

DIÁLOGO
JURÍDICO

©
Distribuição: Coordenação do Curso de Direito
Endereço: R. Castro Monte, 1364 – 2º andar, Fortaleza-CE
CEP: 60175-230
Fones: (85) 3486.9090 e 3486.9003
Fax: (85) 3267.5169
e-mail: revistadiálogojuridico@ffb.edu.br
Capa: Gráfica FB
Tiragem Mínima: 150 exemplares
Bibliotecária Responsável: Waleska Lima



FICHA CATALOGRÁFICA

Diálogo jurídico/Ano 14, v. 21, n. 21 (jan./ago. 2017) – Fortaleza: Faculdade Farias Brito, 2017–

Semestral

ISSN 1677-2601

1. Direito – Periódicos I. Faculdade Farias Brito

CDD 340.05

REVISTA DIÁLOGO JURÍDICO

ANO XIV – Nº 21 – 2017

CONSELHO EDITORIAL

Alfonso de Julios Campuzano -
Universidad de Sevilla

Antônio Duarte Fernandes Távora -
Universidade Federal do Ceará

Elisabeth Linhares Catunda -
Universidade da Integração Internacional da Lusofonia
Afro-Brasileira - UNILAB

Hugo de Brito Machado Segundo -
Universidade Federal do Ceará

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha -
Universidade Cândido Mendes

Raquel Cavalcante Ramos Machado -
Universidade Federal do Ceará

Ricardo Hasson Sayeg -
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Thiago Lopes Matsushita -
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Willis Santiago Guerra Filho -
Universidade Federal do Rio de Janeiro

PARECERISTAS *AD HOC*

Biltis Dinis Paiano

Helena Stela Sampaio

Mardonio Silva Guedes

Vanessa Correia Mendes

PROJETO GRÁFICO

Daniel Paiva

REVISÃO

Jarina Araújo

IMPRESSÃO

Gráfica Farias Brito

EDITORAÇÃO

Cleano Martins

REVISÃO DE *ABSTRACTS*

Amanda Pinto

A Revista Diálogo Jurídico é uma publicação semestral do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito. De circulação internacional, é aberta à colaboração da comunidade acadêmica jurídica e afim com a finalidade de propiciar a discussão acadêmica e incentivar o diálogo. Destina-se à publicação de trabalhos na área do Direito, Ciências Sociais e afins, com ênfase nas questões relacionadas ao constitucionalismo, democracia, políticas públicas, teoria e efetivação dos direitos fundamentais, prestação da tutela jurisdicional, relações entre Direito, empresa e tecnologia e novos atores e conflitos sociais.

Os textos devem ser inéditos e são de inteira responsabilidade de seus Autores.

REVISTA DIÁLOGO JURÍDICO

Faculdade Farias Brito, Curso de Direito
Rua Castro Monte, 1364, 2º Andar.
Fortaleza, Ceará
60175-230

Fones: 55 + 85 + 34869090 e 55 + 85 + 34869003
E-mail: revistadialogojuridico@ffb.edu.br
Homepage: www.ffb.edu.br

Solicitamos a gentileza da permuta

Solicitamos canje cuando se solicita

We would like to exchange

On prie de bien vouloir établir l'échange

Tauschverkehr erwünscht

APRESENTAÇÃO

Chegamos ao volume 21 com a composição eclética e dialógica que marca a *Diálogo Jurídico*, proporcionando, ao mesmo tempo, espaço para autores, pesquisadores de diferentes cursos de Pós-Graduação e docentes engajados na cena da pesquisa jurídica. Desse modo, a revista *Diálogo Jurídico* está trilhando o caminho da divulgação da produção do saber jurídico, contribuindo para o envolvimento teórico-prático necessário para a reflexão da ciência. Os temas ensejados nesse volume apontam para a direção da aplicação do Direito, como no artigo **“Um caminho para o controle da decisão judicial: o caso da aplicação do art. 219 do CPC no âmbito dos juizados especiais cíveis e da Fazenda Pública”**, de autoria de Paulo Martins. No seu trabalho, o autor propõe um caminho para o controle das decisões judiciais, a partir da análise de como deve se dar a atividade de interpretação dos textos normativos, considerando as contribuições da hermenêutica filosófica e da teoria da argumentação jurídica, e apresenta um caso prático de aplicação da proposta, analisando a correção do entendimento do FONAJE no sentido de afastar a aplicação do art. 219 do Código de Processo Civil nos juizados especiais cíveis e da Fazenda Pública.

Camila Miranda de Moraes contribui nesse volume com o artigo **“Tridimensionalidade do Direito em Miguel Reale”**, abordando a importância da obra de Reale para os dias atuais, busca a fundamentação a partir das concepções do fenômenos jurídicos que antecederam Miguel Reale no século XIX, apresentando as quebras de paradigmas existentes na história da ciência jurídica, até chegar na dialética da complementariedade proposta por Reale, a partir de um sistema aberto múltiplo, dinâmico, composto de vários subsistemas fáticos, valorativos e normativos que se relacionam e se auxiliam reciprocamente.

O artigo **“Direito privado e sustentabilidade: Diálogo necessário nem sempre conciliatório”**, de autoria de Glauco Cidrack do Vale Menezes, aborda o tema da sustentabilidade como temática urgente para o século XXI nas agendas de governos, de organismos sociais e do universo jurídico-legislativo. Num formato de ensaio, o autor reflete e amplia a discussão, extrapolando conceitos e defendendo a tese de que o tema deve irradiar-se do Direito Ambiental para outros ramos do Direito, sobretudo para o Direito Privado, com enfoque no Código Civil Português e no Código Civil Brasileiro.

Como o tema **“O município brasileiro: ser ente ou não da federação”**, João Matheus Amaro de Sousa faz uma análise acerca do posicionamento do município no ordenamento jurídico brasileiro, destacando a evolução do conceito desta pessoa jurídica de Direito Público Interno ao decorrer do constitucionalismo, isto é, ao longo das Constituições que se fizeram presentes no Brasil. O autor parte da teoria da forma de Estado Federal, bem como da distribuição de competências, a dialética conceitual existente no que concerne à natureza jurídica do município, questionando se este é um terceiro ente federativo.

Marcel Moraes Mota colabora neste volume com o texto **“Princípios da execução civil”**, expondo os fundamentos das normas do ordenamento jurídico, buscando compreender como a tutela jurisdicional executiva deve concretizar o direito do credor. O autor fundamenta a partir do princípio da dignidade humana, que proíbe que o devedor seja tratado como objeto da atividade jurisdicional executiva, concluindo que a execução deve ser parcial.

Eduardo Pragmácio, no seu artigo “**Breves notas sobre o prazo prescricional do FGTS**”, analisa a virada da jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF e do Tribunal Superior do Trabalho – TST, a respeito do prazo prescricional do fundo de garantia do tempo de serviço – FGTS, apontando a nova redação da súmula 362 do TST e a modulação temporal da decisão inédita do STF.

Por fim, o artigo **A Constitucionalidade do § único do art. 2.035 do novo Código Civil Brasileiro e sua aplicação nos contratos de trabalho de Paulo Regis Machado Botelho** trata da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 2.035 do novo Código Civil Brasileiro, no que concerne aos contratos de trabalho. O autor discorre a partir de uma vertente dialógica sobre os contratos de trabalho, buscando discutir a partir da constitucionalidade dos efeitos dos contratos celebrados com base nas normas do código civil de 1916, pelo regramento do novo código civil de 2002, atentaria contra o ato Jurídico perfeito e os direitos adquiridos. O estudo chega à conclusão que o dispositivo é constitucional, plenamente harmonizado com o espírito da social idade presente no Código Reale, que, por sua vez, estabelece comunicabilidade com o Estado social implantado pela atual Constituição.

Lidia Valesca Pimentel
Coordenadora Editorial

SUMÁRIO

UM CAMINHO PARA O CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL: O CASO DA APLICAÇÃO DO ART. 219 DO CPC NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E DA FAZENDA PÚBLICA.....	9
Paulo Martins dos Santos	
TRIDIMENSIONALIDADE DO DIREITO EM MIGUEL REALE.....	23
Camila Miranda de Moraes	
DIREITO PRIVADO E SUSTENTABILIDADE: DIÁLOGO NECESSÁRIO NEM SEMPRE CONCILIATÓRIO.....	35
Glauco Cidrack do Vale Menezes	
BREVES NOTAS SOBRE O PRAZO PRESCRICIONAL DO FGTS.....	55
Eduardo Pragmácio	
O MUNICÍPIO BRASILEIRO: SER ENTE OU NÃO DA FEDERAÇÃO?.....	61
João Matheus Amaro de Sousa	
PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO CIVIL.....	71
Marcel Moraes Mota	
A CONSTITUCIONALIDADE DO § ÚNICO DO ART. 2.035 DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO.....	89
Paulo Regis Machado Botelho	

UM CAMINHO PARA O CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL: O CASO DA APLICAÇÃO DO ART. 219 DO CPC NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E DA FAZENDA PÚBLICA

A METHOD TO REGULATE THE JUDICIAL DECISION: THE CASE OF APPLICATION OF THE ARTICLE 219 OF CIVIL PROCEDURE CODE ON SMALL CLAIMS COURTS

PAULO MARTINS DOS SANTOS¹

RESUMO:

O artigo propõe um caminho para o controle das decisões judiciais, a partir da análise de como deve se dar a atividade de interpretação dos textos normativos, considerando as contribuições da hermenêutica filosófica e da teoria da argumentação jurídica, e apresenta um caso prático de aplicação da proposta, analisando a correção do entendimento do FONAJE no sentido de afastar a aplicação do art. 219 do Código de Processo Civil nos juizados especiais cíveis e da Fazenda Pública.

PALAVRAS-CHAVE:

Decisão judicial, controle, argumentação, CPC, juizado especial.

ABSTRACT:

The article proposes a path to account judgment, by analyzing how the legal texts should be interpreted, considering the contributions of philosophical hermeneutics and the theory of legal argumentation, and presents a case study of application of the proposition, checking the accuracy of the conclusion of the FONAJE about the application of the article 219 of the Code of Civil Procedure on small claim courts.

KEYWORDS:

Judgment, accountability, argumentation, CPC, small claim courts.

1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo é apresentar um caminho para o controle das decisões judiciais², apresentando um caso prático de sua aplicação, mais especificamente atinente ao entendimento consubstanciado no Enunciado cível nº 165 e no Enunciado da Fazenda Pública nº 13 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE)³, que não reconhecem a aplicação do art. 219 do CPC no sistema dos juizados especiais cíveis e da Fazenda Pública.

O primeiro passo a ser dado será, ainda que superficialmente, o delineamento de um caminho para aplicação/interpretação dos textos normativos. Esse ponto merece dois adendos.

Primeiro, considerando a questão sob o prisma da ciência do Direito, poderíamos partir para a simples esquematização/descrição do modo como o direito é interpretado/aplicado quotidianamente, na prática jurisprudencial e na doutrina. Essa postura, contudo, apesar de importante, é claramente insuficiente.

1 Especialista em Processo Civil pela PUC/SP, Mestre em Direito pela UFC, Professor da FFB, Advogado e Procurador do Estado.

2 Falar em controle da decisão judicial implica rechaçar a postura que não denuncia, ou simplesmente se omite, diante da discricionariedade judicial, entendida aqui como arbitrariedade, no sentido proposto por Lênio Luis Streck (2013b: 322-323), de autorização para o aplicador tomar sua decisão sem prestação de contas, de maneira subjetiva, inobservado o dever de fundamentação em normas constitucionais e legais.

3 Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>

É necessário propor caminhos para auxiliar a construção de uma prática jurídica correta, e não se limitar apenas a descrevê-la, reproduzindo acriticamente o que vem sendo praticado, ainda que haja certo consenso implícito acerca da correção de alguma prática.

Segundo o caminho proposto, parte do pressuposto de que o trabalho do aplicador do Direito, no Brasil, tem que estar necessariamente vinculado a um texto normativo⁴. Tal situação não decorre exclusivamente da tradição do *civil law*, na qual nos inserimos⁵, mas é uma decorrência direta do próprio sistema democrático que nos impusemos em 1988: além de uma Constituição escrita, solenemente posta por um órgão representativo (Assembleia Constituinte), o direito fundamental de liberdade, plasmado no art. 5º, II dessa mesma Constituição, consigna que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, a denotar que a lei, ou mais precisamente, o texto normativo oriundo da autoridade competente, conforme a divisão constitucional de competências, deve ser o ponto central da atividade exegética do aplicador do Direito no Brasil.

2. TEXTO E NORMA

O texto do dispositivo legal e a norma não se confundem⁶. Essa simples afirmação não é de difícil demonstração. Basta nos debruçarmos sobre o art. 18, § 1º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) (“Brasília é a Capital Federal”) para ver que não há nenhuma norma que possa ser extraída exclusivamente desse texto. Nesse ínterim, é possível vislumbrar dispositivos dos quais é possível extrair mais de uma norma, assim como normas que são resultado da combinação de diversos dispositivos⁷.

O texto do dispositivo e a norma são realidades distintas, porém intimamente conectadas. Ambas são realidades pertencentes à mesma categoria linguística. De uma para a outra, medeia o processo de interpretação⁸.

4 Poder-se-ia qualificar essa postura como uma postura científica dogmática, que é objeto de intensa crítica por parte de Hugo de Brito Machado Segundo (2008), que frisa a impossibilidade de existir um conhecimento científico dogmático. Nossa perspectiva dogmática, porém, é aquela explicada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2007: 39-51): dogmático é o que, por necessidades práticas, afasta a discussão em torno de certos pontos de partida, mas não olvida que esse pontos são discutíveis. Nos limites do artigo, porém, a questão da necessária vinculação do aplicador do direito a um texto normativo não será problematizada.

5 Como bem pontua Mauro Cappelletti (1993: 122-123), ainda que possa ser constatada uma intensa aproximação de ambos os sistemas ultimamente, ainda permanece como nota distintiva o fato de que o *civil law* identifica o direito com a lei, enquanto no *common law* tal não ocorre.

6 A diferença entre texto e norma é bem trabalhada tanto na doutrina nacional (cf. ÁVILA, 2009: 30-31; NEVES, 2013: 1-11 e GRAU, 2006: 85-87) como na estrangeira (GUASTINI, 2005: 23-43).

7 Ricardo Guastini (2005: 34-43), discorrendo sobre o tema, identifica, entre os teóricos que tratam do assunto, a existência das seguintes conclusões: a) uma única disposição pode corresponder a mais de uma norma, que, contudo, se excluem mutuamente; b) uma única disposição pode corresponder a um conjunto de normas associadas; c) duas disposições podem representar uma mesma norma; d) duas disposições podem representar um conjunto de normas que se sobrepõe em parte; e) várias disposições podem exprimir uma norma; f) disposições podem não exprimir normas e g) normas podem ser expressas sem disposições. Enquanto as hipóteses “a” a “e” não chegam a ser de difícil demonstração, parece ser de mais difícil a demonstração das hipóteses “f” e “g”, motivo pelo qual não há como endossá-las sem maior reflexão no momento. No caso do citado art. 18, § 1º da Constituição, o dispositivo somente ganha sentido quando conjugado com outros que façam referência à Brasília, ou à Capital Federal, tal como aquele constante do art. 92, § 1º, que diz que o STF, o CNJ e os Tribunais Superiores tem sede na Capital Federal, o que é particularmente importante, por exemplo, no tocante às diversas normas administrativas que regulam a atividade desses tribunais.

8 Ainda Ricardo Guastini (idem: 28): “a disposição é um enunciado que constitui o objeto de interpretação. A norma é um enunciado que constitui o produto, o resultado da interpretação. Nesse sentido, as normas são – por definição – variáveis dependentes de interpretação”.

A norma é o resultado da interpretação de um texto. A interpretação é o processo por meio do qual busca-se a reexpressão do texto em outros termos, visando-lhe captar o sentido de modo mais preciso.

Nesse processo, é importante não perder de vista a razão de ser da existência dos textos normativos. Eles criam expectativas de conduta, pois são por si só portadores de conteúdo, de significado.

A partir do momento em que as sociedades passaram a se sofisticar, adotando relações cada vez mais complexas, o Direito passou a ser cobrado como instrumento que pudesse solucionar os conflitos decorrentes dessas relações de forma eficiente. Uma das maneiras encontradas para cumprir esse papel foi a adoção da normatização por meio de textos escritos, de caráter mais ou menos geral, solenemente estabelecidos, sendo o mais famoso deles a lei⁹.

O texto normativo existe em função da sociedade massificada, complexa, que passou a exigir um instrumento em torno do qual pudessem ser criadas sólidas expectativas acerca do comportamento a ser adotado e, assim, fossem evitados conflitos ou fosse possível equacioná-los de maneira mais eficiente.

Assim, o texto normativo, solenemente posto, de caráter mais ou menos geral, existe para que os cidadãos possam saber, no trato jurídico cotidiano, com maior segurança, qual a conduta a ser adotada¹⁰.

Essa fórmula se mostrou muito eficiente, mas não perfeita. Ela não foi capaz de domesticar todas as complexas relações jurídicas que podem ter vez, na cada vez mais sofisticada sociedade de massa da atualidade.

A fórmula do texto normativo, porém, se não se mostra perfeita, também não pode ser simplesmente negligenciada. O texto é a base do processo de interpretação e as expectativas geradas em torno do seu sentido não podem ser completamente ignoradas. O processo de interpretação não é completamente livre, nem pode sê-lo, principalmente tratando de norma jurídicas. É preciso ter em mente que a interpretação não pode criar a norma do nada, já que há um texto e toda sua carga semântica prévia, construída em torno das expectativas tradicionalmente nele depositadas, que não podem ser simplesmente deixadas de lado.

Eros Roberto Grau (2006: 86) bem destaca a importância dos limites estabelecidos pelo texto, enfatizando o trabalho criativo do intérprete, mas não como um trabalho de criação absoluta, *ex nihilo*, pois as possibilidades do texto constituem um limite que não deve ser transposto, de modo que o intérprete não produz propriamente a norma, mas sim a reproduz.

A interpretação pode, e muitas vezes deve, levar à formulação de uma norma que não corresponda às expectativas de sentido inicialmente depositadas no texto. Essa possibilidade, contudo, não significa que deva ser sempre assim, e o mais importante, nesse caso, é controlar o modo como se dá essa formulação.

9 Humberto Ávila (2012: 240), versando sobre a correlação entre a lei e a segurança jurídica, assenta que aquela contribui tanto para afastar a surpresa como o decisionismo.

10 Como bem pontuado Rodolfo Luis Vigo (1998: 502-504), a segurança jurídica exige do Direito uma série de características, valendo destacar, dentre elas, a determinação em geral dos direitos, deveres e permissões, a promulgação de regras jurídicas, o acesso fácil e permanente àquilo que é juridicamente determinado e a compreensão das determinações jurídicas. Ora, somente faz sentido falar nessas características se o texto normativo for capaz de antecipar sentidos e se os seus destinatários forem capazes de orientar sua conduta em torno desse sentidos, sem que isso implique, posteriormente, a imposição de um sentido completamente diferente, imprevisível.

É de frisar, assim, que o texto da norma importa, pois antecipa sentidos, no que concorre para a segurança jurídica. Importante também é a interpretação enquanto processo que releva o melhor sentido do texto, em busca da melhor norma para o caso, sem, todavia, olvidar que esse processo não pode ser livre, desamarrado, carente de controle, sob pena de se consagrar a arbitrariedade, que conspira contra a segurança jurídica.

No mais das vezes, essa arbitrariedade fica evidenciada quando, no debate acerca da interpretação de um texto normativo, saca-se o argumento de que o intérprete não pode ficar preso à literalidade com o sub-reptício objetivo de contornar a exigência de observância de um conteúdo normativo regularmente estabelecido pela autoridade competente, o que representa, em verdade, o disfarce ideal para a adoção de uma postura essencialmente anti-democrática¹¹.

Deve-se deixar assentado, assim, que a carga de sentido do texto abstratamente considerado, que poderá ser construída e reconstruída diversas vezes no processo de interpretação, especialmente à luz da situação concreta em discussão, possui grande relevância, não podendo ser simplesmente olvidada. Afastá-la, por outro lado, tem que ser feito por meio de um caminho racional, ao alcance de todos, no qual se demonstre a maneira como aquela carga de sentido inicialmente existente no texto se mostra inadequada, devendo ser superada por outra, também extraível do mesmo ou de outro(s) texto(s) normativo(s) conexo(s), que se mostre a mais correta para a situação.

Para que possamos apresentar uma proposta de caminho que permita chegar a esse resultado, urge nos debruçarmos, ainda que ligeiramente, sobre as outras propostas de métodos já apresentadas e que não se mostraram suficientes ou não foram bem compreendidas/aplicadas.

3. A NECESSIDADE DE CONTROLE: UMA PROPOSTA DE CAMINHO DE INTERPRETAÇÃO

A teorização sobre o processo de interpretação (hermenêutica) jurídica não é fenômeno novo.

No estágio atual da teoria sobre o assunto, costuma-se fazer referência ao método concebido no paradigma das ciências naturais, em especial no período que vai do século XIX até a Segunda Guerra Mundial, sob o epíteto de hermenêutica jurídica clássica. É aí onde vamos encontrar os famosos critérios literal, lógico, sistemático, histórico e teleológico (cf. MAXIMILIANO, 2006). Apesar de, até hoje, a prática jurídica ainda se ancorar fortemente nesses critérios, suas debilidades já foram amplamente demonstradas, em especial à constatação de que a prevalência de um sobre o outro, ante a ausência de um meta-critério, decorre de uma escolha arbitrária do intérprete, destinada a legitimar, retoricamente, uma determinada interpretação (GRAU, 2006: 108-109).

Após a Segunda Guerra Mundial, entre em cena a hermenêutica filosófica, uma perspectiva teórica crítica do método hermenêutico clássico sob o fundamento de que este, calcado na indução

11 Lênio Luis Streck (2012: 35) identificou com precisão esse fenômeno, ao consignar “numa palavra final, não podemos admitir que, ainda nessa quadra histórica, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta ‘superação’ da literalidade do texto legal. Insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata da análise dos signos que compõe um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo a ‘dobra da linguagem’, vale dizer, o contexto no qual o enunciado tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores, como o da ‘superação’ da literalidade da lei, só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático”.

característica da produção de conhecimento das ciências naturais, é inadequado para o tratamento da interpretação, enquanto atividade de busca de sentido do texto, pois este não tem um sentido único, apto a ser captado indutivamente (cf. GADAMER, 1997, v. 1: 31, 39-47 e 400-556).

A partir da hermenêutica filosófica, no Direito, certos teóricos passaram a compreender a inesgotabilidade de sentido do texto normativo como carta branca para uma interpretação livre, desamarrada, infensa a qualquer tipo de controle. Alguns outros teóricos, porém, de modo muito acertado, mesmo reconhecendo o acerto da hermenêutica filosófica ao apontar a inesgotabilidade de sentido, frisam que a interpretação dos textos jurídicos, por imperativo da segurança jurídica, não pode levar à atribuição de qualquer sentido (COELHO, 2007: 111).

O fato de se reconhecer a inesgotabilidade do sentido de um dado texto não conduz ao abando da busca de um caminho¹² para a adoção da interpretação correta, ainda que vinculada a um dado espaço e momento, ou seja, a certas e específicas condições históricas.

O texto não possui um significado imutável, mas, para dadas circunstâncias espaciais e temporais, pelo menos os textos jurídicos necessitam de um sentido único, eleito, ainda que não imutavelmente, como correto. Isso decorre da necessidade de segurança intrínseca ao Direito enquanto prática social¹³.

Como a proposta de caminho engendrada diz respeito à atividade do juiz enquanto intérprete autêntico, no sentido proposto por Hans Kelsen (2006: 387), as questões que a envolvem não têm como ser separadas das questões ligadas à fundamentação das decisões judiciais e à legitimidade da própria jurisdição.

Começa-se por frisar que a legitimidade da Jurisdição, que repousa na racionalidade e controlabilidade da decisão judicial, e a argumentação jurídica, que fornece o instrumental teórico necessário a realizar esse controle racional, são inseparáveis, como bem salientado por Luís Roberto Barroso (2009: 340-341).

A atividade de demonstração da racionalidade de determinada tese se desenvolve em torno do enfrentamento dos argumentos favoráveis e contrários. Não basta arrolar um argumento favorável a uma tese e considerar que ela foi racionalmente demonstrada. É preciso enfrentar o argumento posto em sentido contrário, pois é justamente ele, muitas vezes desconstruindo o argumento favorável, que pode vir a demonstrar a ausência de racionalidade da tese.

Alguém poderia contestar dizendo que a discussão tenderia ao infinito, tendo em vista que, especialmente no Direito, há uma série quase infindável de argumentos e contra-argumentos que podem ser invocados em um debate.

12 Nesse momento cabe fazer um rápido adendo. Semanticamente, o termo “caminho” poderia ser muito bem substituído por “método”. O termo “método” vem do grego, *methodos*, que significa através (meta) do caminho (hodos). A preferência pelo termo “caminho”, porém, é resultado do deliberado objetivo de se afastar do sentido do termo método como método indutivo, característico das ciências naturais, e tão criticado pela hermenêutica filosófica.

13 Aqui valem as considerações de Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas (2016: 168-178), para quem a necessidade de uma única solução jurídica correta implica: a) estabelecer que o juiz deve sempre estar à procura da decisão correta, como estímulo; b) reconhecer que poucas decisões são juridicamente equivalentes e, mesmo nessa hipótese, estabelecer que uma deverá necessariamente tida como de acordo com o Direito e a outra não, e c) estabelecer que a uniformidade jurisprudencial constitui um dever do aplicador do direito.

Realmente, não se pode negar que muitos argumentos seriam afrontados por outros com igual teor de convencimento e racionalidade, o que poderia levar a um impasse. Mas a grande verdade é que a decisão judicial, a despeito da necessária racionalidade, também envolve doses de autoridade, de decisão. É justamente diante de dois argumentos de igual envergadura que essa autoridade tem que ser exercida.

Isso não justifica o abandono do debate e do confronto de argumentos. Muito pelo contrário: apesar de se basear também na autoridade, a decisão judicial necessita demonstrar que essa autoridade não está sendo arbitrariamente exercida, o que só é possível depois de enfrentar os argumentos envolvidos e, se for o caso, encontrar aqueles que, contrapostos, possuam a mesma envergadura, situação em que o exercício da autoridade deve ser feito de modo claro e expreso.

O caminho proposto poderia parecer insuficiente, já que efetivamente não parece haver como estabelecer uma hierarquia entre os argumentos que podem ser lançados no debate.

O importante, porém, no limite desse espaço, não é tanto hierarquizar os argumentos envolvidos, mas exigir que o julgador enfrente, expressamente, todos os argumentos suscitados, confrontando-os.

Esse enfrentamento de modo algum pode se dar implicitamente, como se estivesse pressuposta a impertinência de determinado argumento. Ao intérprete autêntico cabe explicitar todos argumentos alinhados e confrontá-los, afastando aqueles incorretos ou, no limite, com base em sua autoridade, escolhendo um entre aqueles que se mostram de igual correção, sendo que, neste caso, também deve ser explicitada de forma clara e inequívoca a prevalência da vontade do intérprete.

No cotidiano da prática jurídica nacional, todavia, é possível ver com indesejável frequência a ausência do confronto de argumentos, do debate, da tentativa de demonstração da racionalidade das teses adotadas nas decisões judiciais, sendo um dos mais fortes indicativos dessa realidade o entendimento jurisprudencial consagrado em todas as instâncias, segundo o qual o juiz não está obrigado a responder os argumentos das partes¹⁴.

Não parece razoável concluir que, num Estado Democrático de Direito, no qual o juiz tem legitimidade, na medida em que exerce sua vontade de decidir dentro dos limites da racionalidade do Direito, um profícuo debate possa ser simplesmente interdito mediante a singela alegação de que não há a obrigação do órgão julgador de responder todos os argumentos das partes. O correto é justamente o contrário: o juiz está sim, por imperativo democrático e jurídico, obrigado a enfrentar todos os argumentos e contra-argumentos das partes¹⁵.

14 É pública e notória a existência dessa prática, mas, para fins de registro, é suficiente transcrever o entendimento já consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral em Recurso Extraordinário, segundo o qual “O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.” (AI 791292 QO-RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010, DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-06 PP-01289 RDECTRAB v. 18, n. 203, 2011, p. 113-118).

15 Vale anotar que o CPC/15, especialmente em seu art. 489, § 1º, IV, busca abolir essa prática, deixando clara a necessidade de enfrentamento de argumentos. O lamentável, porém, é que a expressão constante do texto legal (“capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”) abre margem a distorções, como aquela perpetrada no julgamento do STJ nos EDcl no MS 21.315/DF, no qual ficou consignado que o texto legal apenas ratificou o entendimento judicial, então pacificado naquele tribunal (“A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça”). Trata-se, como se pode ver, segundo o STJ, de uma mudança de lei que não implicou mudança alguma, não parecendo o Tribunal minimamente preocupado como essa flagrante contradição.

Dentro da ampla gama de temas tratados pela argumentação, vai nos interessar de modo especial, nesse espaço, aquele atinente à coerência das decisões judiciais.

Consideradas as decisões proferidas em casos praticamente idênticos, a incoerência da prática jurisprudencial nacional, por exemplo, é flagrante, pois não há a preocupação em manter a harmonia entre os julgados, construindo um entendimento isonômico, capaz de gerar previsibilidade, e, em consequência, segurança jurídica.

Marcelo Neves (2013: 198-199) bem se apercebeu da inconsistência da prática jurisprudencial brasileira, tendo em conta especialmente a ausência de preocupação de manutenção de uma linha decisória coerente e uniforme. Para ele, o manejo de princípios, da técnica da proporcionalidade e do modelo de ponderação, na jurisdição constitucional brasileira, dá-se exclusivamente em função de um caso, sem preocupação na formulação de precedente. Em novos casos, diante de novidades metodológicas ou doutrinárias, a história recomeça, do zero.

É preciso destacar que é uma exigência jurídica e democrática, para além de uma exigência metódica, a necessidade de manutenção de uma prática decisória coerente. Lênio Luis Streck (2013a: 82-83), tratando dos princípios da hermenêutica constitucional - o princípio da unidade da Constituição, o princípio da concordância prática entre as normas ou da harmonização, o princípio da eficácia integradora ou do efeito integrador, o princípio integrativo ou científico-espiritual e o princípio da proporcionalidade -, defende, inspirado nos ensinamentos de Dworkin, a necessidade de se observar a integridade do Direito, entendida essa como uma consistência articulada entre os argumentos e o conjunto do Direito. Integridade, assim, é uma coerência dinâmica, a implicar um respeito às práticas jurídicas passadas, tradicionais, mas sem olvidar a possibilidade de se afastar das decisões anteriores quando tal decorrer da necessidade de observância de princípios mais fundamentais do ordenamento.

Para obtenção e manutenção da coerência, não é possível olvidar que a interpretação de um texto normativo não leva em conta apenas aquele específico texto, aquela específica oração constante de uma fonte, mas sim todo o Direito, ou seja, todos os demais textos normativos e as conexões de sentido implícitas no ordenamento como um todo. Tal é assentado de modo enfático por Eros Roberto Grau (2006: 132), para quem o direito não se interpreta em tiras, mas sim em sua totalidade.

O caminho que se deve seguir na prática interpretativa passa, assim, pela análise da solidez argumentativa da uma determinada conclusão, expondo com clareza os argumentos favoráveis e contrários envolvidos, destacando com precisão eventual momento em que a superação de um argumento se dê por ato de vontade do intérprete, tudo com especial relevância para análise dos diversos elementos que reclamam a adoção de um entendimento harmônico, capaz de manter a coerência do sistema.

4. A APLICAÇÃO DO CAMINHO PROPOSTO NA AFERIÇÃO DA CORREÇÃO DO ENTENDIMENTO SEGUNDO O QUAL O ART. 219 DO CPC NÃO SE APLICA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

O Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), após emissão de nota técnica (Nota Técnica 01/2016 – NT 01/2016¹⁶), houve por bem publicar enunciados (Enunciado cível nº 165 e Enunciado da Fazenda Pública nº 13) defendendo o afastamento da aplicação do art. 219 do CPC/15, que trata da contagem dos prazos processuais em dias úteis, nos processos perante os juizados especiais cíveis e os juizados especiais da Fazenda Pública.

É necessário avaliar os fundamentos desse entendimento, confrontando-os argumentativamente, de modo a aferir sua correção.

De início, é importante destacar que, apesar de não possuir nenhum grau de vinculatividade, por não ser o FONAJE sequer órgão judicial, não é possível negligenciar o conteúdo persuasivo de seus enunciados, mormente porque os membros do FONAJE são os próprios juízes de direito que atuam nos juizados especiais. Essa circunstância, por si só, justifica aplicar ao presente caso o caminho proposto para análise da correção das decisões judiciais.

De outro lado, nunca é demais criticar o fato de o sistema dos juizados especiais ser profundamente falho no que toca à uniformização da jurisprudência, ou, na linguagem do CPC/15 (art. 926), estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.

Não há previsão legal de uniformização no âmbito dos juizados especiais cíveis. Foi necessária a construção, por meio de decisão do STF, da reclamação por divergência com a jurisprudência do STJ, suprimindo, assim, a ausência de instrumento uniformizador (cf. STF, RE 571.572 ED e STJ, Resolução 12/2009, Emenda Regimental nº 22/2016, AgRg na Rcl 18.506 e Resolução 3/2016).

Por outro lado, apesar de haver previsão de instrumento de uniformização no Juizado Especial Federal e no Juizado Especial da Fazenda Pública, este é aplicável somente às questões de direito material (art. 14 da Lei 10.259/2001 e art. 18 da Lei 12.153/2009), como se as questões de Direito Processuais fossem desimportantes, a desmerecer um tratamento uniforme.

Essa imperfeição no sistema de uniformização do sistema dos juizados especiais é suprida, na prática, ainda que de modo equivocado, pelos enunciados do FONAJE, circunstância essa que acentua a necessidade de se proceder a uma análise crítica dos mesmos.

4.1 DA FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA PARA NÃO APLICAÇÃO DO ART. 219 DO CPC/15 NOS JUIZADOS ESPECIAIS

Necessário analisar de que modo a Nota Técnica 01/2016 justifica a inaplicabilidade do art. 219 do CPC/15 aos juizados especiais. Para tanto, deve-se transcrever os trechos suportam a conclusão adotada.

Inicialmente, é afirmado:

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (CPC de 2015), por força do artigo 219, a justiça cível dita comum passa a conviver com a contagem de prazos legais e judiciais em dias úteis, em inexplicável distanciamento e indisfarçável subversão ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

16 Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/wp-content/uploads/2014/11/notafonaje13032016.pdf>>.

Mais à frente, a nota estabelece um critério de aplicação do CPC aos processos que correm perante o juizado:

Não bastasse esse argumento, cumpre não perder de vista que o legislador de 2015, em alguns poucos artigos, fez remissão expressa aos Juizados Especiais, disciplinando, modo cogente, a aplicação desses dispositivos da lei processual comum ao procedimento regulado pela Lei 9.099. A melhor técnica de hermenêutica jurídica leva, necessariamente, à conclusão de que, assim agindo, o legislador quis limitar, *numerus clausus*, àquelas hipóteses, as influências do CPC sobre o sistema dos juizados, ciente das implicações prejudiciais decorrentes de uma maior ingerência legal que porventura houvesse, claramente contra os interesses do jurisdicionado que ocorre aos juizados. *Inclusio unius est exclusio alterius*.

Depois disso, a NT 01/2016 assenta:

Por outro lado, em seu XXXVIII Encontro, realizado em Belo Horizonte-MG, em novembro de 2015, o FONAJE, antecipando-se, expediu enunciado em que se subssume a questão dos prazos, v.g., “Considerando o princípio da especialidade, o CPC/2015 somente terá aplicação ao Sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da Lei 9.099/95.”

Passa-se, então, à análise da correção da fundamentação utilizada.

4.2 DO ARGUMENTO INVÁLIDO POR CONTRADIÇÃO

Os dois últimos parágrafos da NT 01/2016 acima transcritos são evidentemente contraditórios. Se, valendo-se de pomposas expressões latinas (*numerus clausus e inclusio unius est exclusio alterius*), defende-se que o CPC somente é aplicável ao juizados nas situações de referência expressa, *tout court*, não faz sentido mais à frente utilizar o conjunção alternativa “ou” para dizer que a incidência do CPC se dá nos casos de referência expressa e específica ou no caso de compatibilidade. No caso de compatibilidade, não há referência expressa e específica, de modo que fica claro que a incidência do CPC não é *numerus clausus*, descabendo falar em *inclusio unius est exclusio alterius*.

Nessa situação, está-se diante de um clara contradição, que leva a uma argumentação incoerente e torna falso, no mínimo, um dos argumentos utilizados, com bem ensinado por de Douglas N. Walton (2006: 176):

O fato de uma contradição ser sempre falsa revela o que é criticável num conjunto incoerente de proposições definido por um argumentador. Se um conjunto incoerente de proposições contém uma contradição, e uma contradição tem que ser sempre falsa, então o conjunto incoerente de proposições não pode ser totalmente verdadeiro. Pelo menos algumas das proposições contidas nele têm que ser falsas. Isso significa que uma posição que seja incoerente deve estar sujeita a críticas ou revisão. Um conjunto incoerente de proposições pode conter algumas proposições verdadeiras, mas pelo menos uma tem que ser falsa, mesmo que não saibamos qual delas.

Essa contradição, evidentemente, invalida o argumento posto no segundo parágrafo transcrito da NT 01/2016.

4.3 DA DEFESA DISFARÇADA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 219 DO CPC POR OFENSA À CELERIDADE. DA INEXISTÊNCIA DA SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE

Ligando os dois argumentos não contraditórios da NT 01/2016 (do primeiro e do terceiro parágrafos acima transcritos), é possível ver que eles defendem: a) as leis dos juizados especiais (Leis 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009) não fazem expressa remissão ao CPC no que toca à contagem de prazo, logo, sua aplicação está a pressupor a compatibilidade com os princípios que regem esse específico sistema e b) como a contagem em dias úteis é incompatível com o critério da celeridade estabelecido no art. 2º da Lei 9.099/1995, o art. 219 do CPC não seria aplicável nos juizados especiais.

Primeira falha do raciocínio exposto na NT 01/2016 consiste na peremptória afirmação de que o art. 219 do CPC/15 representa “um inexplicável distanciamento e indisfarçável subversão” à celeridade, que está prevista como direito fundamental no art. 5º, LXXVIII da CF/88. Até onde é possível saber, inexplicável distanciamento e indisfarçável subversão podem ser semanticamente substituídos por afronta, mas não uma afronta qualquer, uma afronta intensa, direta, acintosa, dura. Afrontar um direito fundamental de maneira intensa, dura, direta, acintosa, é um claro e inequívoco caso de inconstitucionalidade. O que a NT 01/2016 não faz é assumir a consequência lógica da premissa que adota, qual seja, o art. 219 do CPC/15 é inconstitucional.

Se a NT 01/2016 não diz que o art. 219 do CPC/15 é inconstitucional, é porque em verdade ele não o é. Isso é evidente. O texto constitucional, por sinal, não faz menção apenas à celeridade, pois, no mesmo dispositivo, vale-se da expressão razoável duração. A utilização da expressão razoável já denota que o processo não pode, pois não tem como ser, instantâneo, tirando-se daí que a demora processual é natural, sendo patológica e ofensiva ao direito fundamental à celeridade apenas quando fugir do razoável.

Junto com Samuel Miranda Arruda (2013: p. 510), tem-se que “a duração razoável do processo não pode ser também matematicamente fixada *a priori*, em determinado número de dias ou meses”, pois isso implicaria a adoção de uma visão “reduzora do seu conteúdo”. Assim, de antemão, já se mostra completamente impróprio aquilatar a ofensa à celeridade em termos de número de dias totais que serão acrescido em virtude da contagem de prazo em dias úteis e não em dias corridos.

De todo modo, afastando a conclusão acima, e considerando o acréscimo concreto de dias na duração do processo, ainda que por estimativa, temos que a contagem de prazos em dias úteis não traz um aumento irrazoável da demora natural do feito, sendo tal afirmação de fácil demonstração.

Considerando o prazo mais comum do CPC, de 15 dias, sua contagem em dias úteis equivale aproximadamente a 21 dias corridos. Trata-se de 6 dias a mais, comparando o CPC/15 com o CPC/73. Suponhamos que esse prazo se apresente 10 (dez) vezes em um feito. Teríamos, aí, uma dilatação de 60 dias, ou 2 meses. O aumento de 2 meses de duração total em processo comum pode ser considerado irrazoável?

Considerando, agora, que o prazo mais comum nas leis dos juizados especiais é 10 dias, que, se foram úteis, equivalem, em média, a 14 dias corridos, representando um aumento de 4 dias. Considerando as mesmas 10 intervenções, que totalizaram 40 dias a mais, é possível também questionar: o aumento de 40 dias, pouco menos de 1 mês e meio, na duração total de um processo em juizado especial é irrazoável?

A resposta a esses questionamentos é intuitivamente negativa, mas, ainda que não devêssemos falar intuitivamente, cabe destacar igualmente que a demonstração cabal de que a contagem de prazos em dias úteis é irrazoável, ofensiva à celeridade, é atribuição do intérprete/aplicador, dada a presunção de constitucionalidade das leis¹⁷.

A NT 01/2016, porém, não vai além de anunciar uma genérica inconstitucionalidade, de forma indireta, não se desincumbindo de demonstrar como a contagem em dias úteis seria ofensiva à celeridade, entendida como duração razoável do processo, o que nos leva a reforçar a conclusão de que o art. 219 do CPC/15 não é inconstitucional.

Ao resolver a questão constitucional posta, automaticamente enfrentamos o segundo argumento esgrimido pela NT 01/2016, pois, tendo em conta que a celeridade, considerada à luz da CF/88, não está ligada a imediatismo, mas sim à duração razoável do processo e que a contagem de prazos processuais em dias úteis não interfere irrazoavelmente na duração do processo, não tendo sequer sido minimamente demonstrada a conclusão diversa, não se tem como concluir que o art. 219 do CPC ofende a celeridade, não sendo incompatível com o art. 2º da Lei 9.099/1995, impondo-se, assim, o reconhecimento de sua incidência no âmbito dos juizados especiais.

4.4 DA INOBSERVÂNCIA DA COERÊNCIA (INTEGRIDADE) DO DIREITO

Ainda cabe assentar que as conclusões em torno do art. 2º da Lei 9.099/1995, feitas pela NT 01/2016, não atendem à coerência, entendida como integridade do direito.

Admitindo-se, para fins de raciocínio, que a celeridade estabelecida no art. 2º da Lei 9.099/1995 significa algo diferente da celeridade/razoável duração estabelecida constitucionalmente, sendo rapidez pura e simples, e qualquer dispositivo do CPC que aumente essa duração é incompatível com essa rapidez e não pode ser aplicado no âmbito dos juizados se não houver expressa referência a ele, resta a um problema: como contar os prazos no âmbito dos juizados especiais?

Considerando a divisão de competência estabelecida na CF/88, mais especificamente no art. 22, I, a matéria atinente aos efeitos jurídicos do decurso do tempo, de forma mais geral, ou à contagem de prazos, de forma mais genérica, é assunto reservado à legislação federal. Considerando uma das grandes divisões do Direito, qual seja, aquela que o divide em ramos materiais e processuais, o legislador houve por bem regular a contagem de prazos de direito material no Código Civil (art. 132) e no Código Penal (art. 10) e, no direito processual, houve por bem tratar o tema em três diplomas legais diferentes: no CPC (art. 219, art. 178, no CPC/1973), no CPP (art. 798) e na CLT (art. 775). As leis que tratam dos juizados especiais não tratam da contagem de prazo.

Diante desse quadro, considerando a necessidade de manter a deferência ao tratamento legislativo sobre a matéria, a pergunta pode ser refinada: se as leis dos juizados especiais não tratam da contagem

¹⁷ Aqui também pode ser invocado o princípio da não controlabilidade do âmbito de prognose legislativa, que significa que “ao legislador compete conformar a vida econômica e social, movendo-se essa conformação num plano de incerteza, conducente, por vezes, a soluções legislativas inadequadas ou erradas, mas cujo mérito não é susceptível de fiscalização jurisdicional” (CANOTILHO, 2003: 1316). Não havendo inequívoca certeza de que o aumento do tempo do processo provocado pelo art. 219 do CPC/15 é irrazoável, a prognose do legislador, consistente na previsão de que a contagem em dias úteis não representará aumento irrazoável da duração do processo, deve permanecer infensa ao controle jurisdicional.

de prazo e se o CPC não é aplicável (art. 219), qual o diploma legal que regula a contagem de prazo no âmbito dos juizados?

Como não houve declaração de inconstitucionalidade do art. 219 do CPC/15, não se opera o efeito repristinatório do art. 178 do CPC/73, de modo que prevalece o art. 1.046, *caput* do CPC/15: o CPC/73 encontra-se revogado, e, conseqüentemente, diante da inexistência jurídica do art. 178, ele é inábil a regulamentar qualquer contagem de prazo¹⁸.

A própria NT 01/2016 parece indicar uma solução, apesar de não abraçá-la abertamente, ao invocar a CLT e o CPP.

Ocorre que a aplicação de dispositivos da CLT e do CPP no âmbito dos juizados especiais de natureza civil não é possível por duas razões: a) a integridade do Direito, vista sob a perspectiva da coerência sistemática, ficaria seriamente comprometida se, no âmbito processual civil, fosse privilegiada a aplicação subsidiária de dispositivos processuais trabalhistas ou penais no lugar da própria norma processual civil geral do CPC e b) o art. 27 da Lei 12.153/2009, que trata dos juizados especiais da Fazenda Pública, determina a expressa aplicação subsidiária do CPC, não fazendo remissão à CLT ou ao CPP.

Sob a perspectiva da coerência dinâmica, ou integridade, do Direito, essas duas razões se articulam de modo inseparável: a legislação é consciente das omissões existentes nos diplomas legais que regulam os juizados especiais, e, na solução das lacunas, de logo estabelece que esses diplomas devem se comunicar entre si e, persistindo a lacuna, devem dialogar com lei geral do processo civil, qual seja, o CPC¹⁹. Ao não fazer referência ao CPP ou à CLT como fonte de aplicação subsidiária, no que toca à matéria civil, as leis que tratam dos juizados especiais reconhecem que o sistema dos juizados não é uma ilha isolada, incomunicável, pois mantém uma ponte com os outros sistemas do ordenamento, sendo que essa ponte desemboca, inicialmente, no CPC, como decorrência do reconhecimento do caráter civil do próprio processo do juizado e do caráter de norma geral de processo civil do próprio CPC.

4.5 AINDA UMA CRÍTICA QUANTO À FALTA DE UNIFORMIZAÇÃO: O ENUNCIADO 45 DA ENFAM

É necessário reforçar a crítica feita acima, no sentido de ser prejudicial a ausência de instrumento uniformizador de matérias de direito processual no âmbito dos juizados especiais.

De fato, excluir do âmbito da uniformização nos juizados especiais as questões de Direito Processual parece ser uma resposta inadequada aos exageros decorrentes da fase autonomista do Direito Processual²⁰. Não é porque houve exageros conceptuais de teóricos do Direito Processual que

18 A inexistência referida, obviamente, é pro futuro, já que, até a entrada em vigência do CPC/15, o CPC/73 regula de modo pleno as situações processuais civis ocorridas sob sua vigência.

19 A redação do art. 27 da Lei 12.153/2009 fala na aplicação subsidiária do CPC, da Lei 9.099/1995 e da Lei 10.259/2001, porém, como bem observa Joel Dias Figueira Júnior (2011: 38-39), em atenção ao juizados especiais entendidos como sistema específico, a ordem de aplicação é justamente o contrário do que a redação deixa a entender num primeiro momento: primeiro, a Lei 10.259/2001, após, a Lei 9.099/1995 e, então, o CPC.

20 A ciência processual passou da fase denominada sincrética, na qual não se reconhecia qualquer diferença entre o direito e processo, para a fase autonomista, onde alguns chegaram ao exagero de desenvolver conceitos em completo divórcio com o direito material. Hoje, a perspectiva prevalecente, denominada instrumental, defende a volta ao direito material, não como uma negação do reconhecimento da autonomia do Direito Processual, mas sim como a necessidade de pensá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo com foco no seu caráter de instrumento de implementação do direito material (cf. BEDAQUE, 2006: 9-26).

este deixou de ser importante, ou melhor, deixou de ser hábil a causar prejuízo aos direitos materiais controvertidos. A possibilidade de o processo provocar prejuízo ao direito material das partes é, por si só, razão suficiente para não afastar a possibilidade de uniformização das controvérsias sobre ele existentes no âmbito dos juizados especiais.

Nesse contexto, na medida em que o FONAJE concluiu no sentido de ser inaplicável o art. 219 do CPC aos juizados especiais cíveis e da Fazenda Pública, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) publicou o Enunciado 45²¹, que dispõe: “a contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 do CPC/2015) aplica-se ao sistema de juizados especiais”.

Duas instituições não oficiais, mas compostas de agentes oficiais, emitem opiniões diversas sobre um mesmo tema processual, que é hábil a causar intenso prejuízo ao direito material das partes²² causando verdadeira instabilidade na prática jurídica. Trata-se de situação que mostra em cores vivas a pronta necessidade de se estender os mecanismos de uniformização de jurisprudência, no âmbito dos juizados, para as matérias de Direito Processual.

5. CONCLUSÃO

Aplicando um caminho de controle do raciocínio jurídico decisório, pautado pela aferição da correção racional dos argumentos utilizados para defender uma tese jurídica, chega-se à conclusão de que não é possível defender um encapsulamento do sistema dos juizados especiais. Esse sistema é um sistema de processo civil e, como imperativo lógico, deve se render ao ditames das normas gerais do processo civil, salvo nas hipóteses em que as próprias leis dos juizados versem expressamente em sentido diverso. Esse é o sentido correto da relação do CPC com o sistema dos juizados, que leva à tranquila conclusão de que a NT 01/2016 e os enunciados dela derivados estão equivocados e, em consequência, o art. 219 do CPC/15 é aplicável aos processos perante os juizados especiais cíveis e da Fazenda Pública.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Samuel Miranda. *Comentário ao art. 5º, LXXVIII*. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luis (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

21 Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>>.

22 Basta pensar no advogado que, contando o prazo em dias úteis, na forma do CPC, acaba, no entendimento do FONAJE, recorrendo intempestivamente de uma sentença manifestamente errada, o que, além de impedir sua correção pela Turma Recursal, é um tanto mais grave, considerando que, face o trânsito em julgado da sentença, não é cabível ação rescisória, que foi expressamente afastada pelo art. 59 da Lei 9.099/1995.

- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais da Fazenda Pública: Comentários À Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997, v. 1.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que Dogmática Jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- STRECK, Lênio Luis. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Hermenêutica e princípios de interpretação constitucional*. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luis (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013a.
- _____. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013b.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Aproximaciones a la Seguridad Jurídica*. Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas, Madrid, v. 6, pp. 495-516, fev. 1998.
- WALTON, Douglas N. *Lógica Informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2016.

TRIDIMENSIONALIDADE DO DIREITO EM MIGUEL REALE

TRIDIMENSIONAL THEORY OF LAW IN MIGUEL REALE

CAMILA MIRANDA DE MORAES²³

RESUMO:

O presente artigo busca analisar a obra “Teoria tridimensional do direito”, de autoria de Miguel Reale e publicada a primeira vez em 1968, para mostrar sua importância e influência até os dias atuais. Para isso, analisaremos as concepções do fenômeno jurídico que antecederam Miguel Reale no século XIX como forma de demonstrar a evolução histórica do pensamento sobre essas concepções para, em seguida, tratar da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale propriamente dita. Quanto aos aspectos metodológicos, as hipóteses apresentadas foram investigadas mediante pesquisa bibliográfica, em que são analisadas algumas obras que tratam do assunto. A concepção do fenômeno jurídico e do próprio Direito transformou-se inúmeras vezes durante o curso da história. No século XIX a visão adotada pela Filosofia do Direito era compartimentalizada, analista ou reducionista: o fenômeno jurídico era concebido como algo formado por elementos estanques, separados e incomunicáveis entre si. John Gilissen cita três escolas do direito (escola histórica, escola da exegese e escola científica) de que iremos aqui tratar para demonstrar a evolução histórica do pensamento jurídico e o momento ou a realidade em que Miguel Reale estava inserido quando da criação da Teoria Tridimensional do Direito. Miguel Reale partiu de uma teoria que separava ou repartia o direito em três fenômenos estanques (fato, valor e norma) para criar uma teoria que enxergava o fenômeno jurídico como um só fenômeno composto de três elementos que se comunicam e estão sempre juntos (fato, valor e norma). No entanto, essa visão nova da realidade jurídica representou uma quebra de paradigmas, pois a compreensão até então existente era de que os fatores que compõem o direito eram setorizados, unilaterais, ou até mesmo com predomínio de um desses fatores sobre os outros. Para Reale, a visão do que é o direito é global ou total porque os elementos são vistos em sua dinâmica, interligados entre si. Isso é o que Miguel Reale chama “dialecicidade dos três elementos”. A dialética de Miguel Reale é uma dialética de complementaridade. O sistema de Miguel Reale adota o método lógico-dialético, pois analisa a norma e relaciona essa norma aos valores e ao fato. Não há hierarquia para ele. A ciência do direito serve para guiar a atuação do aplicador do direito e é uma ciência prática. O sistema é aberto, múltiplo, dinâmico, composto de vários subsistemas fáticos, valorativos e normativos que se relacionam e se auxiliam reciprocamente. Os elementos fato, valor e norma devem ser analisados concomitantemente e são estruturalmente iguais.

PALAVRAS-CHAVE:

Teoria tridimensional do direito. Ciência do direito. Filosofia do direito.

23 Doutoranda em Direito do Trabalho (PUC-SP). Mestre em Direito Constitucional (UNIFOR). Juíza do Trabalho Substituta (TRT 7).

ABSTRACT:

This article aims to analyse the book “Tridimensional theory of law” by Miguel Reale, published for the first time in 1968, to show its importance and influence even nowadays. We will analyse the ideas about the juridical phenomenon that preceded Miguel Reale on the 19th century as a means to demonstrate the historical evolution of those ideas. The methodology used was bibliographical study. The idea around the juridical phenomenon and of Law itself transformed in numerous times during history. On the 19th century the vision adopted by juridical philosophers had compartmentalisation as a characteristic: the juridical phenomenon was conceived as something formed by impervious elements, separated and incommunicado. John Gilissen mentions three theories or ways of thinking law (historic school, exegetic school and scientific school) that will demonstrate the historical Evolution of juridical thinking and the moment in which Miguel Reale was when he created his tridimensional theory of law. Miguel Reale started from a theory that separated the elements of law into three impervious things (fact, value, norm) to create a theory that conceived the juridical phenomenon as a single phenomenon composed by three elements that are always together and relate to each other. This new conception was groundbreaking because until then the study of law was unilateral.

KEY WORDS:

Tridimensional theory of law. Juridical Science. Philosophy.

1. INTRODUÇÃO

O direito nem sempre foi visto nem estudado como o conhecemos hoje. Sua evolução histórica, as diversas correntes filosóficas que o estudaram, os próprios fatos sociais influenciaram sua existência. O presente artigo pretende analisar a obra *Teoria tridimensional do direito*, de autoria de Miguel Reale e publicada a primeira vez em 1968, para mostrar sua importância e influência até os dias atuais.

Para isso, analisaremos as concepções do fenômeno jurídico que antecederam Miguel Reale no século XIX como forma de demonstrar a evolução histórica do pensamento sobre essas concepções para, em seguida, tratar da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale propriamente dita.

Quanto aos aspectos metodológicos, as hipóteses apresentadas foram investigadas mediante pesquisa bibliográfica, em que são analisadas algumas obras que tratam do assunto. A tipologia da pesquisa, segundo a utilização dos resultados, é pura. Segundo a abordagem, a tipologia da pesquisa é qualitativa, visto que busca desenvolver a problemática com base numa pesquisa subjetiva, ou seja, preocupando-se com o aprofundamento e abrangência da compreensão das ações e relações humanas. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva e exploratória, uma vez que procura aperfeiçoar as sugestões e ajudará na formulação de hipóteses para posteriores pesquisas.

2. CONCEPÇÃO DO FENÔMENO JURÍDICO NO SÉCULO XIX

A concepção do fenômeno jurídico e do próprio Direito transformou-se inúmeras vezes durante o curso da história. No século XIX, a visão adotada pela Filosofia do Direito era compartimentalizada, analista ou reducionista: o fenômeno jurídico era concebido como algo formado por elementos estanques, separados e incommunicáveis entre si.

É importante ter uma noção de como eram as concepções do fenômeno jurídico antes da teoria criada por Miguel Reale para perceber que, o que hoje pode parecer banal, representou uma grande quebra de paradigmas.

John Gilissen explica que a ciência do direito conheceu, no decurso dos séculos XIX e XX, grande desenvolvimento graças à importância adquirida pelo ensino universitário do direito, que havia sido suprimido na França pela Revolução Francesa. Apenas em 1806 foram criadas doze escolas de direito no império francês. Já na Alemanha foi diferente: no século XIX havia a escola pandectística (*Pandektenwissenschaft*) “baseada no estudo dogmático do direito romano; é apenas na sequência da codificação do direito civil, no final do século, que a importância do direito romano diminui no ensino universitário.”²⁴

Em resumo, John Gilissen cita três escolas do direito (escola histórica, escola da exegese e escola científica) de que iremos aqui tratar para demonstrar a evolução histórica do pensamento jurídico e o momento ou a realidade em que Miguel Reale estava inserido quando da criação da teoria tridimensional do direito.

A escola histórica foi a de autores que elaboraram as primeiras obras de doutrina depois da codificação napoleônica na França. Para os autores da escola histórica importava o estudo tradicional do direito romano e “não admitiam o princípio da exclusividade da lei como fonte de direito; para eles, a lei retirava a sua fonte do direito, e não o direito da lei. Por outras palavras, a interpretação da lei não se pode fazer senão em função da concepção que a fez nascer (...).”²⁵ São autores da escola histórica francesa Dufour, Merlin, Olivier Leclec.

Na Alemanha a escola histórica teve grande sucesso, pois os juristas enfatizaram a ideia do “espírito do povo” contra a influência francesa da codificação. “O papel do povo é, a seus olhos, predominante na formação do direito, constituindo os códigos obstáculos à sua evolução natural, que se faz sob a influência das modificações constantes da vida social própria de cada povo.”²⁶ São representantes da escola histórica alemã Savigny, Puchta, Jacob Grimm.

Karl Larenz ressalta que Savigny entendia a então chamada “ciência da legislação”, que hoje designamos ciência do direito, como sendo “primeiro uma ciência histórica, e depois, também, uma ciência filosófica”.²⁷ O pensamento de Savigny tinha como característica a combinação dos métodos histórico e sistemático, “referindo-se aquele à formação de cada lei dentro de uma certa situação histórica e propondo-se este compreender a totalidade das normas e dos institutos jurídicos subjacentes como um todo englobante.”²⁸

Para os doutrinadores da escola histórica, o direito já não é mais criação da razão humana, de onde se possam deduzir regras imutáveis, mas simplesmente decorrência do fato histórico. Segundo Antonio Bento Betioli²⁹, a escola histórica do direito foi predecessora do positivismo jurídico através de sua crítica radical ao direito natural.

24 GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p.513.

25 Idem, p.514.

26 Ibidem, p.515.

27 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p.09.

28 Idem, p.18.

29 BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.564.

A escola da exegese era legalista: o fundamento da nova concepção do estudo do direito estava na lei. Somente o legislador tem o poder de elaborar o direito e não pode existir outra fonte do direito além da lei. Segundo John Gilissen:

a escola da exegese leva, assim, à vitória das ideias filosóficas e políticas dos grandes pensadores franceses do séc.XVIII: estatismo e racionalismo. Estatismo: a concepção legalista consagra o culto do Estado-Deus e da soberania da nação; o legislador, sozinho, cria o direito. Racionalismo: as leis devem ser interpretadas racionalmente, logicamente; a experimentação, a história, o direito comparado, nada disso tem qualquer interesse para o jurista.³⁰

São expoentes da escola da exegese Kant, Windscheid e Rudolf von Ihering na Alemanha e Auguste Comte na França. Esta escola dominou a ciência do direito na França e na maior parte dos países da Europa de 1830 a 1880.

Um grande representante da escola da exegese na Bélgica foi François Laurent (1810-1887), que aplicou numa forma sistemática o método exegético. No prefácio de sua obra “Principes du droit civil” expõe a sua concepção do direito:

para ele o direito é uma ciência racional; o juiz não pode desobedecer à letra da lei sob o pretexto de penetrar no seu espírito; os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete; este já não tem por missão fazer o direito, pois o direito está feito. Acabou a incerteza: o direito está escrito nos textos autênticos.³¹

A escola científica resultou na reação contra os excessos da escola da exegese. Para a escola científica a lei não é fonte única do direito. Costume, jurisprudência, doutrina, equidade devem ser reconhecidas também como fontes do direito. Para os adeptos da escola científica, que surgiu por volta de 1900, “o jurista deve procurar as soluções mais justas e mais adequadas, como complemento às normas impostas pelo legislador.”³²

A escola científica pregava a adequação da interpretação da lei aos seus fins sociais, à realidade do seu tempo. São exemplos de autores ligados à escola científica François Geny e Marcel Planiol.

É o próprio Reale quem destaca que havia um “divórcio” entre filósofos e juristas para mostrar que uma das tarefas fundamentais da Filosofia do Direito é “atinente à indagação da tábua dos valores que fundamentam a ordem jurídica positiva”³³ e que é impossível uma ciência jurídica “ausente, distante dos conflitos que se operam no mundo dos valores e dos fatos.”³⁴

Ao tratar da teoria tridimensional do direito e sua importância histórica, Antonio Bento Betioli explica:

A história nos mostra como os significados da palavra “direito” se delinearam segundo três elementos fundamentais: o valor do justo, como intuição primordial; a norma, como ordenadora da conduta social; e o fato, como condição histórica e social da conduta. Podemos imaginar que o homem viveu primeiro o direito como experiência e o realizou como fato social envolto em laços míticos e religiosos, tal como a Sociologia e a Antropologia nos ensinam. Ocorre que as interpretações do direito que aparecem foram setorizadas ou unilaterais. A unidade ou a

30 GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p.516.

31 Ibidem, p.517.

32 Ibidem, p.518.

33 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5.ed. 9ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p.04.

34 Idem, p.07.

correlação entre os aspectos fático, axiológico e normativo do direito não foi logo claramente percebida pelos juristas. Eles foram antes tentados a compreender o fenômeno jurídico à luz de um ou de dois dos elementos acima citados. Foi somente a partir do segundo pós-guerra que fica evidente a aspiração no sentido da compreensão global e unitária da experiência jurídica. Como consequência surgem as primeiras doutrinas, tendo por objeto a interdependência ou correlação dos três elementos. Porém, fizeram-no de modo abstrato, ainda ligadas a perspectivas setorizadas. É a chamada tridimensionalidade genérica ou abstrata, à qual seguiu a específica.³⁵

O que Miguel Reale chamou de “divórcio entre os filósofos e os juristas” no capítulo I da obra “Teoria tridimensional do direito” estava relacionado exatamente ao modo de ver a ciência do direito, de entendê-la e interpretá-la. Reale conseguiu perceber e distinguir que

a grande maioria dos juristas permaneceu apegada quase que exclusivamente aos aspectos técnicos e formais do direito, nos limites de suas aplicações práticas imediatas, revelando certa margem de desconfiança ou de reserva para com as especulações filosófico-jurídicas.³⁶

No pensamento de então, a Filosofia Jurídica só poderia estudar a metodologia do direito (de caráter preliminar ou propedêutico) e as relações entre a ciência do direito e as demais ciências sociais. Era o primado da filosofia positiva (ligada às ideias de Auguste Comte da escola da exegese) que “levava o jurista a exacerbar o culto dos textos legais, com progressiva perda de contato com a realidade histórica e os valores ideais.”³⁷

Entretanto, como uma das tarefas mais importantes da Filosofia do Direito é a de questionar os valores que fundamentam a ordem jurídica, no final do século XIX começou-se a perceber conflitos entre os fatos (realidade social) e os códigos (normas), e cessou aquilo que Reale chamou “sono dogmático” dos juristas – o fato de que os juristas somente analisavam e interpretavam estritamente o texto legal, sem levar em consideração outros elementos. Assim, as cogitações ligadas à filosofia voltaram a ter lugar e importância.

Os juristas passaram a perceber que a ciência do direito não poderia prender-se exclusivamente ao estudo da norma jurídica porque havia choques entre a realidade social e as normas jurídicas. Havia necessidade de aproximar-se da realidade e das exigências práticas do direito. A ciência jurídica não poderia ficar “distante dos conflitos que se operam no mundo dos valores e dos fatos”.³⁸

Notou-se que as linhas delimitadoras dos campos de pesquisa podem ter pontos de interseção ou cruzamento de suas perspectivas, o que faz concluir que não são intangíveis. A classificação do conhecimento do direito precisava ser repensada e reformulada para reconhecer a integração das perspectivas de seus ramos (filosofia do direito, teoria geral do direito, sociologia jurídica, psicologia jurídica, etnografia jurídica etc.).

Ao citar Émile Brehier nas notas de rodapé do livro “Teoria tridimensional do direito”, dizendo que “todos os temas da Filosofia contemporânea encontram a sua unidade no estudo do homem, tomado não na evolução geral da natureza e da história, mas nas suas relações concretas e atuais, corpo e alma,

35 BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.137/138.

36 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5.ed. 9ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 02.

37 Idem, p.03.

38 Ibidem, p.07.

com o mundo que o circunda”³⁹ é que Miguel Reale demonstra como foi influenciado não só por Émile Brehier, mas também por Emil Lask, que se preocupa em sua obra com as relações do homem com o mundo a sua volta, o mundo circundante.

Essa preocupação de Miguel Reale com as relações do homem com o mundo a sua volta e com a realidade cultural é que o fazem perceber a necessidade do diálogo entre a Filosofia, a Filosofia do Direito e a Ciência Jurídica. Ao perceber que “as estruturas lógicas da Dogmática Jurídica tradicional não correspondem mais às transformações operadas na sociedade atual”⁴⁰, o autor conclui que a Ciência do Direito terá necessariamente de se resignificar, se transformar para o que Husserl chamou “Lebenswelt” – a vida comum e espontânea.

Ao analisar o panorama da Ciência do Direito no século XIX Miguel Reale tece críticas no sentido de que a mentalidade dos juristas naquele século foi analítica ou reducionista, enquanto em sua época (1968, ano da publicação da primeira edição da obra “Teoria tridimensional do direito”) prevalecia um sentido concreto de totalidade ou de integração. Para ele, a maioria dos juristas continuava fiel ao espírito do século XIX, pois “o direito é para eles norma e nada mais do que norma”.⁴¹

Na interessante opinião de Reale “quem assume, porém, uma posição tridimensionalista, já está a meio caminho andado da compreensão do direito em termos de experiência concreta”⁴² exatamente porque consegue ter uma visão do todo do direito, o que afasta a visão então dominante, que seria parcial ou setorizada do que há de fático, de axiológico ou ideal ou de normativo no direito.

Essa crítica ou percepção de Reale foi reproduzida em outras obras de sua autoria: “Enquanto filósofos do Direito mantiveram um dualismo irreduzível entre ser e dever ser, apresentando-os tão-só como duas categorias lógicas *a priori*, foi impossível fundar uma teoria realista do Direito sobre as bases de um humanismo cultural.”⁴³

Recaséns Siches também influenciou Reale, pois para Siches o direito é essencialmente tridimensional e essa qualidade não deve fazer parte de todas as estruturas e todos os modelos que compõem a experiência do direito. Para Reale:

A estrutura axiológico-normativa da realidade jurídica que faz desta um objeto de Filosofia e de Ciência: da primeira porque estuda os valores como condição transcendental da experiência do direito; e da segunda porque indaga das valorações que historicamente se concretizam em modelos jurídicos.⁴⁴

Cabe ao jurista interpretar e aplicar os modelos jurídicos, além de sistematizar os modelos teóricos que os modelos jurídicos implicam. Já o filósofo do direito tem como tarefa “indagar das razões universais fundantes de todos os modelos atuais e possíveis e, também, do significado da ação do jurista no ato de interpretar e de dar efetiva aplicação às estruturas normativas que brotam da experiência.”⁴⁵

Também é importante perceber que essa visão de Miguel Reale sobre a atividade do jurista como atividade integradora e global que o leva até uma teoria que integra os elementos do direito no

39 Apud REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5.ed. 9ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p.09.

40 Idem, p.10.

41 Ibidem, p.11.

42 Ibidem, p.11.

43 REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.300.

44 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5.ed. 9ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 12.

45 Idem, p.13.

lugar de mantê-los separados como fazia a doutrina tradicional. Segundo Reale, “o objeto de estudo do jusfilósofo é a experiência jurídica na integridade de sua estrutura fático-axiológico-normativa, enquanto geradora de modelos e de significados jurídicos.”⁴⁶

Reale defende que os ramos da ciência do direito devem se comunicar, que entre estes ramos há pontos de interseção e que as pesquisas desses ramos se complementam. Para ele, as soluções unilaterais ou setorizadas encontradas no século XIX para a ciência do direito são fruto de questões históricas, como a influência do individualismo liberal, os princípios da liberdade política e da autonomia da vontade, que criaram uma “imagem do direito com base na certeza objetiva da lei.”⁴⁷

Como características (e críticas) desse período, Reale cita o culto à lei, a redução do ato interpretativo à mera explicitação do significado imanente do ato legislativo, a subordinação do juiz à suposta intenção do legislador e a atenção dedicada ao rigor formal dos textos.

Reale critica a interpretação meramente literal, dizendo que no Brasil chegou a vigorar um “parnasianismo jurídico” que durou da época da Constituição de 1891 até o Código Civil de 1916 e que os debates cingiam-se às disputas dos gramáticos e não às divergências dos juristas. Ou seja: uma época em que predominava a forma em detrimento das necessidades da realidade. Havia um “anacronismo de julgar-se o passado segundo a escala de valores de nosso tempo”.⁴⁸

A mudança do Estado de Direito de tipo individualista para o modelo do Estado de Direito fundado na justiça social impôs também modificações no sistema jurídico-político. Nessa senda evoluiu-se da jurisprudência conceitual para a jurisprudência dos interesses, e finalmente para a jurisprudência de valores.

3. A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO EM MIGUEL REALE

Intitulamos esta pesquisa “A teoria tridimensional do direito em Miguel Reale”, porque a teoria tridimensional do direito foi pensada por outros juristas antes dele, mas de formas menos aprofundadas.

Na Alemanha, os principais autores que tratam o tema da tridimensionalidade são Emil Lask e Gustav Radbruch. Segundo Reale, esses autores germânicos vislumbraram o que ele, Reale, chama de tridimensionalidade genérica e abstrata do direito,

visto como a análise ôntica do fenômeno jurídico os conduz a conceber, abstrata e separadamente, cada um dos três elementos encontrados, fazendo corresponder a cada um deles, singularmente considerado, respectivamente, um objeto, um método e uma ordem particular de conhecimentos.⁴⁹

Na Itália, os principais representantes do tridimensionalismo são Icilio Vanni (que influenciou diretamente Miguel Reale como relatado por ele mesmo no suplemento da obra “Teoria tridimensional do direito”), Giorgio Del Vecchio, Giuseppe Lumia e Dino Pasini. Ao tratar do tridimensionalismo na Itália Reale, frisa mais uma vez que o fato dos juristas italianos terem se mantido presos à apreciação puramente didática da matéria por causa da tradição de que só poderiam estudar dentro do que seriam

46 Ibidem, p.14.

47 Ibidem, p.16.

48 Ibidem, p.17.

49 Ibidem, p.25-26.

as tarefas da filosofia do direito os impediu de evoluir para a compreensão de algo mais profundo que seria a estrutura da experiência jurídica.

Na França, os autores de destaque para o tridimensionalismo foram Paul Roubier e Francis Lamand. Para Roubier, a teoria tridimensional do direito “focaliza o conjunto do ordenamento jurídico como inspirado por três fins principais, que são a segurança jurídica, a justiça e o progresso social.”⁵⁰ Lamand destaca o papel do tridimensionalismo ao focar a integração dos valores. Para este autor, além dos elementos fato, valor e norma também há o elemento tempo. Não se trataria, portanto, de uma teoria tridimensional, mas quadridimensional por causa desse outro elemento. Reale diz que o tempo não é uma nova dimensão da estrutura do direito, mas é essencial à própria significação dessa estrutura.

Miguel Reale partiu de uma teoria que separava ou repartia o direito em três fenômenos estanques (fato, valor e norma) para criar uma teoria que enxergava o fenômeno jurídico como um só fenômeno composto de três elementos que se comunicam e estão sempre juntos (fato, valor e norma).

No entanto, essa visão nova da realidade jurídica representou uma quebra de paradigmas, pois a compreensão até então existente era de que os fatores que compõem o direito eram setorizados, unilaterais, ou até mesmo com predomínio de um desses fatores sobre os outros.

Para Reale, a visão do que é o direito é global ou total porque os elementos são vistos em sua dinâmica, interligados entre si. Isso é o que Miguel Reale chama “dialecicidade dos três elementos”. A dialética de Miguel Reale é uma dialética de complementaridade.

Reale frisa a visão compartimentalizada adotada pela Filosofia do Direito no século XIX, que ele chama de analista ou reducionista, e mostra que no século XX passou a adotar-se um sentido concreto de integralidade ou integração, que repudia imagens parciais ou setorizadas.

Esse é um dos trunfos da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale: abandonar a visão isolada dos elementos fato, valor e norma para desenvolver uma visão/análise dos elementos em sua integralidade. Mas nem sempre foi assim, razão pela qual foi necessário fazer um panorama, mesmo que breve, dos antecedentes históricos da ciência do direito para melhor compreender o significado e importância da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale. Ele mesmo chama atenção para isso, no suplemento do livro “Teoria tridimensional do direito”, ao contar que como estudante de graduação em Direito conheceu a obra de Icilio Vanni e percebeu que:

Grandes filósofos do direito italiano coincidiram na divisão da Filosofia do Direito, para fins pedagógicos, em três partes: uma destinada à teoria dos fenômenos jurídicos; outra cuidando dos interesses e valores que atuam na experiência jurídica e, finalmente, uma terceira relativa à teoria da norma jurídica.⁵¹

Maria Helena Diniz, franca adepta do tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale, explica que o tridimensionalismo realiano é concreto, dinâmico e dialético, porque fato, valor e norma são elementos do direito em permanente atração, porque o fato tende a realizar o valor por meio da norma.

Segundo ela:

Pela análise fenomenológica da experiência jurídica, confirmada pelos dados históricos, a estrutura do direito é tridimensional, visto como o elemento normativo, que disciplina os comportamentos

50 Ibidem, p. 33.

51 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5.ed. 9ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p.117.

individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada situação de fato, referida a determinados valores. Se direito é integração normativa de fatos e valores, ante a triplicidade dos aspectos do jurídico – fato, valor e norma, não há como separar o fato da conduta, nem o valor ou finalidade a que a conduta está relacionada, nem a norma que incide sobre ela.⁵²

Para os adeptos da tridimensionalidade jurídica de Miguel Reale, o fenômeno jurídico tem de ser visto a partir da integração dos três elementos componentes do fenômeno jurídico numa unidade funcional – o que Reale chamou tridimensionalidade específica do direito.

Dessa feita, a ciência do direito “estuda o momento normativo sem insular a norma, isto é, não abstrai os fatos e valores presentes e condicionantes no seu surgimento, nem os fatos e valores supervenientes ao seu advento.”⁵³

A norma jurídica deve ser concebida como um modelo jurídico, cuja estrutura é tridimensional, em que fatos e valores se integram segundo normas postas. Sem a concepção tridimensional do direito, o que se tinha era a visão estanque do fato, que era estudado pela Sociologia jurídica; do valor, que era estudado pela ética e da norma que era estudada pelo direito. Por meio da concepção tridimensional do direito, os três elementos são estudados de maneira integral, concomitante e indissociados, percebendo-se, ainda, que deles derivam questões relativas à eficácia, ao fundamento e à vigência.

Em Portugal, o autor Cabral de Moncada mostra que o tridimensionalismo jurídico se correlaciona com as fontes do direito, pois o costume seria o fato da conduta humana, o dever seria a norma e a jurisprudência seria a atualização dos valores. Para ele, tanto faz dizer fato como conduta humana ou costume, norma ou lei, valoração ou jurisprudência, pois “o direito positivo é, sem dúvida, estas três coisas ao mesmo tempo. É preciso nunca esquecer que cada uma delas está nas outras. Todas, de fato, não passam de três aspectos ou lados de uma mesma realidade, que é o direito positivo.”⁵⁴ Segundo a Teoria Tridimensional do Direito, em cada uma das fontes do direito estão sempre presentes as outras fontes.

A tridimensionalidade específica é uma concepção que deixa de apreciar os três elementos da experiência jurídica (fato, valor e norma) como elementos separáveis, individuais, isolados, para concebê-los como fatores e momentos que não podem ser eliminados do direito. A teoria de Reale busca correlacionar dialeticamente os três elementos em uma unidade integrante.

A teoria tridimensional do direito influenciou inúmeros campos da atividade jurídica. Lídia Reis de Almeida Prado, por exemplo, analisa a influência dessa teoria na decisão judicial. Explica ela que a sentença judicial não é mero ato de silogismo, eis que emanada de um ser humano, o juiz, que possui valores e crenças. Assim, o juiz participa da vida comum e no ato de sentenciar não abstrai a realidade ou o que a autora chama de “tensão ético-psicológica, que vem de seu íntimo, do que ele sente e sabe por experiência própria e dos valores sociais que incidem sobre sua personalidade.”⁵⁵ Para Reale, o juiz deve ser imparcial, mas o acerto de sua decisão depende dessa capacidade psicológica. Por isso,

52 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à ciência do direito*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2006,p.141.

53 Idem,p.142.

54 Ibidem, p.44.

55 PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. 3.ed. Campinas: Millennium, 2005, p20.

para ele, o segredo da justiça está no fato de o juiz saber que a neutralidade não significa fugir das pessoas em litígio, mas se colocar na posição delas.

Na obra “Lições preliminares de direito”, Miguel Reale explica que os sentidos da palavra direito correspondem a três aspectos: “um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça).”⁵⁶

Segundo ele, a Teoria Tridimensional do Direito demonstrou que onde quer que haja um fenômeno jurídico, haverá sempre um fato subjacente, um valor que dará significação a esse fato e uma norma; que tais elementos não existem separadamente uns dos outros, mas coexistem numa unidade concreta e que atuam como elos de um processo (já que o Direito é uma realidade histórico-cultural), “de modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.”⁵⁷

Para Miguel Reale, o Direito se caracteriza por sua estrutura tridimensional desde o surgimento da norma jurídica (que é síntese integrante de fatos ordenados segundo distintos valores), até o momento final de sua aplicação. Reale define o que chama de “dialética de implicação-polaridade” ou “dialética de complementaridade” da seguinte forma:

Segundo a dialética de implicação-polaridade, aplicada à experiência jurídica, o fato e o valor nesta se correlacionam de tal modo que cada um deles se mantém irreduzível ao outro (polaridade) mas se exigindo mutuamente (implicação), o que dá origem à estrutura normativa como momento de realização do Direito.⁵⁸

Para Hans Kelsen, o direito é um sistema de normas e a ciência jurídica limita-se ao conhecimento e descrição de normas jurídicas, bem como às relações entre fatos e as mesmas normas jurídicas. O jurista kelseniano somente se preocupa com a norma jurídica posta, com a conduta humana, enquanto esta constitui o conteúdo da norma jurídica. Os fatores que interferem na produção da norma jurídica bem como os valores que nela se encerram são estranhos ao objeto da ciência jurídica. Para Kelsen, o estudo desses elementos cabe à sociologia, à psicologia, à ética. Isso porque o conhecimento jurídico, para ser científico, deve ser neutro no sentido de que não deve ser emitido qualquer juízo de valor acerca da opção feita pelo legislador.

O sistema de Kelsen, portanto, é um sistema fechado construído de forma piramidal segundo o qual a norma inferior retira seu fundamento de validade da norma hierarquicamente superior. A norma hipotética fundamental é uma grande hipótese que dá ao jurista kelseniano condição de criar seu sistema. Para Kelsen a ciência do direito é uma ciência teórica e o conteúdo da norma não é do interesse de estudo do jurista. Como o jurista kelseniano só pode criar sistema que analise competência para elaborar norma (e não seu conteúdo), esse sistema é dinâmico, razão pela qual o método usado por Kelsen é o lógico-transcendental.

Feitas essas considerações pode-se perceber a quebra de paradigma instituída por Miguel Reale com sua teoria tridimensional do direito, que veio romper com o primado da ótica kelseniana então vigente.

56 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.64-65.

57 Idem, p.65.

58 Idem, p.67.

O sistema de Miguel Reale adota o método lógico-dialético, pois analisa a norma e relaciona essa norma aos valores e ao fato. Não há hierarquia para ele. A ciência do direito serve para guiar a atuação do aplicador do direito e é uma ciência prática. O sistema é aberto, múltiplo, dinâmico, composto de vários subsistemas fáticos, valorativos e normativos que se relacionam e se auxiliam reciprocamente. Os elementos fato, valor e norma devem ser analisados concomitantemente e são estruturalmente iguais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Miguel Reale compreende o direito como um fenômeno ou momento da vida cultural, cujos elementos não podem ser compreendidos e analisados de maneira isolada. Ao contrário. O diferencial da teoria criada por Miguel Reale foi conseguir partir de uma concepção do direito então vigente, que o separava ou repartia em três fenômenos estanques (fato, valor e norma) para criar uma teoria que vislumbrou o fenômeno jurídico como um único fenômeno composto de três elementos que se comunicam entre si e estão sempre juntos, devendo, assim, ser estudados (fato, valor e norma).

Para Reale, a visão do que é o Direito é global ou total, porque os elementos estruturantes do direito são vistos em sua dinâmica, interligados. Isso é o que ele chamou de “dialeticidade dos três elementos”. Esse repúdio à concepção de imagens parciais ou setoriais do Direito que vigeu no século XIX até meados do século XX é que caracteriza o sentido concreto de integralidade ou integração da teoria tridimensional do direito e um de seus trunfos: abandonar a visão isolada dos elementos, fato, valor e norma.

A noção de que os elementos estruturantes do direito estão em permanente relacionamento ajuda a entender a importância dessa teoria, que pode ser amplamente utilizada e a qual se filiam, no Brasil, juristas como Maria Helena Diniz e Tércio Sampaio Ferraz Junior, dentre outros.

Encarar o fenômeno jurídico na sua tridimensionalidade significa reconhecer que a realidade social (fatos) tem relevância e influência na elaboração da norma jurídica, que deve estar sempre impingida de valores, sendo a justiça o principal deles.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed., 18ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p.257.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. 3.ed. Campinas: Millennium, 2005.
- REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- _____. *Fundamentos do direito*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Nova fase do direito moderno*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Teoria tridimensional do direito*. 5.ed. 9ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIREITO PRIVADO E SUSTENTABILIDADE: DIÁLOGO NECESSÁRIO NEM SEMPRE CONCILIATÓRIO

PRIVATE LAW AND SUSTAINABILITY: DIALOGUE NECESSARY OR ALWAYS CONCILIATE.

GLAUCO CIDRACK DO VALE MENEZES⁵⁹

RESUMO:

A humanidade iniciou o século XXI com preocupação inexistente na alvorada do século XX: a sustentabilidade. Diante da perplexidade de que os recursos naturais são esgotáveis, somada a constatação de que os eventos climáticos caminham para padrões extintivos dos modelos de produção, passou-se a defender o refreamento do consumo, a preservação do meio ambiente com a diminuição da emissão de poluentes, além da reutilização de materiais duráveis. A temática passou a fazer parte da agenda de governos, de organismos sociais, até chamar a atenção do universo jurídico-legislativo. Mas, terá a sustentabilidade relação exclusiva com normas de proteção ambiental? Haverá algo para além da preocupação coletiva com a ecologia? Será o ramo do Direito Público o único interessado em regulá-la? São questões propostas que este ensaio tenta responder, ampliando a discussão, extrapolando conceitos, e defendendo a tese de irradiação para outros ramos do Direito, sobretudo, para o Direito Privado, com enfoque no Código Civil Português e no Código Civil Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE:

Sustentabilidade. Regulação de Interesses. Direito Público e Privado. Direito Civil. Código Civil português. Código Civil brasileiro.

ABSTRACT:

The humanity began the twenty-first century with concern non-existent at the dawn of the twentieth century: sustainability. In face the perplexity that natural resources are exhaustible, added to the fact that climatic events are extinguishing the production models has gone to defend the containment of consumption, the preservation of the environment through decreased emission of pollutants in addition to the reuse of durable materials. The subject became part of the agenda of governments, social organizations, to draw the attention of legal and legislative universe. But will the sustainability have exclusive relationship with the environment? Is there anything beyond the collective concern with ecology? Does the Public Law is the only one interested in regulating it? Are questions raised in this essay that are to answer, expanding the discussion, extrapolating concepts, and defending irradiation thesis to other branches of law, especially to the private law, focusing on the Portuguese Civil Code and the Brazilian Civil Code.

KEY WORDS:

Sustainability. Point of regulation. Public and Private Law. Civil right. Brazilian Civil Code and Portuguese.

⁵⁹ Mestre em Ciências Jurídico-Processuais pela Universidade de Coimbra, Graduado e Pós-Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza - Unifor, Professor de Direito Civil e de Processo Civil da Faculdade Farias Brito. Advogado e Membro da Comissão de Ensino Jurídico, da Ordem dos Advogados do Brasil, OAB-CE e do Instituto dos Advogados do Ceará - IAC.

1. APROXIMAÇÃO TEMÁTICA

O termo “sustentabilidade” (do latim *sustinere* + *itas*) significa qualidade ou condição do que é sustentável. Um modelo de sistema que tem condições para manter-se ou conservar-se (PRIBERAM: 2008).⁶⁰ Refere-se, pois, a qualquer *res, persona, phaenomenon naturalis, jus, aeconomia* ou *politia* com capacidade de equilibrar-se numa constante temporal. É com esta acepção plural e transversal⁶¹ que a expressão apresenta-se ao mundo e, apesar disso, uma ortodoxa doutrina ambiental persiste associá-la às causas ecológicas, já a tendo definido como: “(...) atributo indispensável dos recursos ambientais e naturais” (MILARÉ: 2009); “(...) preservação das funções ambientais, base fundamental para existência do homem e da economia” (Rehdinberg: 2005); e como “(...) o recurso que as cadeias de ecossistemas possuem para preservação da biodiversidade”. (MELO e FROES: 2002).

É provável que esse senso comum, quase um imperativo categórico-ambiental⁶², tenha se originado com o Relatório Brundtland (ONU:1987), um dos primeiros documentos a tratar oficialmente o assunto, e a definir o desenvolvimento sustentável como sendo “(...) o que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”. Entretanto, como já advertiu MARCOS REIGOTA (2007: pg.3), não é possível confundir *sustentabilidade* com *desenvolvimento sustentável*, porque são termos de significados distintos, o que resta evidente com a leitura do relatório. Aquela proposta sobrepuja o conceito minimalista da sustentabilidade, porquanto contextualizada em ações de ordem macropolítica e macroeconômica⁶³. Não há menção a projetos específicos de como proteger esse ou aquele bioma, mas, sim, de como manter os processos de crescimento econômicos, com preservação de todo o sistema, não só do meio ambiente. Ou seja, medidas que desafiam o campo da *Governança* (DOVERS e HANDMER: 1992).

Não é que tal associação com o estudo do meio ambiente esteja totalmente equivocada, pois, o que mais preocupa o ser humano é a sobrevivência de sua espécie⁶⁴, mas surpreende a visão míope dos que tentam turvar a epistemologia supletiva da palavra sustentabilidade. Em aberta crítica à interpretação reducionista, o historiador e antropólogo estadunidense, Lewis Mumford, (*apud* SAMPAIO: 2014), se inquieta com a maneira como as ciências naturais são analisadas de forma fragmentária. Há, segundo ele, análise segmentada de variáveis naturais em total desconexão com os fenômenos sociais e humanos, mesmo raciocínio de ENRIQUE LEFF (*apud* AYALA: 2011), para quem os desafios da sociedade moderna são proibitivos do conhecimento unitário, e que a compreensão transdisciplinar do ambiente deve produzir nova racionalidade social, econômica, política e jurídica, o que denomina como “(...) *transformación ambiental del conocimiento*”.

60 Consultado em 1º de setembro de 2015, no *site* <http://www.priberam.pt/dlpo/sustentabilidade>.

61 Transversais são os temas voltados para a compreensão e construção da realidade social, dos direitos e responsabilidades relacionados com a vida pessoal e coletiva, e com a afirmação do princípio da participação política. Nesse sentido, correspondem às questões importantes, urgentes e presentes sob várias formas na vida cotidiana (MENEZES e SANTOS: 2002).

62 Age de forma a que os resultados da tua ação que usufrui dos bens ambientais não sejam destruidores destes bens por parte de outras pessoas da tua ou das gerações futuras (CANOTILHO: 2001).

63 Incluindo: controle populacional, reurbanização de áreas degradadas, financiamento de projetos ambientais, por órgãos públicos e privados internacionais, e medidas de proteção às áreas de risco, como a Antártida. *Our Common Future*

64 Nas sociedades em transformação, tudo se faz em função do futuro (...) com efeito, a possibilidade de planejamento econômico, planejamento familiar, planejamento urbano, planejamento demográfico e mais uma infinidade de possibilidades que afetam a vida humana, tudo leva à necessidade de conhecer as consequências prováveis de comportamentos humanos, para que se estabeleçam meios de vida adequados às necessidades futuras do homem (DALLARI: 1972).

Pretender encapsular o conceito, como se só existisse a “sustentabilidade ambiental”, é, pois, ignorar estudos seculares do tema em outras áreas do saber.⁶⁵

1.1. Diálogo das fontes – Os juristas também costumam se proteger nos campos dogmáticos de suas especialidades, monopolizando conceitos e teorias. Por isso, o assenhramento do estudo da sustentabilidade pelo Direito Ambiental, como tem sido usual, é preocupante, do ponto de vista da gnosiologia. Esse encastelamento é prática avoenga que chegou a ser defendida por NIKLAS LUHMANN (1972: pág. 55), para quem o Direito havia se tornado complexo demais para compreensão dos indivíduos, sendo necessário seu estudo delimitado em especialidades.

No entanto, essa técnica de conhecer e interpretar está superada. A interdisciplinaridade (transdisciplinariedade para alguns) é a nova ordem, como explica FRANÇOIS OST (1997: pg.4)⁶⁶. O autor de *A Interdisciplinaridade como princípio da Organização Teórica* defende que a abordagem transdisciplinar ultrapassa a compreensão individual do problema, normalmente focado pelo campo da especialidade, permitindo-se enxergar outras possibilidades de solucioná-lo. Idêntico raciocínio se constrói pela técnica da interpretação sistemática que leva em consideração a compatibilidade do todo estrutural⁶⁷.

A partir daí, a hermenêutica moderna passa a convergir com o pensamento de ERIK JAYME que exalta o pluralismo de fontes legislativas.⁶⁸ Para o jurista alemão, criador da Teoria do Diálogo das Fontes, quando duas ou mais normas regulam a mesma matéria, não é caso de se aplicar técnica de superação antinômica, é, por outro lado, dado a verificar se as normas dialogam, de forma complementar ou subsidiária. Com isso, explica CLÁUDIA LIMA MARQUES (2008, pg. 90): “(...) há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, permitindo (...) solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável.”

Aqui, importa dizer, não se está defendendo a supressão do protagonismo que tem as leis especiais em relação às matérias que estatuem. O diálogo das fontes reclama, apenas, seu espaço, como coadjuvante no disciplinamento integrado do assunto, em nome do direito mais dinâmico. Portanto, preservada a convenção matriz da *lex specialis derogat legi generali*.

Nesse sentido, caminhou bem o legislador brasileiro, ao abraçar tal paradigma na norma ambiental do novo Código Florestal, Lei Federal nº 12.651/12:

65 Conferir ISAAC NEWTON (1687: vol. III), que em sua Terceira Lei justifica a sustentação de objetos mais pesados que o ar, e a isso denominou “sustentabilidade dos corpos”, ou na Economia de ADAM SMITH (1776: pg.60) que explica a sustentação das riquezas das nações pelo equilíbrio, destreza e bom senso do trabalho em relação às pessoas que consumirão seu produto, e até mesmo na ética aristotélica (ARISTÓTELES: 350 a.C), para quem a “sustentabilidade moral” está na virtude do meio termo, na prática de ato que não é demasiado nem demasiadamente pouco.

66 *Dans le modèle de recherche transdisciplinaire, on tente d'abandonner les points de vue particuliers de chaque discipline pour produire un savoir autonome d'où résulteraient de nouveaux objets et de nouvelles méthodes. Il s'agit cette fois d'une intégration de disciplines. Pour reprendre une métaphore langagière, on dira qu'on vise, dans ce cas, la construction d'une langue nouvelle et commune, quelque chose comme un espéranto scientifique* (AYALA: op. cit.).

67 Admoesta o professor Tércio Sampaio (FERRAZ: 2001) que, quando se enfrentam as questões de compatibilidade num todo estrutural, a pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico.

68 Erik Jayme alerta-nos que, nos atuais tempos pós-modernos, a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do “*droit à la différence*” (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de “mono-solução” (MARQUES: 2004).

Artigo 2º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem. -com destaque-

Percebe-se que a regra submete o direito real de propriedade, regulada pelo Código Civil (norma de Direito Privado) à lei florestal (norma de Direito Público), quando o bem de raiz tiver cobertura vegetal nativa.

1.2. Sustentabilidade, solidariedade e o direito de terceira geração – Também é imperioso destacar o preceito da solidariedade, como primazia da prática sustentável. No estudo das relações humanas (incluindo-se aí as questões ambientais) deve-se envolver o espírito de solidariedade do corpo social porque, como pondera CARNELUTTI (1955: pg. 26) “(...) *Tra diversi interessi dell'uomo, anche opera, e in primo luogo, la solidarietà. Basta riflettere sul fatto che una certa solidarietà affidato, la natura, la missione di propagare la specie (...)*”.

É insuperável o isolacionismo humano, como já afirmou ROUSSEAU⁶⁹, já que verificada a superação do estado primitivo do ser, a socialidade impõe ao comportamento privado o dever de realizar o interesse comum. Sem condutas solidárias, algumas necessidades jurídicas (incluindo as de preservação do meio ambiente) não se contemplam na individualidade das ações, v.g., a racionalização do consumo, o uso consciente da propriedade privada, entre tantas outras hipóteses. Há que se modular novas formas de comportamento humano; um repensar cultural do espírito solidário que se estrutura em três pilares: *Eticidade, Governança pessoal e Socialidade*.⁷⁰

Neste sentido, os influxos constitucionais (inclusive das cartas portuguesa e brasileira^{71 72}) já fizeram inserir nas normas de ordem privada, paradigmas da solidariedade. Discretos, mas eficientes. Do Código Civil português, tem-se, por exemplo:

Artigo 1347º O proprietário não pode construir nem manter no seu prédio quaisquer obras, instalações ou depósitos de substâncias corrosivas ou perigosas, se for de recear que possam ter sobre o prédio vizinho efeitos nocivos não permitidos por lei.

69 *Or, comme les hommes ne peuvent engendrer de nouvelles forces, mais seulement unir et diriger celles qui existent, ils n'ont plus d'autre moyen, pour se conserver, que de former par agrégation une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance, de les mettre en jeu par un seul mobile et de les faire agir de concert* (ROUSSEAU: 2008).

70 O prisma ético é premissa do comportamento, como corolário do caráter, que tem imediata aplicação nas condutas de preservação do meio ambiente, tendo em vista o respeito que cada indivíduo deve ter para com o próximo (desta geração e da geração futura). Parte-se da concepção de que quanto mais posturas éticas se deposita no “banco do comportamento ambiental”, mais “exemplo ambiental” os herdeiros sucederão. Reproduz-se aqui a ética aristotélica que pressupõe a prática das virtudes (BORNHEIM: 1984). Se o *summum bonum* em Aristóteles era o bem maior, a prática de comportamentos ambientais assegurará a existência do bem ambiental, pelo sujeito ambiental, da geração ambiental. Em relação à governança pessoal, apesar da ideia de Governança estar ligada às funções de gestão do Estado, pressupondo “o exercício da autoridade, controle, administração, poder de governo” (GONÇALVES: 2005), é plenamente possível associá-la à gestão privada nas ações de preservação e sustentabilidade, já que tanto a constituição portuguesa, quanto a brasileira, convocam a sociedade para se unir ao Estado nessa tarefa. Passa por este raciocínio, por exemplo, o princípio da prevenção ou precaução e, sua prática, conduz a socialidade das ações.

71 Na constituição portuguesa é considerada como princípio fundamental: Artigo 1º Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

72 Na Constituição brasileira, como objetivo do Estado: Art. 3º, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

E do brasileiro:

Art. 1.228 (...)

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela *intenção de prejudicar outrem*.

É bem verdade que a tudo isso se impõe o sacrifício individual⁷³, como observam CHIRONI e ABELLO (*apud* COVIELLO: 1992): “(...) *nella società umana, come in qualsiasi aggregazione naturale, integrazione richiede il sacrificio di quella parte di autonomia individuale che è necessario per la formazione del nucleo sociali (...)*”, mas esse sempre foi o preço do convívio coletivo, porque o Direito tem sua base na dupla relação que existe entre os homens: “(...) *a vida em comum que os liga e a individualidade que os separa.*” (HÖLDER: 1893).

Historicamente, a solidariedade está imbricada com a transição do Estado Liberal para o Estado Social⁷⁴, como leciona PAULO BONAVIDES (1992: pgs. 29/30): “*Do século XVIII ao século XX, o mundo atravessou duas grandes revoluções – a da liberdade e a da igualdade – seguida de mais duas (...) uma é a revolução da fraternidade, tendo por objeto o Homem concreto, a ambiência planetária, o sistema ecológico, a pátria universo. A outra é a revolução do Estado Social (...), onde o Estado avulta menos e a Sociedade mais*”. É, pois, do Estado Social que deriva a fraternidade (solidariedade⁷⁵), em notória relação com os direitos fundamentais de terceira geração (dimensão⁷⁶), como conclui o festejado doutrinador brasileiro (Op.cit. pág. 33): “O Estado Social (...) em rigor, promete e intenta estabelecer os pressupostos indispensáveis ao advento dos direitos de terceira geração, a saber, os da fraternidade.”⁷⁷ A esse respeito, tem-se que a terceira geração atrela-se à tutela de direito difuso, que como observa (CAETANO: 1972): “*são necessidades colectivas individualmente sentidas*”. O meio ambiente é, nesse contexto, o patrimônio comum da humanidade que gera a tutela difusa. Como já destacou JOACHIM KRELL (*apud* MENDES et alii: 2013), o que torna o meio ambiente um direito fundamental de terceira geração, é ter como titular o próprio gênero humano, gerando relação de conduta (e noção de proteção) coletiva. O Supremo Tribunal Federal do Brasil, a propósito, já consagrou tal posição há duas décadas, no Mandado de Segurança nº 22.164-0, de teor aplicável até hoje:

O direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas à própria coletividade social.

73 A liberdade de ação de cada um deve ser limitada, de modo a serem satisfeitas, ao mesmo tempo, as necessidades existenciais e evolucionais coletivas e as singulares, formando aquele conjunto harmônico, capaz de dar o melhor e máximo resultado (ESPÍNOLA: 1960).

74 Onde também tem origem o conceito de Função Social, como abordado mais adiante.

75 Ao contrário de Vasak, a expressão que Etienne-R. Mabaya (...) usa para caracterizar os direitos de terceira geração é solidariedade e não fraternidade (BONAVIDES: Op.Cit. Pg. 570)

76 Cf. Riedel In: Menschenrechte der Dritten Dimension, para quem não é correto qualificar o direito em gerações, pois a ideia é sugestiva de que novas gerações vão substituindo as anteriores. Portanto, o ideal seria sobrepô-lo em dimensões.

77 Atribui-se à Karel Vasak a proposta de dividir os direitos humanos fundamentais em gerações. In: *Léçon Inaugurale-Pour lés Droit de l’Homme de la Troisième Génération: Les Droit de Solidarité*. 1979.

Com entendimento diferente, o expoente constitucionalista JORGE MIRANDA (2000: pgs. 24/25) afirma que o direito ao ambiente, bem como o direito aos recursos naturais, não pode ser considerado direito fundamental. Para o professor, deve ser tomado por categoria distinta; a do direito dos povos. E explica (Op.Cit. 66/67): “Nos últimos trinta ou quarenta anos vem-se falando em direito dos povos, em complemento (e, às vezes, quase em substituição) dos direitos do homem ou dos direitos fundamentais (...). Várias resoluções (...) especialmente [elaboradas] sob a égide da UNESCO, têm-se ocupado não só dos direitos à autodeterminação, ao desenvolvimento e aos recursos naturais mas também dos direitos (...) à participação no patrimônio comum da humanidade.” Apesar disso, reconhece JORGE MIRANDA, o direito ao ambiente está inserido na categoria dos interesses difusos: “Trata-se de necessidades comuns a conjuntos mais ou menos largos e indeterminados de indivíduos e que somente podem ser satisfeitas numa perspectiva comunitária (...). É o que se verifica na nossa Constituição (...) com a defesa do ambiente e a conservação da natureza.”

1.3. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas – Compreendida a ideia de que o direito ao ambiente é direito difuso, portanto, de terceira geração e, como visto, confiado à sorte da solidariedade, tem-se que todos (Estado, sociedade e indivíduo) formam o consórcio de condutas de sua preservação. A dúvida reside em saber se os efeitos das previsões normativas estão somente no âmbito da verticalidade (*vertikalwirkung*), ou se da horizontalidade (*horizontalwirkung*), como denominou ROBERT ALEXY (1986: pg. 511).⁷⁸ O consenso atual, tomando-se como ponto de partida o que dizem sobre o meio ambiente as leis fundamentais, sobretudo, os textos constitucionais de Portugal e do Brasil (com forte influxo da *Lex Fundamentalis alemã*), é de que a incidência é horizontal, tendo em vista que a preservação do meio ambiente gera relação interpessoal, portanto, ambos se coligam em direitos e deveres recíprocos, corresponsáveis que são pelo exercício protetivo do ambiente e suas exigências de preservação, e não só o Estado em relação aos particulares. Aduzem, em sequência, os textos da CRP e CFB:

Constituição da República Portuguesa

Artigo 66º 1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.

2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:

- com destaques-

Constituição Federal do Brasil

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

- com destaque-

⁷⁸ No direito anglo-saxônico não há dúvida quanto à incidência da eficácia horizontal em questões ambientais. Dois rumorosos casos ganharam destaque internacional porque foram dramatizados pelo cinema estadunidense: Anderson, et al. vs. *Pacific Gas and Electric* (conhecido como caso Erin Brockovich) opôs no tribunal os habitantes da cidade de Hinkley, Califórnia, e a empresa privada de Gás e Eletricidade PGE, por utilização indevida de *crômio* (cromo no Brasil) hexavalente, que acabou por contaminar o solo e o lençol freático da cidade, provocando câncer na população. Em Anderson vs. Cryovac, a causa semelhante foi imputada às empresas privadas Cryovac, Inc e John J Riley Co, indústrias de alimentos e curtumes que contaminou solo e rios da cidade de Woburn, Massachusetts.

Por isso, obtempera NEY DE BARROS BELLO FILHO (2010: pág. 15): “(...) Não significa apenas um direito subjetivo público a ser utilizado como *causæ petendi* em uma ação pública de particular contra o Estado. Quando se afirma que há eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente (...) se diz que particulares entre si podem lho manifestar em razão de não serem os direitos fundamentais meros direitos subjetivos públicos”.

Nessa linha de entendimento, segue JORGE MIRANDA (Op. Cit. pág. 324), lecionando que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se aplica ao Direito Privado, porque a autonomia da vontade privada pode e deve ser limitada, para preservar as liberdades e garantias de todos. Compartilha do raciocínio MENEZES CORDEIRO (1999: pg. 163), para quem “(...) os direitos fundamentais na sua efectivação traduzem, com frequência, um peso ou um sacrifício para outrem (...), tal peso deve ser distribuído por toda sociedade, através do Estado, não podendo concentrar-se numa única pessoa”.

Além de tutelas coletivas protagonizadas por organismos de defesa social, o que faz no Brasil, por exemplo, o Ministério Público ao propor Ação Civil Pública por danos ao meio ambiente (Lei nº 7.347/85, artigo 5º, I), os particulares também podem postular, entre si e em face do Estado, a tutela de proteção ao meio ambiente, v.g., o que bem define a Ação Popular em Portugal (CRP, artigo 52º, 3, a) e a Lei de Bases do Ambiente, n.º 11/87, alterada pela Lei n.º 13/2002, donde se extrai:

Artigo 45.º 1 - Sem prejuízo da legitimidade de quem se sinta ameaçado ou tenha sido lesado nos seus direitos, à actuação perante a jurisdição competente do correspondente direito à cessação da conduta ameaçadora ou lesiva e à indemnização pelos danos que dela possam ter resultado, ao abrigo do disposto no capítulo anterior, também ao Ministério Público compete à defesa dos valores protegidos pela presente lei, nomeadamente através da utilização dos mecanismos nela previstos.

2 - É igualmente reconhecido a qualquer pessoa, independentemente de ter interesse pessoal na demanda, bem como às associações e fundações defensoras dos interesses em causa e às autarquias locais, o direito de propor e intervir, nos termos previstos na lei, em processos principais e cautelares destinados à defesa dos valores protegidos pela presente lei.

- com destaques-

A eficácia horizontal do direito ao ambiente, portanto, confirma que o legislador do Direito Privado recebe, do texto constitucional, a missão de ajustar os direitos fundamentais e convertê-los em normas de conteúdo obrigatório e de aplicação imediata para os particulares (HESSE: 1988).

2. DIREITO PRIVADO E DIÁLOGO COM A SUSTENTABILIDADE

Os romanos não se ocuparam com o estudo da sustentabilidade, nem de qualquer aspecto relacionado ao meio ambiente, porque não era próprio de sua cultura, nem interesse das civilizações daquele tempo⁷⁹, mas abriram caminho para o cientificismo do Direito Privado, ramo com o qual se pretende provar a relação da sustentabilidade. Para os romanos, o Direito Público dizia respeito ao

79 Para a Teoria Social, destaca MANGABEIRA UNGER (1979: Pg. 45) (...) o esforço de apresentar uma visão global dos homens e da sociedade identifica-se com um certo interesse em compreender as condições e as oportunidades de sua época.”

estado da coisa romana e, o Direito Privado, à utilidade dos particulares⁸⁰ (ULPIANO: 529 d.C.). É entendimento originado das Institutas comentadas por GAIO (*Gai Institutionum Commentarii Quattuor, apud STORCK: 2010*)⁸¹ que conduzem: “(...) o povo romano segue um direito que em parte lhe é próprio e em parte comum a todos os homens”. Para SAVIGNY (1840: vol. 1º, pág. 76) a distinção entre os ramos residia no critério finalístico de cada um. Atribui o jurista, ao Direito Público, a busca pelo todo, enquanto o indivíduo fica relegado ao segundo plano e, ao Direito Privado, quando o fim se justifica pelo *indivíduo*, enquanto a relação serve como meio.

Durante séculos, essa dicotomia *público-privado* reinou nas teorias acadêmicas e nas práticas jurídicas até ser superada por seus críticos e pela renovação introduzida com o advento do Estado Social.⁸² Em evidência está, portanto, não mais a dicotomia entre os ramos, nem a preocupação com o método em classificá-los, mas, sim, o diálogo de integração dos dois. Nesta perspectiva, abre-se caminho para interação do *jus privatum* e o Direito Ambiental, em níveis que a seguir se classificam.

2.1. A publicização do Direito Privado – Não há mais espaço, no Direito Privado, para o exercício absoluto e ilimitado de poderes, sobretudo, os referidos à autonomia da vontade. A voluntas sucumbiu aos fenômenos da *societas* e o indivíduo, acostumado a governar os interesses próprios, se viu enquadrado pela ordem social, como observa KONRAD HESSE (1988: pág. 27)⁸³: “(...) *O fim da procedência material do direito privado face ao direito constitucional, que veio selar a dissolução concreta de uma ‘sociedade de direito privado’, cristalizada ideologicamente, foi interpretado retrospectivamente pela doutrina do direito civil alemão como ‘submissão’ do direito privado a princípios do direito público e como ‘destruição’ do edifício autônomo de um sistema jurídico unitário.*”

Mas essa transição não foi das tarefas mais fáceis porque o interesse privado sempre figurou como base da consciência existencial humana. MANGABEIRA UNGER (1979: pág.33) destaca que “(...) *Pela doutrina do interesse privado (...) os homens são governados pelo próprio interesse e guiados por certas ideias quanto ao meio mais eficaz de atingir os fins que pessoalmente escolheram*”. Este pensamento marcou a condução do Estado Liberal e fincou raízes profundas que repercutem até hoje na construção de institutos do Direito Civil, como a *proprietas*, por exemplo. Portanto, evoluir para outro estágio de relação privada, com cariz publicizado, constitui verdadeira disputa política (HABERMAS: 1997)⁸⁴. Fala-se, hoje, da perda de autonomia do Direito Privado, que passou a seguir as orientações do Direito Público e alterou sua matriz normativa para se curvar a preceitos de justiça distributiva. É o que se convencionou chamar de fenômeno da publicização do Direito Privado; um legítimo *tertium genus*.

80 *Hujus studii duae sunt positiones, publicium et privatum. Publicium jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem.*

81 Sobre o tema cf. (BARTOLO: 1947) e (SANTOS JUSTO: 2000).

82 Conferir as obras de (MARNACO E SOUSA: 1904, SEABRA: 1858, TEIXEIRA DE FREITAS: 1859, SCHLOSSMAN: 1890, AUBRY E RAU: 1935, COGLIOLO: 1946, ESPÍNOLA: 1960 etc.)

83 Obra traduzida para o português por Flávio Beno Siebeneichler (Rio de Janeiro: 1997).

84 A materialização do direito privado foi iniciada numa linha predominantemente autoritária, envolvendo deveres de proteção social; no entanto, a instauração da República de Weimer fez com que caíssem os fundamentos jurídico-constitucionais nos quais se apoiava a autarquia do Direito Privado. (RAISER: 1971) *Die Zukunft des Privatrechts*.

2.2. Privatização no Direito Público – Fenomenologicamente, não existe privatização do ramo do Direito Público, como no sentido inverso é perfeitamente observável. O que é natural constatar é a privatização no âmbito do Direito Público (expressão ligada ao Direito Administrativo). E mesmo não sendo objeto de apreciação deste trabalho, cabe aqui pequeno registro sob a peculiaridade do Direito Português que pode interferir nas questões ambientais. A revisão constitucional de 1989 inseriu a “Reprivatização” como modelo atípico de privatização de empresas, outrora privadas, depois nacionalizadas, e novamente tornadas privadas. Aduz o documento político português:

Artigo 293.º

Reprivatização de bens nacionalizados, depois de 25 de abril de 1974.

1. Lei-quadro, aprovada por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, regula a reprivatização da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de abril de 1974, observando os seguintes princípios fundamentais:

A celeuma não está na inovação do procedimento, mas nas repercussões dele. Com a reprivatização algumas atividades desempenhadas por entidades estatais, estruturadas com rigores técnicos, passam às mãos do setor privado, normalmente leniente. Torna-se imperioso questionar quais precauções serão exercidas em relação às políticas ambientais, sobretudo, de sustentabilidade, quando o fenómeno atingir o setor.

O primeiro alerta foi deflagrado em 2014, na reprivatização da Empresa Geral de Fomento – EGF, controlada pela Águas de Portugal – ADP, e que é responsável pela recolha, transporte e tratamento de resíduos urbanos, através de 11 sistemas multimunicipais, de norte a sul do país. É cedo para avaliar os efeitos da medida, mas vale salientar que a ADP negociou 95% do capital da EGF sem consulta pública⁸⁵, o que, inquietantemente, não é exigida pelo texto constitucional.

O embate do contexto econômico com o preservacionismo ambiental é o que torna o prefalado diálogo necessário, mas nem sempre conciliatório. E as vantagens para lado econômico estão por as coisas em perspectiva de desequilíbrio.

3. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO DIREITO PRIVADO NA REGULAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE

Toda digressão temática até aqui produzida leva à conclusão de que o Direito Privado, já com o cariz publicizado, dialoga com a temática de sustentabilidade, e tem legitimidade para regulamentá-la supletiva ou concorrentemente, com o Direito Ambiental. São, pois, hipóteses de incidência:

3.1 - no âmbito do Direito Civil – Como observa PABLO STOLZE GAGLIANO (2012: pág. 76): “*Em termos taxionômicos, o Direito Civil é, sem sombra de dúvida, a grande base do que se convencionou chamar de Direito Privado (...)*”. Logo, infere-se que, ao se falar de fenómeno da publicização do Direito Privado, fala-se, em grande medida, da publicização do Direito Civil. Consectariamente, sua forma positivada mais representativa, o Código Civil, é guardião dessas inovações. Entretanto, apesar do tronco familiar comum, o Código Civil Português se afastou do

85 Frise-se, a despeito de qualquer argumento contrário: consulta pública não é o mesmo que concorrência pública.

Código Civil Brasileiro, quando em causa estão medidas preventivas de proteção ao meio ambiente, e de interpretação da função social, que é regulada distintamente nos dois diplomas.⁸⁶

3.1.1. O meio ambiente no Código Civil Português – Não há menção direta ao meio ambiente no diploma civil lusitano, mas é possível interpretar sua presença em diversas passagens. A primeira (e mais evidente) disciplina que:

ARTIGO 1346° O proprietário de um imóvel pode opor-se à emissão de fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos, bem como à produção de trepidações e a outros quaisquer factos semelhantes, provenientes de prédio vizinho, sempre que tais factos importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanam.

Notória a relação existente entre a emissão de fumos (fumaça no Brasil) com a poluição ambiental, dando entender a preocupação do legislador civil português com o meio ambiente, mas essa não é a interpretação correta. Aquele direito não interpreta o texto legal como norma específica de tutela ambiental, mas, sim, de direito de vizinhança, que reclama a regra geral de responsabilidade civil. Neste sentido, em comentários ao indigitado artigo, lecionam ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA (2011: pgs. 178/179): “(...) Sendo a emissão dirigida para certo prédio «emissão directa», há um dano provocado, e esse dano está sujeito ao regime geral da responsabilidade civil”. E concluem, os autores, que em causa há restrição ao direito de propriedade: “(...) tratando-se de uma restrição grave ao direito de propriedade, também é certo que ela deva ser admitida em limites apertados (...) por não poder saber-se onde acabam as relações de vizinhança”. Percebe-se, pois, que não há preocupação com o ambiente em si, mas com o proprietário do imóvel vizinho.

Mais radical é o pensamento do civilista HENRIQUE MESQUITA (1968: nº 33): “À influência ou reflexos de natureza diversa provindos de determinado prédio não se aplica o preceito do artigo 1346.º” Refere-se, o autor, às poluições ambientais que não tenham natureza corpórea, mas que de per si não constituiriam qualquer violação ao direito de propriedade. E exemplifica: “Assim, o proprietário de um prédio urbano não poderá reagir contra o facto de no prédio vizinho funcionar um clube de dança, ainda que isso afete substancialmente o seu imóvel (...)”. De sorte, a poluição sonora (que também é ambiental) não está, na visão do juriconsulto, incluída na tutela do referido artigo. É pensamento totalmente oposto ao do Código Civil Brasileiro, como se demonstrará.

Outra *quæstio iuris* acerca do mesmo texto legal, é saber se o artigo estabelece relação com a

86 A despeito das diferenças evolutivas que atingiram o Direito Civil nos dois países, o renomado professor ANTÔNIO SANTOS JUSTO (2001: pág. 9) salienta: “Embora não devamos ignorar as deformações que, na prática brasileira, as leis portuguesas sofreram durante o Período Colonial, tanto mais que, como observa Marcello CAETANO, ‘os colonos ao estabelecerem-se em novas povoações, não traziam debaixo do braço as Ordenações do Reino’, sendo ‘inevitável o aparecimento de um direito costumeiro (...) muito mais poderoso que os códigos (porque imposto pelas realidades da vida’, foi a partir da Revolução Liberal de 1820 e, sobretudo, depois da separação política das duas Nações lusíadas, em setembro de 1822, que os direitos português e brasileiro ‘trilham caminhos diferentes’. Referimos, primeiro, a nossa Revolução Liberal porque, situado na velha Europa, perto dos países donde sopravam as doutrinas inovadoras, Portugal viveu, durante algumas décadas, uma grande desorientação durante a qual as reformas se sucediam um pouco ao sabor dos acontecimentos: foi notório o irrequietismo dos juriconsultos portugueses. Pelo contrário, afastado pelo oceano Atlântico, o Brasil não viveu tão intensamente essa agitação política e, por isso, algumas instituições jurídico-privadas puderam evoluir diferentemente. Na verdade, sem a febre de inovações por vezes precipitadas, o Brasil pôde conservar um sistema jurídico-privado muito mais próximo da tradição portuguesa e mais liberto de influências estrangeiras.”

sustentabilidade. Entende-se que não. Trata-se de situação pontual que não projeta a violação ambiental ao longo do tempo. A conduta prevista como violadora tem natureza estática, e o raciocínio associativo com a sustentabilidade é aquele em que a relação ambiental se exerce ao longo do tempo, de forma equilibrada, como dito no início deste estudo. Prova disso, é que os prejudicados pela emissão dos poluentes, exemplificados no 1346º, quando obtiverem a tutela protetiva, conseguirão extinguir o problema ambiental. Já em outro sentido labora o artigo a seguir:

ARTIGO 1351º 1. Os prédios inferiores estão sujeitos a receber as águas que, naturalmente e sem obra do homem, decorrem dos prédios superiores, assim como a terra e entulhos que elas arrastam na sua corrente.

2. Nem o dono do prédio inferior pode fazer obras que estorvem o escoamento, nem o dono do prédio superior obras capazes de o agravar, sem prejuízo da possibilidade de constituição da servidão legal de escoamento, nos casos em que é admitida.

Dessume-se que a pretensão legislativa, neste caso, é impedir que os particulares interfiram nos fluxos das águas, ou que adotem posturas de intervenção mínima, de modo que o objetivo é sustentar o processo natural. Por outro lado, resta incompreensível a segunda parte do tópico 1 “(...) *assim como a terra e entulhos que elas arrastam na sua corrente*”. Não é possível impor ao proprietário dos prédios inferiores (aqueles que se encontram em nível mais baixo, quer pelo declive natural, quer pelo artificial do solo) que suportem o que for trazido pelas correntes das águas, pois, se forem poluentes ambientais há de se configurar a regra do Dano Infecto, que gera (nos direitos Civil e Ambiental brasileiros) responsabilidade civil indenizável. Pensa igualmente a doutrina mais lúcida de CUNHA GONÇALVES (1955: pág.192): “(...) *urinas, e líquidos infectos de latrinas, fábricas de guano, adubos animais, tinturarias etc., ainda que escorram para o prédio inferior devido ao declive do solo (...) o proprietário do prédio superior ou daquelas fábricas deve dar àqueles líquidos outro destino, sob pena de indemnização de perdas e danos sofridos pelo prédio inferior*”.

Porém, mais uma vez a doutrina portuguesa preocupa-se com a relação de vizinhança e, não, com a projeção do dano ambiental na comunidade, como se as águas poluídas pudessem causar prejuízos, apenas, nos prédios contíguos. Para bem pontuar a interpretação doutrinária portuguesa, transcreve-se novamente o pensamento de ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA (Op. Cit. Pg.178): “(...) *não se entender restritivamente a lei, dir-se-á que ela fica sem conteúdo certo (...) por exemplo, os cheiros desagradáveis duma fábrica de celulose podem atingir quilômetros. Onde acabam os vizinhos?*” Vê-se que a ideia é a tutela do indivíduo (vizinho) e não do coletivo (sociedade).

Os demais artigos do Código Civil Português, sobretudo o 1352º, que trata de obras defensivas das águas, e todos os constantes do Capítulo IV, sobre propriedade das águas, restrição de uso, aproveitamento e condomínio das águas (1386º ao 1400º), perderam grande oportunidade de contemplar a tutela do meio ambiente e o direito difuso, dele decorrente, prendendo-se aos interesses particulares da propriedade em si. E nem as normas supletivas do Direito Comunitário ajudam neste sentido, pois ingressam no Direito Português como regramentos de Direito Público, e não de Direito Privado.

3.1.2. o meio ambiente no Código Civil Brasileiro – Mais próximo da tutela coletiva e com marcantes inserções do Direito Constitucional, o Código Civil Brasileiro foi mais explícito ao tratar normativamente o meio ambiente, ratio do uso da propriedade. O legislador dos trópicos associou o direito à utilização da propriedade com a precaução coletiva do meio ambiente.⁸⁷ Deste modo, mesmo respeitando a garantia de propriedade e lhe atribuindo o caráter exclusivo, o código retirou-lhe a autonomia absoluta e egoística, outrora prevista no Código Civil de 1916. Assim expressou o artigo 1.228 do novel diploma:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. - com destaques -

A preocupação do legislador brasileiro (que não teve o legislador europeu) talvez decorra dos problemas regionais do Brasil, não só com os desmatamentos das regiões florestais, como a amazônica, mas pelo assoreamento de mananciais em zonas de seca e o uso desmedido da água por entidades privadas. Neste sentido, obtempera NELSON NERY JUNIOR (2015: pg. 1.474) ao comentar o artigo 1.228: “(...) *O uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais da função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem-estar comum da sociedade (...) A propriedade rural no Brasil, principalmente nas regiões do Norte do país, onde espaços latifundiários são consideráveis, chama a atenção do Poder Público no que tange ao crescente desmatamento*”. Assim, no Brasil (mais do que em Portugal), o Código Civil vergou-se à proteção ambiental, à preocupação com a coletividade, não só com o vizinho.

E diferentemente do artigo 1346º, do código lusitano, a redação do § 1º, do artigo 1.228, do código nacional, guarda relação com a sustentabilidade, vez que impõe, ao particular, o dever de preservação das unidades ecológicas. Por sua vez, de sublime interesse é o cotejo entre as redações do artigo abaixo transcrito, e do 1351º do Código Português:

Art. 1.288 O dono ou o possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior, não podendo realizar obras que embarquem o seu fluxo; porém a condição natural e anterior do prédio inferior não pode ser agravada por obras feitas pelo dono ou possuidor do prédio superior.

Atenta-se aqui, que diferentemente do texto português, o brasileiro não impõe ao proprietário do prédio inferior o dever de suportar os entulhos e terras que vierem com o fluxo das águas (ainda que sem a interferência humana), pressupondo a incumbência que o proprietário do prédio superior deve ter com a salubridade das águas que escorrem de sua propriedade para inferior. Essa é a natureza deste outro artigo:

87 Vários artigos do Código Civil Brasileiro fazem menção protetiva ao meio ambiente. Uns para qualificá-lo como bem público inalienável (artigos 99, I e 100), outros para limitar o uso da propriedade, na exploração e emprego das riquezas do subsolo (artigo 1.230), além dos que regulam seu modo de utilização, no processo de aquisição da propriedade (artigos 1.249 – ilhas – 1.250 e 1.251 – aluvião e avulsão – 1.252 e seguintes, nos textos que referem às plantações).

Art. 1.291 O possuidor do imóvel superior não poderá poluir as águas indispensáveis às primeiras necessidades da vida dos possuidores dos imóveis inferiores; as demais, que poluir, deverá recuperar, ressarcindo os danos que estes sofrerem, se não for possível a recuperação ou o desvio do curso artificial das águas. - com destaques -

Outra particularidade do Código Civil Brasileiro não contemplada pelo português foi referida por SANTOS JUSTO (Op. Cit. pg.6), quando fez estudo comparado dos dois diplomas: “Há, no entanto, aspectos diversificados que reclamam uma referência (...) trata-se da *cautio damni infecti* que, no direito romano, acautelava os eventuais danos causados pela queda de um edifício, obra ou árvore em ruínas. O código português silenciou esta referência porque admite outras medidas.” Refere-se, o romanista de Coimbra, ao texto do artigo abaixo transcrito:

Art. 1.277 O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Em oposição, portanto, ao entendimento de HENRIQUE MESQUITA, quando se referiu ao dever de tolerância do proprietário com o clube de dança ao lado, no direito brasileiro, a poluição sonora também é considerada causa de uso anormal da propriedade e, neste particular, cabe bem transcrever decisão judicial do Tribunal de Justiça de São Paulo (Ap.Cív. 157/83 apud NERY JR. Op. Cit. 1.544):

EMENTA: POLUIÇÃO SONORA. LAUDO PERICIAL. NÍVEL TOLERADO POR LEI MUNICIPAL. PREVALÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL. Casa noturna que promove *shows* musicais com emissão de ruídos acima do limite suportável ou permitido. Reformas efetuadas pela ré, após determinação calcada em laudo pericial, que restaram insatisfatórias. Invocação de lei municipal. Prevalência do Código Civil.

Ainda que se trate, neste caso, de direito de vizinhança, o dano infecto pode ser alegado em qualquer situação de agressão ao meio ambiente, como já orientou a IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, gerando o Enunciado 319: “A condução e a solução das causas envolvendo conflitos de vizinhança devem guardar estreita sintonia com os princípios constitucionais (...) de proteção do meio ambiente”.

3.1.3. abuso do direito de propriedade em Portugal – Outro ponto em que se distancia o Código Civil Português do Brasileiro, é o que (não) disciplina a função social da propriedade. O código de 1966 optou por regredir o conceito de fim social à mera limitação no exercício do direito de propriedade, consagrando o abuso de direito.

ARTIGO 334° (Abuso do direito) É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.

Coerente esta fórmula com a tradição do Código Civil lusitano, que regula o uso da propriedade mais em benefício da vizinhança do que do corpo social. É algo muito próximo dos atos emulativos existentes no direito medieval, como observa SAN TIAGO DANTAS (1942: 367/369): “*Há ocasiões em que o autor do ato, ao exercer o seu direito, não o faz, tendo em vista as finalidades normais do direito, mas sim, tendo em vista um fim que é de simples malícia para com outrem (...) é o abuso do direito considerado, apenas, no seu elemento subjetivo*”.

Coibir o abuso do direito também foi preocupação do legislador civil brasileiro, *ex vi* da redação quase idêntica do artigo 187, mas neste ordenamento, abusar do direito de propriedade não se confunde com os efeitos da função social, que, para além de comando inibitório, instrui seu uso de forma solidária, sócio-responsável. Em tom mais ácido, critica OLIVEIRA ASCENSÃO (2000:193/196): “O princípio da função social foi consagrado pela Constituição de 1933 (...) não obstante, o Código Civil de 1966 orientou-se pelo princípio do abuso do direito (art. 334º), no que marcou uma grave regressão (...) De facto, negar à propriedade privada uma função social significa continuar a considerá-la uma anomalia do sistema constitucional”.

Interessante observar que, apesar dessa opção legislativa, o judiciário português está mais próximo da função social. Caso emblemático é o trazido a lume por GOMES CANOTILHO (1995: pgs. 8-20), que relata julgado do Tribunal Judicial de Montemor-o-Velho, referente ao meio ambiente:

“A ideia de um direito de propriedade absoluto e ilimitado, fruto das concepções político-econômicas do liberalismo, tem vindo a descaracterizar-se pela acentuação do fim social daquele direito (...) para formas mais solidárias de participação dos cidadãos.”

3.1.4. função social da propriedade no Brasil – Já o direito brasileiro, como se disse, evoluiu no sentido da consagração da função social da propriedade, característica bem afastada de sua origem romana.⁸⁸ O direito real de propriedade não pode mais ser concebido como se contemplasse a existência do bem fora do ambiente social e do poder estatal (Lafaille: 1935). Neste particular, trata-se de solução mais moderna do que a teoria do abuso de direito, porquanto, não se restringe à mera privação de poder. Antes de ser limitação ao proprietário, é orientação, aconselhamento de como se deve portar perante o interesse coletivo.⁸⁹

Os primeiros estudos sobre o assunto foram desenvolvidos pelo jurista francês LÉON DUGUIT, apontado pela doutrina (SALVAT: 1962) como o maior nome da teoria do Direito Público. Faz sentido. O raciocínio da função social se insere no fenômeno da publicização do Direito Privado, aqui já abordado. Em *Les transformations générales du droit privé* (1912: pg. 163), por exemplo, DUGUIT criticou ferozmente a forma como os juristas do ramo privado são individualistas, o que acaba por refletir na normatização da propriedade. Ilustrou o fato com a menção ao então artigo 2.542 (atual 2.506), do

88 Na Roma Antiga a propriedade era individualista e exclusiva, atribuída somente aos cidadãos romanos (*dominium ex iure quiritium*), assumindo uma condição de título de nobreza (PLANIOL: 1900).

89 *A veces la propiedad ha sido calificada de 'derecho ilimitado en si mismo' (Windscheid), como derecho que faculta para influir de un modo exclusivo sobre la cosa según el libre arbitrio. Pero esto es exagerado, el libre arbitrio del propietario está muy limitado por el ordenamiento jurídico.* (WOLFF et alii :1962. Traduzido para o espanhol por PÉREZ GONZÁLEZ)

Código Civil Argentino, que designava (e ainda designa): “*El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.*” Para o jurista, o artigo deixa evidente o caráter absoluto e exclusivo que a lei civil quer atribuir à propriedade e à projeção, que faz da soberania do indivíduo sobre a coisa, como se o *dominium* fosse um *imperium*. Em oposição a isso, refletiu que a propriedade não é um instituto a serviço do seu titular, mas um instrumento de serviço do seu titular à sociedade, daí atribuir-se a ela uma *fonction sociale*: “*Le propriétaire a le devoir et partant le pouvoir d’employer as chose à la satisfaction de besoins communs, des besoins d’une collectivité nationale tout entiere ou de collectivités secondaires.*”

Tal função também foi consagrada em outros ordenamentos, como na Carta Mexicana de 1917 e na Constituição Alemã, de Weimar, de 1919, primeiras a destacarem em texto positivado.⁹⁰ No direito brasileiro, entretanto, só com o texto constitucional de 1988⁹¹ houve espaço para função social da propriedade⁹² e somente em 2002 foi introduzida no diploma civil, com a redação do já transcrito artigo 1.228, que, em seu § 1, o estatui: “*O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais*”. Em últimas notas, diga-se, esse novel instituto não chega a defender exercício comunitário dos poderes de proprietário, apenas, exercício solidário e sócio-responsável dos direitos.

3.2 - no âmbito do Direito Empresarial – Por fim, cabe ainda uma fala, em apertada síntese, sobre a incidência do Direito Privado na sustentabilidade ambiental, quando em causa estão os marcos regulatórios da atividade empresarial. Aqui também, o Direito Português se distancia do Direito Brasileiro, pois em Portugal a atividade ainda é tratada como comércio, enquanto no Brasil, desde a vigência do novo Código Civil, em 2002, é tratada como atividade empresária.⁹³ De um modo ou de outro, não há discussão nos dois ordenamentos sobre sua natureza jurídica, porquanto, de Direito Privado.

Dentre todas as missões que a atividade comercial / empresarial tem que cumprir, a principal é a sua função social. A constituição portuguesa, por exemplo, ao definir os objetivos da produção comercial e industrial, fala do ajustamento aos interesses sociais (artigos 99º, letra e), 100º, letra a). De forma mais ambiental, a constituição brasileira impõe à empresa regras de exploração dos recursos naturais do subsolo (artigo 176, § 1º), replicadas pelo Código Civil (artigo 1.230, parágrafo único) e quando vai definir em quais atividades poderá atuar uma fundação, que é pessoa jurídica, dispõe: “*Art. 62 (...) Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de: (...) VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável*”.

Partindo-se desse pressuposto, a atuação comercial / empresarial também deve respeitar o meio ambiente, em todo seu contexto de sustentabilidade, pois, como define MENJIVAR (2008. pág 208):

90 Um tanto quanto pela influência de Ricardo Flores Magón na primeira (ALCALÁ-ZAMORA: 1924) e de Otto von Gierke na segunda (MENDES: 2010).

91 Em total oposição ao texto da Constituição Imperial de 1824 (replicado pela republicana de 1891), que, em seu artigo 179, pegava: (...) É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude (...).

92 Conferir artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III.

93 O legislador brasileiro, entendendo a atividade comercial como superada, dado o sentido moderno da atividade empresarial como vetor do crescimento econômico e da circulação de riquezas, trouxe para o Código Civil toda parte geral do Código Comercial de 1850, tratada agora como Direito Empresarial, voltando-se para as origens do direito francês. (REQUIÃO:2008)

“A empresa deve assumir posições como agentes transformadores da sociedade, assumindo papéis para coibir ações que possam prejudicar seu público, seus clientes, seus fornecedores e a sociedade em que está estabelecida”. Esta é uma filosofia em ampliação no setor empresarial. As pessoas coletivas que investem em programas de responsabilidade social estão tendo retorno mercadológico, tanto por parte do governo, como dos organismos sociais, como observa JOSÉ ANTÔNIO PUPPIM DE OLIVEIRA (2008: pág.215): “Com o crescimento da oferta de investimentos mais socialmente responsáveis (...) muitas bolsas de valores já contam com seus indicadores de sustentabilidade ou responsabilidade social, como o IS Down Jones da Bolsa de Valores de Nova York (Down Jones Sustainability Index), o FTSE 4 Good de Londres e o ISE Bovespa, de São Paulo”.

Como atividade que impulsiona a economia (seja do ponto de vista comercial, seja industrial), a empresa é a que mais tem acesso aos meios de produção, implicando, muitas vezes, em agressão ambiental. Se os recursos naturais são inalienáveis, como entender as concessões feitas pelo Estado, na exploração de riquezas minerais, como petróleo, gás e minérios de ferros, senão pela necessidade de garantir o desenvolvimento econômico? Encontrar o fiel da balança entre o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental é, como já se disse alhures, o grande desafio. Debates sobre o papel das empresas e indústrias no desenvolvimento sustentável vêm sendo discutidos pelos organismos internacionais desde o final da Segunda Guerra Mundial, já se tendo elaborado documentos e cartas de intenções em Roma, Estocolmo, Rio de Janeiro e Kioto, sem se alcançar o sucesso desejado quanto à redução da agressão ambiental.

Em Portugal e no Brasil, há vários registros de crimes ambientais cometidos por empresas que não tiveram em suas matrizes de responsabilidade a preocupação social. Ali, o caso mais recente (de 2014) envolve a investigação da Adubos de Portugal.⁹⁴ O então ministro do meio ambiente, senhor Jorge Moreira da Silva, deflagrou investigação contra a empresa por “eventual crime de libertação de microrganismos para o meio ambiente” nas proximidades da cidade de Leiria. Aqui, o mais contundente foi o caso do rompimento da Barragem do Fundão, na cidade de Mariana, Minas Gerais (2015), administrada pela empresa Samarco e controlada pela Vale do Rio Doce. O acidente fez vazar milhões de metros cúbicos de rejeitos de minérios, matando 19 pessoas, destruindo a cidade de Bento Rodrigues e prejudicando mais de 40 outras cidades, inclusive, em outros estados.

É, portanto, imprescindível, que as normas de direito privado possam controlar as atividades comerciais / empresariais / industriais, de modo à preservação do meio ambiente e sua sustentabilidade. Hoje, o Direito Privado nacional está mais efetivo que o português, mas não há mais prejuízo lá do que aqui, pois o prejuízo é, como já se disse, humanitário.

4. CONCLUSÃO E BIBLIOGRAFIA

Na abertura deste trabalho algumas indagações foram feitas: 1ª (...) *terá a sustentabilidade relação exclusiva com normas de proteção ambiental?* Não! Como amplamente demonstrado, o Direito Privado moderno, aqui representado pelos dois códigos usados como referências, evoluiu na

94 Disponível em: <<http://www.dn.pt/portugal/interior/adubos-de-portugal-sera-inspecionada-para-averiguar-eventual-crime-ambiental-4232049.html>> (acesso em 20/09/2015)

preocupação em regulamentar condutas privadas solidárias (numa perspectiva de justiça distributiva) e, no caso mais específico do Código Brasileiro, faz-se menção expressa ao meio ambiente como um patrimônio a ser protegido (SAMPAIO: 2014), o que demonstra que a tendência do Direito Civil, e demais normas microssistemáticas da área, é a de se fortalecer na tutela do direito coletivo, a exemplo do que já ocorre com os códigos de proteção consumerista e do trabalho. 2ª *Haverá algo para além da preocupação coletiva com a ecologia?* Sim! O que se busca é a mudança de paradigmas no comportamento humano, que necessita de reflexão ética na prática de ações cidadãs, preocupada com o futuro da espécie. E de governança pessoal e pública, para implementação de políticas preservacionistas. Portanto, não será o direito como instrumento de controle negativo das condutas (BONAVIDES: 1992), a ciência legitimada a resolver esse problema. 3ª *Será o ramo do Direito Público o único interessado em regulá-la?* Não! Conforme se tenta provar aqui, o Direito Privado moderno, orientado pelo publicismo constitucional, possui máxima aptidão para colaborar no processo regulatório do meio ambiente, ou, pelo menos, marcar sua positividade com as premissas desse fenômeno. Assim como a sustentabilidade, a normatização do meio ambiente exige solidariedade do Ordenamento Jurídico.

Então, chega-se a duas certezas sobre a proposta de regular a sustentabilidade: 1ª) a de que a limitação do conhecimento jurídico de certo e determinado fenômeno, como apropriação de conceitos, teorias, classificações e significações, por algumas áreas específicas do saber, não representa a verdade epistemológica. Parfraseando Gustav Radbruch (1961: pág. 274), o intérprete do Direito não pode se limitar a pensar o que já foi pensado, tem é que dar continuidade ao pensamento já iniciado por outrem, de modo a aprimorá-lo. Desta forma, o estudioso do meio ambiente e do Direito Ambiental não pode se prender a dogmas jurídicos superados, nem sectarizar novas abordagens de regulação, deve, por exemplo, permitir-se interagir com Direito Privado. Nesta empreitada, tem que ser intérprete bifronte, com um olhar para o futuro, aprimorando normas ambientais, sem descuidar do passado, com olhar nos rigores das proteções já conquistadas.

2ª) no cenário vermelho da sobrevivência, os entes componentes da humanidade (Estado, indivíduos, sociedade e empresas) precisam se conscientizar do pouco tempo que tem para reagir, reação esta que passa pela iniciativa privada e pelas regras privadas de conduta. Além disso, precisa pensar solidariamente quando for desempenhar suas relações, desde o uso regrado e consciente de suas propriedades, até o extremo das governanças corporativas sócio-responsáveis, de modo a que o sentimento de preocupação com as gerações futuras seja protagonista nas condutas individuais, o que também requer consciência ética e moral. Com isso, é possível crer na mudança de rumos, no alcance da sustentabilidade da vida, da nossa e dos que virão. De braços dados, portanto, devem caminhar os ramos Público e Privado do direito, na regulação dos meios de produção e de consumo, nas limitações de ordem pública ao direito de propriedade, na aplicação de políticas públicas afirmativas, no combate ao desperdício, à corrupção, na promoção de mercados econômicos mais justos e solidários.

No final, e acima de tudo, cabe ainda destacar o pensamento que guiou este trabalho: *há uma fé inabalável no instinto de preservação da nossa espécie.*

- ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. *La unidad del Estado y la diversidad de sus legislaciones civiles*. Editora Tirant Lo Blanc, Madrid. 1924.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Ed. Tempo Brasileiro. 1997.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Tipicidade dos Direitos Reais*. Chiado Editora. Lisboa, 1968;
- _____. *Direito Civil (Reais)*. 5ª edição. Coimbra Editora, 2000.
- _____. *O Direito, introdução e teoria geral*. Uma perspectiva luso-brasileira. Ed. Renovar, 1994.
- AYALA, Patryck de Araújo. *Transdisciplinaridade e os novos desafios para proteção jurídica do ambiente*. Revista de Direito Ambiental. RT, ano 16, nº 61, 2011.
- BARTOLO, de Sassoferrato. *In ius uniuersum civile, commentaria / studio et opera Iac*. 1562, Granada.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. *A Eficácia Horizontal do Direito Fundamental ao meio ambiente*. Cadernos UNDB, Vol. 4, dez. 2014.
- BONAVIDES, Paulo José. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Malheiros, 2010.
- BORNHEIM, Gerd Alberto. *Sartre: Metafísica e Existencialismo*. São Paulo: Perspectiva, 1984.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 9ª edição, Lisboa 1972.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Protecção do Ambiente e Direito de Propriedade (Crítica de Jurisprudência Ambiental)*. Coimbra Editora, Coimbra. 1995.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra Editora, 2003.
- CERNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*. Ed. Bosch, 1955.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. In: Revista do Centro de Estudos Judiciários/Conselho da Justiça Federal. Vol. 1, n. 3. Brasília. 1997.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direitos Reais*. Lisboa, 1979.
- COVIELLO, Nicola. *Manuale di Diritto Civile Italiano*. 2ª edição, 1955.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. Ed. Renascença, 1972.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Editora Rio, 1942.
- DOVERS, Stephen. *Uncertainty, sustainability and change*. Global Environmental Change, 1992.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*. Vol. 1, 1960.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: Técnica, Decisão e Dominação*. Ed. Atlas, 1988.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. 1, Saraiva, 2014
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 1, Saraiva, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Tempo Universitário, nº 102, 1997.
- _____. *A Inclusão do Outro*. Edições Loyola, 2002.
- HESS, Konrad. *Verfassungrecht und Privatrecht*. Heidelberg, 1988.
- JAYME, Erik. *Direito internacional privado e cultura pós-moderna*. Cadernos do PPGD/UFRGS 1, n. 1, p. 59-68, mar. 2003.
- LAFAILLE, Héctor. *Derechos Reales*. Editora Bosch, Buenos Aires. 1935.
- LEFF, Enrique. *Epistemologia Ambiental*. São Paulo, 2001.
- LÉON Duguit. *Les transformations générales du droit prive*. Librairie Felix Alcan, Paris. 1912;

- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I e II*. Tempo Universitário, nº 75 e 80, 1983.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MELO NETO, Francisco et. alii. *Empreendedorismo Social: a transição para sociedade sustentável*, Ed. Qualitymark, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira et. alii. *Comentários à Constituição do Brasil*. Ed. Saraiva. 2014.
- MENEZES, Ebenezer Takuno et. alii. *Dicionário Interativo da Educação Brasileira*. São Paulo, Midiamix Editora, 2002.
- MENJIVAR, Débora Fernandes Pessoa Madeira. *Cláusula geral da função social no novo Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Ciência Jurídica: Ad litteras et verba. Ano XXII, vol. 143 – setembro/outubro 2008.
- MESQUITA, Manuel Henrique. *Direitos Reais (Lições)*. Ed. Coimbra, 1967.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. RT, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV*, Coimbra editora, 2000.
- MUMFORD, Lewis. *Las transformaciones del hombre*. Traducción de Raquel María Bengoelea. Buenos Aires: Sur, 1960.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil Comentado, 11ª edição*. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2014.
- OLIVEIRA, José Antônio Puppim. *Empresas na Sociedade: Sustentabilidade e Responsabilidade Social*. Ed. Campos, 2008.
- OST, François. *L'interdisciplinarité comme principe d'organizations*. 1997.
- PLANIOL, Marcel Ferdinand. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Librairie Felix Alcan, Paris. 1900.
- SALVAT, M. Raymundo. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Derechos Reales. Editora Argentina S.A. Buenos Aires. 1962.
- SAMPAIO, Helena Stela. *La Sostenibilidad del Modelo de Protección Ambiental*. 2014.
- SANTOS JUSTO, António dos. *Direito Privado Romano – I parte geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2000.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna*. Editora CB, 1979.
- VARELA, Antunes et. alii. *Código Civil anotado*. Vol. III, Coimbra editora, 1997.
- WOLFF, Martin. *Derecho de Cosas*. Volume primeiro (possession, derecho imobiliário, propiedad). Tradução para o espanhol: Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Editora Bosch, Santiago do Chile. 1970.

BREVES NOTAS SOBRE O PRAZO PRESCRICIONAL DO FGTS

THE MINIMUM WAGE AS A BASE OF CALCULATION OF THE ADDITIONAL UNDERHIBITION - ANTI-NOMY BETWEEN ART. 7º, IV DA CF AND ART. 192 DA CLT

EDUARDO PRAGMÁCIO⁹⁵

RESUMO

O presente texto analisa a virada da jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF e do Tribunal Superior do Trabalho – TST, a respeito do prazo prescricional do fundo de garantia do tempo de serviço – FGTS, apontando a nova redação da súmula 362 do TST e a modulação temporal da decisão inédita do STF.

PALAVRAS-CHAVE: FGTS. Prescrição. Quinquenal. Trintenária. Súmula 362 TST. Antinomia.

ABSTRACT

The present text analyzes the reversal of the jurisprudence in the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Labor Court (TST), regarding the prescriptive period of the guarantee fund of the period of service - FGTS, pointing out the new wording of the summary 362 of the TST And the temporal modulation of the unpublished decision of the STF.

KEY WORDS: FGTS. Prescription. Quinquenal. Treatment. Soul 362 TST. Antinomy

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, III, garantiu, dentre vários direitos trabalhistas, o FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) a todos os empregados urbanos e rurais, tornando, assim, o FGTS compulsório e não mais facultativo.

O problema do prazo prescricional do FGTS, em relação à cobrança do empregado em desfavor do empregador, gerou polêmica jurisprudencial no âmbito do STF, em julgamento de novembro de 2014, dando uma “reviravolta” na jurisprudência já consolidada no TST por meio da Súmula 362.

A breve análise que se pretende aqui é para se verificar os fundamentos da nova decisão do STF, abordando-se sob o prisma da antinomia de normas, apontando, ao final, a evolução da jurisprudência do TST e a sua modulação no tempo.

1. A “REVIRAVOLTA” DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE PRESCRIÇÃO DO FGTS

O FGTS foi criado na década de 60 do século passado, pela lei 5.107/66, em substituição alternativa aos artigos 477 e 478 da CLT, que previam a indenização pelo término do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, hoje, é regulado pela Lei 8.036/90 e regulamentado pelo Decreto 99.664/90, tal fundo é constituído, sobretudo, pelo saldo das contas vinculadas de cada trabalhador, em que os empregadores depositam mensalmente 8% da remuneração, para saque futuro pelo empregado em certas ocasiões definidas pela lei.

⁹⁵ Professor da Faculdade Farias Brito, Advogado, doutorando em Direito.

O artigo 7º da Constituição, no inciso XXIX, garante “ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

A prescrição é a extinção da pretensão. A pretensão surge com a violação ou ameaça ao direito (artigo 189 do CC).

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a prescrição trabalhista, segundo a norma constitucional, é de 5 anos, isto é, a pretensão de se cobrar direitos trabalhistas lesados é somente de 5 anos, e o trabalhador tem até 2 anos após o término do contrato de trabalho para pleitear direitos lesados dos últimos 5 anos.

A lei do FGTS (Lei 8.036/90), em seu artigo 23, §5º, estabelece prescrição trintenária para o FGTS, veja-se:

Art. 23. Competirá ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social a verificação, em nome da Caixa Econômica Federal, do cumprimento do disposto nesta Lei, especialmente quanto à apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores ou tomadores de serviço, notificando-se para efetuarem e comprovarem os depósitos correspondentes e cumprirem as demais determinações legais, podendo, para tanto, contar com o concurso de outros órgãos do Governo Federal, na forma que vier a ser regulamentada.

§ 5º. O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.

Criou-se, então, após a Constituição de 1988 e após a Lei 8.036/90 uma dúvida para doutrina e jurisprudência trabalhistas: qual o prazo prescricional a se aplicar no caso da cobrança do FGTS? Aplica-se o prazo de 5 anos, estabelecido em norma superior, geral e anterior (Constituição de 1988), ou se aplica o prazo de 30 anos, estabelecido em norma inferior, específica e posterior (Lei 8.036 de 1990)?

Há, claramente, aqui, uma antinomia.

Essa é uma antinomia aparente, facilmente (?) resolvida por critérios do ordenamento jurídico. Há uma norma hierarquicamente superior, anterior e geral (art. 7º, XXIX da CF) e outra norma inferior, posterior e específica (art. 23, §5º da Lei 8.036/90).

Na lição de Maria Helena Diniz (2014, p. 503), uma antinomia é o “conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular”.

A jurisprudência do TST, consubstanciada na Súmula 362, solidificou-se (até a virada pela decisão do STF!) no sentido de dizer que era trintenária a prescrição do FGTS, respeitada a prescrição bienal após o término do contrato de trabalho, veja-se:

Nº 362 - FGTS. PRESCRIÇÃO - NOVA REDAÇÃO

É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.

Em suma, entendeu o TST que o *caput* do artigo 7º da Constituição, ao estabelecer um rol meramente exemplificativo dos direitos dos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria da condição social, não excluiu, portanto, outros direitos, mais benéficos aos trabalhadores, ainda que infraconstitucionais, desde que visem à melhoria da condição social, como é o caso do prazo prescricional trintenário, nitidamente mais benéfico aos trabalhadores do que o quinquenal.

Assim, por ter entendido o TST que a norma infraconstitucional estabelecendo prazo maior do que aquele contido na Constituição estaria em consonância com a própria Constituição, por garantir uma condição mais benéfica ao trabalhador, acabou por editar a Súmula 362 em 2003, garantindo a prescrição trintenária, respeitados os 2 anos após o término do contrato de trabalho.

Ocorre que o STF reconheceu repercussão geral no Agravo em Recurso Especial 709212, em dezembro de 2012 (publicado em 27/05/2013), tratando exatamente do prazo prescricional do FGTS, 5 ou 30 anos?

Referido processo foi a julgamento em novembro de 2014, tendo o pleno do STF, por maioria, reconhecido a inconstitucionalidade do §5º do artigo 23 da Lei 8.036/90, que trata da prescrição trintenária do FGTS, modulando os efeitos (*ex nunc*) da decisão.

No voto do Ministro Gilmar Mendes, primeiramente discorreu-se sobre o histórico do FGTS, criado em 1966, inicialmente como forma de se substituir o sistema da estabilidade decenal (art. 492 e ss. da CLT) e se criar uma indenização diferida, criando uma opção à CLT.

Em seguida, narra que existia, também inicialmente, em doutrina e jurisprudência, uma dúvida quanto à natureza jurídica do FGTS, se tributária, previdenciária ou trabalhista, para então definir seu prazo prescricional. Naquele tempo, como não existia norma constitucional determinando prazo prescricional ao FGTS, mas tão somente norma infraconstitucional, o Judiciário optou por aplicar a prescrição trintenária, admitindo por analogia uma “natureza previdenciária” ao FGTS, pelo que o TST acabou por editar, em 1980, o Enunciado nº 95.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, lembra que, a partir da Constituição de 1988, o FGTS passou a ter uma disciplina diferente, foi elevado ao *status* constitucional, como autêntico direito trabalhista, de índole social. Apesar disso, o STF, ainda que reconhecendo a natureza trabalhista do FGTS, mesmo assim continuou a aceitar a tese da prescrição trintenária adotada pelo TST, ainda que isso contrariasse texto expresso do artigo 7º, XXIX, da Constituição.

Para o Ministro Gilmar Mendes, não se pode mais manter esse entendimento capitaneado pelo TST, pois fere a literalidade do artigo 7º, XXIX, gerando instabilidade e incertezas nas relações jurídicas:

Ademais, o princípio da proteção do trabalhador não pode ser interpretado e aplicado de forma isolada, sem a devida atenção aos demais princípios que informam a ordem constitucional. De fato, a previsão de prazo tão dilatado para o ajuizamento de reclamação contra o não recolhimento do FGTS, além de se revelar em descompasso com a literalidade do Texto Constitucional, atenta contra a necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas, princípio basilar de nossa Constituição e razão de ser do próprio Direito.

Cumprer ressaltar ainda que o próprio arcabouço legal e institucional do FGTS revela-se apto a afastar toda e qualquer alegação de que a manutenção do referido prazo prescricional justificar-se-ia em virtude da impossibilidade fática de o trabalhador exigir judicialmente, na vigência do contrato de trabalho, o depósito das contribuições, o que fatalmente redundaria em sua demissão ou na aplicação de sanções.

Verifica-se que a legislação que disciplina o FGTS criou instrumentos para que o trabalhador, na vigência do contrato de trabalho, tenha ciência da realização dos depósitos pelo empregador e possa, direta ou indiretamente, exigí-los.

Sobre esses instrumentos, explicou que, tanto o trabalhador, como o sindicato, como a Caixa Econômica Federal, todos podem ajuizar ações cobrando o depósito do FGTS, além de o Ministério do Trabalho, por meio de Auditores Fiscais, realizar a fiscalização do cumprimento da obrigação. Isto é, existe uma rede complexa de proteção ao direito do trabalhador, por isso ser desnecessária a ampliação interpretativa do TST para imprimir uma prescrição trintenária, veja-se:

Cumprer salientar, neste ponto, que, com tais referências à legislação ordinária, não se está a defender a submissão do Supremo Tribunal Federal à interpretação conferida ao texto constitucional pela lei, mas apenas a demonstrar que o FGTS – garantia institucional e direito fundamental de âmbito de proteção marcadamente normativo – possui conformação legislativa apta a afastar toda e qualquer tentativa de se atribuir ao art. 7º, XXIX, da Constituição interpretação outra que não a extraída de sua literalidade. Isto é, a existência desse arcabouço normativo e institucional é capaz de oferecer proteção eficaz aos interesses dos trabalhadores, revelando-se inadequado e desnecessário o esforço hermenêutico do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido da manutenção da prescrição trintenária do FGTS após o advento da Constituição de 1988.

Por fim, o STF entendeu por bem revisar sua jurisprudência de mais de 20 anos, para adotar a interpretação da prescrição quinquenal, disposta no artigo 7º, XXIX da Constituição, declarando a inconstitucionalidade do artigo 23, §5º da Lei 8.036/90.

No entanto, como a revisão da jurisprudência pode afetar a segurança jurídica, optou-se por modular os efeitos dessa “virada” jurisprudencial, assunto da chamada “mutação constitucional”, em que se muda a interpretação constitucional sem se mudar o texto magno.

A proposta do relator, aceita pela maioria do plenário, foi a seguinte:

A modulação a que se propõe consiste em atribuir à presente decisão efeitos *ex nunc* (prospectivos). Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão.

Assim se, na presente data, já tenham transcorrido 27 anos do prazo prescricional, bastarão mais 3 anos para que se opere a prescrição, com base na jurisprudência desta Corte até então vigente. Por outro lado, se na data desta decisão tiverem decorrido 23 anos do prazo prescricional, ao caso se aplicará o novo prazo de 5 anos, a contar da data do presente julgamento.

Em razão disso, o TST, em junho de 2015, modificou sua jurisprudência consolidada até então na Súmula 362, para se adequar ao novo entendimento do STF, razão porque editou a nova redação do verbete sumular, adotando-se a modulação proposta pelo Supremo:

FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) - Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015.

I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;

II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF).

Esse novo entendimento do STF, ao meu ver, apesar de dar maior segurança jurídica para os empregadores, é nitidamente prejudicial aos trabalhadores.

2. CONCLUSÃO

Em conclusão, diante da antinomia apresentada, quanto à aplicação do prazo prescricional do FGTS (5 ou 30 anos?), o STF utilizou-se da prevalência do critério hierárquico, “*lex posteriori inferiori non derogat priori superiori*”, dando a máxima efetividade à literalidade do texto constitucional, revisando sua jurisprudência, forçando a revisão da Súmula 362 do TST, surpreendendo, de certa forma, a comunidade jurídico-trabalhista, dado o ineditismo e, com a vênua que se faz necessária, dado o retrocesso social da medida, que é prejudicial aos trabalhadores.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 25ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 10ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 8ª Ed., São Paulo: Atlas, 2015.

SICHES, Recasens. *Panorama del pensamiento juridico em el Siglo XX*. 1ª Ed., Cidade do México: Editorial Porrúas, 1963.

STF, acórdão ARE 709212, Relator Ministro Gilmar Mendes, capturado em 17/05/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE709212voto.pdf>>

O MUNICÍPIO BRASILEIRO: SER ENTE OU NÃO DA FEDERAÇÃO?

BRAZILIAN CITY: IS THE MUNICIPALITY PART OF THE FEDERATION?

JOÃO MATHEUS AMARO DE SOUSA⁹⁶

RESUMO:

O presente artigo tem como escopo fazer uma análise acerca do posicionamento do município no ordenamento jurídico brasileiro, destacando a evolução do conceito desta pessoa jurídica de direito público interno ao decorrer do constitucionalismo, isto é, ao longo das Constituições que se fizeram presente no nosso país. Ademais, torna explícito, partindo da teoria da forma de Estado Federal, bem como da distribuição de competências, a dialética doutrinária existente no que concerne à natureza jurídica de tal pessoa, ou melhor, se se trata de um terceiro ente federativo ou não.

PALAVRAS-CHAVE: Município. Brasil. Federalismo. Autonomia.

ABSTRACT:

This paper aims to analyze the placement of municipalities in the Brazilian legal system, highlighting the evolution of the concept of this Legal Entity of Public Law in the course of constitutionalism, that is, along the history of the Constitutions in our country. Furthermore, based on the theory of the Federal State form, as well as the distribution of powers, this paper shows the existing doctrinal dialectic regarding the legal nature of such person, or better yet, whether it is a third federative entity or not.

KEYWORDS: Municipality. Brazil. Federalism. Autonomy.

1. INTRODUÇÃO

O federalismo, forma de Estado, surgiu, nos Estados Unidos, como mecanismo de garantir não só um governo eficiente em um vasto território, mas também os ideais republicanos conquistados com a Revolução de 1776, ao observar que a formação de uma confederação pelas treze ex-colônias britânicas, por meio de um tratado internacional, estava em decadência. Esta, de acordo com Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho et al (2010), em razão da preservação da soberania pelo Composto de Estados; da dificuldade na obtenção de recursos financeiros e pessoal para suprir as necessidades comuns; da inexistência de uma regulamentação entre pessoas, pois só poderia legislar para os membros do referido tratado; dentre outras. Após a verificação de tal declínio, foi inscrita, na Constituição, pela Convenção de Filadélfia de 1787, o Estado composto, em que os antigos estados confederados abdicaram da soberania (não reconhecimento de nenhum poder superior ao estatal) em favor da União, portando, daquele momento em diante, tão somente a autonomia (zona de livre atuação relativa, já que tem limite na soberania).

⁹⁶ Monitor de Direito Constitucional I, estudante do 5º semestre do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR.
E-mail: matheusamaro15@gmail.com

Então, entende-se Estado Federal, na ótica de Paulo Bonavides (2000), como o resultado da descentralização do poder estatal (sob os fundamentos: da imperatividade e natureza integrativa; da capacidade de auto-organização; da unidade e indivisibilidade do poder; do princípio da legalidade e da legitimidade; e, por fim, da soberania), ou em outras palavras, de uma relação entre poder central e poder local. Ambos com competências estabelecidas pela norma superior hierárquica do ordenamento jurídico, a saber: a Lei Maior. Fazendo parte como ente da federação, a luz da teoria clássica: a União e os estados federados (estados-membros). Logo, cada um destes apresentando sua competência. O modo como esta é distribuída reflete o tipo de federalismo: centrípeto (em que há uma concentração do poder pelo ente central) ou centrífugo (também chamado de federalismo de equilíbrio, em que há uma “divisão” de poderes entres os integrantes da Federação), segundo Gilmar Mendes, Inocência Coelho et al (2010). Esta forma de Estado é, consideravelmente, indicada a países que possuem uma extensa área geográfica e uma formação cultural plural, visto que o governo buscará atender as demandas conforme as peculiaridades, ou seja, se em âmbito nacional, as mais gerais e, se em esfera estadual, as mais específicas. No Brasil, esta forma foi implantada desde a Constituição de 1891 (Constituição das novas ideias, de influência norte-americana).

Visto esta síntese, imprescindível para a efetiva compreensão da temática, sobre a teoria geral da federação há, atualmente, um emblema doutrinário acerca do posicionamento do município no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1946 e, principalmente, a de 1988, popularmente conhecida com “Cidadã”. Surgindo deste confronto duas correntes: uma que reconhece esta pessoa jurídica de direito público interno (art. 41, III do Código Civil de 2002) como ente de terceiro grau do federalismo, e outra, diametralmente oposta, defende ser, apenas, uma descentralização administrativa dos estados-membros.

2. MUNICÍPIO COMO INTEGRANTE DA FEDERAÇÃO

Antes de externalizar as razões pelas quais levaram diversos doutrinadores, como Helly Lopes Meirelles e Paulo Bonavides, a defender uma corrente que entende o município como um ente do federalismo brasileiro, é importante traçar um esboço tanto histórico quanto da variação conceitual desta entidade.

Pois bem, o município, em sua configuração atual, teve sua gênese nos primórdios da humanidade, segundo Janaína Santin e Deborah Flores (2006), em decorrência da necessidade de viver em grupo, em vilas para assegurar a subsistência. Contudo, Meirelles (2006), vê que, entendido como unidades político-administrativas, surgiram, na República Romana, como forma de permanecer na dominação das áreas conquistadas por meio do exército. Os dominados, retornando o raciocínio de Santin e Flores, deveriam ser vinculados/subordinados ao dominador, caso tal vinculação se desse de modo voluntário, adquiririam uma pluralidade de prerrogativas, tais como o voto ou mesmo serem dirigentes da comunidade. Este regime municipalista expandiu-se, no ano de 79, pelo imperador Júlio César, por França, Espanha, Portugal, modificando-se lentamente conforme o tempo e o país em que foi enraizado até chegar à atualidade. Ao se tratar do Brasil, tais unidades nasceram por influência de Portugal, durante o Período Colonial, mais precisamente, no descobrimento do novo mundo com a instalação do sistema de capitanias hereditárias. Como preleciona Preiger:

Seu surgimento remonta à época em que Portugal se viu preocupado com a segurança da exploração das riquezas de sua nova colônia – tais como o pau-brasil – e em vista disso passou a buscar meios para defendê-la da exploração por invasores a que ficava sujeita, bem como para manter o seu domínio [...] A colonização foi, pois, obra do Estado português, iniciada com a instituição do sistema de capitanias hereditárias, e motiva por interesses mercantis (PREIGER apud Santin e Flores, 2006: p.62).

No decorrer do constitucionalismo brasileiro, na acepção de evolução histórico-constitucional de um determinado, em consonância com André Ramos Tavares (2012), Estado, a conquista da autonomia dos municípios e, por consequência, a inserção destes na teoria da forma federativa não foi instável. Na Constituição de 1824, aqueles eram considerados lastro terrestre administrativo, na medida em que vivíamos um Estado Unitário (centralizado); na Constituição de 1891 (Brasil já como uma República Federativa), tal inserção foi impossibilitada diante do coronelismo (destaque a política do café com leite: pacto, entre o São Paulo e Minas Gerais, para alternância no poder); na Constituição de 1934, a transitoriedade desta impediu a liberdade política e administrativa; na Constituição de 1937, Getúlio Vargas implantou uma ditadura para permanecer no poder, dissolveu as câmaras e submeteu os prefeitos (chefe do poder executivo da cidade) subordinado à intervenção estadual, logo, tal diploma constitucional é semântico, na proporção em que só serve para legitimar a atuação do governante; na Constituição de 1946, louvavelmente as referidas entidades adquiriam a tão aspirada tríade autônoma: autonomia política, administrativa e financeira, de maneira nominal; porém, na Constituição de 1967 com a emenda nº 1/69, a definição do posicionamento municipal brasileiro foi, novamente, restringido. Foi, com a CF/88, que, efetivamente, tal posicionamento passou a ser tido, por alguns, como pertencente da estrutura da Federação, ao observar o art. 1 e 18 desta Lei suprema.

Resume a este pensamento escrito, acima, transcrevem-se as considerações do ilustre Meirelles:

No regime monárquico, o Município não a teve porque a descentralização governamental não consultava aos interesses do imperador; na Primeira República não a desfrutou, porque o coronelismo sufocou toda liberdade municipal e falseou o sistema eleitoral vigente, dominando inteiramente o governo local; no período revolucionário (1930-1934) não a teve, por incompatível com o discricionarismo político que se instaurou no país; na Constituição de 1934 não a usufruiu, porque a transitoriedade de sua vigência obsteu à consolidação do regime; na Carta Outorgada de 1937 não a teve, porque as Câmaras permaneceram dissolvidas e os prefeitos subordinados à interventoria dos Estados [...] Somente a partir da Constituição de 1946 e subsequente vigência das Cartas Estaduais e leis orgânicas é que a autonomia municipal passou a ser exercida de direito e de fato nas administrações locais (MEIRELLES, 2006: p. 45).

Entre os fundamentos que sustentam esta linha ideológica, pode-se apontar a autonomia, a distribuição de competências e outras questões que serão aprofundadas nos subtópico a seguir.

2.1 AUTONOMIA

Inegavelmente a CRFB/88 concedeu, ao município brasileiro, a autonomia, resultada da adoção da forma federativa de Estado (art. 1º, *caput*), isto é, da descentralização do poder. Logo, por relação lógica causa-efeito, incluiu a referida entidade em discussão como integrante de uma federação *sui generis*. Esta inclusão, por sua vez, acarretou a implantação de inúmeras capacidades: de autogoverno, de auto-organização, de normatividade própria, de autoadministração.

Capacidade de autogoverno está atrelada a escolha do prefeito, vice-prefeito, vereadores; capacidade de auto-organização significa a prerrogativa de criar sua lei orgânica; capacidade de

normatividade própria refere-se, justamente, à autodisciplina normativa, ou melhor, a possibilidade de criar leis municipais; e, por fim, capacidade de autoadministração que se compreende como manter e prestar serviços que julga necessários ao interesse da esfera municipal, em consonância com o ensinamento de Silva (1996). Ao associar estas capacidades com as espécies de autonomias, obterá o seguinte resultado: autonomia política (capacidade de autogoverno e de auto-organização), autonomia normativa (capacidade normativa própria), autonomia administrativa (capacidade de autoadministração) e capacidade financeira (responsável por estatuir sua própria renda, por exemplo, os tributos).

Para Paulo Bonavides (1996), a autonomia municipal logrou uma dignidade federativa jamais alcançada nas Constituições anteriores, como observamos na seguinte passagem: “[...] a autonomia municipal alcança uma dignidade federativa jamais lograda no direito positivo das Constituições antecedentes [...]” (BONAVIDES, 1996: p. 312).

Este círculo de livre atuação limitada pela Soberania (art. 1º, I da CRFB/88) trouxe uma maior participação do indivíduo na vida política do Estado como um todo e no município como parte deste universo, fortalecendo o regime democrático. Confirmando estas palavras, ensina Santin e Flores no seguinte trecho:

Trata-se da elevação da categoria sociológica do poder local para o âmbito jurídico e político brasileiro, a qual busca aliar a descentralização com a participação popular no exercício do poder político, inaugurando uma forma democrática de gestão pública, aliada aos principais objetivos da Constituição Federal e do Estado democrático de direito brasileiro (SANTIN; FLORES, 2006: p.65).

Para tornar viável o exercício desta tretravalência da autonomia entre os três graus da federação, a saber: o federal, o estadual e o municipal, a Lei Fundamental de 1988 estabelece uma distribuição de competências.

2.2 COMPETÊNCIA

A distribuição de competência, realizada pela Constituição Federal de 1988, conferiu autonomia normativa e também política ao município. Porém, tal Lei Maior não previu, de modo taxativo, as atribuições proporcionadas a este ente, gerando uma discussão em torno da delimitação da atividade de edição legislativa, com a finalidade de evitar conflitos de interesses entre as diversas entidades da Federação e, conseqüentemente, antinomias.

Não restam dúvidas, por força do texto constitucional, que há capacidade normativa municipal, isto é, o Município pode confeccionar leis, dentre as quais, a Lei Orgânica, que disciplina os assuntos de maiores relevâncias para este, bem como para a sociedade. Como deixa claro o Art. 30 da CF/88 – “Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber” (BRASIL, online, 1988).

Visto esta previsão em nível de “norma hierárquica superior do ordenamento jurídico”, é imperioso destacar que a Magna Carta de 1988 substituiu a expressão peculiar interesse, presente nas Constituições anteriores, por interesse local, tornando mais coerente com o significado desta expressão. Este que está atrelado, na visão de Luiz Roberto Boettcher Cupertino ([21--]), não a um interesse exclusivo da esfera municipal, mas que é preponderantemente desta órbita.

Tal interesse local em combinação com a competência suplementar tem dividido a jurisprudência e a doutrina: colocando de um lado os que creem que o constituinte estaria com a finalidade de mostrar que o Município também teria, ao lado da competência privativa e da comum, competência concorrente com a União, os Estados federados e o Distrito Federal e, além disto, as matérias privativas estariam previstas na Lei Orgânica; de outro os que rezam que “[...] não há clareza sobre o tema na Doutrina e também na prática, cabendo à interpretação casual o espaço de atuação legislativa local” (CUPERTINO, [21--]: p. 5).

2.3 OUTROS FUNDAMENTOS DO MUNICÍPIO COMO ENTE DA FEDERAÇÃO

Além das razões/justificativas/fundamentos que sustentam a corrente que coloca o Município como uma entidade de 3º grau da Federação, pode-se apontar tantas outras relevantes que serão expostas a baixo.

Salienta, Hely Lopes Meirelles (2006), que é o Município é uma peça imprescindível para a formação do conceito, no Brasil, de federalismo atípico, isto é, *sui generis* (de seu próprio gênero), na medida em que nem todo federalismo é composto exclusivamente por estados federados, diferentemente do que foi dito por Castro Nunes, em 1920, ao realizar uma análise restritiva, a partir da gênese norte-americana, da Teoria Geral da Federação.

É no seio desta entidade de direito público interno em comentário que, de acordo com Cupertino ([21--]), desenvolve a vida em sociedade, o trabalho, a construção de laços de afeto tanto na relação intersubjetiva, ou melhor, entre pessoas, quanto no vínculo com a própria terra (sentimento de pertencer determinada cidade). Logo, o Município é o único ente em concreto, os demais, por exclusão, são abstratos.

AGRAVO INTERNO. ECA. MENOR PORTADOR DE ALERGIA À PROTEÍNA D LEITE DE VACA. COMPROVADA A NECESSIDADE DO ALIMENTO ESPECIAL - NEOCATE ADVANCE. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. DIREITO DO INFANTE CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS NAS AÇÕES E POLÍTICAS DE SAÚDE. O DIREITO À SAÚDE É DEVER DO ESTADO, LATO SENSU CONSIDERADO, A SER GARANTIDO MODO INDISTINTO POR TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO - UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS -, FORTE NOS ARTIGOS 23, II, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO. CABÍVEL O JULGAMENTO NA FORMA DO ART. 557 DO CPC, EM FACE DO ENTENDIMENTO DA CÂMARA SOBRE A MATÉRIA 1. O entendimento é pacífico, tanto no STJ, como nesta Corte, de que a responsabilidade dos entes federativos é solidária, por se tratar de obrigação constitucional. 2. Cabível a fixação de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul quando sucumbente o Município, uma vez ausente confusão entre credor e devedor, matéria já pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça. Reduzidos na hipótese. RECURSO DESPROVIDO (RS, 2014).

A mencionada decisão confirma a adoção deste posicionamento da entidade municipal no federalismo brasileiro.

3. MUNICÍPIO: DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS ESTADOS-MEMBROS

Esta corrente exclui o Município do conceito de membros do pacto federativo, por diversas razões que serão tornadas externas ao decorrer dos subtópicos. São adeptos, isto é, defensores desta vertente, principalmente, José Afonso da Silva e José Nilo de Castro.

3.1 CRIAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO E DESMEMBRAMENTO

Somente a lei estadual, em consonância com o art. 18, §4º da CF/88, observado o prazo fixado em lei complementar federal, poderá criar, incorporar, fundir e desmembrar municípios, mediante prévio plebiscito (consulta popular realizada antes do ato legislativo sobre matéria constitucional) às populações diretamente envolvidas, ou melhor, aos interessados que são aqueles que poderão ser desmembrados, incorporados e fundidos e os que sofrerão este desmembramento, incorporação e função. Contudo, antes mesmo da realização do plebiscito, será divulgado Estudos de Viabilidade Municipal, feitos e publicados na forma da lei ordinária. A competência para convocar o referido plebiscito é exclusiva do Congresso Nacional (Art. 49, XV da CF/88), ou seja, por meio de decreto legislativo.

Logo, o estado federado tem poder (faculdade de fazer valer a sua deliberação à coletividade) de criação, fusão, desmembramento e incorporação em relação ao Município.

3.2 A INSTITUIÇÃO DE REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERAÇÕES URBANAS E MICRORREGIÕES

Cabe aos Estados-membros o poder de, mediante lei complementar (quórum maioria absoluta), instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, que serão formadas por agrupamento de municípios limítrofes, segundo previsão no Art. 25, § 3º da CF/88, com o fim colimado de integrar a organização, o planejamento e execução de funções públicas de interesse compartilhado, ou melhor, interesse comum. Como deixa solar no texto normativo a seguir, fielmente, transcrito.

Art. 25 – Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.” (BRASIL, online, 1988).

Uma vez deliberado, pelos estados-membros, por tal instituição, deverá os municípios limítrofes acatar com as disposições comuns referentes à organização, o planejamento e a execução de funções públicas (função legislativa, função executiva e função jurisdicional) de interesse comum.

3.3 A INTERVENÇÃO ESTADUAL

O art. 35 da CF/88 prevê, conforme transcrição a baixo, as hipóteses de admissão da intervenção dos Estados nos Municípios, tendo em vista que tal admissão é exceção à regra da autonomia municipal.

Art. 35 – O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I – deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

II – não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou decisão judicial (Brasil, *online*, 1988).

Não cabendo a União intervir nos Municípios, exceto os localizados dentro do Território Federal, ao contrário do que faz com os Estados (Art. 34 da CF/88). Estes que, inquestionavelmente, são membros federativos. Desta forma, os estados-membros teriam a faculdade, obedecida a legalidade, de afastar, temporariamente, a autonomia municipal.

Vale destacar que nem sempre a intervenção terá a nomeação de um interventor. Este só será necessário quando couber, e o decreto que fará tal nomeação será submetido, dentro de 24 horas, à apreciação pela Assembleia Legislativa do Estado (Art. 36, § 1º da CF/88). Se esta não estiver funcionando, será convocada extraordinariamente no prazo igual de 24 horas (Art. 36, § 2º da CF/88).

Ademais, a apreciação do decreto interventivo pela Assembleia Legislativa do Estado será afasta caso, para retornar a normalidade, baste à suspensão do ato impugnado (Art. 36, § 3º da CF/88). E quando cessados os motivos que originaram a intervenção, confirmando a regra da autonomia, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltaram (Art. 36, § 4º da CF/88).

3.4 OUTRAS RAZÕES PARA EXCLUIR O MUNICÍPIO COMO MEMBRO DO FEDERALISMO

A Federação é composta necessariamente, obtempera José Afonso da Silva (1996), por Estados-membros, ou em outras palavras, esta é um estado composto com inúmeros entes federados: União e Estados. Não se pode forçar a inserção dos Municípios como entes federativos, visto que certamente não existe Federação de Municípios e, caso existisse, estes teriam a natureza de estados federados, uma vez que não se teria como justificar o território de um Município dentro do território do Estado, ou seja, não haveria território próprio para cada pessoa jurídica de direito público interno em destaque.

Ainda segundo tal doutrinador, é inaceitável a afirmação do pacto de indissolubilidade dos Municípios, visto que os Estados poderão, como já foi explicado no subtópico 3.1, criar, desmembrar, fundir e incorporar aqueles. O que o ordenamento jurídico brasileiro e, mais especificamente a Lei maior de 1988, veda é dissolução dos Estados-membros da União, ao afirmar o pacto de indissolubilidade, previsto no Art. 1º da CF/88, como dá ênfase abaixo: “Art. 1º - A República federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, Constitui-se em um Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL, *online*, 1988).

O advogado José Nilo de Castro (2006) cataloga uma gama de fatores que implica na afirmação de que os municípios brasileiros não são entidades federativas, como é imprescindível e interessante enumerá-los: I – não possuem poder judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas (Salvo São Paulo e Rio de Janeiro); II – não tem legitimidade para provocar o controle concentrado de constitucionalidade (Art. 103 da CF/88) e nem de submeter os atos municipais a este; III – a autonomia municipal não constitui cláusula pétrea (Art. 60, § 4º da CF/88); IV – não possuem escola de governo (Art. 39, § 2º da CF/88); V – os vereadores têm somente imunidade material e ainda limitada à circunscrição ao qual foi eleito; VI – não participam da formação da vontade do Estado, por não terem representantes tanto no Senado quanto na Câmara dos Deputados, conforme deixa solar na seguinte passagem:

“A Casa do Povo (Câmara dos Deputados) é integrada por representantes dos Estados e do Distrito Federal, não dos Municípios. Também o artigo 46 da Constituição Federal, quanto à representação no Senado, como disse, não reservou participação do Município, mas dos Estados e do Distrito Federal (CASTRO, 2006: p. 31)

No art. 31 da Constituição Cidadã, observa-se que o Município será fiscalizado pelo poder legislativo municipal (controle externo) e pelo próprio poder executivo municipal (controle interno), no exercício do princípio administrativo da autotutela. Assim, para realizar o controle externo, a Câmara de Vereadores (Art. 31, § 1º da CF/88) poderá valer-se de auxílio (vinculação) dos Tribunais de Contas dos Estados ou dos Municípios, onde houver, tendo em vista que estes últimos não poderão mais ser criados (Art. 31, § 4º da CF/88), logo, atualmente, só existe Tribunal de Conta Municipal em São Paulo e no Rio de Janeiro.

Os Tribunais de Contas do Estado ou, conforme o caso, do Município emitiram parecer prévio sobre as contas que o chefe do poder executivo, isto é, o prefeito deve anualmente apresentar, somente não prevalecendo no caso por decisão de maioria qualificada de dois terços dos vereadores (Art. 31, § 2º da CF/88). As contas em comentário estarão, por sessenta dias por ano, à disposição dos contribuintes (Art. 31, § 3º da CF/88) para a realização de exame, ou seja, de fiscalização, podendo estes questionar a legitimidade.

Vale, ainda, apontar uma interessante decisão judicial que reflete sobre a teoria do federalismo, a fim de que possa compreender pela não inserção da pessoa jurídica municipal nesta forma de Estado.

REMESSA OBRIGATÓRIA E APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA. ULTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. UNIVERSIDADE. CURSO SUPERIOR DE MEDICINA. ESTÁGIO SUPERVISIONADO (INTERNATO) EM MUNICÍPIO DIVERSO DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO. DIREITO DO ESTUDANTE. RESOLUÇÃO N.º 04/2001, DO CNE/CES. RECURSO IMPROVIDO.

1. Trata-se de remessa obrigatória e apelação em ação de mandado de segurança contra sentença a assegurar o direito do impetrante, ora apelado, em realizar um dos cinco rodízios do internato referente ao seu curso de medicina em instituição conveniada no Estado da Paraíba e o restante da carga horária em Fortaleza/CE; fora, portanto, da sede da Faculdade de Medicina de Juazeiro do Norte/CE.
2. Não deve prosperar a arguição de nulidade da sentença suscitada pela Sociedade de Ensino Superior do Ceará (SESCE), porquanto, o magistrado de primeiro grau, ao abordar a temática da “qualidade de ensino”, apenas o fez por força da retórica, ou melhor, foi um argumento utilizado para complementar um raciocínio, sem desempenhar, contudo, papel fundamental na formação do julgado. A supressão dele é, portanto, incapaz de prejudicar ou modificar a razão de decidir.
3. Apesar de a expressão “unidade federativa” ter eventualmente gerado dúvidas quanto ao seu alcance, não é admissível outra compreensão acerca deste termo que não se amolde à noção de Estado-membro, até porque, na maioria dos casos, os municípios não proveem de educação de nível superior.
4. Inexiste invasão do poder discricionário da instituição de ensino, pois se trata de resistência administrativa, em deferir uma possibilidade legalmente facultada ao estudante para realizar todo o seu internato onde melhor lhe aprouver, desde que dentro do próprio Estado, face ao princípio da razoabilidade, embate do qual a apelante sai perdedora (TRF5, 2010).

Conforme o tópico terceiro desta ementa, é indiscutível afirmar que os estados-membros são pertencentes da Federação, porém, aos Municípios, geralmente, não se pode estender esta compreensão.

4. CONCLUSÃO

Ante ao exposto acerca da referida discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o posicionamento do Município brasileiro, na teoria do federalismo, diante do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pode-se chegar à conclusão, mais acertadamente, com a devida vênias aos que compreende de modo diferente, que a entidade municipal constitui-se como membro da Federação, uma vez que o ordenamento jurídico deste país prevê expressamente nos artigos 1º, *caput*, 18, *caput*, 37, *caput* da Lei Maior.

Além destes artigos, o constituinte originário, observando o convívio social, o âmbito em que os indivíduos criam laços intersubjetivos, conferiu a autonomia administrativa, legislativa e política à competência privativa, comum, supletiva (à lei federal ou estadual) municipal, com a finalidade do poder público da órbita do ente federativo em destaque, isto é, o poder executivo e legislativo tomarem decisões em vista o interesse local. Este, como já foi analisado, que pode de algum modo interferir no interesse regional (dos Estados e do Distrito Federal) e, quiçá, no interesse geral (da União), logo, não é exclusivamente do Município.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.
- BRASIL. *Código Civil de 2002*. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 abr. 2016.
- CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2006.
- CUPERTINO, Luiz Roberto Boettcher. *Autonomia Municipal e Competência Legislativa*. [21--]. Disponível em: <http://al.go.leg.br/arquivos/asstematico/Autonomia_Municipal_Competencia_Legislativa.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: PC Editorial, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RS. Sétima Câmara Cível. Ementa nº AGV 70062503735 RS. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Rio Grande do Sul, RS, 26 de janeiro de 2014. *Tj-rs - Agravo : Agv 70062503735 Rs*. Santa Catarina. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/154874318/agravo-agv-70062503735-rs>>. Acesso em: 06 jun. 2016.
- SANTIN, Janaína Rigo; FLORES, Deborah Hartmann. *A evolução histórica do município no federalismo brasileiro, o poder local e o estatuto da cidade*. 2006. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/view/2176/1407>>. Acesso em: 21 mar. 2016.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- TRF5. Primeira Turma. Ementa nº 200881020004030. Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena. *Acórdão - Ac463349/ce (30/04/2010)*. Diário da Justiça Eletrônico Trf5 (dje), 30 abr. 2010. Disponível em: <<https://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO CIVIL

PRINCIPI DELL'ESECUZIONE CIVILE

MARCEL MORAES MOTA⁹⁷

RESUMO

Este artigo tem o escopo de analisar os princípios da execução civil. O objetivo proposto é justificado, já que os princípios são as normas fundamentais do ordenamento jurídico. A tutela jurisdicional executiva deve concretizar o direito do credor. O princípio da dignidade humana proíbe que o devedor seja tratado como objeto da atividade jurisdicional executiva. A execução civil deve ser efetiva, então, o resultado da execução forçada deve ser, na maior medida possível, igual ao adimplemento da obrigação. Segundo o princípio da segurança jurídica, a execução pressupõe título executivo. Ademais, a execução deve seguir o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor. As medidas executivas devem ser proporcionais. O contraditório é aplicável na execução civil. O credor pode dispor da execução total ou parcialmente. Conclui-se que a execução deve ser efetiva e proporcional.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Tutela jurisdicional. Execução civil.

RIASSUNTO

Questo articolo ha lo scopo di analizzare i principi dell'esecuzione civile. L'obbiettivo proposto è giustificato, giacché i principi sono le norme fondamentali dell'ordinamento giuridico. La tutela giurisdizionale esecutiva deve concretizzare il diritto del creditore. Il principio della dignità umana vieta che il debitore sia trattato come oggetto dell'attività giurisdizionale esecutiva. L'esecuzione civile deve essere efficace, allora il risultato dell'esecuzione forzata deve essere, nella misura più ampia possibile, uguale al adempimento dell'obbligazione. Secondo il principio della sicurezza giuridica, l'esecuzione presuppone titolo esecutivo. Inoltre l'esecuzione deve seguire il principio della responsabilità patrimoniale del debitore. Le misure esecutivi debbono essere proporzionali. Il contraddittorio è applicabile nell'esecuzione civile. Il creditore può disporre di tutto o parte dell'esecuzione. Si conclude che l'esecuzione civile deve essere efficace e proporzionale.

PAROLE CHIAVE: Principi. Tutela giurisdizionali. Esecuzione civile.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por escopo a construção do quadro normativo principiológico da execução civil, que disciplina as posições jurídicas do exequente e do executado. Justifica-se a importância, teórica e prática, do tema proposto, haja vista a relevância da tutela executiva na eficácia social do direito material.

97 Professor de Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Conceitos Jurídicos Fundamentais da Faculdade Farias Brito. Doutorando em Ciências Jurídicas, na especialidade de Ciências Jurídico-Civis, pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará. Graduado em Direito pela UFC. Advogado.

A fim de que se alcance o objetivo traçado, impende situar a tutela jurisdicional executiva na função jurisdicional do Estado. Em seguida, examinam-se aspectos fundamentais das normas com estrutura de princípio, para que se compreenda sua importância no sistema jurídico.

No modelo normativo da execução civil destacam-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da efetividade, da segurança jurídica, da patrimonialidade, da proporcionalidade, do contraditório e da disponibilidade. No final, apresenta-se a conclusão do estudo, nos limites do fim traçado.

1. TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA

O ordenamento jurídico é composto por normas materiais, ou substanciais, e por normas processuais, ou jurisdicionais.⁹⁸ Como exemplos, mencionem-se as normas materiais civis e as normas processuais civis. O direito material e o direito processual são planos complementares do sistema jurídico.

Se houvesse apenas direito material, haveria problemas de efetividade do direito, em caso de descumprimento das obrigações, ou dos deveres. Composta apenas pelo direito processual, a ordem jurídica seria pura forma, sem utilidade.

De fato, a título de ilustração, de nada adiantaria a mera previsão material do direito a alimentos, se não houvesse técnicas processuais que promovessem a satisfação do crédito de natureza alimentar, como é o caso da prisão civil prevista no art. 5º, LXVII, CF/88.

O direito processual regula a atuação da função jurisdicional do Estado, que pode ter por objeto a solução de conflitos de interesses. Cabe aos órgãos jurisdicionais, quando provocados, afirmar quem tem razão de acordo com o direito, assegurar direitos, ou concretizar direitos. O processo judicial, por sua vez, é meio empregado para o desempenho da função pública jurisdicional.

Conforme a lição de José de Albuquerque Rocha,

podemos definir a jurisdição como a função de atuação terminal do direito exercida, preponderantemente, pelos órgãos do Poder Judiciário, independentes e imparciais, compondo conflitos de interesses mediante a aplicação da lei através do devido processo legal.⁹⁹

Trata-se de definição de jurisdição sob o ângulo funcional, ou objetivo, porquanto baseada na atividade desempenhada pelos órgãos jurisdicionais de aplicação do ordenamento jurídico, mediante o processo judicial.

A jurisdição deve permitir o alcance de solução final para a controvérsia jurídica deduzida em juízo, a fim de que seja alcançado o escopo da pacificação social, razão pela qual é instituída a coisa julgada.

Afirma-se que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.¹⁰⁰ As peculiaridades do discurso jurídico, que o particularizam diante do discurso prático comum, decorrem do caráter institucionalizado da interação comunicativa balizada pelo processo, bem como da vinculação às normas jurídicas válidas.

98 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 2001. p. 95 e ss.

99 ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 86.

100 ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001. p. 263 e ss.

O processo jurisdicional deve desenvolver-se, no Estado Democrático de Direito, em consonância com os direitos fundamentais das partes, amparados pela garantia do devido processo legal, a fim de que se obtenha, em tempo razoável, solução justa, incluída a atividade de realização do direito.

Marcelo Lima Guerra, sob o prisma objetivo, define jurisdição: “é a atividade que se caracteriza pelo propósito específico de *fazer valer*, concretamente e em última instância, o ordenamento jurídico”¹⁰¹ (grifo original).

A atuação concreta do ordenamento jurídico, composto por regras e princípios, situa-se na dimensão empírica do fenômeno jurídico, que compreende a eficácia social, ou efetividade, das normas jurídicas.

Considera-se norma jurídica socialmente válida aquela que é cumprida de forma voluntária, ou que, diante do descumprimento, desencadeia a aplicação de sanção.¹⁰² Há cumprimento voluntário na conduta espontânea de conformidade ao Direito. Observa-se o cumprimento forçado do Direito, na hipótese de ser aplicada a consequência jurídica desfavorável decorrente da violação da norma jurídica.

Conforme destaca Cândido Rangel Dinamarco, o processo é instrumental nos sentidos negativo e positivo.¹⁰³ O processo civil não encerra fim em si mesmo, trata-se de instrumento do direito material, tem por finalidade a proteção efetiva das situações jurídicas substanciais.

A compreensão adequada da fase metodológica da instrumentalidade do processo civil, nos quadrantes do Estado Democrático de Direito, deve nortear a construção e aplicação das técnicas processuais, a fim de que os direitos sejam efetivamente protegidos.

A proteção dos direitos deve ocorrer nos planos material e processual da ordem jurídica. A previsão do direito, na dimensão material do ordenamento jurídico, consiste na tutela material da posição jurídica. Em face da lesão ou ameaça ao direito, deve o interessado ter à sua disposição técnicas processuais, que lhe permitam obter a tutela processual, a proteção do direito por meio do processo.

Cabe observar que tutela jurisdicional é uma espécie de prestação jurisdicional. Todo aquele que provoca uma resposta do órgão jurisdicional recebe prestação jurisdicional. Há tutela jurisdicional quando é protegido, mediante provimento jurisdicional, o direito de quem tem razão à luz do ordenamento jurídico.¹⁰⁴

Considerem-se os seguintes exemplos. Se o credor promove ação de cobrança, após o decurso do prazo prescricional, é provável que receba, como prestação jurisdicional, o julgamento de improcedência do pedido. Já no caso em que o credor, com razão, pleiteia a condenação do devedor ao pagamento de quantia certa, a prolação de sentença condenatória possivelmente é técnica processual adequada à prestação de tutela jurisdicional ao direito do autor.

Luiz Guilherme Marinoni, a respeito da relação entre tutela jurisdicional e direito material, enfatiza que “a tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma

101 GUERRA, Marcelo Lima. *Conceitos fundamentais do processo civil*: jurisdição, processo, ação. Diálogo jurídico, Fortaleza, n. 5, p. 27-69, set. 2006. p. 31.

102 ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. ed. München: Karl Aber, 2005. p. 139.

103 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 326.

104 Nesse sentido, v. CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira, Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 18.

como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material”¹⁰⁵ (grifo original).

O problema do resultado da técnica processual conduz ao exame da eficácia social, ou efetividade do direito, conforme já destacado. Todo aquele que tem razão tem o direito de obter, mediante processo constitucionalmente justo, a utilidade decorrente do direito material.

Ao longo da marcha do processo, a situação jurídica substancial é objeto de diferentes formas de proteção, são as tutelas jurisdicionais de conhecimento, cautelar e executiva.

Cabe à tutela jurisdicional de conhecimento definir quem tem razão de acordo com as normas jurídicas válidas, debelando-se crise de incerteza. A tutela cautelar serve para assegurar a possibilidade de realização efetiva do direito. Por sua vez, a tutela jurisdicional executiva deve proporcionar a materialização, ou concretização, de direito reconhecido em decisões judiciais ou títulos extrajudiciais.

Assim, aproveitando-se o exemplo da ação de cobrança, há tutela de conhecimento, ou cognitiva, quando o juiz reconhece que o autor tem direito de crédito exigível. Se, verossímil o direito de crédito do autor, provam-se atos de desfalque patrimonial do réu que comprometam a possibilidade de realização efetiva do direito de crédito, cabe à tutela cautelar de arresto. Transitada em julgado decisão que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa e líquida, ou pendente recurso desprovido de efeito suspensivo, podem ser praticados atos executivos, na forma da lei, tendentes à satisfação do direito de crédito, como são os atos de expropriação.

Dessa forma, não basta que se obtenha pronunciamento judicial que reconheça o direito. Deve haver meios de assegurar o direito provável, bem como instrumentos de concretização do direito.

Na formulação sintética de Wolfgang Lüke, distinguem-se duas funções no processo civil: “averiguação e então imposição, é dizer, realização dos direitos apurados”¹⁰⁶ (grifo original).

A função de averiguação, ou determinação, do direito é natureza cognitiva. Já a função de imposição, ou realização do direito reconhecido, ostentar caráter executivo. Ademais, verifica-se a função cautelar, de caráter assecuratório.

José de Albuquerque Rocha, acerca da relação entre as tutelas de conhecimento e executiva, leciona:

o direito à prestação jurisdicional do Estado não esgota seu conteúdo no direito de acesso ao Judiciário, nem se restringe a obter uma decisão sobre o mérito do litígio, mas inclui também o direito à execução da decisão, impedindo, assim, que esta se converta em mera proclamação abstrata, privada de grande parte de sua efetividade.¹⁰⁷

Deveras, o direito à tutela executiva decorre do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF/88). Logo, o processo deve proporcionar ao exequente a satisfação de seu direito. Diante do inadimplemento, da ausência de execução voluntária da obrigação, deve haver técnicas processuais aptas à promoção da execução forçada, no interesse do credor, sem prejuízo dos direitos fundamentais do devedor.

105 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 147.

106 LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung*. 9. ed. München: Beck, 2006. p. 3. Traduziu-se. No original: “Feststellung und dann Durchsetzung, d. h. Verwirklichung der Festgestellten Rechte”.

107 ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 25.

Considerando-se o caráter jurisdicional da técnica processual executiva, inevitável reconhecer a incidência dos princípios processuais constitucionais, a exemplo do contraditório. No curso da execução, que se desenvolve para a efetivação do direito do credor, não devem ser desrespeitados direitos básicos do devedor.

A fim de que se estabeleça quadro normativo equilibrado da função jurisdicional executiva no processo civil, é imprescindível que sejam analisadas das normas principiológicas da execução civil.

As normas jurídicas com caráter princípio desempenham funções específicas no ordenamento jurídico. Importa, então, o exame de suas peculiaridades.

2. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Conforme Paulo Bonavides, distinguem-se três fases de elaboração teórica dos princípios jurídicos: jusnaturalista, positivista e pós-positivista.¹⁰⁸

Na fase jusnaturalista, os princípios são normas de direito natural, logo, sua identificação está ancorada na especulação filosófica, de cunho acentuadamente abstrato, o que acarreta dificuldades do ponto de vista prático.¹⁰⁹

A partir da fase juspositivista, atribui-se eficácia supletiva aos princípios, que serviriam para colmatar as lacunas do ordenamento jurídico, diante da omissão da lei. Primeiro a lei, depois os princípios.

Já na fase pós-positivista, os princípios são tratados como espécies de normas jurídicas, ao lado das regras. Observa-se, nessa perspectiva, o estabelecimento de princípios constitucionais. Como as normas constitucionais são hierarquicamente superiores à lei, os princípios constitucionais se irradiam por todo ordenamento jurídico, implicando o fenômeno da constitucionalização do direito.

Apontam-se, como marcos históricos do novo direito constitucional, atrelado ao pensamento jurídico pós-positivista, na Europa, o período pós-1945 e, no Brasil, o período da redemocratização, em virtude da Constituição Federal de 1988.¹¹⁰

Os princípios são dotados de “*fecondità*”¹¹¹, porque servem como fundamentos para outras normas. Por exemplo, decorre do princípio do contraditório a regra que permite a defesa do executado, por meio de impugnação, na fase de cumprimento da sentença.

Para Karl Larenz, os princípios são ideias condutoras, ou pensamentos condutores (leitende Gedanken), que constituem o primeiro passo na regulamentação do direito, logo, demandam concretizações.¹¹² A título de exemplo, as regras sobre impenhorabilidade concretizam o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana na execução civil.

108 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 259.

109 Como esclarece Arnaldo Vasconcelos, “sendo a justiça um valor, chegou-se a assimilar o Direito Natural à filosofia da Justiça”, v. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria geral do direito: teoria da norma jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 101.

110 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 267 e ss.

111 FARIAS, Domenico. *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 163.

112 LARENZ, Karl. *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*. München: Beck, 1979. p. 23 e ss.

Conforme Ronald Dworkin, os princípios são normas jurídicas abertas à moral, devem ser cumpridos por “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”¹¹³, indicam razões para decidir, possuem “dimensão de peso ou de importância”¹¹⁴.

Robert Alexy, por sua vez, destaca que as normas com estrutura de princípio são mandamentos de otimização, são normas que impõem que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Havendo colisão de princípios, demanda-se a aplicação da proporcionalidade.¹¹⁵

Segundo Humberto Ávila, os princípios apresentam eficácia interna, que incide sobre as demais normas do sistema jurídico, bem como eficácia externa, que atua na reconstrução dos fatos no processo de interpretação e aplicação do direito.¹¹⁶

Na perfeita síntese de Paulo Bonavides, importa salientar que os princípios são “as normas-chaves de todo o sistema jurídico”¹¹⁷.

Os princípios consubstanciam a base normativa dos institutos jurídicos, estabelecem a finalidade das regras, são indispensáveis ao processo argumentativo de elaboração da solução jurídica. As normas com estrutura de princípio têm eficácia jurídica e hermenêutica.

Como as normas jurídicas são entidades semânticas, resultam da interpretação de textos normativos,¹¹⁸ evidencia-se o entrelaçamento das funções normativa e interpretativa dos princípios.¹¹⁹

O reconhecimento da normatividade dos princípios favorece a reaproximação com a justiça, porque permite maior flexibilidade diante dos casos concretos, o que torna o direito suave, ou dúctil.¹²⁰

Por outro lado, é importante frisar que os princípios frequentemente indicam razões em sentidos contrários, o que dificulta o ideal de segurança jurídica e torna mais complexo o processo de construção da decisão jurídica.

Dessa forma, a compreensão adequada dos princípios da execução civil deve nortear todos os problemas jurídicos particulares envolvendo a aplicação das técnicas processuais de índole executiva.

3. PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO CIVIL

Considerem-se os seguintes princípios: dignidade da pessoa humana, efetividade, segurança jurídica, patrimonialidade, proporcionalidade, contraditório e disponibilidade.

113 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978. p. 22. Traduziu-se. No original: “requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”.

114 Ibid., p. 26. Traduziu-se. No original: “dimension of weight or importance”.

115 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 110 e ss.

116 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 97 e ss.

117 BONAVIDES, Paulo. ob. cit., p. 286.

118 GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio: lezioni*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006. p. 29.

119 Sobre as eficácias jurídica e hermenêutica dos princípios, v. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed., ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 73 e ss.

120 O caráter dúctil do direito, na perspectiva do constitucionalismo democrático, deriva do objetivo de convivência harmoniosa, em sociedade pluralista, de distintos interesses individuais e coletivos. Nesse sentido, v. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2006. p. 14 e ss.

3.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A tutela executiva visa a realizar o direito do exequente, reconhecido por decisão judicial ou por título executivo extrajudicial, diante do inadimplemento do devedor. Ocorre que a atividade jurisdicional de satisfação do direito do exequente deve respeitar os limites impostos pela Constituição e pela lei.

A Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, no art. 1º, §1º, estabelece que a dignidade humana é inviolável, cabendo aos poderes públicos observá-la e protegê-la. Trata-se de fundamento da ordem constitucional alemã, traduzindo-se o imperativo de que o Estado gira em torno da pessoa humana, não o contrário.¹²¹

De acordo com o art. 1º, III, CF/88, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil. Na Constituição Portuguesa de 1976, a dignidade da pessoa humana, ao lado da vontade popular, tem força de princípio constitucional fundamental.

Jorge Miranda sustenta que o princípio constitucional da dignidade humana, no ordenamento jurídico português, contribui para a formação da unidade valorativa do sistema constitucional, não obstante seu caráter compromissório.¹²² Na mesma linha, José Carlos Viera de Andrade aponta a dignidade humana como princípio norteador no âmbito dos direitos fundamentais.¹²³

Na doutrina brasileira, afirma-se, igualmente, a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema dos direitos fundamentais.¹²⁴ Com efeito, diversos direitos fundamentais, como os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança, podem ser vistos como desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana.

A ideia de que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada tem raízes nos pensamentos filosófico e teológico. Como princípio jurídico, a proteção da dignidade humana é inseparável de concepções morais acerca do valor da pessoa humana, do indivíduo.

Como assevera Immanuel Kant, “um ser humano é um fim para si mesmo”¹²⁵. Dessa forma, no cumprimento de dever incondicional, ou imperativo categórico, o ser humano deve tratar a si mesmo, como a seus semelhantes, como finalidade da ação. Logo, o ser humano não deve ser tratado como meio, como objeto, como coisa. Trata-se da vedação da coisificação da pessoa humana.

A concepção kantiana acerca do valor da pessoa humana, que constitui fim da conduta, é perfeitamente adequada ao estabelecimento do sentido e do alcance das disposições de direito fundamental nas relações jurídicas e, em particular, na seara processual.

121 ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTEMBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht*. 31. ed. München: Beck, 2005. p. 201. No mesmo sentido, v. JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. 9. ed. München: Beck, 2007. p. 41.

122 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV. p.180.

123 ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 97 e ss.

124 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 80.

125 KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 239.

Afirma-se, com razão, “que a dignidade da pessoa humana veda a transformação das partes em objeto da atividade jurisdicional”¹²⁶. Proíbe-se a coisificação das partes no processo.

Reconhece-se a incidência do princípio do respeito à dignidade humana na execução civil.¹²⁷ Desse modo, a eficácia jurídica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana deve reger a atuação dos sujeitos do processo, sejam as partes, seja o juiz.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem funções positiva e negativa no sistema jurídico, porquanto, promove ações em favor da pessoa humana, bem como veda aquelas condutas que reduzam a pessoa a coisa.¹²⁸

O atual Código de Processo Civil brasileiro, instituído pela lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, estabelece, no art. 8º, que, na aplicação do ordenamento jurídico, o juiz deve, entre outras exigências, resguardar e promover a dignidade da pessoa humana.

Resguardar a dignidade da pessoa humana é defendê-la, protegê-la, trata-se do perfil negativo do aludido princípio, que consiste na função de defesa. A promoção, por sua vez, é atividade de cunho positivo, em razão da qual a pessoa tem algo a exigir do Estado.

Há função promocional da dignidade da pessoa humana, na atividade jurisdicional executiva, por exemplo, no estabelecimento da técnica processual de desconto em folha em favor do credor de alimentos de direito de família, que deles necessita para sua sobrevivência.

Observa-se a função de defesa da dignidade humana, na execução, por exemplo, no estabelecimento das regras de impenhorabilidade, que protegem os meios de subsistência do devedor.

Como o princípio da dignidade humana decorre de textos normativos de elevado grau de abstração e imprecisão, observa-se tanto o risco de violação da norma principiológica, em razão da falta de densidade normativa, como o risco de sua banalização, com o alargamento indevido das hipóteses de aplicação.

Fredie Didier Jr chama a atenção para a dificuldade de aplicação da norma da dignidade humana no processo civil brasileiro, que decorre, conforme sustenta: a) do caráter impreciso de seu âmbito de incidência; b) imposição de fundamentação específica e relevante; c) prestígio conferido à autonomia da vontade das partes.¹²⁹

O caráter impreciso do âmbito de incidência do princípio da dignidade humana pode ser superado com a construção de regras concretas, construídas a partir dos casos julgados.¹³⁰

É certo que a alegação genérica de incidência da dignidade humana não permite fundamentação suficiente da decisão judicial, que deve valorar, de forma específica, as peculiaridades fáticas de cada caso. Havendo vício de fundamentação, cabe a oposição de embargos de declaração.

126 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015b. p. 105.

127 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos, direito intertemporal*. 47. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. III, p. 226.

128 Na mesma linha, v. SARLET, Ingo Wolfgang. ob. cit., p. 107 e ss.

129 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed., rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 76.

130 Sobre as relações de precedência condicionadas, v. ALEXY, Robert. ob. cit., 1994. p. 79 e ss.

A seu turno, o prestígio conferido à autonomia privada não constitui óbice à aplicação do princípio da dignidade humana, já que a permissão legal de negócios jurídicos processuais, entabulados pelas partes, não é compatível com o desrespeito à dignidade humana.

Como observa Fredie Didier Jr., o princípio da dignidade humana “pode ajudar na reconstrução de novos sentidos ao devido processo legal”¹³¹ (grifo no original). Refere-se o aludido autor, claramente, ao devido processo legal material, ou à dimensão substantiva do devido processo legal, que abrange direitos fundamentais do cidadão.¹³²

A função de resguardo da dignidade humana serve de fundamento para interpretação extensiva das hipóteses de impenhorabilidade, para alcançar, v.g., “próteses, jazigos ocupados, cão-guia de um cego etc”¹³³.

Ainda a título de exemplo, considere-se a regra segundo a qual é impenhorável, salvo no caso de pensão alimentícia, a quantia depositada em caderneta de poupança, observado o limite de quarenta salários mínimos (art. 833, X, CPC). Trata-se de proteção do patrimônio mínimo do devedor, a fim de que possa prover às despesas necessárias a uma vida digna. Se a quantia estiver depositada em outra aplicação financeira, diversa da poupança, também deve ser reconhecida a impenhorabilidade.

3.2. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

A atividade jurisdicional executiva deve proporcionar, em tempo razoável, ao credor, na maior medida possível, a mesma prestação que teria obtido, caso tivesse havido o cumprimento espontâneo da obrigação de dar, de fazer ou de não fazer. Quando não for possível o mesmo resultado do adimplemento voluntário, o credor deve ter direito a resultado equivalente, ou à conversão em perdas e danos.

Assim, v.g., a execução é efetiva, quando o mutuante recebe a quantia devida, quando o comodatário do quadro obtém sua restituição, quando o consumidor recebe o tratamento médico a que tem direito, ou quando o proprietário do terreno mais alto impede, amparado em contrato, a construção de muro que causaria, em períodos de chuva, a inundação de suas terras.

Se alguém empresta seu carro para um conhecido, a tutela específica de seu direito ocorre com devolução do veículo. Caso o veículo seja destruído com culpa do devedor, resta ao credor a escolha entre receber outro equivalente, ou dinheiro, mais perdas e danos.

O exemplo acima mencionado serve para ilustrar a diferença entre tutela específica e tutela genérica. Há tutela específica, quando o credor recebe tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito, em razão da lei ou do ato jurídico. Assim, a restituição do veículo emprestado é tutela específica. Já a tutela genérica tem caráter substitutivo, o que ocorre na substituição do veículo pela obrigação de reparação civil em pecúnia. A entrega de carro equivalente, embora não seja propriamente tutela específica, aproxima-se dela.

131 DIDIER JR., Fredie. ob. cit., p. 77.

132 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004. p. 65.

133 DIDIER JR., Fredie. ob. cit., p. 78.

Sobre a distinção entre tutela específica e tutela pelo equivalente em dinheiro, afirma-se: “Tutela específica é o contrário de tutela pelo equivalente ao valor da lesão ou da obrigação inadimplida. A tutela específica preocupa-se com a integridade do direito, impedindo a sua degradação em pecúnia”¹³⁴ (grifo no original).

Importante enfatizar que a execução forçada é técnica processual de tutela dos direitos do credor, respeitados os direitos básicos do devedor. O direito à execução efetiva, de natureza jusfundamental, decorre do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

No direito constitucional brasileiro, justifica-se o direito fundamental à tutela efetiva com base nas garantias fundamentais de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88), do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88).

O direito fundamental à tutela executiva, na lição de Marcelo Lima Guerra, consiste “na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva”¹³⁵.

Dessarte, as técnicas processuais executivas devem ser adequadas ao direito material, a fim de que proporcionem resultados efetivos, que correspondam à utilidade prevista no título do ato jurídico, ou na lei. É o caso, v.g., da prisão civil para o devedor voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, da busca e apreensão de coisas em lugar conhecido, da multa para inibir esbulho.

Humberto Theodoro Júnior, versando sobre o princípio da especificidade da execução, ressalta, que “a execução deve ser específica no sentido de propiciar ao credor, na medida do possível, precisamente aquilo que obteria, se a obrigação fosse cumprida pessoalmente pelo devedor”¹³⁶ (grifo no original).

No mesmo sentido, discorrendo sobre o princípio do exato adimplemento, Marcus Vinícius Rios Gonçalves ensina: “O credor deve, dentro do possível, obter o mesmo resultado que seria alcançado caso o devedor tivesse cumprido voluntariamente a obrigação. A execução civil será mais eficiente se alcançar esse resultado (...)”¹³⁷.

Claramente, os princípios da especificidade da execução e do exato adimplemento decorrem do princípio da tutela jurisdicional efetiva, que alberga a efetividade da tutela executiva.

Com base no princípio constitucional da tutela efetiva, deve o juiz conceder a tutela específica, salvo se o credor requerer a tutela genérica, ou quando impossível a tutela específica, ou a obtenção de resultado prático equivalente, conforme o art. 499, CPC.

A solução adotada pelo CPC brasileiro harmoniza-se com o direito fundamental à tutela executiva, porquanto, a tutela específica é mais efetiva do que a tutela genérica, na medida em que proporciona ao credor precisamente a prestação original a que tem direito.

134 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015a. v. 2. p. 815.

135 GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 102.

136 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *ob. cit.*, p. 224.

137 GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 713.

3.3. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

São pressupostos da execução forçada o inadimplemento e título executivo, judicial ou extrajudicial, que corporifique obrigação líquida, certa e exigível. Preenchidos os requisitos da execução, admite-se a possibilidade de atos processuais tendentes à realização do direito do credor, por meio da invasão da esfera jurídica do devedor.

Verifica-se o inadimplemento no descumprimento, na inexecução da obrigação. A liquidez consiste na determinação do aspecto quantitativo da prestação devida. Obrigação certa é aquela tida por existente, exigível é aquela já vencida.

A atividade jurisdicional executiva impõe ao executado estado de sujeição, afeta-lhe o patrimônio, razão pela qual os requisitos da execução devem ser observados cuidadosamente, sob pena de violação do princípio constitucional da segurança jurídica.

Diferem os títulos executivos judiciais dos extrajudiciais, porque naqueles há prévia cognição judicial, já nestes a eficácia executiva da própria lei.

Como esclarece Fernando Negreiros,

A execução do título extrajudicial dispensa a sentença condenatória, vale dizer, não se faz necessário que o exequente submeta a juízo, previamente, para reconhecimento de sua validade, o título de que dispõe. O título basta a si mesmo e assegura o direito à execução.¹³⁸

Assim, no direito brasileiro, são exemplos de títulos executivos judiciais decisões judiciais, proferidas no processo civil, reconhecendo a exigibilidade das obrigações de dar, fazer ou não fazer (art. 515, CPC). São títulos executivos extrajudiciais, v.g., o cheque e a nota promissória (art. 784, CPC).

Italo Andolina define título executivo como “representação documental típica do crédito”¹³⁹. A tipicidade decorre da previsão legal. O direito de crédito é o direito do credor, que pode ter por objeto prestações de dar, fazer ou não fazer. Logo, título executivo é o documento representativo do crédito ao qual a lei confere força executiva.

O caráter indispensável do título executivo para a execução jurisdicional justifica o princípio do título.¹⁴⁰ A execução civil pressupõe o título, *nulla executio sine titulo*. A ausência do título importa nulidade da execução. Decorre o princípio do título do princípio da segurança jurídica.

A sentença, transitada em julgado ou impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo, que condena o mutuário a pagar, ao mutuante, quantia certa é título executivo judicial. Também é título executivo judicial a decisão interlocutória, fundada em cognição sumária, que ordena operadora de plano de saúde a autorizar cirurgia urgente em favor do consumidor.

O exemplo acima mencionado de execução de obrigação de fazer fundada em decisão interlocutória é de tutela de urgência de natureza antecipada. A concessão de tutela antecipada urgente implica restrição ao princípio da segurança jurídica, em benefício do direito do fundamento à efetividade do processo do requerente.¹⁴¹

138 LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria geral do processo judicial*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 525.

139 ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 57. Traduziu-se. No original: “*rappresentazione documentale tipica del credito*”.

140 ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009. p. 106.

141 MOTA, Marcel Moraes. *Direitos fundamentais e antecipação da tutela*. Fortaleza: Omni, 2011. p. 144 e ss.

No caso da sentença, em razão da oportunidade de pleno desenvolvimento do contraditório e da ampla defesa, observa-se pronunciamento judicial amparado em cognição profunda, exauriente, que favorece o direito fundamental à segurança jurídica do demandado.

3.4. PRINCÍPIO DA PATRIMONIALIDADE

A execução civil deve recair sobre os bens penhoráveis do devedor, apenas excepcionalmente sobre sua pessoa. O fim da escravidão por dívida, desde a *Lex Poetelia Papiria*, em 326 a. C., traduz conquista civilizatória, que marca o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor.

Conforme destaca Humberto Theodoro Jr., “quando se afirma que toda execução é real, quer-se, com isso, dizer que, no Direito Processual Civil moderno, a atividade jurisdicional executiva incide, direta e exclusivamente, sobre o patrimônio, e não sobre a pessoa do devedor”¹⁴² (grifo no original).

Dessa forma, o princípio da patrimonialidade, ou da responsabilidade patrimonial da execução, implica o caráter real da execução, restando à execução pessoal o traço da excepcionalidade.

No antigo direito germânico, o devedor respondia com sua própria vida pelo inadimplemento. Posteriormente, a morte fora substituída pela escravidão. Como resquício da execução pessoal do devedor, remanesce a possibilidade excepcional da prisão civil por dívidas.¹⁴³

A visão de que o devedor não deve ser tratado como objeto da execução forçada decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, de sorte que a realização do direito do credor não deve implicar restrições à liberdade de ir e vir do devedor.

No direito brasileiro, apenas o devedor voluntário e indesculpável de obrigação alimentícia está sujeito à prisão civil, como técnica processual de coerção.

Decisivo para o caráter patrimonial, ou real, da execução civil é que os bens, não a pessoa do devedor, respondam pelo inadimplemento.

Assim, v.g., se não for possível a restituição de veículo emprestado, porque frustrada a busca e apreensão, não cabe prisão civil, incide a responsabilidade patrimonial. Ou se o devedor não paga o empréstimo de dinheiro, não cabe tolher sua esfera jurídica extrapatrimonial, permite-se a execução sobre seus bens penhoráveis.

A atividade jurisdicional executiva deve ocorrer em benefício do exequente, sem prejuízo dos direitos fundamentais do executado, o que implica o exame da proporcionalidade da execução civil.

3.5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A execução civil deve ser proporcional. Desenvolve-se a atividade jurisdicional executiva em benefício do credor, os atos processuais devem ser praticados com a finalidade de concretizar o direito de crédito amparado por título executivo, respeitados os limites impostos pela proporcionalidade.

Do ponto de vista conceitual, a proporcionalidade tem estrutura procedimental.¹⁴⁴ Trata-se de procedimento jurídico, que pressupõe a aplicação das normas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

142 THEODORO JR., Humberto. ob. cit., p. 223.

143 COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Montevideo: B de F, 2005. p. 379-380.

144 MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006. p. 118 e ss.

Quanto à dependência da colaboração do executado, a execução civil pode ser classificada como direta ou indireta. Execução direta é aquela que não depende da colaboração do executado, como são os casos das medidas de expropriação, ou da busca e apreensão. Já a execução indireta visa a constranger o executado, depende da sua colaboração para a efetividade do direito, a exemplo da prisão civil, ou da multa periódica.

Conforme sustenta Araken de Assis, há duas classes de meio executivos: “a sub-rogatória, que despreza e prescinde da participação efetiva do devedor; e a coercitiva, em que a finalidade precípua do mecanismo, de olho no bem, é captar a vontade do executado”¹⁴⁵ (grifo no original).

As técnicas processuais executivas de sub-rogação substituem a vontade do devedor, independem de sua colaboração, são meio de execução direta. Por exemplo, a reintegração de posse independe da colaboração do executado, que pode ser retirado do local com o concurso da força policial.

Por sua vez, as chamadas técnicas processuais executivas de coerção visam a compelir o executado a cumprir a determinação judicial, logo, dependem de sua colaboração, são meios de execução indireta. Por exemplo, a multa, no interdito proibitório, que visa a inibir a prática de esbulho ou turbção.

A técnica processual executiva será proporcional, caso seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Medida adequada é aquela apta a promover a o fim a que se destina. Necessária é a medida mais suave dentre as adequadas disponíveis. Proporcional em sentido estrito é aquela justificada pela importância concreta da realização do princípio prevalecente.¹⁴⁶

Suponha-se, então, o caso de uma execução por quantia certa, que pode ser satisfeita por um ou outro imóvel do devedor. Um deles está desocupado, outro é utilizado para trabalho. A penhora sobre qualquer dos imóveis é adequada, mas é desnecessária a penhora sobre o imóvel utilizado para fins profissionais, porque se trata de forma mais gravosa ao devedor.

A proporcionalidade impõe que a execução civil deve ocorrer da forma menos onerosa possível ao devedor, o que resultou no art. 805, CPC, em virtude do qual o juiz determinará que a execução ocorra pelo modo menos gravoso ao executado, quando puder ser efetivada por vários meios.

Como ressaltam Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Em última análise, a efetivação de interesses no processo deve manter um equilíbrio entre o interesse do exequente – que merece ser satisfeito da forma mais expedita e efetiva possível – e a esfera do executado – que não pode ter o processo desvirtuado contra si, de modo a transformá-lo em simples mecanismo de vingança pelo não cumprimento da prestação.¹⁴⁷

Considere-se outro caso, no qual os bens penhorados do devedor não suficientes para cobrir os custos da execução. Nessa hipótese, a atividade jurisdicional executiva não se revelará frutífera ao credor, não será efetiva, mas acarretará prejuízo manifesto ao devedor. A execução, nessa situação, seria desproporcional, porque não passa no teste da adequação.

145 ASSIS, Araken de. ob. cit., p. 139.

146 MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 121 e ss.

147 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. ob. cit., 2015a. p. 714-715.

Com efeito, dispõe do art. 836, CPC, que não será realizada a penhora, quando ficar evidenciado que o produto da execução dos bens encontrados será inteiramente consumido pelas custas do procedimento executivo.

Convém realçar a relevância da proporcionalidade na aplicação das multas coercitivas, ou astreintes, que constituem técnica de execução indireta.

Como medidas processuais de coerção, as multas periódicas devem ser aptas a constranger o executado ao cumprimento da obrigação. Ademais, devem ser impostas com valor proporcional, não devem ser insuficientes, tampouco excessivas.

Suponha-se o caso de execução da obrigação de restituição de veículo, que está sendo ocultado de forma maliciosa pelo devedor. Nessa situação, não é adequada a técnica de busca e apreensão. Convém estabelecer multa periódica, como técnica de execução indireta, para que o devedor seja persuadido a restituir o bem móvel.

Em outro caso, considere-se que o veículo foi furtado. Está claro que não cabe a imposição de multa coercitiva, porque a restituição do bem não depende mais da colaboração do devedor. A imposição de multa nessa hipótese é manifestamente desproporcional.

Como adverte Marcelo Guerra, as multas coercitivas possuem, como pressuposto de aplicação, “a sua real aptidão para pressionar a vontade do devedor, de modo a induzi-lo a cumprir a obrigação. Aplicar medida coercitiva sem que exista essa aptidão seria descaracterizá-la como tal, transformando-a em verdadeira medida punitiva”¹⁴⁸ (grifo no original).

Portanto, o cabimento das medidas de execução indireta somente se justifica se o cumprimento da obrigação judicial depender da manifestação de vontade do devedor.

De acordo com o art. 139, IV, do Código de Processo Civil brasileiro, incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusiva nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

O referido dispositivo consubstancial autêntica cláusula geral executiva, conferindo poderes executivos ao órgão jurisdicional, que devem ser exercidos de acordo com os parâmetros da proporcionalidade.

Convém frisar que a proporcionalidade resulta da estrutura das normas principiológicas, logo, sua eficácia jurídica decorre das Constituições que seguem a fórmula do Estado Democrático de Direito. No direito processual civil brasileiro, além da fundamentação constitucional, há referência expressa à proporcionalidade no art. 8º, CPC.

Importante é que a medida executiva, sub-rogatória ou mandamental, seja imposta de acordo com as circunstâncias do caso concreto, seja apta a promover tutela efetiva, bem como não implique onerosidade desnecessária ao executado.

Considere-se o caso em que, supostamente baseado no art. 139, IV, CPC, o órgão jurisdicional decidiu suspender a carteira nacional de habilitação e o passaporte do devedor, porque não cumpriu obrigação de pagar quantia certa. Aduz-se o argumento de que o devedor, por não honrar o pagamento da dívida, não tem como manter carro ou viajar para o exterior.

148 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998. p. 191.

Há evidente falácia. O devedor pode perfeitamente dirigir carro que não é seu, como pode viajar para o exterior com as despesas custeadas por outrem.

Trata-se, no exemplo, de decisão abusiva, porquanto, violadora da proporcionalidade. Se o devedor não possui bens, de nada adianta burilar novas técnicas de coerção. As medidas não passam no teste da adequação. Não tem fundamento jurídico a presunção de que o devedor não paga, porque não quer.

Ademais, o órgão jurisdicional não se deve descurar do princípio da patrimonialidade da execução. O devedor não deve ser privado de direitos extrapatrimoniais em razão do inadimplemento.

3.6. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A atividade processual executiva tem caráter jurisdicional, razão pela qual deve ser regida pelo princípio processual constitucional do contraditório. No Direito Constitucional Brasileiro, a exigência do contraditório é enunciada expressamente no art. 5º, LV, CF/88.

O princípio do contraditório é decorrência do princípio da igualdade no processo. As partes devem ser comunicadas dos atos processuais, a fim de que tenham igual oportunidade de apresentação dos argumentos, que devem ser levados em consideração na construção dialética da decisão judicial.

Luigi Paolo Comoglio descreve o contraditório como garantia estrutural do processo, que alberga o direito de defesa, a paridade das armas, bem como a possibilidade de influir, mediante argumentação, na elaboração da decisão do juiz.¹⁴⁹

Willis Santiago Guerra Filho ressalta que o princípio do contraditório, além do caráter organizacional da função jurisdicional, constitui “verdadeiro direito fundamental processual, donde se pode falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou *Anspruch auf rechtliches Gehör*, como fazem os alemães”¹⁵⁰.

De fato, como afirma Wolfgang Grunsky, o direito ao contraditório, ou direito a ser ouvido, conforme o art. 103, I, da Lei Fundamental alemã, é direito fundamental processual (*prozessuales Grundrecht*), que tem como conteúdo o direito ao processo justo.¹⁵¹

Execução justa, portanto, deve respeitar o princípio do contraditório, que justifica os direitos à ciência, à reação e à influência.

No processo civil brasileiro, manifesta-se o contraditório, por exemplo, na possibilidade de impugnação do executado (art. 525, CPC), na fase de cumprimento de sentença, ou nos embargos à execução (art. 914, CPC), em se tratando de processo de execução fundado em título executivo extrajudicial.

Observa-se que, na fase de cumprimento de sentença, as possibilidades de defesa são mais restritas do que no processo de execução, porquanto, já houve fase de conhecimento anterior, no qual o réu teve a oportunidade de apresentar seus argumentos. Assim, por exemplo, se o réu não alegou compensação na fase de conhecimento do processo, houve preclusão.

149 COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichell, 2004. p. 63 e ss.

150 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2001. p. 41.

151 GRUNSKI, Wolfgang. ob. cit., p. 45.

No processo de execução lastreado em título extrajudicial, como não houve fase prévia de conhecimento, é permitido ao executado, por meio de embargos à execução, alegar “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.” (art. 917, VI, CPC).

Respeitada a eficácia do contraditório na execução civil, assegura-se que a atividade jurisdicional satisfativa, conforme a interação das partes, ocorra de forma mais equilibrada.

3.7. PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE

Destina-se a execução forçada a concretizar o direito de crédito do exequente. Cabe ao credor decidir se promove, ou não, a execução civil, haja vista que o exercício do direito de crédito é facultativo. Se já em curso a atividade processual *in executivis*, pode o credor dela desistir. Trata-se do princípio da disponibilidade da execução civil.

Conforme o art. 775, CPC, o exequente tem a faculdade de desistir da execução parcial ou totalmente. Caso tenha sido apresentada impugnação, ou embargos à execução, que versem além das questões processuais, a extinção da execução dependerá da anuência do executado.

Admite-se, ainda, a renúncia ao direito de crédito, que opera no plano do direito material, acarreta a extinção da obligatio, de modo que o devedor fica exonerado.

4. CONCLUSÃO

A efetividade da tutela executiva reclama a prática de atos processuais tendentes à satisfação do direito do exequente, reconhecido em título executivo. Trata-se de atividade jurisdicional que invade a esfera jurídica do executado, a fim de que seja concretizado o direito de crédito.

Para que a execução civil se desenvolva de forma justa, equilibrada, é imprescindível que respeite normas fundamentais, com caráter de princípio, que compõem o modelo constitucional do processo civil.

Regem a execução forçada os princípios da dignidade da pessoa humana, da efetividade, da segurança jurídica, da patrimonialidade, da proporcionalidade, do contraditório e da disponibilidade.

Cabe destacar que a força normativa dos princípios alcança o sistema de tutela executiva em sua plenitude, desde a elaboração das disposições processuais civis até o processo dialético de interpretação e aplicação nos casos concretos.

Em razão do princípio da dignidade humana, é proibido reduzir o devedor à condição de objeto da atividade executiva. Conforme o princípio da efetividade, o credor tem o direito, na maior medida possível, a obter a mesma utilidade que decorreria do cumprimento voluntário da obrigação. O princípio da patrimonialidade impõe o caráter real da execução, restando excepcionalíssima hipótese de prisão civil. Segundo o princípio da segurança jurídica, a execução civil deve estribar-se em título executivo. A proporcionalidade rege a adoção das técnicas executivas, que não devem ser insuficientes, tampouco excessivas. O contraditório implica os direitos de ciência, reação e influência na seara executiva. O princípio da disponibilidade permite a desistência, no todo ou em parte, da execução.

Conclui-se que a execução civil deve atender aos interesses do exequente, sem prejuízo dos direitos fundamentais do executado. Em síntese, deve ser efetiva e proporcional.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. ed. München: Karl Aber, 2005.
- _____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- _____. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.
- ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed., ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: Giappichelli, 2004.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Montevideo: B de F, 2005.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed., rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978.
- FARIAS, Domenico. *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*. Milano: Giuffrè, 1981.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 2001.
- GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio: lezioni*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Conceitos fundamentais do processo civil: jurisdição, processo, ação*. Diálogo jurídico, Fortaleza, n. 5, p. 27-69, set. 2006.
- _____. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2001.
- JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. 9. ed. München: Beck, 2007.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008.
- LARENZ, Karl. *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*. München: Beck, 1979.
- LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria geral do processo judicial*. São Paulo: Atlas, 2013.
- LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung*. 9. ed. München: Beck, 2006.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015a. v. 2.
- _____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015b.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.
- MOTA, Marcel Moraes. *Direitos fundamentais e antecipação da tutela*. Fortaleza: Omni, 2011.
- _____. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos, direito intertemporal*. 47. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. III.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria geral do direito: teoria da norma jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2006.
- ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTENBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht*. 31. ed. München: Beck, 2005.

A CONSTITUCIONALIDADE DO § ÚNICO DO ART. 2.035 DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO

THE CONSTITUTIONALITY OF THE SOLE § OF ART. 2,035 OF THE NEW BRAZILIAN CIVIL CODE AND ITS APPLICATION IN EMPLOYMENT CONTRACTS

PAULO REGIS MACHADO BOTELHO¹⁵²

RESUMO:

O presente artigo trata da Constitucionalidade do parágrafo único do art. 2035 do novo Código Civil Brasileiro e sua aplicabilidade nos contratos de trabalho. O código Reale provocou mudanças significativas, na medida em que possibilitou a substituição de um código de índole liberal por um código de viés social, gerando impacto na relação contratual. O trabalho busca examinar a constitucionalidade do dispositivo, discutindo os efeitos gerados nos contratos celebrados com base nas normas do Código Civil de 1916, diante da vigência do novo Código Civil de 2002, sob a perspectiva do ato jurídico perfeito e dos direitos adquiridos. O estudo chega à conclusão que o dispositivo é constitucional, plenamente harmonizado com o espírito da socialidade presente no código civil atual, que, por sua vez, estabelece comunicabilidade com o Estado social implantado pela atual Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Negócios e atos jurídicos. Constitucionalidade. Eficácia dos atos jurídicos. Função social do contrato.

ABSTRACT:

This article is about the Constitutionality of the single paragraph of art. 2035 of the new Brazilian Civil Code and its applicability in labor contracts. The Reale code brought about significant changes as allowed the substitution of a liberal code for a social bias code, which had an impact on the contractual relationship. The work seeks to examine the constitutionality of the legal prediction, discussing the effects generated in the contracts concluded on the basis of the norms of the Civil Code of 1916, in view of the validity of the new Civil Code of 2002, from the perspective of the perfect legal act and acquired rights. The study concludes that the legal precept is constitutional, fully harmonized with the spirit of sociality that exists in the current civil code, which in turn establishes communicability with the social State inserted by the current Constitution.

KEYWORDS: Business and legal acts. Constitutionality. Effectiveness of legal acts. Social Function of the Contract.

152 Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR e Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Doutorando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica - SP. Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Juiz Titular da 18ª Vara do Trabalho de Fortaleza.

1. INTRODUÇÃO

A nova codificação civil brasileira surgiu no cenário jurídico guiada pela socialidade, em que o homem é a centralidade do sistema. A liberdade sem limites e a individualidade, tão presentes no código Bevilágua, são temperadas no código Reale com os princípios da função social e da boa-fé objetiva.

A preocupação excessiva com o patrimônio no código anterior, sua marca exponencial, é substituída pela atenção ao ser humano. É o fenômeno da “despatrimonialização do Direito Civil” e, por via de consequência repersonalização das relações privadas, conforme nos ensina o mestre italiano Pietro Perlingiere.¹⁵³

Diante de tal cenário de mudanças significativas de rumo, em que um código de índole liberal e substituído por um código de viés social, aparecem questões no mundo dos negócios Jurídicos que desafiam a interpretação dos que se dedicam ao estudo da ciência Jurídica.

O art. 2.035 do novo Código Civil dispõe que:

“A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

O texto contido no referido dispositivo tem gerado dúvidas acerca da sua constitucionalidade, pois, para parte da doutrina, o disciplinamento dos efeitos dos contratos celebrados com base nas normas do Código Civil de 1916, pelo regramento do novo Código Civil de 2002, atentaria contra o ato Jurídico perfeito e os direitos adquiridos.

A constitucionalidade do art. 2.035 e sua aplicação nos contratos de trabalho será o foco principal deste artigo, entretanto, nos cabe inicialmente fazer algumas reflexões sobre o negócio e ato jurídico; questões alusivas à existência, validade e eficácia Jurídica do ato Jurídico, à luz do direito intertemporal; e ordem pública.

A função social do contrato também merecerá algumas considerações, em face do impacto que causou no Direito contratual, bem como pela intensa ligação com os efeitos contratuais.

2. NEGÓCIOS E ATOS JURÍDICOS

No início da locução normativa, contida no art. 2.035 do CC, se fala na “validade dos negócios e demais atos jurídicos”, o que implica na necessidade de firmarmos o significado e a diferença conceitual dos termos “negócios Jurídicos” e “atos Jurídicos”.

No estudo dos fatos jurídicos, a doutrina propõe uma divisão classificatória como forma de facilitar a compreensão do fenômeno jurídico.

153

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro. Renovar, 1997.

O mestre civilista Sílvio Rodrigues menciona que fatos jurídicos *lato sensu* “engloba todos aqueles eventos, advindos da atividade humana ou decorrentes de fatos naturais, capazes de ter influência na órbita do direito, por criarem, ou transferirem, ou conservarem, ou modificarem, ou extinguirem relações jurídicas”.¹⁵⁴

Na mesma linha, compartilhando do mesmo entendimento, o professor Washington de Barros Monteiro, ao tratar do tema, afirma que: “Do exposto se dá conta da diferenciação conceitual entre fato jurídico ou ato jurídico. Em sentido amplo, o primeiro compreende o segundo, aquele é o gênero, de que este é a espécie. Em sentido restrito, porém, fato jurídico é o acontecimento natural, independente da vontade interna, enquanto ato jurídico é o acontecimento voluntário, fruto da inteligência e da vontade, querido e desejado pelo interessado”.¹⁵⁵

Maria Helena Diniz, dissecando sobre o tema, afirma que: “o fato Jurídico *lato sensu* é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, impulsionando a criação da relação Jurídica, concretizando as normas Jurídicas”¹⁵⁶, para, em seguida, propor uma subdivisão, em que o fato Jurídico “*lato sensu*” abrangeria o fato Jurídico “*stricto sensu*”, sendo este classificado em ordinário e extraordinário. O primeiro independeria da vontade humana, corresponderia ao que de ordinário ocorre no mundo dos fatos - Morte, Nascimento etc -, enquanto o segundo, seria aquilo que de extraordinário acontece - caso fortuito e força maior - sem qualquer participação do agente.

Na sequência, a ilustre professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo divide o ato Jurídico, em que o homem concorre para a sua realização, em ato Jurídico em sentido estrito, negócio Jurídico e ato ilícito.

Na subdivisão proposta, o ato jurídico “*stricto sensu*” seriam atos praticados pelo homem de mera realização da vontade do agente, gerando consequências jurídicas previstas por lei e o negócio jurídico consistiria numa norma constituída pela vontade das partes para regular seus próprios interesses.

O ato ilícito, como espécie de ato jurídico, que contraria a ordem jurídica, causando ofensa ao direito de outrem, também produz efeitos jurídicos.

Diante de tal quadro, tem-se que o *caput* do art. 2.035 do CC, trata dos atos jurídicos “*stricto sensu*” e do negócio jurídico, ficando de fora os fatos jurídicos “*stricto sensu*” e os atos ilícitos.

Por conseguinte, os atos jurídicos “*strictu sensu*” (fixação de domicílio, confissão etc.) e os negócios jurídicos (contrato), são objetos da normatização contida na dicção do art. 2.035 do novo código civil brasileiro.

3. EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

O atos jurídicos, para se aperfeiçoarem, passam pelos estágios da existência, da validade e da eficácia.

A existência do ato se manifesta pela atuação do homem, pela sua ação volitiva concreta. A prática do ato implica no seu aparecimento real no mundo fático. A validade é o segundo passo, pois este ato praticado deverá estar imune aos vícios de consentimento e não colidir com as normas encartadas no ordenamento jurídico.

154 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte Geral. Vol 1. Editora Saraiva, 21ª edição. p.159.

155 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Parte Geral*. Editora Saraiva. 37ª edição. p.557.

156 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. Editora Saraiva. 24ª edição. p.557.

A eficácia se relaciona à efetiva produção de efeitos.

A tripartição dos atos e negócios Jurídicos nos planos da existência, validade e eficácia é fruto dos textos doutrinários de Pontes de Miranda, que os civilistas clássicos que lhe sucederam, denominam a divisão em escada ponteana.

A celeuma em relação ao art. 2.035 do Código Civil se concentra no plano da eficácia. A existência e a validade do negócio firmado antes da novo Código Civil se aperfeiçoa de acordo com os ditames do código Beviláqua, entretanto, os efeitos, ou seja, sua eficácia, poderá ser regulada pelo código Reale.

Orlando Gomes, ao exemplificar com a escravidão, defende a tese de que a lei nova tem efeito imediato, sob pena de privilegiarmos em demasia os direitos oriundos dos contratos. A eficácia do negócio celebrado sob a égide do Código Civil de 1916, terá que se harmonizar com os balizamentos do Código Civil atualmente vigente.¹⁵⁷

Vicente Raó, com a sua peculiar lucidez, pregava no seu livro *Direito e Vida dos Direitos*, na época em que vigorava o Código Civil de 1916, que “os fatos ou atos pretéritos e seus efeitos realizados sob o império do preceito antigo não podem ser atingidos pelo preceito novo sem retroatividade, a qual, salvo disposição expressa em contrário, é sempre proibida. Aplica-se o mesmo princípio aos fatos pendentes e respectivos efeitos. Assim, a parte, deste fatos e efeitos, produzida sob o domínio da norma anterior, é respeitada pela nova norma jurídica, mas a parte que se verifica sob a vigência desta, a esta fica subordinada. As novas normas relativas aos modos de constituição ou extinção das situações jurídicas não devem atingir a validade ou invalidade dos fatos passados, que se constituíram ou extinguíram, de conformidade com as normas em vigor. Os efeitos desses fatos, sim, desde que se verifiquem sob a vigência da norma superveniente, por ela são disciplinados, salvo algumas exceções”.¹⁵⁸

No final do *caput* do art. 2.035, o regramento de Direito Intertemporal, permite de forma excepcional que os efeitos do ato jurídico aperfeiçoado sob a égide da lei anterior possam perdurar na vigência da nova lei, se existir previsão expressa quanto à determinada forma de execução.

Não obstante, a citada hipótese normativa não prevalecerá caso entre em choque com preceitos de ordem pública, nos termos do parágrafo único do artigo em debate.

E mais, na esfera trabalhista, as normas na sua quase totalidade tem efeito protetivo cogente, o que reforça sua imediata aplicabilidade.

4. ORDEM PÚBLICA. FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

O § único do art. 2.035, ao estabelecer que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”, deve ser interpretado em comunhão com o *caput* do mesmo artigo, sob pena da leitura isolada, conduzir o intérprete ao entendimento de que, mesmo os negócios jurídicos, cujos efeitos ser concretizaram sob a incidência da norma anterior, poderiam ser desconstituídos.

157 GOMES, Orlando. *Questões de Direito Civil*. Editora Saraiva. 3ª edição, p.357. “em matéria contratual, os efeitos são intocáveis pela lei nova, mas os efeitos pendentes e futuros por ela se regem. Não há que se falar, quanto a estes, de direitos adquiridos e, portanto, de retroatividade da lei. Se assim não fosse, isto é, se a lei nova não produzisse efeito imediato, os direitos oriundos do contrato seriam inexplicavelmente condição privilegiada, porquanto institutos como a escravidão, os censos, a enfiteuse podem ser abolidos sem que se considere retroativa a lei que os extingue, certo, como é, e assinalava Portalis, que a lei nova não pode fazer com que uma coisa existente jamais tenha existido, mas pode decidir que não existirá mais. Do mesmo modo, direitos contratuais que ainda não se exerceram, porque futuros podem cair sob o império da lei posterior ao contrato que os modifique”.

158 RÁO, Vicente. *Direito e Vida dos Direitos*. Editora Revista dos Tribunais, p.377.

A interpretação do § único do art. 2.035 deve levar em conta que os parágrafos em regra se dirigem ao *caput* da norma, e que, portanto, não tem existência autônoma.

Assim, na execução do contrato celebrado em conformidade com a lei anterior, cujos efeitos da norma contratual se concretizem sob a influência da nova lei, não pode atritar contra preceito de ordem pública.

Ordem pública no sentido de norma cogente, em que a vontade das partes não frutifica quando com ela colide.

Pontes de Miranda, discorrendo sobre o assunto, ensina “que é o direito que a vontade dos interessados não pode mudar. Uma vez composto o suporte fático, a regra jurídica incide, ainda que o interessado ou todos interessados não o queiram”.¹⁵⁹

Tércio Sampaio Ferraz, ao teorizar sobre o tema, prefere a terminologia “normas cogentes” ou “injuntivas”, ao invés de normas de ordem pública ou mesmo imperativas. Segundo o autor, “A ideia de ordem pública significa que o instituto, por sua natureza, prevalece contra interesses privados”.¹⁶⁰

A função social do contrato pode ser extraída da própria Constituição Federal, quando Estadual no art. 5º, em seus incisos XXII e XXIII, que o direito de propriedade atenderá a sua função social.

Os contratos que regulam o direito de propriedade evidentemente tem que cumprir sua função social, e tal entendimento se espalha sobre toda espécie de contrato.

O novo Código Civil reforçou o entendimento de que a validade dos contratos está ligada ao cumprimento da sua função social, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual, de forma que prevaleça o interesse da sociedade, sobre o interesse particular.

A trilogia acima indicada compõe o que Antonio Junqueira de Azevedo denomina novos princípios contratuais germinados pela promulgação do código Reale e conectados com a Constituição Federal. A função social é norma de ordem pública, razão pela qual, qualquer cláusula contratual, decorrente de pacto firmado antes ou depois do Código de 2002, poderá ser alterada, ou mesmo extirpada, se não harmonizar com a referida cláusula geral.

Não há que se falar em decote da autonomia privada ou mesmo em inconstitucionalidade, haja vista que prepondera o interesse social.

A cláusula geral da função social como assevera Paulo Lôbo “determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevaletentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico.”¹⁶¹

Na IV Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho de Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado nº 300, que aborda a temática e reafirma o papel do magistrado. Observe-se:

“Enunciado nº 300 CJF/STJ: A lei aplicável aos efeitos atuais dos contratos celebrados antes do novo Código Civil será a vigente na época da celebração; todavia, havendo alteração legislativa que evidencie anacronismo da lei revogada, o juiz equilibrará as obrigações das partes contratantes, ponderando os interesses traduzidos pelas regras revogada e revogadora, bem como a natureza e a finalidade do negócio”.

Desta forma, a função social dos contratos, segundo o § único do art. 2.035 do CC é apenas um exemplo de norma de ordem pública, que não pode ser contrariada pela vontade das partes.

159 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Editora Bookseller. Tomo 1. 1ª edição. p.105.

160 FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. Editora Atlas. 6ª edição. p.102.

161 LÔBO. *Direito Civil - Contratos*. Editora Saraiva. 3ª edição.2017.p.64.

5. CONTRATO DE TRABALHO. CONSTITUCIONALIDADE DO § ÚNICO DO ART. 2.035 DO CÓDIGO CIVIL

O contrato de trabalho, como espécie de contrato, tem suas peculiaridades que o distingue das demais. A legislação trabalhista tem força cogente, e, como tal, se impõe independentemente da vontade das partes.

As cláusulas que compõem o pacto laboral obedecerão ao regramento mínimo legal, permanecendo em aberto apenas a possibilidade dos contratantes estabelecerem condições mais vantajosas. O ferimento da norma protetiva poderá ocorrer de forma excepcional mediante acordo ou convenção coletiva.

O disposto no § único do art. 2.035 do Código Civil tem perfeita aplicação no Direito Laboral, pois o § único do art. 8º da consolidação das leis Trabalho permite expressamente a utilização subsidiária das normas do direito Civil. A teoria do “diálogo das fontes”, do mestre alemão Erik Jayme, trouxe novo método interpretativo acerca das fontes normativas, permitindo a utilização das normas de forma articulada para a solução dos casos concretos.

Segundo Erik Jayme, “os direitos humanos, os direitos fundamentais e constitucionais, os tratados, as leis e códigos, estas fontes todas, não mais se excluem ou não mais se revezam mutuamente; ao contrário, elas falam uma as outras e os juízes são levados a coordenar estas fontes, escutando o que as fontes dizem”.¹⁶²

“Tal teoria reforça o papel da Magistratura, que, no exame das várias fontes normativas, deve utilizar a fonte mais próxima da afirmação dos valores constitucionais nos casos concretos submetidos a sua apreciação”.¹⁶³ A dignidade do ser humano deve ser perseguida no campo contratual, daí porque, cláusula contratual que não esteja em sintonia com a função social é inválida, e não produz efeitos, sendo irrelevante perquirir a data da formação do pacto laboral.

Os Tribunais Trabalhistas tem aplicado o § único do art. 2.035 na fundamentação dos seus acórdãos, demonstrando a perfeita compatibilidade da regra com a Constituição Federal.¹⁶⁴

Portanto, o art. 2.035 § único é constitucional.

162 MARQUES, Cláudia Lima. *O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito*: um tributo a Erik Jayme. Artigo presente na obra *Diálogo das Fontes - Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.18-19.

163 BOTELHO, Paulo Regis Machado. *A influência do Direito Civil constitucionalizado nas cláusulas essenciais do contrato de trabalho - Um diálogo necessário*. Artigo encartado na obra *Aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes no Direito do Trabalho*. Coordenada por Renato Rua de Almeida, com assistência de Adriana Calvo. Editora Ltr. São Paulo, 2015. p.153.

164 “PAGAMENTO DE SALÁRIO “POR FORA”. COTA DE UTILIDADES. É infenso à negociação coletiva e, portanto, nula a cláusula firmada em Acordo Coletivo de Trabalho com previsão de pagamento de salário, sob rubrica “cotas de utilidades” extrafolha de pagamento, uma vez que viola direito e garantias legalmente asseguradas, por ser norma de ordem pública (artigos 457 e 458, ambos da CLT). Revela notar que referido preceito encontra amparo na própria legislação civil (CC 2002), que dispõe no parágrafo único do art. 2035, *in verbis*: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceito de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. (TRT da 2ª Região. Processo: RO 00005445020135020034 SP 00005445020135020034 A28. Órgão Julgador: 4ª TURMA. Publicação: 04/09/2015. Julgamento: 25 de agosto de 2015. Relator: IVETE RIBEIRO). “

“HORAS *IN ITINERE*. SUPRESSÃO POR NORMA COLETIVA. INVALIDADE. O direito ao cômputo de tempo de percurso (*in itinere*) na jornada de trabalho, está previsto em norma de ordem pública e não pode ser suprimido, nem mesmo por norma coletiva (CC, 2.035, parágrafo único; CLT, 9º). O reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (CF, 7º, XXVI) não pode se voltar contra o trabalhador, que é quem ostenta proteção. (TRT 24ª Região. Processo: 00003086920135240072. Órgão Julgador: 1ª TURMA. Publicação. 05/12/2014. Relator: JÚLIO CÉSAR BEBBER).”

6. CONCLUSÃO

O regramento contido no *caput* do art. 2.035 é norma de direito intertemporal, entretanto, o § único elastece sua aplicação para qualquer contrato, mesmo que a sua formação tenha ocorrido após a promulgação do código Reale.

Em outras palavras, quer o contrato de trabalho ou outro qualquer tenha sido celebrado antes ou após o Código Civil de 2002, suas cláusulas e consequentes efeitos se obrigam a cumprir uma função social.

A função social tem fundamento constitucional no ar. 5º, incisos XXII e XXIII, e, como tal, impele o hermenêuta a fiscalizar a sua observância nos pactos laborais.

O dispositivo é constitucional, plenamente harmonizado com o espírito da socialidade presente no código Reale, que, por sua vez, estabelece comunicabilidade com o Estado social implantado pela nossa atual Carta Magna.

Desta forma, espera-se que os tecnólogos brasileiros, conforme terminologia de Fábio Ulhôa, não sejam módicos na utilização das novas cláusulas gerais contratuais, e especialmente no uso da cláusula da função social do contrato, que tem força cogente, nos termos do § único do art. 2.035 do álbum civil.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOTELHO, Paulo Regis Machado. *A influência do Direito Civil constitucionalizado nas cláusulas essenciais do contrato de trabalho* - Um diálogo necessário. Artigo encartado na obra *Aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes no Direito do Trabalho*. Coordenada por Renato Rua de Almeida, com assistência de Adriana Calvo. Editora Ltr. São Paulo. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil - Teoria geral do Direito Civil*. Editora Saraiva. 26ª edição.

_____ *Compêndio de Introdução a Ciência do Direito*. Editora Saraiva. 24ª edição.

_____ *Norma Constitucional e seus efeitos*. Editora Saraiva. 8ª edição.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. Editora Atlas. 6ª edição.

GOMES, Orlando. *Questões de Direito Civil*. Editora Saraiva. 3ª edição.

LÔBO. *Direito Civil - Contratos*. Editora Saraiva. 3ª edição. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. *O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do Direito*: um tributo a Erik Jayme. Artigo presente na obra *Diálogo das Fontes - Do conflito à coordenação de normas do Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito privado*. Editora Bookseller. Tomo 1. 1ª edição.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Parte Geral*. Editora Saraiva. 37ª edição.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro. Renovar, 1997.

RAÓ, Vicente. *Direito e Vida dos Direitos*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Parte Geral. Vol 1*. Editora Saraiva. 21ª edição. São Paulo.