionário qualquer direito à indenização por benfeitorias ou edificações realizadas no imóvel do Estado do Paraná.*

Art. 3º. *Fica a entidade concessionária, enquanto durar a concessão, com a responsabilidade pela guarda, proteção e conservação do bem cedido e pelas medidas e despesas necessárias ao fiel cumprimento deste encargo, sem direito a quaisquer ressarcimentos.*

Art. 4º. *Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*

PALÁCIO DO GOVERNO EM CURITIBA, em 2013.

Carlos Alberto Richa Governador do Estado

Diante dessas considerações, em atendimento ao art. 10 da Constituição do Paraná, sugere-se a remessa da minuta da lei acima transcrita ao Sr. Governador, acompanhada da pertinente justificativa anexa a esta informação, para exame e encaminhamento à Assembleia legislativa.

III - CONCLUSÃO

Nos termos acima expostos, não se vislumbra qualquer barreira de natureza jurídica para a pretendida concessão do direito de real de uso do bem imóvel de titularidade do Estado do Paraná à autarquia federal Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, desde que realizada em consonância com o art. 10 da Constituição Estadual.

Conclui-se, assim, pela viabilidade da minuta de contrato submetida à análise, firmando-se, entretanto, a necessidade de que tal avença, que tem por objeto a utilização a título gratuito de imóvel estadual, seja celebrada mediante autorização legislativa, para o que dever-se-á encaminhar o presente ao Exmo Sr. Governador com vistas à instauração do devido processo legislativo.

É a informação que submeto à apreciação superior.

Seguem em anexo à presente informação cópia do termo de reciprocidade 001/2011, minuta da lei de autorização e da justificativa correspondente, bem como a minuta do contrato de concessão.

Guilherme Soares
Procurador do Estado
Assessoria Técnica
Curitiba, XX de janeiro de 2013

DIREITO
DO ESTADO
EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2013

A Revista Direito do Estado em Debate é uma publicação da Procuradoria Geral do Estado do Paraná destinada a fomentar o debate, no meio jurídico, de temas relacionados ao Direito do Estado em toda a sua amplitude.

A dinâmica do Direito do Estado e a incessante produção legislativa pátria reclamam, sempre, novos espaços para a divulgação de temas e cenários do cotidiano jurídico brasileiro. A Procuradoria Geral do Estado do Paraná, por meio desta Revista, também cumpre importante parcela de sua função institucional, ao franquear a publicação de artigos, pareceres, jurisprudência comentada e verbetes de autoria de representantes das diversas carreiras jurídicas existentes no país, selecionados pelo sistema de pares e *double blind peer review*.

O leitor, cioso da imprescindibilidade da investigação cuidadosa do Direito e da atualização constante, certamente terá à frente temas essenciais para formar suas conclusões sobre os rumos do Direito do Estado no país.



Procuradoria Geral do Estado do Paraná

Rua Paula Gomes, 145 - São Francisco - CEP 80510-070 - Curitiba - PR

Tel. (41) 3281-6300

www.pge.pr.gov.br