

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 448

(ano VII)

(25/09/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

# Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO) -  
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**  
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em  
Direito Penal Internacional.*

*Coordenador do Direito Internacional  
(AM/DF):* **SERGIMAR MARTINS DE  
ARAÚJO** - *Advogado com mais de 10 anos  
de experiência. Especialista em Direito  
Processual Civil Internacional. Professor  
universitário*

*Coordenador de Dir. Administrativo:*  
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA  
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito  
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e  
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**  
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista  
em Direito Tributário e em Direito Financeiro  
pela FADUSP.*

*Coordenador de Direito Penal -* **RODRIGO  
LARIZZATTI (DF):** *Doutor em Ciências  
Jurídicas e Sociais pela Universidad del  
Museo Social Argentino - UMSA.*

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLONISTA DO DIA



25/09/2015 William Douglas

» [Ajuste fiscal e suspensão dos concursos](#)

### ARTIGOS

25/09/2015 Giovanna Brandão de Araújo

» [A colocação da criança e do adolescente em família substituta e as alterações trazidas pela Lei nº 12.010/2009](#)

25/09/2015 Bruno Sales Pereira

» [Irregularidades recorrentes em procedimentos licitatórios na modalidade pregão](#)

25/09/2015 Itacir Amauri Flores

» [Responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a veículos em função da má conservação das estradas](#)

25/09/2015 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Apontamentos à Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas: Comentários à Resolução da ONU nº 47/135](#)

25/09/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [Revisional de alimentos: requisitos e possibilidade jurídica](#)

25/09/2015 Douglas José Jesus de Carvalho

» [Responsabilidade civil dos advogados](#)

### MONOGRAFIA

25/09/2015 Andrey Oreszco de Souza

» [Astreintes: estudo do caráter sancionatório da multa processual e sua desvinculação com o valor econômico da obrigação principal](#)

## AJUSTE FISCAL E SUSPENSÃO DOS CONCURSOS

**WILLIAM DOUGLAS:** Juiz Federal, Titular da 4ª Vara Federal de Niterói - Rio de Janeiro; Professor Universitário; Mestre em Direito, pela Universidade Gama Filho - UGF; Pós-graduado em Políticas Públicas e Governo - EPPG/UFRJ; Bacharel em Direito, pela Universidade Federal Fluminense - UFF; Conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ; Professor Honoris Causa da ESA - Escola Superior de Advocacia - OAB/RJ; Professor da Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas - EPGE/FGV; Membro das Bancas Examinadoras de Direito Penal dos V, VI, VII e VIII Concursos Públicos para Delegado de Polícia/RJ, sendo Presidente em algumas delas; Conferencista em simpósios e seminários; Autor de vários livros. Site: [www.williamdouglas.com.br](http://www.williamdouglas.com.br)

O Governo Federal voltou à antiga, nociva, equivocada e pouco inteligente prática de, para fazer caixa, suspender os concursos. A notícia caiu como uma bomba no meio dos concurseiros, deixando muitos frustrados, desapontados e até mesmo desesperados. Escrevo para tecer meus comentários e sugerir a você, concurseiro, as melhores providências. Começo informando que já vivemos isso antes, não é novidade.

Sei exatamente o que é se matar de estudar e ainda ter que ouvir essas notícias. Contudo, tenho experiência no tema e direi aqui o efeito real dessa medida. A primeira coisa que digo é, repito: calma! Vamos analisar a situação com serenidade, clareza, técnica e visão macro. Escrevo para você a partir da experiência de 35 anos como concurseiro.

Antecipadamente alerto que, de 2010 até 2015 as despesas com pessoal e encargos sociais cresceram apenas 6,81%, enquanto o PIB teve aumento de 8,8% e as receitas do governo

central aumentaram 10,5%. Ou seja, não são os concursos nem os servidores que estão quebrando o país. Não deveria ser aqui o corte. Mas, mesmo sendo um corte equivocada e prejudicial a todos, temos que lidar com mais este erro do governo. O dano à sociedade é enorme, mas o dano aos concurreseiros é menor, pois, para quem está estudando, a notícia-bomba traz dano mais *psicológico* do que efetivo, pelos motivos que seguem.

**Primeiro ponto. Isso é do jogo.** É normal que ao querer fazer caixa, o Governo surja com medidas como essas, como a suspensão dos concursos públicos, quando o mais correto seria diminuir o número de cargos em comissão no legislativo e no executivo, que são providos sem concursos públicos, diminuição do número de ministérios e mordomias, e não prejudicaria o normal andamento do serviço público com medidas como as que foram anunciadas. Mais uma vez, a população é quem vai pagar a conta (ela, mais que os concurreseiros, que também são cidadãos, anote-se). O Governo costuma fazer isso, causa danos enormes, e no ano seguinte, ou no mais tardar no outro, vem uma avalanche de concursos.

Já vi esse filme antes e asseguro: isso passa. Quem duvidar, pesquise na internet sobre as suspensões anunciadas em ocasiões anteriores. Historicamente, os concursos sofrem um soluço e são retomados. O Governo não tem como evitá-los por muito tempo. Isso frustra? Esperar dói? Sim, claro, porém os concursos podem ser adiados, mas não eliminados. Quem continuar estudando irá enfrentá-los melhor do que aqueles que, entristecidos, pararem de se esforçar. Para quem continuar estudando, sob certo aspecto, há até uma boa notícia: os menos persistentes sairão da fila. Escrevo para que você continue na fila. Ela vai andar. Fique no jogo, pois os melhores jogadores treinam durante as férias.

Darei mais um exemplo. Em 2011, a presidente Dilma, anunciou a mesma paralisação dos concursos no Executivo. Isso

só se manteve no primeiro semestre, depois o governo retomou os concursos. Depois da suspensão de 2011, em 2012 foram previstas 126 mil vagas, em 2013 mais 75 mil e, em 2014, outras 41 mil vagas. Muitos concursos foram acontecendo, talvez não no primeiro semestre de 2011 como anunciado, porém eles chegaram. Os números mostram que as vagas “suspensas” em 2011 foram objeto de concursos em maior número nos dois anos seguintes. O pior que pode acontecer é justamente isso: adiar. Em prejuízo do país, da sociedade e dos concurseiros, mas mesmo assim, apenas adiar.

**Segundo ponto. Não há como ficar sem concursos.** Todos sabem que existem diversos órgãos (INSS, por exemplo), em que um percentual altíssimo dos servidores preenche os requisitos para a aposentadoria. Boa parte deles fica por causa do abono permanência, o qual, em mais uma medida bastante tola e contraproducente, está para cair. Já teremos muitas aposentadorias de qualquer maneira, mas se o abono cair elas explodirão. O Governo vai conseguir fazer a máquina pública parar de vez. Vai perder a memória de gestão, os servidores experientes etc. Vai ser o caos. E, por fim, não terá outra alternativa senão acelerar os concursos. Para os concurseiros, será questão de tempo, mas para o país será um desastre. O grau de investimento já faz falta, mas a capacidade de investimento é indispensável, e ela depende em considerável grau do funcionamento do serviço público.

Mesmo que bata uma luz de inteligência no Governo e o abono não caia, todos os anos há aposentadorias, falecimentos e exonerações, cujos cargos precisam ser repostos. O preenchimento dos cargos já criados por lei está muito aquém das necessidades do país. Aliás, deixar de ter servidores na fiscalização, na arrecadação, nas fronteiras, nas estradas e na advocacia pública apenas reduz o crescimento do país. Cada um desses servidores se paga, com folga, dado que todos produzem tributos, legalidade e redução do chamado “custo Brasil”. Parar os concursos é estagnar

o país. Além disso, não esqueçamos que 40% dos professores podem se aposentar se quiserem, e a pátria educadora precisa de professores, médicos, enfermeiros etc. Não há como aumentar a arrecadação, nem combater crime organizado, tráfico e trabalho escravo sem a realização de concursos. Não há como cumprir os direitos constitucionais do povo nem como fazer o país crescer sem que a máquina pública cumpra seu dever.

**Terceiro ponto. A suspensão é parcial.** A suspensão ocorreu apenas no Poder Executivo da União e no Senado, não atingindo sequer todo o Legislativo nem o Judiciário Federal. Os Tribunais e o Congresso continuarão seus concursos. Os Estados da Federação e os Municípios, *idem*. Mais que isso: Banco do Brasil, Correios etc., como competem no mercado com bancos privados, continuarão tendo que contratar. As estatais, todas elas, não poderão deixar de cumprir as decisões do TCU de substituir terceirizados por concursados. A Petrobras também tem que substituir milhares de terceirizados. Como? Com concursos! O que posso dizer é que o Executivo Federal vai perder muita gente boa e bem preparada enquanto ficar parado. Aqui, um alerta: pode ser que os demais Poderes embarquem no erro do Poder Executivo. Se isso ocorrer, porém, leia de novo os pontos 1 e 2.

**Quarto ponto. Votos de confiança.** Da última vez que escrevi, pedi dois votos de confiança, um em mim e outro na Presidente, calcado em medidas que ela havia tomado naquela época. O que disse que aconteceria com os concursos, aconteceu. Eles vieram, e em grande número, como não poderia deixar de ser. Infelizmente, quanto ao voto de confiança que então pedi para a Presidente, a realidade mudou. Não tenho como pedir um voto de confiança nesse Governo, como fiz da última vez que escrevi sobre suspensão de concursos. Esse Governo não está merecendo crédito, a começar pelo que fez para ganhar as eleições e por conta de como

está lidando com a crise que ele mesmo criou. Porém, não tenho qualquer receio de pedir os três votos de confiança que relaciono.

**O primeiro voto de confiança** é em mim. Acredite no que estou dizendo, já acertei antes: quem continuar firme nos estudos não terá frustrada sua persistência, ao contrário. Tenho zero medo de errar, e o que estou escrevendo poderá ser lido daqui a algum tempo para, como fiz em 2011, assegurar que não há motivo para desespero ou desistências.

**Segundo voto**, no país. Aqui, a certeza não é completa, mas a esperança, sim. Estou certo de que apenas acreditando no país e agindo nós poderemos sair da crise. Vamos confiar no nosso povo, nas nossas vitórias passadas, na nossa capacidade de superação. Sem isso, aí sim, estaremos perdidos.

**Terceiro voto**, em você mesmo. Não esqueça que você já conseguiu chegar até aqui. Não faz sentido desistir no meio do caminho. O pior que vai acontecer é ter que se segurar mais um pouco, pois os concursos virão. Vão atrasar, mas virão. E, dada a burrice do fim do abono permanência, virão aos montes e você será extremamente necessário. Sim, porque o Governo provavelmente vai fazer a, repito, burrice, de tirar do serviço público os mais experientes. Isso vai gerar uma despesa maior, vai causar danos, mas vai ter que fazer concursos. Ainda espero que não façam isso, mas a experiência vem mostrando que este Governo insiste em errar e insiste em acreditar que pode falar o que quiser a despeito da realidade. Mas, apesar desse Governo, eu insisto em acreditar em você. Espero que me acompanhe.

### **Recomendações do especialista**

Valendo-me da gentil atribuição do “título” de especialista no assunto, veiculo aqui minhas sugestões:

1) Acredite no que estou dizendo, pois não ganho nada em me expor como estou fazendo. Meu único objetivo e prêmio por fazer isso é não deixá-lo se desesperar ou desanimar agora. Não é solução, e não é o que a situação demanda.

2) Acredite no país.

3) Acredite em você.

4) Não reduza em absolutamente nada seu esforço e dedicação, seus estudos e revisões.

5) Faça os concursos que ocorrerão no Judiciário e no Legislativo da União, nos Estados e Municípios e nas estaduais. Se estes também forem suspensos, releia os itens 1 a 4, e em seguida os próximos, eles continuarão valendo mesmo que os três Poderes errem solidária e equivocadamente.

6) Espere com calma, por mais que a calma precise ser trabalhada e o esforço redobrado. Respire fundo, peça ajuda a Deus, se reorganize, se remotive e vamos em frente, estudar mais ainda, rever tudo, treinar muito e nos preparar para fazer o serviço público ficar melhor. O país precisa de nós.

7) Tranquelize-se, pois as vagas continuarão lá e precisarão ser preenchidas mais cedo ou mais tarde.

8) Veja minhas dicas de relaxamento, motivação, recuperação de energia, aumento de preparo emocional etc. Não esqueça de fazer o programa de treinamento físico que tem no meu site, o WDPTS. Tenha tempo com sua família, lazer, atividade física. Ainda que de forma moderada, pois concurseiro tem que estudar muito, estas medidas irão ajudá-lo a vencer esse momento difícil. Refaça seu quadro dos sonhos e visualize sua vitória. Não desperdice as ferramentas de superação e perseverança que estão ao seu dispor.

Como Deus sempre me ajudou, recomendo que não deixe de contar com Ele nesses momentos de dificuldade. Leia Filipenses, capítulo 4, leia os Salmos, entre no meu site, vá em “PEV” (na home) , baixe e leia o livro gratuito que está lá: “Sabedoria para Vencer”. Vai ajudar.

9) Gaste algum tempo reforçando a conscientização política. Engaje-se em alguma ação que cobre dos governantes o que está no art. 37, *caput*, da Constituição: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Lute contra a corrupção, o aparelhamento, a gestão ruim. Lute contra o assassinato de reputações, contra o estímulo ao ódio entre classes, regiões e pessoas. Lute contra a exportação de nossos recursos. Lute para nossos recursos serem utilizados dentro do país, investidos em infraestrutura, em preenchimento dos cargos vagos por concurso e por servidores públicos tratados de forma digna e com condições de trabalho. Lute contra o mal, não se omita.

10) Seja em que hora for, esteja preparado para fazer as provas que estão vindo pela frente. O futuro irá premiar aqueles que não desanimarem. Posso afirmar, como fez o salmista (Salmo 126:6): “Aquele que leva a preciosa semente, andando e chorando, voltará, sem dúvida, com alegria, trazendo consigo a sua colheita”. Mesmo que a vontade inicial tenha sido a de chorar, não existe motivo para isso. Chorando ou não, contudo, lance as sementes. Asseguro que você colherá o que está plantando e, no tempo certo, estará feliz por ter nas mãos seu merecido cargo.

Eu confio em mim, eu confio no Brasil e eu confio em você. Confie comigo. E vamos trabalhar, vamos fazer o que tem que ser feito. Nossa família e nosso país contam conosco.

## A COLOCAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM FAMÍLIA SUBSTITUTA E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.010/2009

**GIOVANNA BRANDÃO DE ARAÚJO:** Analista de Direito do Ministério Público de Minas Gerais, pós graduada em Saúde Pública, pelo Senac-MG.

**RESUMO:** O trabalho tem como objeto de análise as alterações introduzidas pela Lei 12.010/2009, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no que concerne ao aperfeiçoamento a colocação em família substituta sob a forma de adoção, como garantia do direito à convivência familiar e comunitária a todas as crianças e adolescentes. Neste norte os aspectos do instituto e sua formação, bem como sua evolução legislativa foram analisados. Para desenvolver a investigação a pesquisa utilizou o método indutivo, operacionalizado com as técnicas da pesquisa bibliográfica, do fichamento e do conceito operacional e utilizado o histórico, como método de procedimento. O levantamento dos dados foi realizado através da pesquisa bibliográfica, no ramo do direito civil e do direito da criança e do adolescente. O trabalho não esgota o tema nem muda conceitos do Instituto da Adoção, antes faz uma reflexão sobre a importância do papel do Estado, na criação de leis que defendam a criança e o adolescente e seu direito a convivência familiar e comunitária.

**Palavras-chave:** Adolescente; Criança; Colocação em Família Substituta; Adoção; Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei nº 12.010/09.

---

### Introdução

O presente trabalho possui como tema a colocação de criança e do adolescente em família substituta e as alterações trazidas pela Lei 12.010/09, a qual alterou significativamente diversos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, com relação à adoção.

Antes da edição dessa Lei, o acolhimento institucional, mesmo sendo provisório e excepcional, acabava por ser permanente, conquanto confirmado o abandono pela família biológica e diante da impossibilidade de recolocação na família extensa.

A criança institucionalizada acabava por ficar fora da faixa preferencial de adoção vindo a se tornar um adolescente até completado os seus 18 (dezoito) anos de idade, ocasião em que era desligado do acolhimento, totalmente despreparado para o auto-sustento e com uma vida emocional desequilibrada.

Com o advento da Lei nº 12.010/09, profundas alterações foram feitas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90), com o escopo de colocar fim à situação acima apresentada.

Para que isso ocorresse foi positivado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a obrigatoriedade de avaliações periódicas da situação dos acolhidos em instituição, a obrigação do juiz justificar a permanência do acolhimento por mais de dois anos e a razoável duração do processo de destituição do poder familiar, todos no afã de individualizar quais os institucionalizados que estão em estado de abandono e colocá-los em família por meio de guarda, tutela ou adoção.

O processo de adoção é um ato que inicialmente acontecia sem normas específicas, transformando crianças ou adolescentes em escravos de maus tratos ou mesmo de serviços pesados no contexto familiar onde viviam.

E se momento atual vem inovando através de requisitos legais e o trabalho intensivo entre justiça, profissionais habilitados na área de Serviço Social e Conselho Tutelar; este problema vem sendo sanado e a adoção deixou de ser vista como uma obrigação social, mas um ato de amor fundamentado dentro da legalidade.

A intenção deste trabalho será, portanto, analisar quais as dificuldades e também as peculiaridades de um processo para a colocação de uma criança ou de um adolescente em uma família substituta na modalidade de adoção. De acordo o Artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e excepcionalmente em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

### **Desenvolvimento**

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 226, § 7º preceitua que fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, portanto, de acordo esse texto fica claro que o ato de se planejar uma família fica o critério do casal, uma vez que cabe ao mesmo decidir se quer filhos ou não, a quantidade e o processo pelo qual os mesmos farão parte da família.

Ao inserir em seu núcleo familiar crianças ou adolescentes através do processo de adoção, essas terão que serem protegidas e cuidadas, assim como especifica o Art. 227 da Constituição Federal:

“É dever da família, da sociedade e do estado; assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (*Emenda 65, de 2010*)”.

Sávio Bittencourt, leciona que é através do estudo e interpretação da Lei Maior, que podemos constatar que a adoção é a única forma de acolhimento de criança que juridicamente a

torna membro de uma família, garantindo a ela direitos perpétuos relativos a alimentos, nome e sucessão, não só aplicáveis aos pais adotantes, mas aos demais parentes, na forma da legislação infraconstitucional.

De acordo o Estatuto da Criança e do Adolescente, no Art. 48, a adoção é irrevogável; porém, com as alterações ocorridas através da Lei 12.010, Art.39, § 1º a redação passou a ser: a adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do Art. 25 desta lei.

Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Art. 25, parágrafo único da lei 12.010/2009).

A Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009, apresenta algumas regras importantes no processo de adoção, uma vez que o Art. 50 do ECA reza que: *“A autoridade judiciária manterá, em cada Comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção”*, a nova lei acrescenta a seguinte determinação:

*A inscrição de postulantes será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.* ( Lei 12.010, Art. 50, § 3º).

Esta lei dispõe de forma mais clara sobre os procedimentos cabíveis em um processo, alterando a Lei 8.069 de 13 de julho de 1999 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Ela tem como objetivo disciplinar e facilitar o acesso para quem quer adotar e

com isso reduzir o número de crianças ou adolescentes abandonados e sem famílias.

Muitas inovações se fundamentam nessa lei, principalmente a adoção por pessoas solteiras, desde que, sejam mais velhas no mínimo 16 anos a mais que o adotado. Sem falar que através da mesma foi criado o cadastro estadual e nacional, através dos quais os pretendentes à adoção possam ser analisados como aptos ou não na concretização de seus desejos.

Controla ação do Conselho Tutelar de levar a criança diretamente para um abrigo, agora chamados de acolhimento institucional, sendo esta ação unicamente determinada pelo Juiz da Infância e da Juventude diante de uma necessidade extrema, uma vez que o acolhimento da própria família e o melhor caminho.

A permanência da criança no acolhimento institucional deve ser algo excepcional e breve como determina o Art. 34 da referida Lei:

§ 1º- A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta lei.

Outro ponto importante da Lei é acerca da adoção internacional, uma vez que é requisito legal primar pelo respeito à criança e ao adolescente, assim como a proteção integral por serem considerados que pessoas em desenvolvimento, só é permitindo a adoção a pessoas fora do território nacional depois de esgotados todos os meios de permanência do menor no âmbito familiar como também dentro do território nacional como reza o Art. 50 parágrafo 1º:

*A adoção internacional só será deferida, após consulta ao cadastro de pessoas ou casais habilitados à adoção, mantido pela Justiça da Infância e Juventude na comarca, bem como aos cadastros estadual e nacional referidos no parágrafo 5º deste*

*artigo, não for encontrado interessado com residência permanente no Brasil.*

Dessa forma a adoção só será deferida juridicamente após a habilitação deferida do adotante. Este, de acordo a Convenção de Haia deverá atender determinantes legais relativos à proteção da criança na garantia de seus direitos; para que a mesma não seja exposta a ações de seqüestros, tráfico ou escravidão.

O Brasil ao ratificar tal Convenção, só permite a adoção com a intermediação das entidades envolvidas, uma vez que são as mesmas que indicam o adotante e sua pretensão. A Lei exige ainda que haja um estágio de convivência que seja cumprido pelos adotantes dentro do território brasileiro de pelo menos trinta dias.

Como o processo de adoção é uma forma de proporcionar condições mais favoráveis à criança e ao adolescente de pertencer a uma família onde lhes são garantidas toda a proteção fundamental ao seu desenvolvimento. A mesma só será destituída de sua família natural após averiguada o total falta de condições de permanência; não sendo a baixa condição econômica fator atenuante dessa ação, pois a prioridade ainda é a criança dentro do seio de “sua” família.

Dessa forma, a Lei 12.010 de 2009, fundamentou a obrigatoriedade das políticas públicas no favorecimento de promover ações relevantes no exercício da paternidade/maternidade de forma responsável; oferecendo apoio, orientação e promoção social através dos programas sociais destinados à proteção da família.

São critérios essenciais no processo de adoção de que o adotando tenha condições de oferecer para que a criança ou o adolescente vivam de forma digna; que seja maior de dezoito anos, porém que tenha no mínimo dezesseis anos a mais que o adotado; se for cônjuge, que pelo menos um atenda ao requisito da idade; casais separados, desde que a convivência com a criança tenha

começado antes e haja acordo sobre as visitas também podem adotar; assim como tios e primos do adotando.

Toda criança ou adolescente menores de dezoito anos podem ser adotados, desde que uma sentença judicial o determine, após a comprovação de que a família não tem condições de continuar cuidando, se responsabilizando pelo seu desenvolvimento.

Para dar início ao processo é preciso que o interessado procure o Juizado da Infância e da Juventude mais próximo com documento de identidade e comprovante de residência para efetuar sua inscrição no cadastro de pretendentes, como reza o Art. 51 da Lei 12.010 de 2009:

§ 3º A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

No caso de criança específica o cadastro é dispensado e os interessados devem procurar imediatamente a Defensoria Pública para assessoria, ou caso já tenha um advogado, o cartório do Juizado da Infância e da Juventude, que conduzirá todo o processo.

Objetivando diminuir os riscos da não adaptação tanto do adotado quanto dos adotantes é feito um estudo por psicólogos e especialistas, dentre estes, o Assistente Social, para verificação dos aspectos da vida da família ou da pessoa que deseja adotar.

Com relação ao adotante estrangeiro e tendo como base o Art. 51 da Lei 12.010 de 2009:

Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme

previsto no Artigo 2º da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada pelo Decreto Legislativo de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999.

A Adoção é uma forma concreta de combate ao descaso e abandono, através desta ação a família é recriada para o menor que perdeu a estrutura familiar e sua base na sociedade.

No Art. 226, cap.VII, a Constituição Federal coloca a família como a base da sociedade, tendo a mesma, toda a proteção do estado, o que é reafirmado no Art. 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (*Emenda 65, de 2010*).

O processo de adoção depende do consentimento dos pais ou responsável legal do adotando de acordo o Art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente; porém se tratando de maior de doze anos, este também poderá se declarar.

O vínculo de adoção constitui-se de sentença judicial, a inscrição no registro civil mediante mandato para obtenção da certidão com o nome dos adotantes e seus ascendentes, cancelando assim, através de um mandato judicial, o registro original (Art. 47, §§ 1º e 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009).

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009; a sentença confere ao adotado o nome do adotante; assim como também ao completar 18 anos o

direito de conhecer sua origem biológica e acesso irrestrito ao processo o qual originou sua adoção.

De acordo o Art. 50, do Estatuto: a autoridade judiciária manterá em cada Comarca ou Foro Regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas e outro de pessoas interessadas, que realmente queiram assumir com responsabilidade e compromisso esse importante papel, o de serem pais, como diz o parágrafo 7º do Art. 226 da Constituição Federal:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A Inscrição será deferida ou não após prévia consulta aos órgãos técnicos do juizado, como também o parecer do Ministério Público, que tem atuado ativamente junto ao Juizado da Infância e da Juventude nos processos de adoção.

O Art. 50, do Estatuto da Criança e do Adolescente, diz no Parágrafo 1º, que “o deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos dos juzizados da Infância e da Juventude, após ouvido o Ministério Público”, enquanto que o Parágrafo 2º determina de forma genérica os motivos não os quais não permitirá que seja deferida a inscrição se o interessado não satisfazer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29 desta lei.

Art. 29 - Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

Constata-se que o se deve observar é, justamente, a chance da criança ou do adolescente em se obter uma família que possa lhe proporcionar o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, sobretudo, poder conviver e viver com alguém que lhe dê

carinho, amor, atenção e formação, seja através de uma adoção nacional seja internacional, não importa. O que realmente tem relevância é que a criança seja adotada e não perca a chance de ser feliz, de ter um pai, uma mãe ou os dois e que ambos, reciprocamente, possam um cuidar do outro.

### **Conclusão**

Diante do exposto, conclui-se que a adoção por ser um procedimento bilateral, envolvendo adotante e adotado, entende-se, que há interesses os quais de um lado a necessidade de pertencer a um núcleo familiar, de outro a realização de se ter um filho (a). Tudo não se fundamenta unicamente nas necessidades de cada um, mas na responsabilidade cotidiana que envolve as pessoas dentro de um contexto social.

Os adotantes ao se tornarem pais terão o importante papel na formação da criança ou do adolescente nas questões ética e moral, que são princípios fundamentais na vivência em sociedade; além de serem responsáveis pela saúde mental, física e intelectual do adotado.

Conclui-se, portanto que diante de tamanha responsabilidade e por ser um ato irreversível é importante que o adotante busque conhecer melhor acerca de sua decisão. É de real importância à participação no cadastro nacional, pois é a partir dele que o interessado poderá ser considerado apto ou não ao processo de adoção.

Culturalmente, a sociedade vem mudando de forma tão acelerada que é necessária a revisão de vários conceitos existentes, uma vez que eles não condizem com a realidade atual. Prova disso é o conceito de família; que hoje não traduz no tradicionalismo de formação pela união de um homem e uma mulher; sendo a questão muito mais abrangente.

A família desses novos tempos se compõe de várias formas, que seja através do casamento civil, da união estável (do mesmo sexo ou sexo oposto), monoparentais e outras; o que tem contribuído para novas mudanças ou alterações dentro das

questões legais. Com a definição Constitucional de forma mais abrangente sobre a formação familiar; isso contribuiu grandiosamente para que fosse reconhecido e fomentado o direito de adoção por parte destas famílias, o que veio a ser confirmado pela nova lei de adoção, a Lei 12.010/2009. Dentro do contexto da nova lei é passível de adotar o maior de dezoito anos, com no mínimo dezesseis anos a mais que o adotado, como também se permite adoção os solteiros.

Esta lei traduz na íntegra o direito à adoção em cada situação; uma vez que cumprido os trâmites legais e tendo a ação deferida pelo Juiz da Infância e da Juventude; que em um trabalho conjunto com o Ministério Público e o trabalho dos assistentes dá maior celeridade aos processos.

O Juizado da Infância e Juventude age em prol das garantias dos direitos da criança e do adolescente, uma vez que as mesmas são consideradas pessoas em desenvolvimento, necessitando de amparo, cuidado e proteção.

Com relação à adoção internacional, esta só é possível depois de esgotados todos os esforços para que a criança permaneça em solo brasileiro; o adotante terá que satisfazer todas as exigências e estar em consonância com a Convenção de Haia, cujo objetivo é dificultar o tráfico de crianças e adolescentes. Essa é uma ação inovadora, nas garantias aos direitos dos menores.

Portanto, diante de tanto mecanismo existente para que o processo de adoção se cumpra com responsabilidade, zelo e amparo ao menor, uma vez que a lei tem disciplinado acerca de situações antes não existentes, como também tentando mais agilidade na finalização do mesmo; cabe agora ao adotante, principalmente ao brasileiro um olhar mais atento para aquela criança que já se encontra acima dos três anos e ao adolescente, uma vez que adotar também é um ato de amor; que sejam esses menores acolhidos, amados e cuidados dentro do seio de uma família.

Diante de todas as abordagens trazidas, o que realmente deve se levar em consideração é o bem estar seja da criança, seja do adolescente, seja no aconchego da família biológica, seja em um lar substituto cheio de carinho, ou até mesmo em uma entidade de acolhimento onde, principalmente, os adolescentes que não são colocados com freqüência, possam crescer e se superar na vida, e, mais tarde, proporcionar um futuro digno para si e seus filhos.

## REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sávio. *A Nova lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência Familiar e Comunitária*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 08 de outubro de 1988. 17. ed. São Paulo: Saraiva,1997.

BRASIL. Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009. *Dispõe sobre adoção*; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. 6. Ed. São Paulo: Saraiva.2012.

## IRREGULARIDADES RECORRENTES EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS NA MODALIDADE PREGÃO

**BRUNO SALES PEREIRA:** Contador, Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Pós-graduado em Administração Pública, Gestão Pública e Direito Administrativo.

**RESUMO:** A Administração Pública deve se pautar pelos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência; além de outros, implicitamente abordados pela doutrina. Em relação à Licitação, o poder público deve atender aos princípios que a norteiam, de modo a garantir, de forma lícita, a proposta mais vantajosa em suas aquisições e contratos. Como ocorre em outras áreas da administração pública, os procedimentos licitatórios também são utilizados para se obter vantagens financeiras de forma ilícita. Para garantir a segurança do patrimônio público e o cumprimento dos princípios administrativos, os órgãos de controle atuam no combate à criminalidade de ordem econômica e financeira e buscam constatar, por meio da análise de documentos, a ocorrência de eventuais irregularidades. Dentre elas, as mais recorrentes são o superfaturamento na contratação de produtos e serviços e a ausência de documentação legal nos procedimentos. Este artigo demonstra os estudos nesta área, de modo a subsidiar os órgãos fiscalizadores, afim de apurar o prejuízo ao erário e sua devolução aos cofres públicos.

**Palavras-chave:** Licitação; Irregularidades; Improbidade. Ministério Público.

---

### 1 INTRODUÇÃO

A Licitação Pública existe em virtude da exigência prevista no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988. No âmbito da

União, dos Estados, Municípios e do Distrito Federal os processos de contratação de obras, serviços, publicidade, compras, alienações e locações estão normatizados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 implantada pelo Governo Federal. Dentre as modalidades estabelecidas por essa lei para disciplinar esses processos no setor público estão a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Todas estas modalidades operam pelo princípio de que deve ser contratado pelo Estado aquele que oferecer a proposta mais vantajosa. Por isso, em regra, todas as compras e contratações devem ser precedidas do processo licitatório, que tem por precípua finalidade a escolha da melhor proposta para a Administração.

Há muito tempo a Administração Pública recebe severas críticas relacionadas à burocracia e ineficiência na prestação dos serviços. Críticas que atingem também o processo como são realizadas as licitações tradicionais, previstas no Estatuto das Licitações Públicas, Lei nº 8.666/93. Por isso o Legislador resolveu inovar em busca da tão sonhada eficiência no serviço público.

Na busca da qualidade, produtividade e melhores resultados a Administração Pública buscou criar novos mecanismos para os procedimentos administrativos. Nesse contexto, surgiu a Lei nº 10.520/02 que instituiu a nova modalidade de licitação denominada Pregão.

Ocorre que, assim como em muitas atividades exercidas pelo Poder Público, os procedimentos licitatórios sofrem com a quantidade de inconsistências e irregularidades, praticadas por agentes públicos e eventuais fornecedores. Em muitas ocasiões, tais inconsistências ocorrem pela falta de capacitação e ou erros formais que prejudicam o objetivo dos procedimentos licitatórios. Por outro lado, muitos certames tornam-se viciados de ilegalidade e ilegitimidade em razão de má-fé dos agentes em conluio com contratados, no sentido de obter proveito financeiro para si e para outros, por meio de contratações que atropelam os limites da moralidade, razoabilidade e eficiência.

Neste contexto, insere-se a missão precípua dos órgãos fiscalizadores, como Ministério Público Estadual, que é a de garantir a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Especificamente em relação ao tema a ser tratado neste trabalho, o Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) se propõe, dentre outras, a defesa do patrimônio público, servindo-se do auxílio de órgãos internos para dar suporte técnico quanto a perícias, laudos, estudos e pareceres, nas diversas áreas do conhecimento.

Este trabalho demonstra as recorrentes irregularidades legais e de foro administrativo nos procedimentos de Pregão realizados por municípios mineiros, constatadas pelas análises realizadas por órgãos técnicos do Ministério Público de Minas Gerais.

## 2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo apreciações, os princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes.

Conforme expressamente previsto pela Constituição Federal de 1988, a observância dos princípios administrativos postulados (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) será obrigatória para a fundamentação de todos os atos da Administração Pública. Assim sendo cabe aos administradores conhecer os princípios inerente a excelência administrativa para que suas funções sejam executadas sem falhas ou desvios dos objetivos traçados pelo interesse público.

Ressalta-se ainda que, de acordo com as inúmeras doutrinas existentes acerca das definições da Administração Pública e seus princípios, é de se reconhecer que, além dos princípios expressos impostos compulsoriamente por lei, existem os princípios reconhecidos, que assessoram igualmente a execução dos atos administrativos.

Em se tratando dos princípios expressos, temos o principio da legalidade que prevê a submissão do administrador público a lei e

as exigências da coletividade, em toda sua atividade funcional. Segundo Meirelles (2014, p. 89) a administração legítima é aquela *“que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que tanto atende as exigências da lei como se conforma com os preceitos da instituição pública.”*

No que diz respeito ao princípio da impessoalidade, Di Pietro coloca que este permite uma gama de interpretações, pois ao contrário dos demais, a impessoalidade não tem sido objeto de estudo dos doutrinadores brasileiros. Ela ainda afirma que *“exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração.”* (Di Pietro, 2012, p. 67). Por isso, a professora nos ensina que:

No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. No segundo sentido, significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal (Di Pietro, 2012, p. 67).

Já o princípio da moralidade, constitui hoje, segundo Meirelles (2014, p. 90), *“pressuposto para a validade de todo ato da Administração Pública.”* Carvalho Filho afirma que a moralidade:

Impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em

sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de convivência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto (Filho, 2010, p. 23).

Assim, conclui-se que, o princípio da moralidade exige do agente público uma atuação que esteja embasada não só no cumprimento rigoroso das normas estabelecidas, mas também nos valores por elas consagrados.

O princípio da publicidade permite uma interpretação ambígua, pois este tem como essência tornar público todo ato administrativo, no sentido de que tais atos sejam publicados oficialmente para conhecimento dos administrados. Entretanto, este princípio também está relacionado à transparência das atividades da Administração Pública.

A eficiência é apontada como princípio, para Di Pietro (2012), sob dois aspectos, conforme cita:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público (Di Pietro, 2012, p. 83).

Quanto aos princípios implícitos, existem divergências entre doutrinas quanto à nomenclatura destes. Para esta citação adotaremos a lição de Carvalho Filho (2010, p. 34), que sugere como princípios implícitos: o Princípio da razoabilidade, que prega a idéia de adequação e necessidade, fazendo com que todo ato público seja realizado pelos meios adequados à consecução do fim almejado e que sua utilização seja realmente necessária; o Princípio

da Proporcionalidade, que propõem o equilíbrio entre os meios utilizados pelo administrador público e os fins que ele pretende alcançar, eximindo-se a idéia de desproporcionalidade por abuso do poder público; o Princípio da Supremacia do Interesse Público, que garante que todo o ato público esteja voltado para benefício da coletividade; o Princípio da Autotutela, onde a Administração tem o dever de cometendo um erro ela mesma revê-lo para restaurar a situação de regularidade; o Princípio da Indisponibilidade, que enfatiza que os bens e interesses públicos não pertencem a Administração, a esta cabe-lhes apenas geri-los e conservá-los; o Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos, que assegura a continuidade dos serviços para que a coletividade não sofra prejuízos em função de eventual realce do interesse particular dos servidores; o Princípio da Segurança Jurídica, que defende em resumo que o cidadão não seja surpreendido ou agravado por mudanças inesperadas de comportamento da Administração, sem o mínimo de respeito às situações formadas e consolidadas no passado e o Princípio da Precaução, do qual decorre a obrigação que a Administração tem de adotar medidas preventivas para se evitar o efetivo acontecimento de riscos eminentes.

### 3 LICITAÇÃO

#### 3.1 Dos Princípios da Licitação

Conforme ministrado por Meirelles (2010, p. 31) *“além da submissão aos princípios gerais do regime jurídico-administrativo, toda licitação esta sujeita a determinados princípios irreligáveis no seu procedimento.”*

Os princípios próprios a licitação são listados por Meirelles (2010, p. 32), resumidamente nas seguintes prescrições: procedimento formal, publicidades de seus atos, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação das propostas, vinculação ao edital ou convite, julgamento objetivo, adjudicação compulsória ao vencedor e probidade administrativa.

O procedimento formal significa tão somente que a licitação estará vinculada as orientações legais que regem todos os atos e fases licitatórias. Meirelles (2010, p. 32), afirma ainda que a licitação deverá obedecer “*ao regulamento, as instruções complementares e ao edital*” instrumentos que pautam o procedimento licitatório.

A publicidade dos atos da licitação esta prescrita no §3º do artigo 3º da Lei nº 8.666 de 1993, onde diz que a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, inciso XXI e a Lei nº 8.666 de 1993, no art. 3º, § 1º, prevêm o princípio da igualdade entre os licitantes, quando dispõem sobre a impossibilidade de realização de qualquer procedimento licitatório em caráter discriminatório entre seus participantes ou com cláusulas convocatórias que impeçam ou afastem eventuais proponentes qualificados. Entretanto, a Administração Pública não esta impedida de estabelecer requisitos mínimos para participação desde que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, a regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público, conforme disposto nos artigos 27 a 33 da lei acima referenciada.

Consequente ao princípio da igualdade entre os licitantes, temos o princípio do sigilo na apresentação das propostas, que garante o caráter competitivo do processo licitatório, assim como a integridade do julgamento. O art. 3º, §3º, da lei que rege a licitação, prescreve que o conteúdo das propostas não seja público nem acessível ao público até o momento previsto para sua abertura.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é a orientação expressa assegurada no art. 41 da Lei nº 8.666 de 1993, de que a Administração não descumpra as normas e condições do edital, ao qual se acha rigorosamente vinculada.

O julgamento objetivo, segundo Di Pietro (2012, p. 361) “*é decorrência do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital.*”

A adjudicação compulsória é o princípio que estabelece a impossibilidade da Administração de atribuir o objeto da licitação a qualquer licitante que não seja o vencedor, salvo a desistência do mesmo ou a comprovação de justo motivo.

Em se tratando da probidade administrativa Meirelles (2010, p. 55) coloca que “*este é o dever de todo administrador público, mas a lei inclui dentre os princípios específicos da licitação.*” Explica também que este é uma advertência às autoridades que a promovem ou a julgam.

### 3.2 Das Modalidades Licitatórias

A Lei nº 8.666 de 1993, estabelece cinco modalidades de licitação, sendo elas: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto. Segundo Meirelles (2010, p. 102) esta modalidade é “*própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, registrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados com antecedência mínima de 45 ou 30 dias.*”

A tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento, observada a necessária qualificação. Meirelles (2010, p. 123) afirma que esta modalidade visa contratos de valor estimado imediatamente inferior ao estabelecido para a concorrência, deve ser realizada entre interessados cadastrados e observando-se a necessária qualificação.

O convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 03 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

De acordo com a Lei nº 8.666 de 1993, o concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

A quinta modalidade estabelecida é o leilão, modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis, prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Contudo, segundo Carvalho Filho (2010, p. 327), nem sempre as modalidades amparadas pela Lei nº 8.666 de 1993, conseguiram dar a celebridade desejável à atividade administrativa, pois devido ao alto nível burocrático envolvido na realização de um procedimento licitatório, houve a necessidade de se elaborar um novo mecanismo que diminuísse a morosidade atribuída às modalidades já existentes.

### 3.3 O Pregão como modalidade licitatória

Em 16 de julho de 1997 surgiu a Lei nº 9.472, que organizou os serviços de telecomunicações. A redação dada por esta Lei propunha a intenção de promover uma radical mudança na forma de prestação dos serviços de telecomunicações. Este foi o fato que

precipitou o surgimento do pregão como modalidade licitatória reconhecida pelo nosso direito.

Para alguns doutrinadores o pregão é um avanço no intuito das licitações. Segundo França (apud Vasconcelos, 2013, p. 80) “a principal intenção desta nova modalidade é dinamizar, agilizar e desburocratizar o processo de aquisição de bens e serviços comuns pela Administração Pública”.

Em atendimento aos reclamos acerca da complexidade que envolvia os processos licitatórios, foi promulgado em 4 de Maio de 2000 a Medida Provisória nº 2.026, que estabelecia a modalidade pregão de uso exclusivo da União. Esta Medida Provisória foi futuramente convertida na Lei nº 10.520 de 2002, que prevê a regulamentação da modalidade pregão e as normas gerais de tal categoria para todas as esferas governamentais.

A estrutura procedimental do pregão possui algumas características próprias da modalidade, como a inversão das fases de habilitação e julgamento, a possibilidade da renovação dos lances até chegar-se à proposta mais vantajosa, as formas de execução presencial ou eletrônica e a possibilidade de ampla participação, onde todos podem participar até mesmo sem serem cadastrados.

Diferente das outras categorias de licitação, em que as modalidades são estabelecidas em razão do valor do objeto licitado, o pregão se destina apenas a aquisição de bens e serviços comuns. Legalmente consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

#### 4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AS IRREGULARIDADES

##### NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

A Lei nº 9.784 de 1999, estabelece em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso IV, uma das regulamentações compulsoriamente

aplicada aos processos administrativos, quando dispõe que a atuação da Administração em seus processos deve ser embasada em padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

O artigo 10 da Lei nº 8.429 de 1992, constitui ato de improbidade administrativa aquele *“que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º desta lei.”*

A Lei de Improbidade Administrativa em seu artigo 14, prevê que qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente, a fim de que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. A representação poderá ser feita tanto à autoridade administrativa, como também, diretamente ao órgão do Ministério Público. A rejeição da representação pela autoridade administrativa, felizmente, não impede a instauração do procedimento *ex officio* ou a representação ao Ministério Público.

Ressalta-se que o Ministério Público possui autonomia para investigar independente da autoridade administrativa. Segundo a Constituição Federal, artigo 127 *“o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”*.

Em casos onde, após investigações, fique comprovada a improbidade administrativa, poderá ocorrer a instauração de um inquérito civil por parte da autoridade administrativa, se esta julgar necessário, ou pelo Ministério Público, no intuito de se aplicar as medidas corretivas necessárias e a penalidade mais adequada à situação.

#### 4.1 Irregularidades recorrentes em procedimentos licitatórios

A partir de análises acerca da manifestação de possíveis irregularidades, ora cometidas pelas administrações públicas municipais compreendidas no estado de Minas Gerais, constatou-

se através do estudo de processos licitatórios, que algumas irregularidades a princípio apresentam-se recorrentemente.

Em se tratando das irregularidades mais frequentes apuradas nos procedimentos, pode-se apontar como mais corriqueira o superfaturamento, caracterizado pelo descumprimento à principal função da licitação, de se escolher a proposta mais vantajosa para a Administração. Foi possível verificar em diversos certames, por meio de pesquisas de preços, que os valores contratados apresentaram-se acima dos valores praticados pelo mercado.

Como demais irregularidades observadas citam-se: a falta de documentação que comprove a efetiva execução de fornecimento ou da prestação de serviços, comprovantes genéricos que inviabilizam uma averiguação idônea e fidedigna, produtos codificados de maneira errônea, documentação de habilitação das empresas que por lei é exigida, mas que não foram apresentadas, dentre outras.

A natureza da irregularidade ocorrida irá determinar se esta é passível de causar danos ao erário ou não. Ambos os casos podem ocorrer, sendo que em caso de efetivo dano, este deverá ser ressarcido pelo responsável (eis) pelas irregularidades.

#### 4.1.1 Superfaturamentos na aquisição de materiais de laboratório

Para aquisição de materiais de laboratório, estudos dos órgãos técnicos do Ministério Público de Minas Gerais apontam irregularidades em procedimentos na modalidade Pregão Presencial, com participação de apenas um licitante, sendo o valor contratado significativamente superior ao estimado.

Sendo analisada a documentação comprobatória (Notas Fiscais) de aquisição dos materiais de laboratório, verificou-se que os preços praticados foram inferiores àqueles apresentados em cotação prévia apresentada pela empresa, demonstrando que houve redução dos valores durante o procedimento.

Contudo, as cotações de preços realizadas com as demais empresas do ramo contribuíram para a formação de preços médios de mercado, apresentados na lista de preços de referência. Como somente uma empresa participou do certame, os preços por ela firmados ao final ainda apresentaram-se acima dos valores de referência.

Neste sentido, a comparação dos valores de referência com aqueles contratados junto à empresa vencedora permitiu a apuração das diferenças nos valores unitários dos produtos, caracterizando, portanto, o superfaturamento.

#### 4.1.2 Irregularidades na aquisição de peças automotivas

Pregões Presenciais, cujo objeto é a compra de peças e acessórios originais para a frota de veículos automotores e máquinas dos municípios demonstram irregularidades, conforme a seguir:

- a) Amostra de vários códigos de peças não identificados nos sistemas da empresa pesquisada e que muitos itens referiam-se a peças de automóveis leves e não de veículos pesados (ônibus e caminhões), como especificado nas notas de autorização;
- b) Códigos não localizados na cotação de várias peças presentes nas notas fiscais;
- c) Pesquisas demonstraram que alguns itens enviados para cotação eram obsoletos, ou seja, as peças não eram mais fabricadas e comercializadas há bastante tempo.
- d) Após confronto de preços, verificou-se que lotes referentes a veículos pesados apresentaram preços superiores aos preços de tabela das montadoras, considerando os descontos informados na Ata de Registro de Preços.

#### 4.1.3 Irregularidades em contratação de serviços advocatícios

Os principais apontamentos realizados em procedimentos licitatórios deste tipo de serviços são:

- a) Quanto à habilitação jurídica, consta em procedimentos apenas os documentos relativos à cédula de identidade e comprovante de inscrição no CPF do sócio responsável pela empresa, contrariando o princípio da vinculação ao edital;
- b) Quanto à regularidade fiscal, a prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ não atende a item específico do edital;
- c) O departamento de contabilidade dos municípios informa, mediante parecer, que há dotação orçamentária para proceder à contratação. Entretanto, é importante ressaltar que o saldo disponível deve ser suficiente também no momento do empenhamento da despesa, para que não sejam necessários créditos suplementares, comprometendo outras dotações;
- d) Conforme informações apuradas, municípios possuem em seu quadro de pessoal 02 (dois) profissionais da área jurídica (um advogado efetivo e um procurador do município), que a princípio, teriam condições de realizar o trabalho para o qual a empresa foi contratada. Deve-se lembrar que se os serviços contratados não forem singulares e não necessitarem notória especialização, devem fazer parte das atividades rotineiras da administração, podendo ser realizadas pelo corpo técnico-jurídico da própria prefeitura.

#### 4.1.4 Irregularidades em contratação de serviços de manutenção veicular

A legislação pertinente, qual seja a Lei nº 8.666/93 em seu art. 23, inciso II, alínea “a”; determina que os contratos de compras e serviços (exceto obras e serviços de engenharia) com valores de até R\$ 80.000,00 estão submetidos à modalidade Convite. Há casos verificados em que os valores contratados por uma secretaria municipal encontram-se abaixo desse limite. Entretanto, não são dispostos elementos que comprovem que os serviços de prevenção e manutenção de veículos contratados por outras secretarias municipais, somados àqueles, não ultrapassariam o limite da modalidade Convite, o que, caso ocorra, caracteriza fracionamento da despesa, conduta vedada pela Lei nº 8.666/93, que consiste em dividir a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa, ou para efetuar contratação direta.

Outras inconsistências constatadas referem-se à habilitação jurídica e regularidade fiscal, quais sejam:

- Não apresentação do estatuto da empresa vencedora, bem como os demais documentos das outras empresas participantes do certame;
- Não apresentação da cópia do Certificado de Regularidade do FGTS com a razão social da empresa vencedora do certame;
- Falta de documentos relativos à regularidade fiscal das empresas participantes.

Ressalte-se que a idoneidade financeira para licitar com o poder público demanda outros elementos para que seja verificada, como, por exemplo, o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social e a certidão negativa de falência ou concordata ou de execução patrimonial (consoante o art. 31 da

Lei nº 8.666/93), os quais erroneamente não são exigidos pelos editais de licitação e por isso não apresentados.

#### 4.1.5 Demais irregularidades constatadas que podem ensejar dano ao erário

Fato comum verificado nos documentos comprobatórios (NFs) das aquisições de peças e componentes é a incompatibilidade de códigos de peças constantes nas notas fiscais e os constantes nas tabelas das montadoras.

Nesse sentido, há que se comprovar que tais produtos foram devidamente recebidos observando-se, assim, o estágio da liquidação da despesa em atendimento aos artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/64, a seguir transcritos:

**Art. 62.** O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

**Art. 63.** A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Portanto, trata-se a liquidação de requisito básico que antecede e legitima o pagamento da despesa. É por seu intermédio que, mediante atos de verificação e conferência, se comprova que o credor cumpriu todas as obrigações constantes do empenho, desde a entrada do material ou a prestação do serviço (a entrega do material ou a prestação do serviço deverá estar suportada por nota fiscal - ou documento equivalente - emitida pelo credor, devendo o servidor competente nela apor o atestado de seu recebimento em condições satisfatórias).

Não se manifestando o estágio da liquidação da despesa e caso o agente responsável não comprove, utilizando-se de outros meios de provas, a efetiva entrega do material ou prestação do serviço, é de se concluir pela indevida utilização de recursos públicos, impondo-se o seu ressarcimento ao erário.

## 5 CONCLUSÃO

Este trabalho objetiva avaliar e demonstrar as irregularidades detectadas nos procedimentos licitatórios realizados por Pregão, que ensejam improbidade administrativa e conseqüente dano ao erário, dentro dos critérios de análise dos órgãos técnicos do Ministério Público de Minas Gerais.

Desta forma, foram analisados diversos procedimentos licitatórios e com base nos pareceres emitidos pelo órgão técnico, demonstrou-se como os certames – ainda que encobertos formalmente por toda legalidade exigida – possuem diversas deficiências, atos de má-fé e imoralidades que culminam com o ato de improbidade e o prejuízo aos cofres públicos.

Pode-se perceber, pelas análises expostas, que a maior foco do Ministério Público é detectar e apurar eventuais prejuízos decorrentes do superfaturamento nas aquisições, fato que comumente ocorre nas administrações municipais, estaduais e também nos certames promovidos pelo governo federal.

Fato é que o trabalho dos Ministérios Públicos é de suma importância para garantir o cumprimento da Lei de Licitações à

risca, inspecionando e fiscalizando as administrações públicas municipais e estaduais, no sentido de apurar os danos decorrentes de atos que ferem os princípios licitatórios, neste particular.

Nesta seara, este trabalho demonstrou que os municípios pesquisados, ao utilizarem modalidade relativamente nova – o Pregão – procurando dar celeridade às aquisições, acabam por não se atentarem aos detalhes dos preceitos que a Lei nº 8.666/93 determina também para a “nova” modalidade. As novidades do Pregão quanto ao julgamento das propostas não exige o administrador público da observância dos princípios que regem as licitações.

Em decorrência da não observância dos preceitos legais, as irregularidades detectadas como: o superfaturamento, a falta de documentação de habilitação e a aquisição de produtos sem identificação com o que foi proposto no certame; foram recorrentes nesta análise. Em muitos casos, o dano causado pode se apresentar muito maior do que o realmente apurado, uma vez que os trabalhos periciais se basearam em amostragens de itens e valores.

Portanto, tais fatos concorrem para a caracterização de atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário e atentam contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 10, inciso V e art. 11, inciso I da Lei nº 8.429/92<sup>[1]</sup>, sendo obrigatório o seu ressarcimento.

Por derradeiro, deve-se frisar que a Administração Pública em nosso país necessita mais do que leis e princípios, carece de moralidade, boa-fé e respeito com a coisa pública.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.693, de 20 de Dezembro de 2000. **Dá nova redação a dispositivos do Regulamento para a modalidade de licitação**

denominada pregão, para aquisição de bens e serviços, aprovado pelo Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3693.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3693.htm)>.

BRASIL. Lei Federal nº 4.320, de 17 de Março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos “e balanços da União, dos Estados, dos

Municípios e do Distrito Federal. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm)>.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 jun. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)>.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de Julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jul. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm)>.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de Julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão,

para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm)>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª edição. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

EDITORA NEGÓCIOS PÚBLICOS. **Seleção de estudos e instruções: licitações e contratos**. Curitiba, PR, 2011.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª edição. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à Lei de licitações e contratos da Administração Pública**. 7ª edição. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* **Licitação e Contrato Administrativo**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes, *et al.* **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª edição. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade de Pregão**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

## NOTAS:

[1] Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

## RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO PELOS DANOS CAUSADOS A VEÍCULOS EM FUNÇÃO DA MÁ CONSERVAÇÃO DAS ESTRADAS

**ITACIR AMAURI FLORES:** Bacharel em Direito. Bacharel em Ciências Militares. Jornalista. Pós graduando em Direito Comercial. Empresário.

Responsabilidade civil é a expressão usada na linguagem jurídica, em distinção à responsabilidade penal ou criminal, para designar a obrigação de reparar ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem, e que provém da velha máxima “não lesar a ninguém” (*no neminem laedere*), visando à proteção do particular e de seu patrimônio, material ou moral, ligando-se, assim, ao Direito obrigacional.[1]

Conceituada por Carlos Roberto Gonçalves, responsabilidade civil é “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”. [2]

Ainda, Eugênio Rosa de Araújo sustenta que a responsabilidade civil resulta da ofensa ou violação de direito, que redundando em dano ou prejuízo a outra pessoa, podendo ter como causa a própria ação ou ato ilícito, e, ainda, fato ilícito de outrem, por quem, em virtude de regra legal, se responde ou se é responsável. [3]

Tratando da natureza jurídica da obrigação de indenizar, Sergio Cavalieri Filho refere que ela surge da lei, não se tratando, portanto, de obrigação desejada e perseguida pelo agente. [4]

Já a responsabilidade do Estado, também chamada por alguns de responsabilidade da Administração Pública, encontra-se, atualmente, entre os casos de responsabilidade objetiva previstos na legislação pátria. Como bem anota Yussef Said Cahali, “entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades”. [5]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por outro lado, defende que:

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.[\[6\]](#)

Na Constituição brasileira de 1988, a responsabilidade do Estado encontra-se normatizada no parágrafo sexto do artigo 37 nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...];

§ 6º As pessoas jurídicas de Direito público e as de Direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.[\[7\]](#)

No tocante às rodovias, bem público de uso comum, a Administração Pública tem o dever legal de conservá-las e fiscalizá-las, garantindo aos administrados a segurança no tráfego, e esse dever também pode ser atribuído aos membros da Administração Pública indireta, responsável pela prestação de serviço público descentralizado.[\[8\]](#)

Nas exatas palavras de Yussef Said Cahali:

A conservação e fiscalização das ruas, estradas, rodovias e logradouros públicos inserem-se no âmbito dos deveres jurídicos da Administração razoavelmente exigíveis, cumprindo-lhe proporcionar as necessárias condições de segurança e incolumidade às pessoas e aos veículos que transitam pelas mesmas. A omissão no cumprimento desse dever jurídico, quando razoavelmente exigível, e identificada como causa do evento danoso sofrido pelo particular, induz, em princípio, a responsabilidade indenizatória do Estado.<sup>[9]</sup>

Sob o enfoque legislativo, a Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito brasileiro, é um relevante instrumento de defesa em face da omissão do Estado na conservação das rodovias, na medida que estabelece deveres e obrigações do Poder Público no sentido de garantir trafegabilidade segura nas pistas.<sup>[10]</sup>

No âmbito dos pretórios pátrios, Angeliza Quatrin da Silva, citando Arnaldo Rizzardo, considera que a reiterada jurisprudência vem reconhecendo:

a responsabilidade de indenizar da administração, quando ocorrerem danos que possuam como causa a via pública mal conservada, diante da ausência de manutenção por parte da administração direta ou indireta, ou, ainda, diante da ausência de sinalização, afinal, quando o defeito está sinalizado, há uma alerta ao condutor para evitar o dano.<sup>[11]</sup>

Da lavra do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul extrai-se que na concessão de indenização por danos morais se exige comprovação de

que a esfera íntima foi efetivamente atingida para ensejar condenação reparatória, como no caso do julgado a seguir reproduzido:

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. QUEDA DE COLETIVO EM RESERVATÓRIO D'ÁGUA. VIA PÚBLICA SOBRE RESERVATÓRIO DA CORSAN. CONDIÇÕES PRECÁRIAS DA VIA. AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. PRESCRIÇÃO. DANOS MORAIS. *QUANTUM*. PENSIONAMENTO. CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SEGURO OBRIGATÓRIO. 1. Prescrição: o prazo prescricional para ajuizamento de demandas indenizatórias em face da Fazenda Pública é de 05 anos, conforme julgamento repetitivo do STJ (REsp. 1.251.993-PR), e não o prazo trienal previsto no Código Civil. 2. Integração do pólo passivo pelo Estado do Rio Grande do Sul: desnecessária a integração do Estado do Rio Grande do Sul no pólo passivo do presente feito, considerando que a contratação da empresa de transporte se deu pelo convênio firmado pelo Estado com o Município, sendo este responsável pelo transporte dos alunos da rede pública de educação. 3. Responsabilidade do Município: nos casos em que o Estado, ciente de alguma circunstância, potencialmente lesiva, mantém-se inerte, opta-se pela omissão específica, determinando a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado. O próprio Município reconhece o precário estado de conservação da via pública e a ausência de sinalização, incidindo a regra

prevista no art. 37, § 6º, da CF.

4. Responsabilidade da Corsan: tendo sido negligente ao permitir a construção de estrada precária sobre seu reservatório d água, ou seja, no local onde explora seu ramo de atividade, e, também, na conservação e fiscalização das condições do lugar do acidente, a Corsan é responsável pelos danos decorrentes de sua conduta.

5. Dano moral -*Quantum*: a perda de parente próximo, no caso a filha do demandante, em idade tenra (16 anos), configura dano moral puro, ou seja, decorrente do próprio fato. Por sua vez, a quantia equivalente a 457 salários mínimos nacionais, arbitrada na sentença, merece reforma, pois fixada em patamar muito superior aos casos análogos apreciados por esta Câmara Cível. Levando em conta a gravidade da situação e as demais peculiaridades do caso, minora-se a indenização, por danos morais, para o equivalente a 250 salários mínimos ora vigentes, o que corresponde a R\$ 181.000,00.

6. Juros de mora e correção monetária da condenação por danos morais: considerando a pluralidade de réus, entes públicos e empresas concessionárias de serviço público, e o julgamento da Adin n.º 4.357/DF pelo STF, aplicam-se os seguintes critérios de correção monetária e juros de mora: i) atualização monetária, pelo IGP-M, desde a presente data; e ii) juros moratórios, de 1% ao mês, incidentes a contar da data do acidente (22/09/2004).

7. Pensionamento: nas famílias de baixa renda é presumida a contribuição econômica dos filhos, desde antes de atingirem a maioridade, fazendo os pais jus à indenização por

dano material em decorrência da morte prematura do filho. Mantidos os valores fixado termos da jurisprudência desta Câmara Cível, levando-se em conta, ainda, a fixação de pensionamento em favor da mãe da falecida, em demanda anteriormente julgada. O autor receberá pensão mensal de 1/3 de hum salário mínimo desde a data do óbito da vítima até os seus supostos 25 anos de idade, momento em que o valor da pensão deve ser reduzido a 1/6 de hum salário mínimo. O marco final da pensão são os 72 anos de idade do autor ou seu óbito, ou o que ocorrer primeiro. 8. Critérios de correção monetária e juros de mora no pensionamento: as parcelas vencidas da pensão serão calculadas com o valor do salário mínimo vigente na data em que deveriam ter sido pagas, acrescidas de correção monetária, pelo IGP-M, e juros de mora, de 1% ao mês, ambos desde a data do vencimento. As vincendas serão pagas com base no salário mínimo vigente na data de cada vencimento. 8. Seguro DPVAT: descabida a condenação dos réus ao pagamento da indenização atinente ao seguro obrigatório, pois, em caso de recebimento pelo autor, haveria o abatimento da quantia da indenização neste feito reconhecida. Logo, inviável a condenação cumulada da indenização por danos morais e de seguro DPVAT. 8. Honorários advocatícios: a remuneração do causídico deve ser calculada em face do valor total da condenação a título de danos morais, atualizada e, também, sobre o valor devido das parcelas vencidas do pensionamento e uma anuidade das vincendas.

Ainda, o montante referidas, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Apelos providos, em parte. Sentença reformada, em parte, em reexame necessário.[\[12\]](#)

Por outro lado, apenas o risco corrido e a possibilidade de ter sofrido um acidente maior não bastam para que se configure o dano extrapatrimonial indenizável, não havendo suporte ao pedido de indenização por danos morais:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CONTRA O DAER- DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ESTRADAS E RODAGEM E CONTRA O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAIS. CONSERVAÇÃO DE RODOVIA ESTADUAL. BURACO NA PISTA ASFÁLTICA. DAER. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. CUSTAS PROCESSUAIS. 1- ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. Preclusão operada quanto à preliminar de ilegitimidade passiva relativa ao Estado do Rio Grande do Sul, em relação ao qual recai a responsabilidade subsidiária pelo evento danoso. Preliminar rejeitada. 2- RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAIS. CONSERVAÇÃO DE RODOVIA ESTADUAL. BURACO NA PISTA ASFÁLTICA. DAER. NEXO CAUSAL CONFIGURADO.

Tratando-se de omissão específica, o regime jurídico aplicável é o da responsabilidade objetiva, prescindindo, a responsabilização, da prova de dolo ou culpa. Assim, provada a má conservação da rodovia estadual, de responsabilidade do DAER, e provado que o buraco nela existente causou o dano no patrimônio dos autores, como no caso dos autos, impõe-se a procedência da demanda. Note-se que o automóvel dos autores teve seus dois pneus danificados quando a família trafegava pela rodovia, durante a noite. Nesse contexto, as provas produzidas - documentais e testemunhais - são suficientes para atestar os fatos narrados, constitutivos do direito de reparação do prejuízo experimentado. Destaca-se, ainda, que os réus não apresentaram provas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito dos autores, nos termos do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil. 3- DANOS MORAIS. Embora as contundentes razões versadas pelos autores/apelantes, afirmando ter restado incontestado o abalo moral impingido aos recorrentes e principalmente aos filhos menores do casal, a situação concreta não recomenda qualquer reparo à sentença no tópico, cujo entendimento se afina com a jurisprudência deste colegiado em hipóteses parelhas. Embora o fato seja indesejável e, até mesmo, causador de sobressalto, não se poderá alçar o episódio à categoria de dano moral puro, sendo que o risco corrido pelos apelantes, alegado na inicial, e a possibilidade de terem sofrido um acidente maior não bastam para que se configure o dano

extrapatrimonial indenizável, pois sequer o veículo em que se encontravam os demandantes sofreu danos materiais (consoante informaram na inicial) e não houve, afortunadamente, qualquer lesão física aos tripulantes do automóvel. Dessa forma, não há suporte ao pedido de indenização sob tal rubrica. 4- CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. No que tange os consectários legais, relevante destacar que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADI n. 4357/DF, por maioria, declarou inconstitucional a expressão índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, constante do artigo 1º-F da Lei n. 9.494 11.960/09. Por isso, a atualização dos valores devidos deve obedecer ao IGP-M, a partir da data do desembolso, por ser o indexador que melhor reflete a variação inflacionária nos diferentes períodos, e a incidência de juros moratórios de 1% ao mês, a contar do evento danoso, nos termos comandados pela sentença. 5- CUSTAS PROCESSUAIS. Isenção das custas processuais deferida. Aplicação do art. 1º da Lei n. 13.471/2010. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO DOS AUTORES E PARCIAL PROVIMENTO DO APELO DOS RÉUS.[\[13\]](#)

Encerrando esta breve dissertação, resta ressaltar que o tratamento conferido à responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a veículo em razão da má conservação das estradas é um tema muito amplo, que ainda enseja inúmeros debates nos âmbitos doutrinário ou jurisprudencial, limitando-se, aqui, às hipóteses de cabimento de danos morais.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. A responsabilidade civil do Estado por omissão e suas excludentes. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 233-256, abr. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988, p. 1.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 1997, p. 21.201, ret. 25 set. 1997, p. 21.353.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: RT, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70053780607, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em: 7 ago. 2014. **Diário da Justiça**, Porto Alegre, 8 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70061276838, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em: 30 jul. 2015. **Diário da Justiça**, Porto Alegre, 4 ago. 2015.

SILVA, Angeliza Quatrin da. A responsabilidade civil do Estado por omissão na conservação de rodovias. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=7752>.  
Acesso em: 10 set. 2015.

#### NOTAS:

[1] ARAÚJO, Eugênio Rosa de. A responsabilidade civil do Estado por omissão e suas excludentes. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 233-256, abr. 2011.

[2] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17.

[3] ARAÚJO, *op. cit.*, 2011, p. 233.

[4] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26.

[5] CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: RT, 2007, p. 13.

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 643.

[7] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988, p. 1.

[8] CAHALI, *op. cit.*, 2007, p. 230 *et seq.*

[9] *Ibidem*, p. 230.

[10] BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 1997, p. 21.201, ret. 25 set. 1997, p. 21.353.

[11] SILVA, Angeliza Quatrin da. A responsabilidade civil do Estado por omissão na conservação de rodovias. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=7752  
>. Acesso em: 10 set. 2015.

[12] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70053780607, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em: 7 ago. 2014. **Diário da Justiça**, Porto Alegre, 8 ago. 2014.

[13] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70061276838, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em: 30 jul. 2015. **Diário da Justiça**, Porto Alegre, 4 ago. 2015.

## APONTAMENTOS À DECLARAÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS PERTENCENTES A MINORIAS NACIONAIS OU ÉTNICAS, RELIGIOSAS E LINGUÍSTICAS: COMENTÁRIOS À RESOLUÇÃO DA ONU Nº 47/135

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado

social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

**Palavras-chaves:** Direitos Humanos. Direito das Minorias. Reconhecimento Humanístico.

**Sumário:** 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 Apontamentos à Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas: Comentários à Resolução da ONU nº 47/135.

---

## **1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica**

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão,

trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*<sup>[1]</sup>. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primordialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”<sup>[2]</sup>. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”<sup>[3]</sup>. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

## **2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna**

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca

da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”*[4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao

mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”*[7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. *“É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”*[9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas

atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos”[10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato[11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[12], devido processo legal[13], acesso à Justiça[14], liberdade de locomoção[15] e livre entrada e saída do país[16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo

legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que florescia.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou *ohabeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do

Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[26].

### **3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade**

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos

direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[27]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[28] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não

salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[29], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[30], da reserva legal[31] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[32], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[33].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. “*Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade*”[34], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

#### **4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade**

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[35]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. “*Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados*”[36]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[37], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação

primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primacialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”*[38], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado[39], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem

justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais[40].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão “*são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal*”[41]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. “*Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o*

*dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais*”[42], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

## **5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade**

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio[43], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo”*[44]ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar

a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível<sup>[45]</sup>.

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”*<sup>[46]</sup>. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”*[47]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[48] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

## **6 Apontamentos à Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas: Comentários à Resolução da ONU nº 47/135**

Em um primeiro momento, cuida apontar, oportunamente, que a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas reafirmou a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas. Igualmente, desejou promover a realização dos princípios consagrados na Carta, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou Convicção e na Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como em outros instrumentos internacionais pertinentes adotados a nível universal ou regional e

nos celebrados entre diversos Estados Membros das Nações Unidas.

Ao lado disso, a declaração explicitou que a promoção e proteção dos direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas contribuem para a estabilidade política e social dos Estados onde vivem essas pessoas, bem como sublinhou que a constante promoção e realização dos direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas, como parte integrante do desenvolvimento da sociedade no seu conjunto e num enquadramento democrático baseado no princípio do Estado de Direito, contribuem para o reforço da amizade e cooperação entre povos e Estados. Em seu artigo 1º, a declaração estabeleceu que os Estados deverão proteger a existência e a identidade nacional ou étnica, cultural, religiosa e linguística das minorias no âmbito dos seus respectivos territórios e deverão fomentar a criação das condições necessárias à promoção dessa identidade. De igual modo, o dispositivo supramencionado anotou que os Estados deverão adotar medidas adequadas, legislativas ou de outro tipo, para atingir estes objetivos.

O artigo 2º, por sua vez, assinalou que as pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas (doravante denominadas “pessoas pertencentes a minorias”) têm o direito de fruir a sua própria cultura, de professar e praticar a sua própria religião, e de utilizar a sua própria língua, em privado e em público, livremente e sem interferência ou qualquer forma de discriminação. As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de participar efetivamente na vida cultural, religiosa, social, econômica e pública. As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de participar efetivamente nas decisões adotadas a nível nacional e, sendo caso disso, a nível regional, respeitantes às minorias a que pertencem ou às regiões onde vivem, de forma que

não seja incompatível com a legislação nacional. As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de criar e de manter as suas próprias associações. As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de estabelecer e de manter, sem qualquer discriminação, contatos livres e pacíficos com os restantes membros do seu grupo e com pessoas pertencentes a outras minorias, bem como contatos transfronteiriços com cidadãos de outros Estados com os quais tenham vínculos nacionais ou étnicos, religiosos ou linguísticos.

O artigo 3º apontou que as pessoas pertencentes a minorias poderão exercer os seus direitos, nomeadamente os enunciados na presente Declaração, individualmente bem como em conjunto com os demais membros do seu grupo, sem qualquer discriminação. Nenhum prejuízo poderá advir a qualquer pessoa pertencente a uma minoria em virtude do exercício ou não exercício dos direitos consagrados da presente Declaração. Já o artigo 4º afixou que os Estados deverão adotar as medidas necessárias a fim de garantir que as pessoas pertencentes a minorias possam exercer plena e eficazmente todos os seus direitos humanos e liberdades fundamentais sem qualquer discriminação e em plena igualdade perante a lei. Os Estados deverão adotar medidas a fim de criar condições favoráveis que permitam às pessoas pertencentes a minorias manifestar as suas características e desenvolver a sua cultura, a sua língua, a sua religião, as suas tradições e os seus costumes, a menos que determinadas práticas concretas violem a legislação nacional e sejam contrárias às normas internacionais. Os Estados deverão adotar as medidas adequadas para que, sempre que possível, as pessoas pertencentes a minorias tenham a possibilidade de aprender a sua língua materna ou de receber instrução na sua língua materna. Os Estados deverão, sempre que necessário, adotar medidas no domínio da educação, a fim de estimular o conhecimento da história, das tradições, da língua e da cultura das minorias existentes no seu território. Às pessoas pertencentes a minorias deverão ser dadas oportunidades

adequadas para adquirir conhecimentos relativos à sociedade no seu conjunto. Os Estados deverão considerar a possibilidade de adotar medidas adequadas a fim de permitir a participação plena das pessoas pertencentes a minorias no progresso e desenvolvimento econômico do seu país.

As políticas e programas nacionais, consoante o artigo 5º, deverão ser planejados e executados tendo devidamente em conta os interesses legítimos das pessoas pertencentes a minorias. Os programas de cooperação e assistência entre Estados devem ser planejados e executados tendo devidamente em conta os interesses legítimos das pessoas pertencentes a minorias. Por sua vez, o artigo 6º apregoa que os Estados devem cooperar nas questões relativas às pessoas pertencentes a minorias, nomeadamente através da partilha de informações e experiências, a fim de promover a compreensão e confiança recíprocas. Já o artigo 7º alinha que os Estados devem cooperar a fim de promover o respeito dos direitos consagrados na Declaração em comento. O artigo 8º comina que nenhuma disposição da Declaração deverá impedir o cumprimento das obrigações internacionais dos Estados relativamente às pessoas pertencentes a minorias. Em particular, os Estados deverão cumprir de boa-fé as obrigações e compromissos assumidos em virtude dos tratados e acordos internacionais de que sejam partes.

O exercício dos direitos consagrados na Declaração em destaque não deverá prejudicar o gozo por todas as pessoas dos direitos humanos e liberdades fundamentais universalmente reconhecidos. As medidas adotadas pelos Estados a fim de garantir o gozo efetivo dos direitos consagrados na presente Declaração não deverão ser consideradas *prima facie* como contrárias ao princípio da igualdade enunciado na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Nenhuma disposição da presente Declaração poderá ser interpretada no sentido de permitir qualquer atividade

contrária aos objetivos e princípios das Nações Unidas, nomeadamente os da igualdade soberana, integridade territorial e independência política dos Estados.<sup>o</sup> As agências especializadas e demais organizações do sistema das Nações Unidas deverão contribuir para a plena realização dos direitos e princípios consagrados na presente Declaração, no âmbito das respectivas áreas de competência.

### **Referências:**

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 11 ago. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 11 ago. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 11 ago. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos,

um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **JusNavigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 11 ago. 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **JuridPublicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

#### NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação

conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 11 ago. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 11 ago. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009, s.p.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 11 ago. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de

pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da

liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] MORAES, 2003, p. 28.

[27] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[28] SILVA, 2004, p. 157.

[29] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[32] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[33] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[34] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[35] COTRIM, 2010, p. 160.

[36] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

[37] MORAES, 2011, p. 11.

[38] SANTOS, [2003](#), s.p.

[39] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[40] SANTOS, [2003](#), s.p.

[41] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[42] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[43] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[44] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[45] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 11 ago. 2015.

[46] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[47] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[48] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”

## REVISIONAL DE ALIMENTOS: REQUISITOS E POSSIBILIDADE JURÍDICA

**LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE:**  
Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO.  
Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

### INTRODUÇÃO

Inicialmente o pedido formulado na inicial de revisional de alimentos há de ser juridicamente possível, contendo todos os requisitos indispensáveis à sua eficácia, conforme disciplina o artigo 1.699 do C.C., demonstrando a ocorrência de mudança notória na situação financeira do Requerido que justifique o aumento dos alimentos que se pleiteia.

### DESENVOLVIMENTO

A ação de alimentos disciplinada pela Lei nº 5.478-68 em o seu artigo 2º, prevê que o credor:

"exporá suas necessidades, provando apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar ao devedor [...]".

O fundamento da obrigação alimentar e da solidariedade familiar está no princípio da dignidade da pessoa humana, uma das colunas do Estado Democrático de Direito, conforme art. 1º, III, da CF:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana (...)”.

A dignidade da pessoa humana é a base e o escopo dos modos plurais de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e por tal motivo, é que as renomadas doutrinas mais modernas tem refletido sobre a cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Temos ainda que consagrado constitucionalmente encontra-se o dever de alimentar, consoante o artigo 229 e 230 da Carta Magna, “*in verbis*”:

"Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

O art. 227 da Constituição Federal ainda determina que:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

O referido preceptivo orienta a legislação infraconstitucional pertinente, a exemplo dos artigos 1.694, 1.696 e 1.699 todos do Código Civil, todos consagrando e revestindo de imperatividade, o dever de alimentar:

"De acordo com o prescrito neste Capítulo podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos de que necessitem para subsistir".

"O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos, uns em falta dos outros".

“Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforma as circunstâncias, redução ou majoração do encargo”.

A respeito do tema, vejamos as lúcidas palavras do grande mestre Silvio Rodrigues:

“(...) Uma vez fixada, a pensão alimentícia pode ser alterada, por reclamação de qualquer das partes, desde que evidencie ter sobrevindo mudança na fortuna de quem fornece os alimentos, ou na de quem os recebe; assim, por exemplo, se com o seu crescimento os filhos necessitam de maiores recursos para estudo e vestuário, ou se provam que a situação financeira do pai melhorou, em relação à anterior, deve o juiz conceder o aumento de pensão alimentícia (...)”.

Nessa linha de raciocínio, o pedido a ser formulado pela parte requerente, deverá encontrar embasamento fático e jurídico, demonstrando à saciedade, o bom senso na delimitação e equilíbrio existente entre a necessidade de quem os requer e a possibilidade de prestar alimentos a, contrario senso, chegaria a arranhar profundamente princípios morais e humanitários universalmente estabelecidos.

A jurisprudência na análise do tema, recepciona fielmente o pedido em apreço, posto que o bem jurídico tutelado é o bem-estar da criança e do adolescente, vejamos:

“ALIMENTOS. Ação revisional - O que deve provar o autor. Na ação revisional de alimentos deve-se provar a necessidade de ser a pensão alterada e que o alimentante tem condições de suportar sem aumento. (TJMG, 3ª Câmara Cível, Ap. n.º 49.997, v.u., j. 09/08/79 - RT 541/256)”.

Quando se fala em alimentos, determina-se o direito de exigí-los e a obrigação de prestá-los, demonstrando, assim, o caráter assistencial do instituto. Na sua finalidade, os alimentos visam assegurar tudo àquilo que é necessário para propiciar a subsistência de quem não tem meios de obtê-los ou se encontra impossibilitado de produzi-los.

O dever de sustento é vinculado ao pátrio poder e só cessa com a maioridade, ainda que, pela sua idade, o filho já esteja apto para o trabalho, portanto é dever incontroverso dos pais prestarem aos filhos menores, tudo o que é necessário para torná-los um ser em condições de viver e de se desenvolver.

"Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores."

O poder familiar ou o pátrio poder é um sistema de direitos e deveres limitado pelas normas jurídicas, que permeia a relação entre os pais e seus filhos na qualidade de crianças ou adolescentes, não emancipados ou não sujeitos a outra restrição familiar legal ou judicial, propiciando legitimamente a forma como devem ser cumpridos os ditames impostos pela legislação para formação da pessoa em desenvolvimento com dignidade social e humana na entidade familiar e na sociedade.

O referido poder familiar é exercido pelos pais/genitores, quanto à pessoa de seus filhos, competindo-lhes, o dever quase que absoluto de assistir, criar e educar seus filhos até

a maioria em decorrência do poder familiar (art. 5º e 1.630 do NCC).

Nesse sentido, a posição majoritária defende:

"São considerados encargos de família, os filhos que até 24 anos de idade estejam cursando estabelecimento de ensino superior não gratuito". (TJSC, Apelação Cível n. 98.004021-3, de Joinville, rel. Des. Orli Rodrigues, Primeira Câmara Civil, j. 18.8.98).

"(...) Cursando o filho escola universitária, presume-se a necessidade de alimentos até que complete 24 anos" (RT 640/77).

"ALIMENTOS- Exoneração pretendida - Filha que completa 21 anos, que não tem rendimentos próprios e cursa estabelecimento de ensino superior - Prestação devida pelo pai - Confirmação da sentença" (RJTJSP 60/40).

Com base nos princípios da solidariedade familiar e capacidade financeira, os alimentos pleiteados na revisional deverão se judicialmente considerados devidos, desde que demonstrado que o menor que os pretende deles necessita, ao passo que o requerido, pode perfeitamente fornecê-los, sem desfalque algum do necessário ao seu sustento.

O dever de sustento dos pais em relação aos filhos menores (tecnicamente crianças e adolescentes), enquanto não atingirem a maioria civil ou por outra causa determinada pela legislação, decorre do poder familiar (arts. 229, primeira parte da CF/88; art. 22 da Lei n.º 8.069/90 – ECA, arts. 1.630, 1.634 e 1.635, inciso III, do NCC); e, por outro lado, alguns parentes (arts. 1.694, 1.696/1.698 do NCC), cônjuges (1.566, inciso III, 1.694, 1.708 do CC atual) companheiros (arts. 1.694, 1.708, 1.724 do NCC) ou pessoas integrantes de entidades familiares lastreadas em relações afetivas, podendo buscar alimentos com base na obrigação

alimentar, no direito à vida e nos princípios da solidariedade, capacidade financeira, razoabilidade e dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a 3ª turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu no julgamento do Recurso Especial 241.832-MG, que:

“O dever de prestar alimentos aos filhos menores impúberes independe da demonstração da necessidade para que se estabeleça a relação obrigacional entre o alimentante e o alimentando, basta que haja a comprovação do vínculo jurídico a unir as partes”.

É de se ressaltar, ainda, que:

"Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais", conforme preceitua o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.609/90).

A Lei nº. 5.478/68, em seu artigo 2º, embasa a sua pretensão.

"O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe."

Com base no artigo 400 do Código Civil Brasileiro, a obrigação de alimentar deverá se estabelecer no parâmetro das

necessidades do Requerente e com as possibilidades do Requerido, cumprindo assim o binômio necessidade/possibilidade:

"Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do Reclamante e dos recursos da pessoa obrigada."

### **CONCLUSÃO**

Dessa forma, o dever de sustento deverá restar-se perfeitamente caracterizado na ação revisional de alimentos sob pena de seu indeferimento diante da impossibilidade jurídica do pedido.

A obrigação de sustento não se altera diante da precariedade da condição econômica do genitor. A impossibilidade material não pode constituir motivo de isenção do dever dos pais de contribuírem para a manutenção dos filhos.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

Humberto Theodoro Júnior in Código de Processo Civil Anotado p. 124, Ed. Forense, RJ, 1996, 2ª ed.

## RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADVOGADOS

**DOUGLAS JOSÉ JESUS DE CARVALHO:** Acadêmico em Direito pela Faculdade AGES

**RESUMO:** O que veremos a seguir será um trabalho fruto da obra do Direito civil Brasileiro, Responsabilidade Civil de Carlos Roberto Gonçalves, O processo, e Do Espírito das Leis, Direito, poder, justiça e processo, Franz Kafka, Montesquieu e José Joaquim Calmon respectivamente. Neste trabalho, como o título menciona, trabalharemos sobre uma dúvida: a de como será o amanhã diante da questão sociais, ora existentes em nosso país. Mazelas que se sobrepõem, sorrateiramente, nas entidades estatais como: escolas e dimensões. Ademais, verificaremos que Direito, poder, justiça e processo, O Direito se constitui na modernidade, o mais relevante dos instrumentos que viabilizam a conexão entre o agir do homem comum e o dos mundos do poder e dos negócios, havendo respeito um pelo outro, conseguiríamos, sem sombras de dúvidas, vivermos em uma sociedade lastreada na paz e na harmonia social, porquanto entenderíamos o profundo sentido da vida. Por fim, visualizaremos a criminalidade e os métodos de aplicação das Leis ao punir o homem, ser indefeso da obscuridade estatal.

**PALAVRAS-CHAVES:** Responsabilidade Civil, leis, poder, justiça e processo.

**ABSTRACT:** What we will see below is a fruit of labor of the work of the Brazilian civil law, Liability Carlos Roberto Gonçalves, the process, and The Spirit of Laws, Law, power, justice and process, Franz Kafka, Montesquieu and José Joaquim Calmon respectively. In this work, as the title mentions, we will work on one doubt: how will be tomorrow before the social question, sometimes existing in our country. Ills that overlap, surreptitiously, in state entities such as schools and dimensions. Moreover, we find that law, power, justice and process, The Law constitutes the modernity, the most important of the tools that enable the connection between the act of the

common man and the worlds of power and business, with respect for each other, we could, beyond a doubt, we live in a society backed peace and social harmony, because we would understand the deep meaning of life. Finally, we will see the crime and methods of application of laws to punish man, be helpless state of obscurity.

**KEYWORDS:** Liability, laws, power, justice and process.

---

## INTRODUÇÃO

O mandato é uma das formas de contrato previstas no Código Civil. O mandato judicial impõe responsabilidade de natureza contratual do advogado perante seus clientes.

A responsabilidade do advogado se assemelha à do médico, pois não assume ele a obrigação de sair vitorioso na causa. São obrigações de meio as decorrentes do exercício da advocacia e não de resultado. Suas obrigações contratuais, de modo geral, consistem em defender as partes em juízo e dar lhes conselhos profissionais, o que lhes cumpre é representar o cliente em juízo, defendendo pela melhor forma possível os interesses que este lhe confiou. Se as obrigações de meio são executadas proficientemente, não se lhe pode imputar nenhuma responsabilidade pelo insucesso da causa.

Admite-se, no entanto, que a obrigação assumida pelo advogado possa, em determinados casos, ser considerada, em princípio, de resultado, como na elaboração de um contrato ou da minuta de uma escritura pública, por exemplo, em que se compromete, em tese, a ultimar o resultado. Somente o exame do caso concreto, todavia, poderá apurar a ocorrência de eventual falha do advogado e a extensão de sua responsabilidade.

O advogado responde pelos erros de fato e de direito cometidos no desempenho do mandato. Quanto aos últimos, é necessário que o erro em si se revista de gravidade, para conduzir à responsabilidade do advogado.

A desatenção à jurisprudência corrente, o desconhecimento de texto expreso de lei de aplicação frequente ou cabível no caso, a interpretação abertamente absurda, não se deve olvidar que o advogado é o primeiro juiz da causa. A propositura de uma ação requer estudo prévio das possibilidades de êxito e eleição da via adequada. É comum, hoje, em razão da afoiteza de alguns advogados, e do despreparo de outros, constatar-se o ajuizamento de ações inviáveis e impróprias, defeitos esses detectáveis *ictu oculi*, que não ultrapassam a fase do saneamento, quando são então trancadas. Amiúde percebe-se que a pretensão deduzida seria atendível. Mas, escolhida mal a ação, o autor, embora com o melhor direito, torna-se sucumbente.

E fora de dúvida que o profissional incompetente deve ser responsabilizado, nesses casos, pelos prejuízos acarretados ao cliente.

Pode responder o advogado pelo parecer desautorizado pela doutrina ou pela jurisprudência, induzindo o cliente a uma conduta desarrazoada, que lhe acarretou prejuízos, segundo Carlos Roberto Gonçalves:

A perda de prazo constitui erro grave. Por constar expressamente da lei, não se tolera que o advogado o ignore. Na dúvida entre prazo maior ou menor, deve a medida judicial ser tomada dentro do menor, para não deixar nenhuma possibilidade de prejuízo ao cliente (2013, p. 278).

O advogado deve ser diligente e atento, não deixando perecer o direito do cliente por falta de medidas ou omissão de providências acauteladoras, como o protesto de títulos, a notificação judicial, a habilitação em falência, o atendimento de privilégios e a preferência de créditos. Deve, inclusive, ser responsabilizado quando dá causa à responsabilidade do cliente e provoca a imposição de sanção contra este, nas hipóteses dos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

Não será, entretanto, qualquer erro que irá dar à responsabilidade civil do profissional, proporcionando a respectiva ação de ressarcimento. E só quando ele for inescusável, patente, demonstrativo apenas de ignorância profunda é que terá justificativa o pedido de perdas e danos.

Proclamou o tribunal de justiça de São Paulo que tão só a circunstância de os autores terem sido julgados carecedores da ação, por inteiramente inadequada, extinguindo-se o processo sem exame do mérito, não proporciona, automaticamente, o direito a eventual ressarcimento pelos danos sofridos, sendo necessária a comprovação da total inépcia do profissional e de sua autoria como causador direto do dano.

Frisou o aresto que desde longa data têm as leis responsabilizado o advogado quando este, em razão de dolo, culpa ou ignorância, acaba causando prejuízo ao seu patrocinado (Código de Justiniano, 4, 35, 13; Ordenações Afonsinas, 1, 13, inciso 7º e 10).

E esta responsabilidade, que é, em princípio, tão só disciplinar que dizer, sujeita apenas às sanções prevista na legislação específica (Estatuto da OAB e Código de Ética Profissional), pode ser também civil e até penal, dependendo da gravidade do ato praticado.

Embora já afastada a ideia de gradação da culpa, mesmo porque, em tema de responsabilidade civil, aquela, por mínima que seja, se devidamente comprovada, já obriga a indenizar, realçam os autores a dificuldade da matéria quando a questão envolve a atividade do advogado no exercício de sua profissão. Atente-se, por primeiro, que o advogado não pode ser responsabilizado civilmente pelos eventuais conselhos que deu, convicta e honestamente, ao seu cliente, só porque não houve sucesso na ação que em seguida propôs, mas perdeu.

“O advogado não é responsável se os meios invocados podem ser honestamente sustentados” segundo Carlos Roberto Gonçalves;

São válidos, também para os advogados, os comentários feitos a respeito da responsabilidade civil dos méritos e dos profissionais liberais em geral em face do Código de Defesa do Consumidor (Seção III, retro, n. 12). Manteve-se o princípio de que tal responsabilidade pessoal será apurada mediante a verificação de culpa (art. 14, inciso 4º) (2013, p. 280).

Entretanto, é muito comum, hoje, tais profissionais agruparem-se em torno de empresas prestadoras de serviços, ou seja, sociedades de advogados. Como já se afirmou, a exceção ao princípio da responsabilidade objetiva consagrado no Código de Defesa do Consumidor aplica-se apenas ao próprio profissional liberal, não se estendendo às pessoas jurídicas que integre ou para as quais preste serviço.

A responsabilidade civil do advogado significa que este deverá, se considerado, arcar com aquilo que seria razoavelmente ganho na demanda, ou ainda com os prejuízos que, comprovadamente, a parte perdedora sofre em função da má atuação profissional. E há outras perdas, pois ser vencido numa demanda, sem dúvida, se traduz naquele estado depressivo, o que leva a uma compensação em dinheiro pelo dano moral.

### **DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Caso esteja sustentada por algum princípio constitucional, a colisão ocorre e sua solução se dará com a aplicação da máxima da proporcionalidade, muito embora as regras, em tese e nesta hipótese, tendem a prevalecer pela característica de seus comandos serem menos genéricos e mais autoritários. Poder-se ia concluir, pois, que a regra constitucional acaba sobrepondo-se ao princípio. Na realidade, por ser concreta, específica, subtraindo o do espaço genérico de aplicação do princípio, é uma retração do campo de incidência do princípio, por expressa vontade do constituinte originário.

Nestes moldes é que os valores políticos, jurídicos e éticos vêm determinados na Carta Magna na forma de normas constitucionais, que podem ser tanto regras quanto princípios. Cumpre registrar que as normas são os significados normativos do texto dado pelos intérpretes. Qualquer processo interpretativo ocorre pela impossibilidade da presença física em todos os acontecimentos mundanos; a realidade nunca é, de fato, sabida por aqueles que não presenciaram tal evento, que acaba por se perder no tempo e no espaço (MARTINS , 2009, p.52).

A verificação da importância do cumprimento de quaisquer dever fundamental, justifica o prejuízo causado pela intervenção ao direito fundamental à ampla defesa, chegando à inexorável conclusão negativa, notadamente pela insignificante interferência que a realização causa naquele. Para que a ponderação seja ainda mais segura e racional, acrescentamos juízos empíricos às premissas consideradas, com base na lei da ponderação epistêmica apresentada, concluindo que enquanto as evidências dos acontecimentos fáticos previstos nos enunciados que restringem à ampla defesa devem ser classificadas como seguras, as evidências dos acontecimentos fáticos previsto nos enunciados que objetivam realizar o dever tributário são apenas plausíveis.

## **O ESPIRITO DAS LEIS**

Quando surgirão os novos tempos? É uma pergunta difícil de responder, pois não sabemos. Que bom seria se vivêssemos em mundo onde pudéssemos plantar colher e dividirmos todo o alimento com o próximo. Que bom seria se honrássemos pai e mãe. Que bom seria se aprendêssemos a viver.

A sociedade fundou-se com o fito de sermos indivíduos plenos, voltados para uma forma de governo onde prevaleceriam os interesses do povo.

Mas o que dizer de uma sociedade que é totalmente o contrário das suas funções anteriormente propagadas? O que dizer de sociedades que se destoem diante de líderes irretocáveis e implicante com a sua liberdade e vida?

Assim iniciou-se em “Como a natureza do solo influi as leis”, na obra O Espírito das Leis, vejamos:

“A boa qualidade das terras de um país nele estabelece naturalmente a dependência. As pessoas do campo, que nele constituem a parte principal do povo, não são tão ciosas de sua liberdade. Encontram-se demasiado ocupadas e sobrecarregadas com seus assuntos particulares. Uma região rural repleta de bens teme a pilhagem, teme o exército. “Quem forma o bom partido?” – perguntava Cícero a Ático. “Serão os comerciantes e os camponeses? – a menos que imaginemos que se opõem à monarquia, eles, para os quais todos os governos são iguais, contanto que estejam tranquilos” (pág. 303)

Deste apanhar, trazendo à nossa realidade, verifica-se o quanto os líderes políticos conseguem destoar uma sociedade criada para fins humanos, voltados para o bem comum de todos. É impressionante o quanto somos conduzidos à beira do abismo por políticos corruptos e sem caráter, os quais implantaram um sistema de governo que desfigura os direitos dos homens. E as leis onde ficam diante de tudo isso? Risos só risos. Claro, ficam debaixo dos braços dos políticos que, por infelicidade de um sistema são eles que fazem as leis deste planeta. São eles quem alicerça a casa da interrogação do amanhã, porquanto, ainda obstruem a passagem da liberdade, bem como da felicidade humana. Assim, como queremos viver em um mundo de paz, harmonia e amor, se estes infelizes tomam conta dos nossos direitos e de nossa vida, “entre aspas”.

## **DIREITO, PODER JUSTIÇA E PROCESSO**

O Direito como produto do fazer dos homens, jamais se colocar na classe daqueles objetos criados pelo homem, operando com os matérias que a Natureza lhe proporciona, e que uma vez criados, adquirem autonomia e de certo modo são reincorporados à Natureza. O Direito é produzido pelo homem naquele nível de sua atividade específica, que denominamos de ação, mediante a qual atribui significação e dá sentido a quanto existe e com ele se relaciona, inclusive a sua experiência subjetiva e comunicação intersubjetiva. O Direito é o que dele faz o processo de sua produção. O poder judiciário, vai, em acordo de suas competências exercer seu papel de defensor dos Direitos Fundamentais, como bem leciona MORAIS (2013):

A função do poder judiciário é o de garantir os Direitos Fundamentais do sujeito em face do Estado, a saber, as intervenções na esfera privada somente se justificam se houver relevância coletiva e, no caso de investigações criminais, os fundamentos precisam ser firmes nos exatos limites normativos. Assim é que, vigorando o princípio da legalidade, não pode o juiz invocar o poder geral de cautela e inventar novas modalidades o poder geral de cautela é estranho ao processo penal, até porque coloca o juiz no lugar de jogador (p.111).

Com todas as medidas de natureza, será lícita e, então processualmente admissível e valorável quando a constituição e pela lei. De outra forma, representará ilícito penal, civil, e, eventualmente, administrativo sendo absolutamente imprestável à presecução penal, por força do comando constitucional inserto no artigo. 5º, LVI, irreduzível quando se tratar de provas para fundamentar uma condenação, entretanto, para o seu deferimento, deve se demonstrar a imprescindibilidade da produção especialmente a ausência de outros meios.

A organização e produção de bens, divisão do trabalho, social, de outro, dada a escassez, imperativo também organizar-se o processo de apropriação do produto do trabalho social. Porque ineliminável o desatendimento dos desejos de alguns, sempre potencialmente ameaçador, pela insatisfação que mobiliza para a resistência, garante-se a efetividade e funcionalidade do processo econômico mediante o uso de instrumentos de persuasão e coerção, dentre os quais o Direito assume papel relevante. Retiramos dessa reflexão o convencimento da necessária correlação do jurídico com o econômico, o que desautoriza sua compreensão em termos estritamente formais, como pura norma ou juízo.

Na convivência humana têm origem todas as coisas que dizem respeito à condição humana e para ela deve convergir quanto diz respeito ao homem, inclusive enquanto indivíduo, ser inédito, irrepetível, biográfico. Também nela e por ela devem ser buscadas as soluções. A justificação pela transcendência é insuscetível de universalização, por pressupor uma fé comum e, inclusive, nem mesmo é conatural à fé, porquanto crê na transcendência é perfeitamente compatível com a descrença na existência de uma “lei divina” direcionadora de nosso agir prático, passível de ser intuída pelos homens e projetar-se proficuamente como disciplinadora de suas vidas pessoais e de sua convivência. A visão racional-individualista, no seu desdobramento inelutável-relativismo e subjetivismo finda por negar-se a si mesma e transmutar-se em porta aberta para o arbítrio em nome da razão (p.59).

Nem o processo, um instrumento aparentemente neutro, dito estritamente técnico, foge desse comprometimento. Ele também, e

principalmente ele, está carregado de intenções políticas e tem múltiplas implicações econômicas e mil disfarces ideológicos. Não se trata de um problema de super ou infraestrutura, assegurada a prioridade do econômico ou do político. Há sinergia, à semelhança do que acontece com o ser humano. Vários sistemas, nervoso, respiratório, digestivo, circulatório, muscular etc. há comandos provindos do cérebro que incidem nos órgãos e funcionamento dos outros sistemas, mas ele próprio se coloca sob a influência dos sentidos e sofre o impacto da fisiologia e da patologia dos órgãos integrantes dos outros sistemas. O somático e o psíquico interagem, mutuamente se influenciando. Em resumo: o que existe é uma pluralidade convergindo para uma única realidade essencial do homem.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre o que vimos de responsabilidade civil e norteado pela concepção de um direito que evolui no tempo, de forma a abraçar a interminável dinâmica da realidade social em que vivemos, toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. A justiça é justiça social, antes de tudo: é atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação duma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem; e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade. Mas até a injustiça como também o Anti direito (isto é, a

constituição de normas ilegítimas e sua imposição em sociedade mal organizadas) fazem parte do processo.

Em opinião à injustiça, que um sistema institua e procure garantir, opõe-se o desmentido da justiça social conscientizada; às normas, em que aquele sistema verta os interesses de classes e grupos dominadores, opõem-se outras normas e instituições jurídicas oriundos de classes e grupos dominados, e também propagam, e tentam substituir os padrões dominantes de convivência, impostos pelo controle social ilegítimo; isto é, tentam generalizar-se rompendo os diques da opressão estrutural.

Por outro lado, trago um Deus como salvador da pátria, porque só ele pode nos livrar deste ínfimo mundo, onde encontramos crianças e adolescentes tendo seus direitos usurpados covardemente.

Do mais, acrescente-se a isso, a marginalidade sendo combatida através de punições que ultrapassam os limites da pena, formando assim seres humanos marginais, esculpidos pelo ódio e pelo rancor de uma sociedade que deveria ajudá-los ao invés de culpa-los e renegar-lhes o direito de vida.

A tudo isso finalizo com os seguintes termos: Não existirá o amanhã se não pensarmos no hoje, pois o hoje esta precisando urgentemente que todos nos saibamos aprender a viver. Passado isto, poderemos pensar em construir um novo tempo onde a paz e a felicidade voltarão a reinar quando do inicio do mundo.

## REFERÊNCIAS

MARTINS, Marcelo Altoé. **Direito Versus Dever Tributário Colisão de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Tradução, introdução e notas Edson Bini – Bauru, SP: EDIPRO, Série Clássicos, 2004.

MORAIS, Alexandre da Rosa. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

PASSOS. Joaquim José Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

ROBERTO, Carlos Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil**. São Paulo, Saraiva, 2013.



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**

**ANDREY ORESZCO DE SOUZA**

**ASTREINTES: ESTUDO DO CARÁTER SANCIONATÓRIO  
DA MULTA PROCESSUAL E SUA DESVINCULAÇÃO COM  
O VALOR ECONÔMICO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL**

Salvador  
2014

**ANDREY ORESZCO DE SOUZA**

**ASTREINTES: ESTUDO DO CARÁTER SANCIONATÓRIO  
DA MULTA PROCESSUAL E SUA DESVINCULAÇÃO COM  
O VALOR ECONÔMICO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Dantas Góes e Góes

Salvador  
2014

**ANDREY ORESZCO DE SOUZA**

**Astreintes: Estudo do Caráter Sancionatório da Multa  
Processual esua Desvinculação com o Valor Econômico da**

Monografia aprovada em 16/12/2014 pela banca examinadora da Universidade Federal da Bahia, do curso de graduação da Faculdade de Direito, composta pelos seguintes membros:

Maurício Dantas Goés e Góes – Orientador \_\_\_\_\_

Professor Assistente da Universidade Federal da Bahia

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Wilson Alves de Souza \_\_\_\_\_

Professor Associado da Universidade Federal da Bahia

Doutor e Pós-Doutor em Processo Civil pela Universidade de Coimbra

Professor Rodrigo Salazar \_\_\_\_\_

Professor Substituto da Universidade Federal da Bahia

Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal da Bahia

A Elaine, mãe generosa, que nunca se fartou de me apoiar nos momentos mais difíceis; Marcos, pai paciente, que sempre se esforçou para que eu fosse melhor a cada dia; Thayse, irmã querida, que deu um toque de humor na serenidade do nosso lar; Flávia, companheira amorosa, que me apoiou com muito carinho e dedicação; e, principalmente, a Irena, avó e ser iluminado de grandeza especial que não está mais entre nós, que me ensinou que não há magia maior do que aquela vivida no cotidiano.

## AGRADECIMENTOS

São poucos mas ajudaram imensamente...

A Maurício Dantas Góes e Góes que, com tão pouco tempo disponível e de convivência, se dispôs a ajudar imensamente com críticas pertinentes, noções metodológicas, encorajamento e por sempre acreditar no fruto do meu trabalho. Acima de tudo muito obrigado pelo incentivo e pela cordialidade.

A Guilherme Marback, pela consideração e amizade, que tanto contribuíram a meu engrandecimento profissional.

A Juliana Levita, que sempre se mostrou disposta a me ajudar com a ABNT e contribuiu muito para a correção da monografia.

A Guilherme Dourado, pelo apoio na revisão deste trabalho e, acima de tudo, amizade e apoio. Dizem que amigos são a família que escolhemos.

E acima de tudo, a Universidade Federal da Bahia e Faculdade de Direito, as quais me acolheram e me proveram com o conhecimento necessário para realizar esse trabalho. Obrigado a todos...

*“Não há coisa mais fria do que o conselho cuja aplicação seja impossível”.*

Confúcio

SOUZA, Andrey Orezco de. **Astreintes: Estudo do Caráter Sancionatório da Multa Processual e sua Desvinculação com o Valor Econômico da Obrigação Principal**. 66 f. Monografia (Graduação). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

## RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade estudar o instituto da multa coercitiva por descumprimento das obrigações de fazer / não fazer, conhecidas também como astreintes, e sua relação com o valor econômico da obrigação principal, considerando seus aspectos históricos, bem como a evolução doutrinária e jurisprudencial até os dias atuais. Em um primeiro momento serão apresentados os meios de execução existentes, sub-rogação e coerção, além de sua relação com a satisfação da tutela no processo/ fase executiva. Os meios de coerção serão aprofundados para que se evidenciem suas diferenças. Após, investigar-se-á o contexto primordial em que as astreintes são necessárias, apresentando as divergências conceituais e controvérsias jurisprudenciais. Em um terceiro momento, o trabalho irá apresentar sugestões para a aplicação das astreintes e seu relacionamento com o valor econômico da obrigação. O trabalho utiliza eminentemente pesquisa jurisprudencial e doutrinária com a ambição de ser uma solução alternativa a reiterada aplicação jurisprudencial que finda por mitigar o valor das astreintes sob o argumento de evitar o enriquecimento sem causa do credor.

**Palavras-chave:** Astreintes. Valor econômico da obrigação principal. Enriquecimento sem causa. Medida coercitiva. Proporcionalidade e razoabilidade.

## ABSTRACT

The present work aims to study the Institute of coercive fines for failure to comply with obligations to do / not do, also known as astreintes, and its relation to the economic value of the principal obligation considering its historical and doctrinal and jurisprudential aspects of evolution to the present day. At first the means of existing, subrogation and coercion implementation will be presented, along with its relationship with the satisfaction of the guardianship process / implementation phase. The means of coercion will be deepened to evidence their differences. After, it will be investigated which is the primary context in which astreintes are necessary, then, to deepen the institute, presented the conceptual differences and jurisprudential controversies. In a third phase the work will present suggestions for the application of astreintes and its relationship to the economic value of the obligation. The work uses essentially jurisprudential and doctrinal research with the ambition to be an alternative solution to repeated judicial application by mitigating the ending value of astreintes arguing to prevent unjust enrichment of the lender.

**Palavras-chave:** Astreintes. Economic value of obligation home. Unjust enrichment. Measure coercive. Proportionality and reasonableness.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>ESPÉCIES DE EXECUÇÃO OU “MEIOS EXECUTÓRIOS”</b> .....	<b>11</b>
2.1	DA EXECUÇÃO DIRETA.....	11
2.1.1	<b>Desapossamento</b> .....	<b>14</b>
2.1.2	<b>Transformação</b> .....	<b>16</b>
2.1.3	<b>Expropriação</b> .....	<b>19</b>
2.1.3.1	Desconto.....	22
2.1.3.2	Adjudicação .....	23
2.1.3.3	Alienação por iniciativa particular.....	25
2.1.3.4	Alienação por Hasta Pública .....	26
2.1.3.5	Usufruto .....	28
2.2	DA EXECUÇÃO INDIRETA.....	30
2.2.1	<b>Da Coerção</b> .....	<b>35</b>
2.2.1.1	Coerção Pessoal .....	38
2.2.1.2	Coerção Patrimonial.....	40
<b>3</b>	<b>ASTREINTES</b> .....	<b>42</b>
3.1	CONCEITO .....	42
3.2	ASPECTOS HISTÓRICOS .....	44
<b>4</b>	<b>DA VINCULAÇÃO DAS ASTREINTES AO VALOR ECONÔMICO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL</b> .....	<b>46</b>
4.1	VISÃO DOCTRINÁRIA.....	46
4.2	VISÃO JURISPRUDENCIAL.....	49
4.2.1	<b>Jurisprudências que Limitam o Valor da Multa ao da Obrigação Principal</b> .....	<b>50</b>
4.2.2	<b>Jurisprudências que Desvinculam o Valor da Multa ao Valor Econômico da Obrigação</b> .....	<b>55</b>
4.3	VISÃO DO AUTOR .....	58
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>61</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>64</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Ainda que atualíssimo o tema das astreintes, o mesmo não deve ser considerado novo. Nascido da jurisprudência francesa e ingressado no ordenamento jurídico brasileiro, as astreintes são, sobretudo, fonte de polêmicas e divergências jurisprudenciais e doutrinárias.

Embora não seja o intento deste trabalho esgotar o tema, buscar-se-á fazer um apanhado geral para identificar a melhor solução em relação à aplicação da multa coercitiva.

A utilização de critérios razoáveis para a aplicação das astreintes é tema atual e relevante para o ordenamento pátrio. O Código de Processo Civil de 1973 prevê a utilização das astreintes e deixa a crivo do julgador a maleabilidade no emprego dessa multa processual. No entanto, a jurisprudência e a doutrina têm divergido quanto a adstrição da multa ao valor econômico da obrigação principal. Essa celeuma de fontes causa insegurança jurídica e perfaz incredulidade nas astreintes como instrumento de coação. Com tamanha insegurança, poderia se supor a possibilidade da aludida multa não atingir seu fim colimado.

Neste trabalho de pesquisa será investigada a possibilidade de as astreintes serem aplicadas desvinculadas do valor econômico da obrigação principal visando tornar o mandamento judicial eficaz. Tal investigação tem como foco o ordenamento jurídico pátrio e analisa a jurisprudência e doutrina nacional.

A metodologia utilizada é eminentemente de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista que, ao que se propõe, são suficientes para se discorrer adequadamente sobre o tema.

O trabalho está dividido em cinco capítulos contendo introdução, desenvolvimento e conclusão.

Este é o primeiro capítulo, onde é apresentada a introdução ao trabalho, contendo a pesquisa realizada, opções metodológicas e informações sobre o que cada um dos capítulos tratam.

No segundo capítulo, os meios executórios serão divididos em dois subtópicos. No primeiro subtópico, sobre execução direta, será caracterizado o que vem a ser uma execução, pontuando-se o que são os atos executivos e meios executórios, a relação entre o meio executório e a obrigação exequenda, a constatação da diferença entre a execução direta e indireta, entre outros elementos considerados importantes para a caracterização da diferenciação entre execução direta e indireta. Logo após, serão apresentadas sucintamente as principais formas de execução direta: desapossamento, transformação e expropriação. Por fim, será efetuada

uma exposição crítica acerca da execução direta e sua insuficiência em dadas situações concretas.

O segundo subtópico, da execução indireta, terá como foco as obrigações de fazer / não fazer, tendo em vista que grande parte dos problemas envolvendo as astreintes derivam desse tipo de obrigação, mais especificadamente as personalíssimas.

Considera-se fundamental entender a importância da coerção para além do âmbito endoprocessual, identificando a tutela objetivada na execução indireta. Requer-se, ainda, elencar algumas possibilidades alternativas à tutela específica das obrigações de fazer / não fazer, bem como, conceituar e relacionar os meios coercitivos e a execução indireta. Também será apontada a relação entre meios coativos e a infungibilidade. Por fim, serão pontuados os meios de coerção existentes.

No terceiro capítulo, serão aprofundados os aspectos gerais das astreintes. Para conceituá-las, duas teses doutrinárias serão evidenciadas: astreintes como instrumento de coerção e como medida de preservação da dignidade da justiça. Em seguida, far-se-á uma incursão histórica no instituto desde seu surgimento, até sua adaptação para o cenário brasileiro. Com essa abordagem, pretende-se tornar a maturação do leitor sobre o tema menos drástica, visando o entendimento das críticas a serem apresentadas no capítulo seguinte.

No quarto e penúltimo capítulo do desenvolvimento do trabalho, será abordado propriamente o tema das astreintes e a desvinculação com o valor econômico da obrigação. No primeiro sub-tópico, serão expostos os entendimentos doutrinários sobre o tema, seja negando, seja aceitando a desvinculação ao valor econômico da obrigação principal, como também, aqueles que crêem no valor exorbitante como forma de coação psicológica, independentemente do valor econômico. No segundo sub-tópico, será analisada a jurisprudência, desde o REsp. 13.416-0-RJ, 17.03.1992, o primeiro acórdão que reduziu as astreintes a fim de evitar o enriquecimento sem causa, até o Resp. 1333988 SP 2012/0144161-8, no qual, na seara de recursos repetitivos, fixou entendimento de que as astreintes não fazem coisa julgada. Também serão trazidas diferentes jurisprudências como a da 3ª Câmara de Direito Público, no Agravo AGV 3350269/ TJ-PE e no enunciado nº 144 do FONAJE.

No terceiro subitem, e último momento do trabalho, será apresentada uma posição sobre a limitação ao valor econômico da obrigação, tentando, ao mesmo tempo, dirimir as controvérsias através da apresentação do posicionamento adotado.

No quinto e último capítulo, será trazida a conclusão do trabalho, visualizando se a pesquisa logrou êxito em sustentar a hipótese.

## 2 ESPÉCIES DE EXECUÇÃO OU “MEIOS EXECUTÓRIOS”

### 2.1 DA EXECUÇÃO DIRETA

Este trabalho inicia-se sob a perspectiva da execução direta. Segundo Liebman (1946, p. 15-16), a atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar atuação à sanção recebe o nome de execução. A execução direta, quando não específica, seria aquela que tem por fim conseguir o resultado prático a que tendia a regra jurídica e sem a necessária vontade do executado.

O ato de executar, em verdade, pode se desdobrar em uma série de complexo de atos denominados procedimento.

A nota comum dos atos executivos é a invasão da esfera jurídica do executado. Através dos meios executórios, o ato pode deslocar coativamente pessoas e coisas, e provocar transferência de valores para outro círculo (ASSIS, 2013, p. 101).

O que seriam os meios executórios? O legislador tratou os meios executórios como espécies de execução. Equivocado seria esse ponto de vista na visão do autor Assis (2013, p. 145-146), pois a terminologia espécie aludiria a três conceitos distintos, causando confusão, quais sejam: os próprios meios executórios; o caráter definitivo ou provisório da execução; a origem do título executivo do credor, judicial ou extrajudicial. Assim,

Combinando todas as forças, ponderando todos os valores, chega-se ao seguinte enunciado: meios executórios constituem a reunião de atos executivos endereçada, dentro do processo, à obtenção do bem pretendido pelo exequente. Eles veiculam a força executiva que se faz presente em todas as ações classificadas de executivas, e não só naquelas que se originam do efeito executivo da sentença condenatória. (ASSIS, 2013, p. 144)

Observa, ainda, Assis (2013, p. 374-375), em relação aos meios executórios, que o art. 475-O do Código de Processo Civil dispõe que a execução provisória será feita do mesmo modo que a definitiva. Ou seja, a escolha do meio executório vai obedecer a mesma orientação em ambas as modalidades de execução. Dessa observação se extrai que o caráter provisório não se refere a eficácia do título ou dos meios executivos, e sim, da possibilidade de reforma eventual. Escolhido o meio executório irá ser aplicado o dispositivo do art. 475-O do CPC.

É importante que seja ressaltado que os meios executórios presentes no capítulo concernente aos títulos judiciais servem tanto para esses, quanto aos extrajudiciais. Diz o art. 461, § 5º do CPC:

Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (BRASIL, 1973)

E o art. 644 do CPC ressalta: “a sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo” (BRASIL, 1973). Ou seja, os meios executórios não mais restringem-se ao processo de execução.

Outra característica dos meios executórios é estar diretamente ligados à forma que será praticada a execução. Essa, por sua vez, será desenvolvida proporcionalmente a obrigação exequenda em questão e ao comportamento do executado:

A execução forçada pode ocorrer com ou sem a participação do executado. A depender do tipo de providência executiva estabelecida pelo magistrado na sua decisão – se ela depende, ou não, da participação do devedor – é que se pode estabelecer uma diferença entre a decisão executiva e a decisão mandamental. (DIDIER Jr. et al, 2014, p. 33)

A execução será direta quando for possível, através dos atos executivos, adentrar na esfera patrimonial do executado ou quem quer que tenha a responsabilidade patrimonial vinculada, e satisfazer a execução. Nessa hipótese o Estado se sub-roga no papel originariamente pertencente ao polo passivo da execução. Será indireta, por sua vez, quando necessitar da atitude do executado. Não sendo, nessa última hipótese, suficientes os atos praticados pelo aparato estatal.

Ainda observa Marinoni (2011, p. 72-73) que as diferenças das modalidades de execução decorrem do fato de a execução ser concebida como ato jurisdicional<sup>1</sup> que substitui a vontade do devedor. Esse entendimento, levou a doutrina clássica a dizer que execução indireta não seria execução propriamente dita pois a sua atuação sobre a vontade do devedor não seria suficiente para caracterizar uma “execução forçada”.

Para Theodoro Júnior (2014, p. 209) os meios de coação não integram os quadros de medidas executivas propriamente ditas, embora parte da doutrina insista em apelidá-los de execução indireta.

Didier Jr. et al (2014, p. 33-38) dividiram as técnicas de execução direta e indireta pelo conteúdo da decisão judicial. A decisão executiva é aquela que impõe uma prestação ao réu e impõe uma medida coercitiva direta. Esta seria adotada em substituição à conduta do devedor

---

<sup>1</sup>Embora o autor se refira aos títulos judiciais, a lição também se aplica aos títulos extrajudiciais.

que não cumpriu voluntariamente o dever que lhe foi imposto. Estaria, então, fundada na noção de execução direta (ou por sub-rogação). Ou seja, poderá o Judiciário substituir a conduta prescindível do executado pela conduta do próprio estado-juiz.

Conforme o executado prescinda, ou não, de participar na execução, surgirão as técnicas de execução direta ou indireta (DIDIER Jr. et al, 2014, p. 436-437). É que, embora seja do crivo do magistrado escolher nas obrigações de fazer e não fazer a técnica para alcançar a satisfação da execução, muitas vezes, a técnica coercitiva da execução indireta se mostra mais efetiva.

Este trabalho irá discorrer, com maior profundidade, acerca da Execução Indireta. Portanto, a análise pormenorizada, através do raciocínio dedutivo, irá esmiuçar este conceito, a fim de se chegar à especificidade do tema das astreintes. Antes, no entanto, é importante conceituar a execução direta, afinal, a execução indireta só tem sentido quando não for possível dispensar a participação do executado. Isso porque, conforme Didier Jr. et al (2014, p. 437) a decisão fundada no art. 461 do CPC que impõe o cumprimento de uma prestação de fazer ou não fazer pode ser mandamental ou executiva. No entanto, conforme o autor supramencionado aduz, a tendência é que os magistrados prefiram a execução indireta.

De acordo com Assis (2013, p. 151), a execução direta ou, os meios executórios de sub-rogação, tem seu nascimento historicamente ligado ao desaparecimento da vinculação da pessoa à dívida. Excluídas as obrigações de fazer e não fazer infungíveis, revela-se uma forma de entregar, independentemente da vontade do executado, aquilo que se espera da execução.

A diferença entre os meios de execução direta está no modo de penetração na esfera patrimonial do devedor. São eles: desapossamento; transformação; e expropriação. Esta última se desdobra em meio de desconto; meio da adjudicação; meio da alienação por iniciativa particular; meio da alienação por hasta pública; e meio do usufruto.

Ora, nada mais justo que a existência de um mecanismo executório que se sub-rogue na prestação que deveria ter sido adimplida pelo devedor. Afinal, se o estado não deve ser visto como um soberano, ainda assim tem que tutelar os direitos do seu cidadão.

Adiante, vejamos cada um desses meios de execução por sub-rogação pormenorizada-mente, mas sem o condão de esgotar o tema, até porque o núcleo da monografia encontra-se nos meios indiretos de execução.

### 2.1.1 Desapossamento

Segundo Dinamarco (1973, p. 112), o Código de Processo Civil de 1973 adotou uma postura de lógica jurídica ao atribuir para cada pretensão na execução um meio executório correspondente. Portanto existiria uma conexão clássica entre a) execução por desapossamento e execução para entrega de coisa; b) execução por transformação e execução de obrigações de fazer e não fazer; c) execução por expropriação e execução por quantia certa.

O Desapossamento é comumente o meio apropriado para a execução da obrigação de entregar coisa certa, e de direitos reais. É atividade simples e imediata. Caso a coisa seja móvel, existirá uma procura pelo bem, que será encontrado e entregue ao exequente. O art. 625: “não sendo a coisa entregue ou depositada, nem admitidos embargos suspensivos da execução, expedir-se-á, em favor do credor, mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, conforme se tratar de imóvel ou móvel” (BRASIL, 1973), distingue a busca e apreensão dirigida às coisas móveis, da imissão de posse, restringida a imóveis.

Assis (2013, p. 597-598) nos adverte que o campo do desapossamento orientado para a execução de entrega de coisa é mais largo do que o art. 621 do CPC permite inferir. Esse, por sua vez, limita-se a entrega de coisa certa a ação nascente de título extrajudicial. Excluir-se-iam assim as ações executivas de título judicial (como imissão de posse, de depósito). Com as mudanças ocasionadas pela Lei 11.232/2005, uma série de alterações legislativas evidenciaram a operacionalidade do meio executório do desapossamento advindo de título judicial. Assim: art. 475-I, primeira parte, o desapossamento ocorrerá na relação processual originária, seja o que se basear em provimento antecipatório (art. 273), seja o que emergir do provimento final. Como exemplo temos o art. 65. *caput* e §º 1 da Lei 8.245/1991, ao tratar de despejo, prevendo o emprego da força.

A bem da verdade, todas as ações executivas podem operar pelo meio do desapossamento. O incentivo de modificações, para evidenciar a flexibilidade do meio do desapossamento, ocorridas pela lei 10.444/2002, acabou acarretando em equívoco inverso contido pela descrição exegética do conteúdo do art. 461-A, *caput*, pois a ação não se torna executiva *lato sensu* por conta de uma modificação legislativa e sim por conta do direito material posto em causa. Ou seja, a força executiva retira o valor que está no patrimônio do demandado e reposiciona no do demandante. Portanto, o que distingue a execução *lato sensu* é a eficácia imediata da força executiva diante do direito material posto.

Assis (2013, p. 600) diz que em relação à certeza do desapossamento existe uma diferença entre os art. 621 do CPC e o art. 461-A. O primeiro fala em coisa certa e o segundo

apenas em coisa. Distintas que sejam as coisas fungíveis os bens móveis podem substituir outros de mesma espécie, qualidade e quantidade. São assim feitos ou por que podem ser individualizados ou quantitativamente determinados. Caso não o sejam previamente serão em juízo. Seria impossível entrar na esfera patrimonial do obrigado sem saber exatamente o que procurar.

O objeto do desapossamento (ASSIS, 2013, p. 600-601) pode ser objeto móvel e imóvel, bem genérico e infungível. O dinheiro não poderia, pois tem como meio próprio a expropriação, vista adiante. Até mesmo a pessoa humana poderia ser objeto de entrega e desapossamento. No art. 839 do CPC habilita a necessidade de entregar pessoas, normalmente menores, a outrem. No entanto, o direito litigioso é estranho a execução em foco, porquanto não contém natureza obrigacional, visto apenas a título de curiosidade.

Quando o objeto do desapossamento for bem móvel será utilizado o procedimento de busca e apreensão. Por exclusão, chamar-se-á de imissão o procedimento de desapossamento para bem imóvel. Ora, por óbvio, não faria sentido a apreensão de um bem que sempre se soube a localização.

O desapossamento pode ocorrer pela entrega de coisa certa ou incerta. Os art. 461-A, § 1º, para título judicial, e 629, 630 e 631 para os títulos extrajudiciais, todos do CPC, preveem um incidente de individualização da coisa a ser entregue. A coisa incerta é, segundo o Código Civil art. 243, aquela determinada ao menos em relação ao gênero e à quantidade (BRASIL, 2002), como, por exemplo, uma certa quantidade de gado. A regra é que o devedor individualize a coisa.

Para Theodoro Jr (2014, p. 862) não há separação ou autonomia entre os atos característicos do desapossamento de busca e apreensão pois são interligadas as suas finalidades. O que esse autor quer dizer é que como os atos são, via de regra realizados simultaneamente, eles se complementam. O oficial de justiça ao efetuar a busca terá como finalidade a apreensão e esta não poderá dispensar uma busca ainda que simplificada.

O desapossamento é um meio executório eficiente. No entanto, como todo meio executório tem suas insuficiências. É só pensarmos na dificuldade fática de se efetuar a busca e apreensão de um bem. Se o executado não adimpliu espontaneamente poderíamos especular que ou descumpriu a ordem judicial por motivo peculiar ou para evitar um ônus decorrente do próprio bem apreendido. Nem sempre o bem móvel é de fácil transporte. Porém a transformação garante, muitas vezes, a tutela pretendida pelo exequente. Nesse sentido a eficiência.

### 2.1.2 Transformação

A transformação denota maior complexidade que o meio anterior. Pois é necessária a invasão da esfera patrimonial do executado para executar obrigações de fazer fungíveis ou direitos a ela equiparados.

Decorre do princípio da especificidade a ideia de que a resolução por perdas e danos são tratadas pelo sistema processual atual como medidas excepcionais. Menos interessante que a tutela específica objetivada e mais interessante que a tutela genericamente pensada, das perdas e danos, a transformação objetiva o resultado prático equivalente, ou seja, a forma reflexa da tutela específica. Por mais que não seja propriamente objeto deste estudo, convém trazer as anotações de Queiroz e Campos (2010):

Contudo, não há consenso sobre o instituto do “resultado pratico equivalente” disposto no caput do Art. 461, como forma reflexa da tutela específica. Os doutrinadores qualificam varias diferenças entre a aplicação da tutela específica e o resultado pratico equivalente, dentre elas:a) Somente é possível a tutela específica quando existe a possibilidade de cumprimento ou de correção do cumprimento imperfeito da obrigação, sendo o contrario a busca pelo equivalente. b) Quando possível a tutela específica, fica impedido, o juiz, de alterar o pedido imediato do autor, não obstante, fica munido das formas que achar necessárias, de ofício ou a requerimento da parte, para garantir o cumprimento da obrigação; todavia, frustrado ou impossível, a obtenção da tutela específica, mesmo sem requerimento, o juiz, na busca do resultado equivalente, pode além de alterar o pedido imediato, alterar o próprio bem da vida pretendido pelo autor; c) A obtenção do resultado pratico equivalente ao do adimplemento é coisa distinta da obtenção da tutela específica, e com ela não se confunde.

O que é a transformação? É o procedimento primordialmente utilizado quando, tendo em vista uma obrigação de fazer / não fazer, prescinde da especialidade do executado. Caso eu possa substituí-lo por outro indivíduo que seja capaz de exercer o papel pretendido, a transformação será viável e o resultado objetivamente similar ao que fora previamente estabelecido.

Por estar seu procedimento alocado naqueles que correspondem aos títulos extrajudiciais poderia se pensar que não serviria para os decorrentes de títulos judiciais. No entanto, devido a fungibilidade dos meios executórios, sabe-se que o incidente de transformação é real e normalmente utilizado.

O procedimento se inicia através do requerimento do exequente para a execução da obrigação não adimplida pelo executado às custas deste. A redação do art. 634 do CPC diz: “Se o fato puder ser prestado por terceiro, é lícito ao juiz, a requerimento do exequente, decidir que aquele o realize à custa do executado”. Ela foi simplificada pela lei 11.382/2006.

Será o juiz que recrutará terceiro. Esse, sendo Pessoa jurídica ou física, avaliará a natureza do fato, a respectiva extensão, e o custo do empreendimento, apresentando proposta ao juiz. A isso, dá-se o nome de orçamento/ ou apresentação de proposta.

O juiz, ao examinar o roteiro traçado pelo terceiro, aprovando a proposta, ordenará ao exequente que antecipe as despesas. O art. 637 do CPC assegura ao exequente o direito de preferência perante terceiro. O que é esse direito? no prazo de cinco dias contados da apresentação da proposta por terceiro, nas mesmas condições dadas ao empreiteiro que realizar a obra, sub-rogar-se na função que iria ser exercida pela empreitada.

Na certificação de cumprimento correrão dez dias da prestação do fato. Caso não haja impugnação dará por cumprida a obrigação. Se houver impugnação terá de decidir sobre ela.

Caso o contratante / terceiro não preste a obrigação da maneira correta, o credor poderá requerer, no prazo de dez dias da prestação insatisfatória, a reparação ou concluir agora por conta do contratante. Nesse caso o contratante será ouvido no prazo de cinco dias e o magistrado mandará avaliar o custo das despesas necessárias e condenará o contratante a pagá-lo.

O procedimento de transformação, acima mencionado, está disposto nos art. 633 à art. 637 do CPC.

Por mais que seja desanimador o método empregado por esse meio de execução, existem inúmeros deveres relevantes que clamam por execução específica e se subordinam à transformação. Por exemplo, a remoção de certo defeito construtivo do edifício, que esteja em unidade autônoma de um condomínio recalcitrante e incivil que impede o uso regular dos equipamentos sanitários do vizinho, terminará por refluir ao figurino do art. 634.

Como salientam Didier Jr. et al (2014, p. 493), a transformação está prevista inclusive na legislação material:

O próprio direito material prevê a possibilidade de prestação fungível de fazer ou o desfazimento do ato a cuja abstenção se obrigara o devedor serem executados por terceiro, à custa do devedor. Eis que diz, no particular, o Código Civil vigente: Art. 249. “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível”. Parágrafo único. “Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”.

Theodoro Júnior (2014, p. 638) explica que a razão de ser do procedimento da transformação foi a consideração da solução por perdas e danos como injusta e insatisfatória:

Como essa solução era, em muitos casos, injusta e insatisfatória, criou-se a concepção da fungibilidade de certas obrigações de fazer, que seria aplicável sempre que a prestação devida não fosse personalíssima e pudesse ser cumprida a contento mediante ato de terceiro. Assim, a execução da obrigação

poderia ser feita de maneira específica, proporcionando ao credor exatamente o resultado ajustado, mesmo sem a colaboração do devedor. A este, afinal, caberia suportar os custos da realização in natura da prestação por obra de outrem. A adjudicação do empreendimento a um terceiro fazia-se por meio de uma empreitada judicial, segundo o complicado procedimento traçado pelo Código de Processo Civil nos artigos 632 a 643.

Salienta Assis (2013, p. 572) que, na transformação, como nos outros casos de cumprimento voluntário da obrigação, finda a execução. Desde que no prazo assinalado o executado cumpra a obrigação de fazer. Caso assim o faça será inaugurado um incidente de verificação, previsto no art. 635, e caso o juízo considere como satisfeita a obrigação de fazer, o processo chega ao seu fim. O mesmo ocorre com a obrigação de não fazer.

Já Didier Jr. et al observam (2014, p. 491) que diferentemente do que ocorre na execução por quantia, o legislador não estabelece um prazo para cumprimento voluntário da obrigação de fazer. Portanto, fica a critério das partes caso tenham disposto no título previamente ou a critério do magistrado caso tenham sido omissas.

É importante que se faça a constatação de que até em um procedimento que majoritariamente visa a transformação pode ocorrer a medida coercitiva. É a constatação que fazem Didier Jr. et al (2014, p. 491), ao afirmarem que pode o magistrado fixar qualquer medida coercitiva, direta ou indireta, buscando compelir o devedor a realizar a prestação no prazo para cumprimento voluntário.

Ainda com Assis (2013, p. 631) para que ocorra a transformação será necessário que terceiro se apresente. Não poderá ser constrangido compulsoriamente a fazê-lo. No entanto, poderá ocorrer a renovação do procedimento baseando-se na época mais oportuna para o mercado e em novas e melhores condições.

O exequente será submetido ao incidente de encerramento. Tem o obrigado legitimidade e interesse para questionar a exatidão do cumprimento, valor e custos suplementares pelo excesso de diligência do credor. O terceiro, caso aprovada sua proposta, tornar-se-á contratante.

Na fase final será apurada a exatidão do adimplemento. Caso o contratante não cumpra a exatidão do adimplemento, o exequente insatisfeito deverá reclamar ao juiz.

O prazo de reclamação é de dez dias. Pode-se contar o início desse prazo desde a abertura do contraditório sobre o cumprimento (art. 635 do CPC) ou do esgotamento do prazo prescrito no edital. Depende da espécie de inadimplemento, se parcial ou total. Nesse período poderá o credor concluir e reparar o empreendimento por si ou através de terceiro por conta do contratante.

Oportunizar-se-á também o contraditório para o contratante. Ele poderá ter três atitudes: impugnar a postulação, admitir a reclamação ou se omitir.

Nessas três hipóteses a consequência será o juiz realizar a vistoria e avaliação. Se for o caso determinará o custo das despesas necessárias sem prejuízo das perdas e danos.

O provimento que condena o contratante pode ser impugnado por agravo, pois resolve o incidente. É interessante notar que se abre uma espécie de incidente de execução dentro do incidente de transformação e será aberta nova execução de custeamento. Ela se processará nos próprios autos da execução original.

Assis (2013, p. 635) questiona-se ainda se seria possível na hipótese de transformação o credor levantar o valor das cauções e deixar a prestação de fazer defeituosa. De acordo com o art. 569, *caput* o exequente pode desistir de qualquer medida executiva. Extinguir-se-ia assim a execução e será considerada cumprida a obrigação (art. 794, I).

Pontuamos que a transformação é teoricamente um meio executório de construção invejável. No entanto, a prática muitas vezes demonstra que esse procedimento está fadado ao fracasso. Pois, qual seria o sentido do exequente utilizar esse procedimento tendo em vista que, ao obter o valor pecuniário e as perdas e danos, poderia obter a tutela específica da mesma maneira que utilizando o direito de preferência disposto no código processual.

Acreditamos que, apesar da boa estrutura procedimental, essa forma de execução dá abertura para desvios de finalidade processuais. Isso porque indagamos sobre o sentido da escolha de um procedimento que na prática seria mais complexo que as perdas e danos e restituição do valor investido. A priori, tendemos a pensar que seriam favorecidos interesses escusos que não aqueles objetivados pelo devido processo legal.

### **2.1.3 Expropriação**

Embora a terminologia da palavra seja aplicada em outros ramos do direito, o que nos interessa é seu conceito no processo civil:

A execução por quantia certa, também chamada de “execução por expropriação”, é a modalidade executória que incide nas circunstâncias em que há uma obrigação do devedor em pagar a seu credor quantia certa em dinheiro, através de título executivo judicial ou extrajudicial, podendo dirigir-se a devedores solventes (cujo patrimônio é suficiente para o pagamento da dívida) e insolventes (onde o patrimônio é inferior ao valor da dívida), tendo procedimentos distintos em cada situação. (ZENATTI, 2013)

A expropriação consiste na execução das obrigações pecuniárias através do corte da porção patrimonial correspondente ao valor da dívida. Tem seu início através de ato de afeta-

ção de semelhante parcela aos destinos do processo executivo, que é a penhora (excepcionalmente, nas dívidas alimentares é o desconto); se atingir, no entanto, coisa diferente do objeto de prestação (dinheiro), o que nunca ocorre no desconto, a expropriação se desenvolve de quatro maneiras<sup>2</sup> que denotam técnicas de conversão da coisa penhorada em dinheiro: adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em hasta pública e usufruto forçado. O art. 475-J, que só abrange o ato inicial, remete tais técnicas.

Assis (2013, p. 675-677) diz que a expropriação é a técnica de excelência do processo executivo por conta de regras previstas no CPC que a consideram a principal saída frente a frustração eventual dos outros meios executórios (vide sub-rogação, art. 627, caput e coerção art. 733, § 2º). No entanto isso não significa o monopólio da expropriação no contexto do fenômeno executório. Tradicionalmente o direito pátrio não difere os procedimentos expropriativos que tem objetos de penhora diferentes como bens móveis e imóveis. É o mesmo rito. No entanto, existem procedimentos expropriativos especiais como a execução hipotecária (Lei 5.741/1971), do crédito da Fazenda Pública (Lei 6.830/1980) e quando a Fazenda Pública é executada (CF, art. 100).

Theodoro Júnior (2014, p. 648) salienta a flexibilidade desse meio executório:

O procedimento da execução por quantia certa consiste numa atividade jurisdicional expropriatória. A justiça se apropria de bens do patrimônio do devedor e os transforma em dinheiro, para afinal dar satisfação ao crédito do exequente. Eventualmente, os próprios bens expropriados podem ser utilizados na solução do crédito exequendo por meio de adjudicação. É nesse amplo sentido que o art. 646 afirma que “a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor”.

Para conferir didática a este estudo é necessário que se divida os diferentes procedimentos expropriatórios.

Assis (2013, p. 680-681) distingue a expropriação singular da coletiva. Essa característica decorreria das amplitudes subjetivas ou objetivas diferentes conforme a solvência do obrigado. Segundo o disposto no art. 957 do CC-02, é prevista a igualdade dentro da mesma classe de crédito. Pois se “não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum”. Essa seria a regra que tornaria a expropriação coletiva e decorre da insolvência do obrigado. Caso o executado seja solvente, a execução dar-se-á pela antecedência temporal da penhora no caso do credor quirografário. Nesse caso, fala-se de um direito de preferência em relação aos demais credores da mesma classe. Aos credores privilegiados da mesma classe se aplica o art. 962 do CC-02. E em relação aos créditos reais, o art.

---

<sup>2</sup>Art. 647, I a IV, CPC (BRASIL, 1973).

1.422, *caput* manda observar a prioridade no registro e o rateio proporcional ao valor dos respectivos créditos se o produto não bastar para o pagamento integral de todos.

A insolvência é questão de fato. Está no art. 955 do CC-02 que existirá insolvência toda vez que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor. A insolvência civil ou expropriação coletiva, fora nas hipóteses de falência e liquidação judicial pertinentes à pessoa jurídica, tende a desaparecer no novo código. A expropriação singular se subdivide em adjudicação, alienação forçada e apropriação de frutos e rendimentos de empresas, estabelecimento e de outros bens.

O importante é que percebamos a fluidez do meio executório de expropriação em relação aos outros. Enquanto na transformação o prazo para cumprimento da obrigação deve ser estipulado pelo magistrado ou pelas partes, aqui decorre da lei e, portanto, torna-se o procedimento mais célere e eficiente: marca característica da expropriação.

De acordo com Theodoro Júnior (2014, p. 807), as execuções das obrigações de dinheiro são preparadas por meio de atos expropriatórios realizados judicialmente sobre o patrimônio do executado (art. 646).

Expropriar, do ponto de vista fático, é o mesmo que desapropriar e consiste no ato de autoridade pública por meio do qual se retira da propriedade ou posse de alguém o bem necessário ou útil a uma função desempenhada em nome do interesse público. No entanto, sobre o prisma jurídico, a desapropriação é entendida como o instituto referente ao direito material. Já a expropriação é a desapropriação inserida no bojo do ambiente processual.

De ordinário, a desapropriação transfere o bem do domínio privado para o domínio público do próprio órgão expropriante. No processo executivo, a expropriação dá-se por via da alienação forçada do bem que se seleciona no patrimônio do devedor para servir de instrumento à satisfação do crédito exequendo.

Os meios executórios se submetem aos valores prevalentes do ordenamento jurídico e ao desenvolvimento da sua época. A evolução tecnológica dá indícios que novos meios sejam empregados independentes da concordância do executado, na execução de créditos. Essa é a inferência da menção a “meios eletrônicos” no art. 685-C, § 3º. E a Lei 11.419/2006 abre a perspectiva da desmaterialização do processo, tornando inúteis os autos do papel.

Feitas essas considerações sobre a expropriação, iremos agora introduzir as técnicas de conversão da coisa penhorada em dinheiro, ponto relevante para que observemos a forma de interação na esfera patrimonial do executado mediante esse meio executório.

### 2.1.3.1 Desconto

O meio do desconto existe, pois, a remuneração da pessoa natural integra a garantia patrimonial do crédito alimentar. Dispõe o art. 649, IV c/c § 2º, do CPC na redação da Lei 11.382/2006, que a técnica de ablação, comum às formas expropriativas, se tornou mais simples. O juiz ordena à fonte pagadora o desconto da quantia devida e seu imediato pagamento ao alimentário. É o principal mecanismo da tutela executiva dos alimentos<sup>3</sup>.

Didier Jr. et al (2014, p. 700) observam que o meio do desconto tem preferência nas medidas de execução de alimentos. Essa prioridade decorre do alto grau de eficiência. Somente se não for possível o desconto em folha deve-se lançar mão da expropriação dos aluguéis ou outros rendimentos do devedor.

Figueiredo (2011) considera como de grande eficácia que esse meio tem para a prática judiciária:

É medida de grande eficácia, dificultando o inadimplemento do cumprimento da prestação, uma vez que o desconto faz-se de forma direta sobre folha de pagamento. Importa destacar que nesta modalidade o pagamento da prestação, ainda que realizado desconto sobre a remuneração do devedor, é efetivado por terceiro judicialmente responsável por tal feito. Por esta característica a técnica em apreço mostra-se vantajosa para o Judiciário na medida em que é capaz de reduzir a busca por tutela jurisdicional para ações de cobrança de prestações alimentares inadimplidas.

Nas obrigações alimentícias existe uma ordem de efetividade na escolha dos procedimentos. Aquele que será escolhido deve, *a priori*, ser o que garanta o alcance da prestação, os alimentos.

O procedimento do desconto em folha de pagamento será o prioritário. Em segundo lugar virá o procedimento do desconto de aluguéis e outras rendas do executado.

Será, em regra, como os demais cumprimentos de sentença. Com algumas peculiaridades advindas da proteção do vulnerável. O levante mensal da penhora, por exemplo, não é impedido pelo oferecimento de embargos.

Caberá ao magistrado fixar a medida do desconto sempre que essa for a mais efetiva. É realizada através da constrição online pelo magistrado diretamente na conta do executado sendo inclusive uma exceção a impenhorabilidade salarial.

---

<sup>3</sup>Art. 16 da Lei 5.478/1968.

### 2.1.3.2 Adjudicação

O meio da adjudicação visa evitar a dispendiosa alienação em hasta pública, assim o Art. 647, I na redação da Lei 11.382/2006, situou a adjudicação como o primeiro dos meios expropriatórios. O Art. 686, *caput* (“Não requerida a adjudicação...”), reforça a ideia. Então a adjudicação abandonou o caráter subsidiário que o direito anterior atribuía, pois só cabia no caso de frustração da alienação coativa. A adjudicação funciona quando o credor adquire o bem penhorado. A atual adjudicação engloba a antiga remição do bem, o art. 685-A, § 2º, e também permite ao cônjuge, descendentes, ou aos descendentes do executado, resgatarem o bem, e mantê-lo no patrimônio familiar. Os problemas que a adjudicação suscita, substancialmente, são similares ao da remição (ASSIS, 2013, p. 153).

Theodoro Júnior (2014) difere a adjudicação da remição, outrora prevista no art. 787, pois esta não configurava uma outra modalidade da expropriação, não passando de uma variante da arrematação em hasta pública, em que se deferia a alienação forçada ao cônjuge ou parente do executado, com preferência sobre o estranho arrematante. A Lei no 11.382/2006 acertadamente extinguiu a remição, revogando o art. 787, e criou, para seus antigos beneficiários, o direito de pretender a adjudicação, fora e antes, da hasta pública, com preferência sobre os demais legitimados (art. 685-A, §§ 2o e 3o).

Didier Jr. et al (2014, p. 633) lembram que permanecem hipóteses de remição no que tange o disposto no Código Civil art. 1.505, quando garante o direito a união ou o estado-membro remir a estrada de ferro hipotecada que fora arrematada ou adjudicada no prazo de quinze dias de sua intimação. Além disso, pode a união, o estado ou município remir o bem tombado que houvera sido arrematado ou adjudicado conforme art. 22 do Decreto-lei n. 25/1937.

Didier Jr. et al (2014, p. 625-627) consideram a adjudicação como uma técnica de pagamento ao credor-exequente. Trata-se de uma transferência forçada da titularidade de um bem que caso seja feita ao exequente serve como pagamento da dívida. Ela, que pode ser tanto de bens móveis quanto imóveis, diferencia-se do texto anterior em que só bens imóveis seriam passíveis de adjudicação. Atualmente o status da adjudicação é de forma preferencial de pagamento ao credor vide art. 647, I, CPC. Antigamente somente poderia ocorrer após a primeira tentativa de alienação forçada do bem penhorado. Adjudica-se o bem penhorado pelo valor da avaliação. Seu limite de ocorrência, embora não esteja explícito no regramento processual, é até o início da hasta pública. Não havendo licitante na venda judicial nada impede da admissão da adjudicação após a tentativa frustrada de alienação do bem a terceiros.

Ela pressupõe também a manifestação de vontade de qualquer um dos legitimados. Em relação ao exequente receberá coisa diversa da tutela específica da obrigação pecuniária. Portanto a adjudicação irá operar em pagamento até o valor da avaliação.

Conforme alerta Santos Neto (2010), a adjudicação é uma forma indireta de satisfação do credor:

A adjudicação, portanto, é também uma forma indireta de satisfação do credor, guardando semelhança nesse ponto com a dação em pagamento. É forma indireta porque o credor, tendo uma decisão judicial que lhe reconhece o direito de haver do devedor uma quantia líquida em dinheiro, aceita substituir tal quantia ou parte dela pelo valor do bem adjudicado.

Nos parece acertado essa tendência do sistema processual porque, em *ultima ratio*, é ao exequente a quem sempre vai interessar a satisfação da execução. Portanto, se o bem adjudicado for interessante para o exequente, sob o ponto de vista subjetivo, e não sendo o credor incapaz ou subsistindo interesses alheios, não existe empecilho prático para o término do procedimento através da satisfação diversa da obrigação originária.

Deverá ser requerida por escrito ou oralmente. É conveniente que o advogado tenha o poder especial para requerer conforme art. 38 do CPC.

Conforme indicam Didier Jr. et al (2014, p. 628), possui legitimidade para adjudicar além do exequente: o credor com garantia real, credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, cônjuge, descendentes e ascendentes do executado e, na hipótese de penhora de quota social por exequente alheio à sociedade, esta será intimada assegurando a preferência aos sócios.

A adjudicação integra a fase final da expropriação, ou seja, quando ocorre o pagamento. Nessa fase a satisfação do direito pode se dar de duas formas: a entrega do dinheiro ou a entrega do bem penhorado através da adjudicação ou do usufruto. Por intermédio da adjudicação o exequente receberá os bens no lugar do dinheiro.

Caberá aos legitimados para adjudicar peticionarem após a avaliação. Caso o valor do crédito seja inferior aos bens deverá o exequente depositar de imediato a diferença. Se superior irá prosseguir com o remanescente. Havendo mais de um pretendente será procedida a licitação. Havendo igualdade de oferta na licitação terá preferência, nessa ordem, o cônjuge, ascendente e descendente do executado.

Após todas eventuais questões o juiz determinará a lavratura do auto de adjudicação. Será expedida a carta se bem imóvel ou mandado de entrega ao adjudicatário se bem móvel. A importância da carta está relacionada a transferência no registro imobiliário. Nela constam

a descrição do imóvel, com a remissão a sua matrícula e registros, aprova de quitação do imposto de transmissão e a cópia do auto de adjudicação. Por fim, cumpre salientar que a adjudicação é um modo de aquisição derivada da propriedade.

### 2.1.3.3 Alienação por iniciativa particular

A alienação por iniciativa particular é outro atalho a hasta pública. O Art. 647, II, contempla esse meio e o art. 685-C o regula. Basicamente, o exequente, através de iniciativa própria, ou em concurso com o corretor credenciado pelo juízo de execução, a localização de interessado em adquirir o bem. O juiz irá fixar prazo para esses contatos preliminares, a forma da publicidade, o preço mínimo, condições do respectivo pagamento e garantias que venham a ser exigidas na venda a prazo, bem como, no caso de existir corretor, o valor da comissão.

Paz (2013) explicita a razão da existência desse procedimento alertando-nos sobre suas condições:

Trata-se a alienação por iniciativa particular de uma dentre tantas reformas pontuais trazidas pelo legislador no âmago de uma justiça célere e rápida. Todavia, não devemos descurar dos demais princípios e regras que norteiam a relação processual, dentre estes o contraditório e o subprincípio da segurança jurídica, além, discorrendo sobre processo de execução, de que está deve ocorrer da forma menos gravosa ao patrimônio do devedor, mas de forma suficiente a garantir a efetividade do crédito buscado pelo credor.

Conforme Didier Jr. et al (2014, p. 635-644), a partir das modificações feitas pela lei nº 11.382/2006 caso seja penhorado um bem do executado, dá-se a expropriação que pode ser por alienação por iniciativa particular. Antes dessa lei a expropriação de bens era feita preponderantemente pela arrematação. Somente na ausência de arrematação é que poderia ser adjudicado o bem penhorado. Acontece que na hipótese do bem não ser adjudicado poderá ser feita a alienação por iniciativa particular. A alienação por hasta pública, portanto, ficaria em terceiro plano.

No que tange a alienação de iniciativa particular não se trataria de um contrato privado e sim uma venda judicial. Essa característica decorreria da fiscalização estatal prévia e no decorrer do meio expropriatório. Isso porque a busca de compradores não tem a obrigatoriedade da participação estatal. O exequente pode requerer a alienação por sua iniciativa ou por corretor credenciado conforme disposto no art. 685-C do CPC.

Em verdade o que a lei nº 11.382/2006 fez foi aplicar ao geral dos casos pois ela sempre foi possível nos juizados especiais cíveis como dispõe o art. 52, VII da lei nº 9.099/1995.

No procedimento dos juizados é possível que a alienação por iniciativa particular seja inclusive a valor menor do que o da avaliação desde que feita com a anuência das partes. Vig

nesse sistema o princípio da menor onerosidade devendo esse tipo de procedimento ser inclusive estimulado.

É importante lembrar que nessa modalidade de meio executório o magistrado estabelece os elementos do negócio, o prazo para sua realização, a forma de publicidade, o preço mínimo da alienação, as condições de pagamento, as garantias a serem prestadas, e caso o corretor seja nomeado, sua comissão. O objetivo é que o juiz não torne o procedimento excessivamente oneroso tendo em vista que esse foi criado visando a cooptação do adquirente e dispensa de publicação dos editais. Após a tratativa serão firmados termos nos autos e será expedida carta de alienação do imóvel ou mandado de entrega do adquirente. À carta de alienação se aplicam as regras da carta de adjudicação. Serão então assinados por exequente e adquirente. Caso haja a presença do executado esse também assinará.

#### 2.1.3.4 Alienação por Hasta Pública

A alienação por hasta pública, como já falado, é um meio presumidamente ineficiente, e será aplicado, caso não requerida a adjudicação, art. 647, I do CPC, nem promovida pelo exequente a alienação por iniciativa particular, art. 647, II do CPC, assim se infere do Art. 686, *caput*; Então, resta a opção de alienar o bem em hasta pública, art. 647, III do CPC.

Conforme Didier Jr. et al (2014, p. 646-647), o Estado promove a alienação do bem e um terceiro propõe-se a adquiri-lo. São duas declarações de vontade que se juntam na formação do negócio jurídico. O Estado convida a oferta e o licitante a realiza. É, portanto, uma relação jurídica de direito público.

Alhures mencionado, a alienação por hasta pública tem como objetivo a arrematação. Provém de um costume no jargão do leiloeiro dizer que: “Há quem mais dê? Se não, arremato”. O estado aceita a oferta, consuma o negócio jurídico de transferência do domínio sobre a coisa. No entanto cabe observar que mesmo concretizada não é o último ato procedimental. Existe o auto de arrematação (vide art. 694, CPC) e a carta de arrematação além da possibilidade dos embargos.

Conceituam, então, Didier Jr. et al (2014, p. 647) a arrematação como o negócio jurídico de direito público, pelo qual o Estado, no exercício de sua soberania, transfere, ao licitante vencedor, o domínio da coisa penhorada, mediante o pagamento do preço.

Lima (2012) nos lembra que hasta pública é gênero dos qual praça e leilão são espécie:

Tanto a praça como leilão são formas de expropriação de bens, próprias da fase de execução, que têm como finalidade satisfazer o direito do credor. Utiliza-se o termo hasta pública, quando se tratar de bem móvel ou imóvel,

levado à praça ou leilão. O termo hasta pública é gênero, do qual praça ou leilão são espécies. Assim, temos que os bens serão arrematados em hasta pública. A expressão “praça” tem origem no direito romano, já que a arrematação do bem realmente ocorria em uma praça, na qual se hasteava uma lança (hasta). Ainda hoje é normalmente utilizado o termo “hasta pública”, quando se refere ao local em que se dá a expropriação dos bens penhorados, sendo certo, porém, que atualmente, o local do ato expropriatório é o átrio do edifício do fórum, quando se tratar de praça ou do local onde se encontrar os bens, se não houver licitantes na praça, quando se tratar de leilão.

Assis (2013, p. 867-868) explicita que através da forma de hasta pública, a praça e o leilão são, genericamente falando, a oferta dos bens penhorados, em lote ou individualmente, ao público presente, que disputara através de ofertas sucessivas cada vez mais elevadas. Não existe nenhum limite temporal a duração da hasta pública. Se desenvolvem em ambos procedimentos a existência de duas licitações. Na primeira só são aceitas o lance em valor maior do que o da avaliação. Na segunda será feito pelo maior lance desde que ressalvada a inadmissibilidade do preço vil (art. 686, VI). O auto negativo diz respeito ao não comparecimento na primeira licitação. É documento dispensável. A oferta se tornar ineficaz em confronto com outra superior, ainda que esta seja declarada nula em momento posterior.

O presidente da arrematação é o juiz. Sua presença física não é imprescindível no local do evento. O órgão judiciário resolverá eventuais incidentes através da provocação das partes, leiloeiro / porteiro.

A autoridade judiciária será a responsável pela alteração da ordem de oferecimento dos bens, encerramento da hasta, e suspensão do evento pelo advento da noite, reconhecimento da idoneidade do fiador, entre outras incumbências.

A preferência a arrematação em globo, como exemplo, é instrumento interessante que visa garantir a maior satisfação da execução conferindo preferência a aquele que objetivar o lance global sobre os bens ofertados.

O arrematante tem um prazo para completar a eficácia do seu lance. Poderá ser dada diretamente ou no prazo de quinze dias mediante oferecimento de caução (vide art. 690 do CPC).

É certo que a diferença qualitativa entre o objeto da prestação e o da penhora desaparece com a alienação coativa deste, em hasta pública, e a subsequente entrega do produto da venda ao credor, art. 708, I, do CPC.

O procedimento da alienação por hasta pública é dispendioso, longo e tortuoso, pois abrange várias etapas, sejam: avaliação, porque se rejeita a repugnante venda do bem por preço vil, art. 692, *caput* do CPCe, ao mesmo passo, a apuração do valor do mercado permite

modificar e adequar a constrição à bitola da dívida, art. 685 do CPC; da publicação de editais, ou modo semelhante de publicidade- pois a venda será a certame público e a qualquer interessado; e a arrematação, na qual o órgão jurisdicional aceita a proposta mais vantajosa e transfere o domínio da coisa, do executado ao adquirente.

No entanto, há de se convir que esse procedimento tem sua utilidade. O legislador, por diversas vezes, cria procedimentos ponderando gradativamente situações de fato nas quais é necessária maior celeridade em detrimento de segurança jurídica, e o contrário também. Nesse caso o procedimento dispense maior quantidade de tempo porém goza da oficialidade procedimental completa do aparato estatal, o que garante maior segurança.

#### 2.1.3.5 Usufruto

O meio do usufruto funciona para bens penhorados, móveis ou imóveis, que sejam frutíferos. Ou seja, a satisfação do credor acontecerá através da expropriação do direito parciário, através da adjudicação, por período de tempo, dos rendimentos do objeto de constrição, art. 716 do CPC. O estatuto designa usufruto como a expropriação do direito à fruição e uso da coisa, Art. 708, III do CPC. Até o momento, é escassa a aplicação desse instituto. É surpreendente a manutenção do mecanismo através da Lei 11.382/2006. De qualquer forma, de acordo com a ordem proposta do Art. 647, situa-o em último lugar, revelando se tratar de recurso extremo (ASSIS, 2013, p. 154)

Porém, conforme observam Didier Jr. et al (2014, p. 687) se é certo que a execução interessa ao credor devendo ser efetiva (art. 612 do CPC), também é certo que deva se processar da forma menos onerosa para o devedor (CPC, art. 620).

Esse instituto tem origem luso-brasileira. Uma lei de 1774 que disciplinou os leilões, arrematações de bens do Depósito Geral, fixando as regras para as preferências já estabelecia em seu § 24 que caso os bens valessem em dobro do crédito exequendo devia o juízo da execução determinar a avaliação dos rendimentos anuais e adjudicá-los ao credor pelo período de anos que fossem suficientes para o pagamento da dívida (MOREIRA apud DIDIER Jr. et al, 2014, p. 688).

Segundo Caio Mário Pereira (2014, p. 247-248), a natureza jurídica do usufruto diverge daquela ao qual dispõe o código civil para dispositivo homônimo: como um direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa sem alterar a sua substância enquanto destacado da propriedade temporariamente. É diversa a concepção elencada no código processual.

Teria maior semelhança a anticrese pois pressupõe a existência da dívida (DIDIER Jr. et al, 2014, p. 690).

Dizem Didier Jr. et al (2014, p. 691) que não obstante a semelhança terminológica com o usufruto do Código Civil e sem embargo da similitude de outra figura civil, que seja a anticrese, o usufruto judicial consiste num meio de expropriação não se confundindo com os direitos reais disciplinados pelo direito material.

Didática é a observação de Theodoro Júnior (2014, p. 474), observando que apenas a alienação por iniciativa particular e a hasta pública são atos puramente de instrução da execução por quantia certa, já que a adjudicação e o usufruto forçado, ao mesmo tempo que expropriam bens do devedor, satisfazem também o direito do credor. Sendo, então, figuras que integram a terceira fase da execução por quantia certa, ou seja, a fase de satisfação ou pagamento.

Elencados os meios de sub-rogação, através da observação da construção jurídica desses, nos fica claro que a eficiência da execução tem sido cada vez mais o objeto de preocupação do sistema processual. E ser eficiente significa satisfazer a execução da melhor forma que convir. A conveniência da execução é preferencialmente exercida, através dos diversos meios executórios, pelo credor que opta pelo melhor para a satisfação de sua pretensão. Isso porque nos parece que o sistema processual entende como melhor prestação jurisdicional aquela que *mutatis mutandis* efetive a execução e repare eventuais prejuízos do não cumprimento do *pacta sunt servanta*.

Segundo Didier Jr. et al (2014, p. 706), o meio de expropriação escolhido deve tentar resguardar o princípio da menor onerosidade para o devedor. Nesse sentido, aprioristicamente o meio do usufruto deveria ser prioritário ao da expropriação definitiva porque findada a dívida retornaria para o proveito do executado. A observação é pertinente porque parece ser a escolha menos prejudicial, a longo prazo, ao executado.

Por outro lado, quando se fala de preferência dentro do procedimento executório escolhido o legislador por vezes abre mão da robustez do aparato estatal para, a exemplo do que ocorre com a ordem de preferência na expropriação, efetivar de maneira célere a execução. Invadindo a esfera patrimonial do executado tenta-se dar cabo do feito de maneira que privilegie o exequente. Portanto, destacamos a celeridade como um princípio subentendido no deslinde do procedimento executório. Não como um fim em si mesma, mas com um objetivo claro: a efetivação da pretensão do exequente.

E não poderia ser diferente pois, como afirmam Didier Jr. et al (2014, p. 25-26), o direito a uma prestação tem a necessidade de concretizar-se no mundo físico. Quando o sujeito

passivo não cumpre a prestação surge a lesão. Sendo a autotutela, via de regra, proibida, somente resta ao exequente recorrer ao Poder Judiciário. Assim, o que queremos pontuar com esse capítulo é que até mesmo na execução direta o direito do exequente a pretensão orienta o procedimento. Portanto, é a pretensão do exequente que irá balizar a possibilidade dele escolher o meio que melhor lhe convir. No entanto, em relação ao Poder Judiciário surge uma outra pretensão: a de que seus meios executórios consigam ter a máxima efetividade. Estritamente desvinculada, portanto, da primeira.

## 2.2 DA EXECUÇÃO INDIRETA

Dando prosseguimento ao nosso estudo iremos discorrer sobre a execução indireta. No entanto, antes é necessário tecer considerações acerca do procedimento executório nas obrigações de fazer / não fazer, tendo em vista que fazem parte do objeto de nossa análise investigativa. No entanto, embora a execução indireta e as astreintes sejam muito mais relacionadas às execuções de obrigação de fazer/ não fazer, a elas não estão restritas. A execução indireta é usada acessoriamente para execuções de dar e mesmo de pagar (art. 475- J)

Já foi visto que o conteúdo da obrigação em muito influencia o procedimento executório. Isso porque a satisfação plena da execução dar-se-á observando o conteúdo da obrigação pactuada pelo credor e devedor.

A importância da coerção no processo vai muito além da resolução do deslinde processual. Tem também respaldo social, pois aumenta a credibilidade do ordenamento jurídico. Nessa linha de raciocínio, aduz Fialho (2011, p. 1):

O fato de se ter um processo judicial que reconhece um direito, mas não consegue efetivá-lo, em muitas vezes, é encarado pela grande maioria da sociedade brasileira como um fato aceitável, ou até mesmo normal, entretanto, quando um determinado cidadão, individualmente, passa por uma situação semelhante sente-se lesado, indubitavelmente se indigna com a calamidade da prestação jurisdicional pátria.

A lógica do sistema processual é de estimular a colaboração voluntária do executado e, na medida do possível, satisfazer a execução da maneira menos intrusiva possível. No entanto, existem hipóteses em que a atuação do executado é indispensável.

Nosso trabalho tem como foco as obrigações de fazer / não fazer, ou seja, prestações que necessitam da conduta ou abstenção de um indivíduo/ grupo determinado ou determinável. O código civil, ao tratar das obrigações de fazer e não fazer, disciplina nos arts. 247 a 251 as regras pertinentes do tema.

No caso das lides originadas pelo descumprimento dessas obrigações, após a certificação do direito, que pode ser constatada através da via judicial ou extrajudicial; e iniciado a fase / processo de execução, o magistrado deverá observar o direito certificado. Como nossa abordagem limita-se a execução indireta das obrigações de fazer / não fazer iremos focar nas decisões decorrentes desse tipo de lide. Tratar-se-á, nesse caso, de um provimento mandamental que deverá ser executado.

O objeto principal da postulação de uma tutela mandamental, pois, é exatamente a obtenção de tal mandado. O provimento mandamental, dentro desse contexto, contém uma ordem dirigida a outra autoridade pública ou à própria parte vencida, agindo sobre a vontade do seu destinatário, impondo a imediata prática de um ato ou a abstenção de tanto. Trata-se de provimento jurisdicional que descende das decisões proferidas em sede dos antigos interditos romanos. O magistrado, igual ao pretor romano no *interdictum*, não condena o sucumbente a uma prestação no âmbito da tutela mandamental, mas ordena que o vencido faça ou deixe de fazer determinada coisa e realiza tal atuação dentro da mesma relação processual. Há, pois, verdadeira ordem judicial, e não simples condenação. (TEIXEIRA,2012)

A decisão mandamental prevê uma medida coercitiva indireta, uma vez que objetiva compelir o devedor ao cumprimento da ordem judicial. Nesse caso, seria necessária a colaboração do executado.

Vale salientar que podemos vislumbrar a diferença da Execução direta e indireta através da correlação das tutelas executiva e mandamental com a noção das tutelas “genérica” e “específica”, proposta por Didier Jr. et al (2014, p. 411-412). A tutela genérica, é aquela que substitui o resultado pelo equivalente em dinheiro; a específica, dá ao exequente o resultado previsto pelo direito material. Assim, os meios de execução englobados pela execução direta, almejando satisfazer a tutela executiva, podem alcançar tanto a tutela específica quanto a genérica. Em se tratando da execução indireta, a mesma não visa à substituição do direito material, pois baseia-se na coerção indireta. Deverá, portanto, necessariamente almejar a tutela específica ou o resultado prático equivalente.

Para Theodoro Júnior (2014), concernente as obrigações do art. 461 do CPC, ao cumprimento forçado, em juízo, da prestação na forma prevista no título da obrigação de fazer ou não fazer, atribuiu-se o *nomem iuris* de “tutela específica”. Quando o valor pecuniário for o objetivo inicial, como no art. 461-A, também será tutela específica. A execução do equivalente econômico denominou-se “tutela substitutiva” ou “subsidiária”

É que, ainda segundo Didier Jr. et al (2014, p. 419), o grande problema para a obtenção da tutela específica sempre se verificou nas obrigações que tinham por objeto um fazer, não fazer ou entregar coisa distinta de dinheiro. Isso porque o devedor tinha uma espécie de direi-

to de não cumprir seu dever. Uma ideia errônea de que a satisfação do exequente poderia sempre ser monetariamente convertida. Ainda segundo o autor, isso se origina da influência sofrida no século XIX e XX, pelo pensamento liberal.

De toda a sorte, na execução das obrigações de fazer e não fazer inverteu-se o quadro. Atualmente é o credor que pode optar, no caso do descumprimento, entre a exigência específica do cumprimento ou a exigência do ressarcimento pecuniário. Esse fenômeno jurídico convencionou-se chamar de primazia da tutela específica (DIDIER Jr., et al, 2014, p. 423).

No art. 461 do CPC está explícita a opção do legislador que privilegiou a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento nas obrigações de fazer / não fazer.

Então existem três hipóteses as quais o credor pode vislumbrar: a possibilidade de se obter a tutela específica, a de se obter o resultado prático equivalente e a indenização por perdas e danos.

Bueno (2004, p. 1.404) aduz que a diferença entre o resultado prático equivalente e a tutela específica está mais fortemente relacionada ao pedido imediato do que o pedido mediato, que seria o bem da vida em questão.

Para Didier Jr. et al (2014, p. 426) não se trata de equivalente pecuniário e sim equivalente em fazer e não fazer. Quando o legislador utilizou a conjunção “ou” fora como conjunção coordenativa alternativa. Assim, a ideia do resultado prático equivalente não confundir-se-ia com a obtenção da tutela específica. Além disso, a possibilidade do julgador utilizar medidas coercitivas diretas e indiretas para a obtenção da tutela específica estaria no § 5º do art. 461. Seria trabalho duplo e desmotivado a inserção de um dispositivo para repetir o que está disposto em outro.

Marinoni apud Didier Jr. et al (2014, p. 428) segue posição doutrinária semelhante ao dispor que tanto no art. 461 do CPC quanto no art. 84 do CDC a expressa a possibilidade do juiz dar conteúdo diverso do fazer ou não fazer pedido, ou até mesmo impor outro fazer ou não fazer, desde que o resultado prático equivalente seja semelhante ao obtido no adimplemento da obrigação originária. Ou seja, a obtenção do resultado prático equivalente deve ter resultado semelhante do que se obteria com o cumprimento da prestação.

Resta-nos então dar seguimento e estudar a terceira hipótese possível: conversão em perdas e danos.

Conforme verificamos à luz do art. 313 do Código Civil, mesmo que a prestação seja mais valiosa o credor não está obrigado a recebê-la. Então, diferente do pensamento de Mari-

noni e Arenhart (2011, p. 424) para os quais essa prestação diversa seria devida, a obrigação pecuniária só será convertida em perdas e danos por opção do credor ou pela impossibilidade da obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente.

Nesse sentido a observação de Didier Jr. et al (2014, p. 430) sobre o equívoco do código civilista atual, em seu art. 389, de repetir o art. 1.056 do código civil anterior e afirmar que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários do advogado”. Tratando-se especificadamente da obrigação de fazer insistiu no equívoco, conforme disposto no art. 247 do Código Civil. Ora, como já visto, a tutela específica é um direito subjetivo do credor e portanto só pode ser disposto pelo próprio sujeito de direito<sup>4</sup>.

Feitas essas considerações sobre as possibilidades de realização / satisfação da tutela mandamental pelo julgador, cumpre-nos voltar nossa atenção à escolha do credor da tutela específica através do meio executório conveniente: a execução indireta e mais especificadamente, a execução indireta nas obrigações de fazer / não fazer.

Antes de adentrarmos nas medidas executivas conformadas como indiretas é preciso que se conceitue o que viria a ser execução indireta. Fazendo alusão ao primeiro capítulo desse trabalho no que tange a terminologia de execução direta / indireta e meios executórios, é necessário que se entendam como sinônimos os termos execução indireta e meio executório de coerção.

Segundo Assis (2013, p.145) o meio executório de classe coercitiva é aquele em que a capacidade precípua do mecanismo é captar a vontade do executado.

Para Didier Jr. et el (2014, p. 35) os meios executivos de coerção indireta atuam na vontade do executado, servindo como uma espécie de “estímulo” ao cumprimento da prestação. Esta coerção pode dar-se pelo medo (temor), como é o caso da prisão civil e da multa coercitiva, como também pelo incentivo, como é o caso das chamadas sanções premiaias, de que serve de exemplo a isenção de custas e honorários para o réu que cumpra o mandado monitório.

Conceituado o que viria a ser execução indireta, é necessário que relacionemos ela com a decisão mandamental advinda das obrigações de fazer / não fazer.

De forma sucinta, Greco (2001, p. 496) relaciona os meios coativos a infungibilidade:

Se a obrigação é naturalmente infungível, isto é, se a sua satisfação somente pode ser obtida através de um ato de vontade ou de uma atividade do próprio devedor, não está ao alcance do juiz substituir-se a este para realizar a pres-

---

<sup>4</sup> “Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível” (BRASIL, 2002).

tação almejada pelo credor. Neste campo ainda prevalece, embora de modo bastante mitigado, o princípio do *nemo praecise ad factum cogi potest*, porque o devedor não pode ser privado da sua liberdade ou da sua dignidade humana para contra a sua vontade satisfazer o credor com a execução do serviço ou da obra.

Discordamos desse posicionamento. A fungibilidade dos meios coativos é o que garante a maior efetividade da execução no caso concreto. Além disso a liberdade do executado pode, ainda que no grau psicológico, ser mitigada, mesmo que de maneira tênue. Pensar o contrário seria desconhecer do caráter coercitivo das astreintes.

Conforme salientamos, seguindo posicionamento de Didier Jr. et al (2014, p. 436-437), a decisão mandamental se contrapõe a decisão executiva e prevê uma medida coercitiva indireta que atue na vontade do devedor de forma a compeli-lo a cumprir a ordem judicial. Ao invés do estado-juiz tomar as providências que deveriam ser tomadas pelo executado, ele persuade, através da coação psicológica, o executado a cumprir a obrigação. A decisão fundada n art. 461-A pode ser tanto mandamental quanto executiva. No entanto, a tendência é que seja mandamental.

É importante que percebamos a importância da coerção no sistema da execução. Desde o direito arcaico um dos princípios atinentes a execução é a efetividade. A coerção, para que se considere como meio efetivo da execução, não pode ser mitigada. É instrumento que garante a efetividade da tutela executiva. Se o direito sempre necessitou da sanção para fazer valer sua “palavra” então a coerção é uma das máximas de que dispõe o estado para conseguir fazer justiça.

Ainda ensina Didier Jr. et al (2014, p. 437), que não há dúvidas sobre o art. 461, § 5º consagrar o poder geral de efetivação e que esse é cláusula geral de atipicidade dos meios executivos. Trata-se de uma cláusula geral executiva e o rol é meramente exemplificativo. O objetivo do artigo é garantir o direito fundamental à tutela executiva.

O que é importante evidenciar é que as decisões judiciais não estão adstritas, conforme o art. 461 § 5º, as medidas que o exequente requerer. Em outras palavras, o julgador pode determinar que a prestação seja cumprida e para buscar sua efetivação, impor providência executiva não requerida pela parte ou mesmo distinta da que foi requerida (DIDIER Jr. et al, 2014, p. 441).

Caberá ao julgador entender, baseando-se no princípio do melhor resultado, as melhores medidas executivas a serem impostas. Caso escolha pelo meio executório da coerção estará promovendo a execução indireta.

### 2.2.1 Da Coerção

Conforme leciona Assis (2013, p. 145), no ordenamento pátrio atual, a coerção utiliza a ameaça de prisão (art. 733, *caput* e § 1º) e de imposição de multa em dinheiro (arts. 287, 461, §§4º e 5º, 461-A, §3º, 644 e 645).

Nem sempre fora assim. Dentre os meios executórios de coerção, nos ateremos a Roma como nosso marco inicial tendo em vista sua importância para o *Civil Law*. Assis (2013, p. 146) faz uma abordagem histórica. A *manus injectio* fora o mais antigo dos meios executórios institucionalizados pelo direito romano.

Thibau et al (2013) fazem um percurso histórico sobre as execuções, e é importante ressaltar que no início a coerção pessoal era a regra:

Iniciando a cadeia história, o Direito Romano passou gradualmente da fase da autotutela ao monopólio estatal da jurisdição. No início, o devedor respondia pela dívida com seu próprio corpo, isto é, o devedor entregava-se como escravo, até que a sua dívida fosse quitada com o credor. No transcorrer do tempo, a execução forçada passou por um processo de humanização, no sentido de que seria o patrimônio do devedor o responsabilizado e não mais a pessoa deste.

Para Rezende (2014) antes mesmo de haver um processo de execução em Roma já se podia falar do particular exercendo seus próprios meios para fazer valer a decisão: “nos primórdios do direito romano, nem sequer havia um processo de execução estatal: o vencedor fazia valer a decisão proferida por seus próprios meios, podendo, inclusive, fazer uso da força. Ficava o devedor à mercê do credor”.

É de suma importância essa constatação. A necessidade da efetividade da decisão é anterior ao processo. De alguma maneira, extraímos desse valor anterior de efetividade e contentamento com a decisão o entendimento de que a efetividade precisa ser preservada conquanto anterior a própria existência dos sistemas jurídicos complexos. É mais um indício o sentimento de justiça está intimamente ligado ao conteúdo da decisão e, portanto, do seu cumprimento específico.

Em um primeiro período no Direito Romano, conforme Rezende (2014) caracterizou:

No período das *legis actiones*, compreendido entre a fundação de Roma, em 754 a.C, e a metade do século II a.C., verificavam-se duas espécies de “ações” que se podia afirmar terem natureza executiva: a *manus iniectio* e a *pignoris capio*. A primeira, muito mais utilizada, é verdadeiramente representativa do período, razão pela qual limitamo-nos à sua exposição.

Baumöhl (2006, p. 85) traça o perfil da *manus injectio*, caracterizando-a como verdadeiro instituto de vingança privada:

Caracterizava-se, basicamente, por seu elevado rigor em face do executado, traduzindo-se em verdadeira vingança privada, apenas fiscalizada pelo pretor. (...) Ou seja, o nexum vinculava o devedor pessoalmente, admitindo-se o seu aprisionamento, escravização e mesmo seu extermínio, desde que fora do solo romano.

A *manus injectio* (ASSIS, 2013, p. 146) perdurou até a época da *extraordinaria cognitio*, quando passou a conviver com a já moderna *actio iudicati*. A *manus injectio* era caracterizada pelo emprego da força contra o próprio obrigado. Caso o crédito remanescesse insatisfeito, após a ciência do devedor, este pagaria com a morte.

Em um segundo período do Direito Romano, explica Rezende (2014):

No período do chamado processo per formulas (metade do século II a.C. até século II d.C.), para garantir o direito reconhecido pela decisão judicial, surgiu a *actio iudicati*, por meio da qual se buscava o cumprimento da obrigação, com fulcro na sentença condenatória, após o transcurso do prazo conhecido como *tempus iudicati*, concedido ao devedor para o adimplemento.

A *actio iudicati*, segundo Baumöhl (2006, p. 89), tinha os contornos de uma execução pessoal de caráter patrimonial: “seguindo uma mentalidade mais humanizadora, a execução da *actio iudicati* que obedecia a procedimento praticamente idêntico ao de sua antecessora, a *manus iniectio*, podia ser considerada ‘uma espécie de execução pessoal patrimonizada’”.

Esse fora um dos registros mais antigos do emprego de coerção pessoal no âmbito do direito.

A personalidade não era exclusividade dos romanos, se não o estudo de Thibau et al (2013):

Após o Império Romano e a Era Cristã, com a tomada de poder na Europa pelos povos germânicos, considerados como bárbaros, houve o retorno da execução privada sobre a pessoa do devedor, por eles considerada como o método mais correto... A atividade cognitiva, portanto, era posterior à atividade executiva, a qual, por sua vez, não dependia de procedimento judicial para legitimar-se.

Ou seja, ocorrera um retrocesso, tendo em vista que o direito germânico era sobretudo excepcionalmente favorável ao credor, o qual poderia buscar seu adimplemento até mesmo pela força e que não era vestido da oficialidade do estado, situação que já se configurava em Roma.

Não faz parte de nosso trabalho a completa descrição histórica dos acontecimentos no âmbito da coação no processo de execução. Mas percebemos que a maior ou menor força do uso da coerção e, mais precisamente a pessoal, variou ao longo da história. Após o direito germânico, por exemplo, e com o advento do direito medieval a coerção novamente viria a ganhar força com a *mulcta*, captura e a temível *excomungatio* (ASSIS, 2013, p. 147).

Ainda com Assis (2013, p. 147), somente com a revolução francesa de 1789, e seu viés liberal, fora semeado o princípio da intangibilidade corporal em razão de dívidas. Logo no início da revolução de 1789, a *contrainte par corps*, ou seja – constrição pelo corpo - desapareceu. Com a regressão da república, no entanto, recuperou seu prestígio como coerção pessoal e garantiu seu regresso por prolongados anos.

A regra proveniente da experiência histórica abordada e que influencia nosso ordenamento pátrio é a de que *nemo potest cogi ad factum*, ou seja, ninguém pode ser diretamente obrigado/coagido a praticar ato a que se obrigara. O inadimplemento da obrigação infungível (nuda *facta*) resolver-se-ia no equivalente pecuniário, acrescido de indenização, porque intangível a pessoa do executado à força estatal, consoante a regra (ASSIS, 2013, p. 147).

Devido ao problema do cumprimento do *facere* infungível, no direito comparado, podemos citar três expedientes principais de indução compulsória do executado ao cumprimento e nos quais discorreremos com maior precisão: as *astreintes*, o regime misto alemão e o *contempt of court*.

A primeira, fruto que será de nossa investigação, é uma multa pecuniária, caracterizada pelo exagero do algarismo e ausência de limites temporais.

O segundo condena o executado ao pagamento de uma soma em dinheiro e não exclui a ameaça de prisão nos casos em que o valor pecuniário não se mostrar cobrável.

O terceiro reputa o desacato e desobediência o descumprimento da ordem emanada do Tribunal. É, nas palavras do autor, considera por muitos o instrumento mais eficaz para realizar concretamente os direitos do credor face as obrigações infungíveis.

Nas palavras de Assis (2013, p. 148):

Entre nós, a técnica coercitiva da *astreinte* é contemplada nos arts. 287, 461, § 4º e 5º, 461-A, §3º, 621, parágrafo único, 644 e 645 do CPC. Mas, como deflui de certas disposições incriminatórias, a exemplo do art. 22, *caput*, da Lei 5.478/1968, e da genérica possibilidade de qualificar o comportamento concreto do executado como ofensivo à dignidade da jurisdição (art. 14, V), caracterizando desacato, o direito pátrio sanciona pessoalmente situações análogas. Caminha o ordenamento, portanto, nos rumos do *contempt of court*, que a generalização da eficácia mandamental tanto clama. Por enquanto, o atentado à atividade jurisdicional rende multa (art. 14, parágrafo único), mas há clamor para agravar a situação do desobediente, submetendo-o a tipo penal genérico.

Cumpre-nos dividir as hipóteses dos meios executórios de coerção. Subdividimos entre coerção pessoal e patrimonial. Os quais serão vistos nos tópicos a seguir.

### 2.2.1.1 Coerção Pessoal

Aduz Assis (2013, p. 150-151) que o descumprimento de duas obrigações conduz o devedor à prisão por dívidas. Elas estão elencadas na constituição federal como exceções à regra constitucional de que não haverá prisão civil por dívida. São, respectivamente, a obrigação pecuniária alimentar e a obrigação alternativa de entregar a coisa depositada ou seu equivalente em dinheiro. A primeira das exceções é considerada pelo autor como agregada por um valor mais expressivo que o da segunda.

Nas palavras de Didier Jr. et al (2014, p. 699) a execução de alimentos é modalidade de execução por quantia certa contra devedor insolvente. Recebe tratamento especial em razão da natureza e relevância da prestação a ser efetivada.

Conforme Santos (2012):

Obrigação alimentar é o múnus público regulado por lei, cujo fundamento é a solidariedade familiar, pelo qual estão os parentes obrigados a prestarem-se assistência mútua, de forma a viverem de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação, desde que não tenham bens suficientes, nem possam prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, possa fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Em relação à obrigação alimentar, cumpre-nos advertir de que a coação pessoal (art. 733, § 1º do CPC) é apenas um dos três mecanismos de tutela diferentes. Além dela existem o desconto (art. 734 do CPC) e a expropriação (art. 646 do CPC). A justificativa para existência de tão diversos meios de tutelar esse tipo específico de obrigação é que abunda na terapia executiva o interesse público na rápida realização forçada do crédito alimentar (ASSIS, 2013, p. 1003).

Parece-nos que nesse tipo de obrigação o desconto tem preferência, logo depois virá a expropriação de aluguéis e rendimentos. Caso as duas medidas anteriores não alcancem o fim colimado, não haverá ordem de preferência entre a expropriação ou a coação pessoal. Conforme Assis (2013, p. 1035), entre a coação e a genérica expropriação do patrimônio do alimentante não há qualquer ordem prévia.

Seguem a mesma linha Didier Jr. et al (2014, p. 700-701) mas ressalva ao dizer que o meio utilizado deve ser escolhido atentando para duas circunstâncias essenciais: idoneidade e aptidão para conferir uma tutela efetiva ao credor; e a menor onerosidade para o devedor.

Surge dúvida doutrinária acerca da possibilidade de coação pessoal nos títulos executivos extrajudiciais. Nas palavras de Assis (2013, p. 1055), em síntese, desejável que seja o título judicial, como normalmente acontece na execução do crédito alimentar, admite-se o em-

prego do título extrajudicial, conforme prevê, relativamente ao idoso por exemplo, o art. 13 da Lei 10.741/2003.

Para colaborar com a tese, constatam Didier Jr. et al (2014, p. 702) que negar-se uso das medidas de coerção para a efetivação de título alimentar extrajudicial é contra-estímulo a esta forma alternativa de solução do conflito o que contradiz a tendência atual de fomentá-la. Não haverá credor de alimentos que fique satisfeito com a possibilidade de execução do seu título extrajudicial mediante simples expropriação (ou desconto em folha), se obtendo um título judicial, contará também com a possibilidade da prisão civil do devedor inadimplente.

O procedimento para inserir a coerção indireta funciona da seguinte maneira: o devedor será intimado para, no prazo de três dias, pagar, provar que pagou ou justificar porque não o fez. Feito o pagamento o juiz prolata a sentença, dando fim ao feito. Caso não seja feito o pagamento oportuniza-se ao executado a apresentação de defesa. Nessa ele poderá alegar que: já pagou ou a existência de outro fato extintivo / impeditivo como novação e transação; impossibilidade de pagar – nesse caso a temporária visto que a definitiva prescinde de ação própria.

Comprovando o pagamento o julgador irá extinguir a execução por sentença. Se comprovada a impossibilidade temporária o juiz dará seguimento ao processo procedendo a penhora e demais atos que visem a expropriação patrimonial.

Caso não sejam encontrados bens, suspenderá a execução até o surgimento de bens para o pagamento do crédito. Deverá ser deferida audiência, a requerimento do ministério público, para que o executado comprove a impossibilidade do pagamento das prestações alimentícias. A simples alegação de impossibilidade de pagamento não desonera o devedor.

Na hipótese de não ser comprovado o pagamento nem a impossibilidade temporária, o juiz terá o dever de decretar a prisão civil do executado (DIDIER Jr. et al, 2014, p. 703).

No que diz respeito à obrigação alternativa de entregar a coisa depositada ou seu equivalente em dinheiro, anota-se que a hipótese da prisão civil do depositário infiel foi excluída do nosso ordenamento jurídico pelo enunciado número 25 da súmula vinculante.

Cumpre-nos expor o raciocínio de Oliveira (2010):

Assim, a jurisprudência da Corte evoluiu no sentido de que a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. A Posição “atual” do STF – tese já defendida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes - os tratados internacionais de direitos humanos (quando não aprovados na forma do § 3º do art. 5.º da CF) ingressam no ordenamento jurídico com status supralegal, ou seja, acima das leis e abaixo da constituição. Essa corrente, no entanto, admite dar a eles status de constitucionalidade, se votados pela mesma sistemática das emendas constitucionais (ECs) pelo Congresso Nacional, ou seja: maioria de três

quintos, em dois turnos de votação, conforme previsto no parágrafo 3º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao artigo 5º da Constituição Federal. No caso da prisão civil do depositário infiel, embora as leis (Código Civil etc) que a prevêm estejam de acordo com a CF/88, estão em desacordo com o Pacto de San José da Costa Rica (que a proíbe). Por isso, as normas que versam sobre prisão civil do depositário infiel, embora vigentes no ordenamento, são inválidas.

No entanto, Didier Jr. et al (2014, p. 473) entendem ser possível a imposição da prisão civil como técnica coercitiva em hipótese de obrigação de entrega de coisa de conteúdo não-patrimonial, como, por exemplo, a entrega de um medicamento.

#### 2.2.1.2 Coerção Patrimonial

Assis (2013, p. 148) explicita que somente através do *facere* infungível, no qual exige a participação insubstituível do executado, se conseguiria explicar a demanda pela medida cominatória. Essa medida teve como característica o preceito, ordem ou cominação posta pelo julgador e desde o momento em que despachava a inicial o magistrado cominaria a pena pecuniária ao réu.

Fazendo uma breve abordagem histórica as medidas cominatórias remontaram desde o direito filipino passando aos códigos de processo estaduais brasileiros até o código de processo civil de 1939 (ASSIS, 2013, p. 149). Os magistrados, no momento da edição do código de processo Buzaid, adotaram postura tímida em cominar a pena na inicial, e até de prove-la com base em cognição sumária. Assis (2013, p. 149) especula que a influência dos civilistas franceses e do sistema da *astreinte* tenha sido decisivo para o desaparecimento prematura da cominatória.

A partir de então a doutrina passou a se fixar seguindo as diretrizes da jurisprudência. Nesse sentido ganhou importância e significado a figura da *astreinte*. Conforme dispõem os arts. 287 e 644 do CPC, à condenação em prestação de fazer fungível e infungível, positivas e negativas, possibilitam através de pedido e condenação explícitos ou independentemente de pedido (ante o disposto no art. 84, § 4º, da Lei 8.078/1990 e do art. 461 § 4º) multa pecuniária por dia de atraso no cumprimento. Conforme estabelecem os arts. 621, parágrafo único e 645 do CPC essa medida também se aplicarão para os títulos extrajudiciais (ASSIS, 2013, p. 150).

Segundo Assis (2013, p. 150) as inovações em relação ao remédio monitorio tradicional são: o termo inicial da multa no vencimento do prazo de cumprimento fixado pelo juiz derivado do efeito condenatório/ ou decorrente da lei/ou na execução de eventual liminar/ou na de título judicial provisória ou definitivamente, ou na execução fundada em título extrajudicial e; a característica da pena ignorar limites podendo ultrapassar a medida econômica da prestação.

Por outra via, também é considerada medida coercitiva indireta a solvência da Fazenda Pública através das rendas no caso de prestação pecuniária. Do qual não iremos nos delongar por não ser objeto de nossa investigação.

Não podemos esquecer do *contempt of court*, O dispositivo do sistema processual civil pátrio que mais se aproxima do instituto em inglês é o que encontramos no art. 14 do CPC:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Conforme salienta Fialho (2013) sobre a proximidade do instituto do *contempt of court* e das *astreintes*:

A aplicação dos distintos institutos busca claramente atribuir alguma efetividade ao processo civil pátrio, contudo de maneiras diferenciadas, uma pela coação do devedor, outra através da preservação da dignidade da Justiça. É de bom alvitre salientar, que a aplicação do *contempt of court*, ou, da norma contida no art. 14 do CPC, no âmbito dos processos cíveis que tramitam nos fóruns brasileiros, ainda se mostra muito tímida, o que não deveria acontecer, pois, é um forte instrumento para coibir as práticas processuais que buscam procrastinar a satisfação das obrigações impostas contra os devedores.

Nosso objeto de investigação compreende as *astreintes*. Elas serão tratadas no próximo capítulo com a devida minúcia.

### 3 ASTREINTES

#### 3.1 CONCEITO

Para que possamos prosseguir em nosso estudo devemos conceituar o que viriam a ser as astreintes. Conforme salienta Breitbach (1988, p. 123), “o conceito serve como ponto de partida da observação, uma vez que designa, por abstração, aquilo que num primeiro momento não é diretamente perceptível, e vai paulatinamente sendo explicitado na medida em que a realidade fenomênica vai sendo desvendada”.

Segundo o dicionário do “google”, a palavra astreintes, originária da língua francesa, significaria “penalidades”. Ainda do mesmo dicionário, a palavra “astreint”, a qual origina a outra, significaria “Constrangido”. Portanto, pela etimologia da palavra, o sentido de astreintes está intrinsecamente relacionado ao constrangimento de alguém. E, segundo o dicionário “léxico”, constranger significa: Forçar uma pessoa a realizar alguma coisa que a mesma não quer; obrigar, coagir ou impor; Inibir a movimentação de; segurar, premer ou apertar; Embaraçar, atrapalhar ou acanhar; colocar alguém numa situação desconfortável.

De certo é que não se trata o instituto de inibir a movimentação de ninguém, porque já falamos da coerção pessoal. E também não é interessante embaraçar o executado porque queremos que ele cumpra a obrigação exequenda. Então, por sorte, percebemos que o sentido do instituto é forçar alguém a realizar alguma coisa que não quer. Com toda certeza a força do instituto coincide com sua etimologia. As astreintes só são um meio de coerção efetivo porque tem a capacidade psicológica para forçar o executado.

Prossigamos então para os conceitos da doutrina.

As astreintes, segundo Moacyr Amaral dos Santos (1988, p.205), são: “o processo pelo qual o Estado, por intermédio do órgão jurisdicional, e tendo por base título judicial ou extrajudicial (Cód. de Proc. Civil, art. 583), empregando medidas coativas, efetiva e realiza a sanção”.

Esse conceito, *data venia*, não nos parece distinguir completamente o instituto. Isso porque não aprofunda seu objeto, deixando dúvidas quanto a diferenciação das astreintes em relação as outras multas anteriormente mencionadas em nosso trabalho. O *contempt of court*, por exemplo, visa preservar a dignidade de justiça, mas não podemos olvidar que na prática serve a coação do executado, ainda que, tendo apenas como objetivo secundário a efetivação da tutela jurisdicional.

Matos (2014), por seu turno, aduz:

As astreintes sendo meio coercitivo por excelência, traduz-se em uma ameaça, um temor psicológico destinado a impelir o réu a adimplir uma ordem judicial, que imponha o cumprimento de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, com o escopo de garantir a efetividade da tutela judicial concedida e o respeito ao Estado Democrático de Direito.

Embora respeitemos os argumentos da autora supracitada, não nos parece suficiente definir as astreintes pela ordem judicial em que elas recaem. Isso porque, a multa do art. 14º § único, por exemplo, também poderia ser aplicada. E mais, provavelmente para o executado teria algum caráter psicológico ainda que esse não seja, em verdade, o objetivo daquela multa.

Carla Maria de Souza Pereira (2007, p. 4) conceitua as astreintes:

Trata-se de multa imposta nas obrigações de fazer fungível e infungível, positivas ou negativas e entrega de coisa certa a qual pode ser deferida até de ofício pelo juízo para o caso de descumprimento de determinação judicial contida em decisão que antecipa a tutela ou em sentença.

Já Medina (2002, p. 352), por sua vez, observa outras características da multa:

A multa tem caráter acessório e eventual. Se o descumprimento da obrigação acarreta a exigibilidade da multa, parece mais adequado considerar que se está diante de condenação para o futuro, mesmo porque a execução da multa será outra execução, semelhante à execução por quantia certa.

Didier Jr. et al (2014, p. 445-446) preferem adotar terminologia diferente das astreintes chamando-as de multa coercitiva. Para ele, essa multa é uma medida coercitiva que pode ser imposta de ofício, ou a requerimento, no intuito de compelir alguém ao cumprimento de uma prestação. É uma técnica de coerção indireta em tudo semelhante às astreintes. Tem caráter coercitivo porque não é indenizatória nem punitiva. Justamente por isso, o valor irá ser revertido a parte adversária mas não a título de perdas e danos. Além disso tem caráter acessório. A finalidade de sua aplicação é a coação para o cumprimento da prestação. Ainda, em relação ao caráter coercitivo da multa, não tem teto nem limite previamente estabelecido. Se, por exemplo, fosse uma cláusula penal (art. 412 do Código Civil), por ser punitiva, teria.

Para Assis (2013, p. 661):

A *astreinte* consiste na condenação do obrigado ao pagamento de uma quantia, de regra, por cada dia de atraso, mas que pode ser “por tempo de atraso” (art. 461, § 5º), no cumprimento da obrigação, livremente fixada pelo juiz e sem relação objetiva alguma com a importância econômica do vínculo.

Conceito esse mais robusto e que traz elemento que posteriormente iremos trabalhar. A desvinculação da multa com a importância do vínculo.

Conceituaremos então, observando os supramencionados autores, o equivalente pátrio das astreintes como: multa coercitiva que tem por finalidade atuar no psicológico do executa-

do para efetivar a tutela jurisdicional executiva e que não tem qualquer vinculação com a importância econômica do vínculo.

### 3.2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Para podermos compreender a origem do instituto das astreintes temos que entender o contexto histórico no qual desencadeou a necessidade do mecanismo processual estudado. Além de a Revolução Francesa ter simbolizado o término do sistema absolutista e das regalias da nobreza, o povo, em geral, obteve maior autonomia e os direitos sociais aumentaram em destaque. No entanto, a burguesia conduziu a revolução para consagrar seu domínio social. Nessa época estabeleceram-se alicerces da sociedade capitalista e burguesa.

Nas palavras de Lemos (2012):

Todo esse complexo quadro histórico narrado, acrescido, ainda, da disseminação da tutela pelo equivalente monetário e dos princípios da abstração das pessoas e dos bens (artigo 1142 do Código Napoleão), colimou na construção de um processo executivo com a finalidade precípua de obter, “sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”. Tal instrumento, que é irrestritamente autônomo e independente do processo de conhecimento, acaba, também, por ser ordenado de maneira a preservar o direito fundamental à liberdade dos cidadãos, impregnado em todos os seus elementos dos valores de igualdade e de segurança jurídica. Ao cabo, portanto, restou edificado sobre forte influência dos ideais libertários.

As astreintes surgiram no direito francês como solução para o afastamento da coerção pessoal e alternativa para a nem sempre conveniente indenização por perdas e danos, Pricoli (2012) comenta sua origem:

Visando proporcionar melhor compreensão do instituto, serão, a seguir, tecidas considerações sobre o surgimento e a evolução da astreinte: figura do Direito francês que inspirou a multa em apreço, de forma a delinear seus principais contornos. Com o advento do Código Civil francês, vigente a partir de 21 de março de 1804, consolidou-se, naquele ordenamento jurídico, o princípio ideológico *nemo potest cogi ad factum*. Desde então, o emprego de constrições pessoais na execução de qualquer *facere* estava nitidamente vedado, restando, em consequência, comprometido o alcance da específica prestação devida ao credor.

E continua, Pricoli (2012) arrematando:

Todo esse complexo quadro histórico narrado, acrescido, ainda, da disseminação da tutela pelo equivalente monetário e dos princípios da abstração das pessoas e dos bens (artigo 1142 do Código Napoleão), colimou na construção de um processo executivo com a finalidade precípua de obter, “sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”. Tal instrumento, que é irrestritamente autônomo e independente do processo de conhecimento, acaba, também, por ser ordenado de maneira a preservar o direito fundamental à liberdade dos cidadãos, impregnado em todos os seus elementos dos valores de igualdade e de

segurança jurídica. Ao cabo, portanto, restou edificado sobre forte influência dos ideais libertários.

No ordenamento jurídico pátrio as astreintes são utilizadas desde 1985. Salienta a inclusão da multa coercitiva, Schenkel(2007):

No Brasil, as astreintes foram incorporadas ao Código de Processo Civil pela Lei 8.952/94, estando expressamente previstas no seu art. 461, §4º. Todavia, mesmo antes da sua positivação no código mencionado, as multas já vinham sendo utilizadas com êxito por outros diplomas legais, como da defesa dos interesses ambientais (art. 11 da LACP – Lei nº 7.347/85), e dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor (art. 84, § 4º, do CPC – Lei nº 8.078/90).

Nas palavras de Assis (2013, p. 662):

Contra as repercussões práticas dessa orientação, os tribunais franceses desenvolveram o expediente de aplicar, em casos tais, multa de valor extraordinário e extremamente gravosa, com o fito de premir a vontade do obrigado. Trata-se de sanção indireta ao inadimplemento, baseada numa lei psicológica que proclama a preferência da pessoa humana pelos comportamentos de menor esforço, e sua aplicação reiterada, na maioria das vezes, forçou o obrigado ao cumprimento pontual.

Percebamos que sua inclusão no sistema processual foi, de certa forma, paulatina. O primeiro sistema que a consagrou foi o Direito Ambiental. Logo após veio o microsistema consumerista e findou abrangendo o processo civil em geral.

No próximo capítulo iremos finalmente adentrar no objeto de nosso trabalho: a desvinculação das astreintes ao valor econômico da obrigação principal. De acordo com nosso método de estudo dedutivo já verificamos as alternativas as astreintes, o contexto em que se insere a multa coercitiva e sua conceituação. Agora iremos adentrar na problemática por nós estudada.

## 4 DA VINCULAÇÃO DAS ASTREINTES AO VALOR ECONÔMICO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL

### 4.1 VISÃO DOUTRINÁRIA

Em um primeiro momento devemos abordar a problemática das astreintes destacando a opinião especializada. A doutrina corresponde a fonte secundária do direito que conforme ensina Barrozo (2010): é considerada como fonte por sua contribuição para a aplicação e também preparação à evolução do direito.

Pertinente, para nosso estudo, é a observação de Carla Maria de Souza Pereira (p. 10):

Cabe frisar que o caput do artigo 461 do CPC não contém nenhum parâmetro para a fixação do valor da multa e não impõe qualquer limite. O que a legislação prevê é a possibilidade de redução ou aumento no valor da multa já fixada diante da possibilidade de verificação pelo magistrado ou colegiado de que se tornou excessiva ou insuficiente, conforme dispõe o § 6º do artigo supramencionado.

Assis (2013, p. 150), destaca a característica das astreintes ignorarem o valor da pena e salienta a possibilidade da multa coercitiva ultrapassar a medida econômica da prestação. É porque a multa coercitiva sempre apresentará uma fraqueza: a insuficiência patrimonial do destinatário da ordem. Conforme já mencionado para este autor não existe relação objetiva nenhuma da multa com o vínculo. A emissão do pronunciamento impondo a pena é acessória da resolução principal tomada pelo juiz, e o valor da multa aumentará no decorrer do tempo ou com as infrações do executado persistindo ou se renovando.

Para reforçar seu entendimento, Assis explica como as *astreintes* são aplicadas no ordenamento jurídico de sua origem:

Em França, a *astreinte* é definitiva - insuscetível de revisão – ou provisória (cominatória), quer dizer, é ou não limitada no tempo e, portanto, tem valor final determinado, e é aplicada de ofício pelo juiz da execução. Liquida-se a pena tão logo constatado o atraso ou o descumprimento, total ou parcial, do devedor. Se provisória a pena, o órgão judiciário poderá suprimi-la e moderá-la, adequando-a, assim, à expressão econômica da obrigação. Mas, sendo definitiva a *astreinte*, o obrigado somente se livrará do seu pesado ônus em virtude de força maior ou de caso fortuito, porque a pena possui valor adrede estabelecido, tenha ou não o credor obtido, entretantes, o adimplemento *in natura*.... Seja como for, explica René Savatier,<sup>182</sup> a *astreinte* coíbe “uma situação ilícita p. ex., as precipitações poluentes de certa indústria em águas públicas( *non facere*)” ou coage “o poeta a compor o prometido soneto( *facere*), mediante a virulência da pena pecuniária”. Todavia, alcançado o adimplemento ou tornado possível esse resultado, ao juiz se faculta diminuir a pena, evitando o enriquecimento injustificado do credor. Uma progressiva dissociação das perdas e danos marcou o desenvolvimento da *astreinte*.<sup>183</sup> E, ademais, abandonou o campo restrito das obrigações de fazer, abrangendo também obrigações pecuniárias. <sup>184</sup> (ASSIS, 2013, p. 662-663)

Assim a doutrina francesa trouxe tanto a possibilidade de revisão da pena das astreintes quanto a imutabilidade da pena pecuniária. Observe-se que caso as astreintes fossem definitivas não existiria tal possibilidade. É somente nas astreintes provisórias que se vislumbraria a revisão. E estaria estritamente vinculada a expectativa de adimplemento da obrigação exequenda. Portanto, a priori, a mecânica do instituto não estabeleceu vínculo econômico algum, tão somente vínculo com a efetividade da prestação.

Para Didier Jr. et al (2014, p. 446-448) embora não exista a priori um limite máximo para a multa é possível no caso concreto adequar a medida a parâmetros razoáveis. Caberia ao magistrado esse controle. É interessante notarmos a sugestão do autor quanto ao cronograma de aumento ou redução progressivos da multa relacionados a obediência do executado ao comando decisório. Através de um calendário com o aumento ou a redução progressiva da multa baseado no adimplemento muitos problemas seriam resolvidos. Nos posicionamos, na maioria das vezes, a favor da prevenção como forma de evitar conflitos posteriores desnecessários.

Existem aqueles como Reinaldo Filho (2012) que pensam existir uma noção de proporcionalidade entre o valor da multa e a obrigação principal pretendida. *Data venia*, não é esse nosso pensamento, embora copiamos na íntegra os argumentos do autor:

Fica evidenciada, portanto, a necessidade de uma relação de proporcionalidade entre o valor da multa e a obrigação principal que se pretende seja cumprida através de sua aplicação. A multa tem caráter acessório, não podendo se tornar mais interessante para o credor do que a prestação do próprio direito material em disputa. Nesse diapasão, também a esse instituto de natureza processual deve ser observado um princípio básico do Direito: de que “o acessório segue o principal”, no sentido de que o que é acessório existe em razão e gravita em torno do bem ou valor principal.

É importante ressaltar que a relação de compatibilidade e adequação entre a multa e a obrigação principal não somente deve ser observada no momento de sua fixação. Ao estabelecer o valor da multa diária em decisão liminar ou na sentença, o Juiz deve arbitrá-la em patamar “suficiente ou compatível com a obrigação”, diz o parágrafo 4º. do art. 461 do CPC. Essa relação de compatibilidade deve também ser perseguida na hipótese de **execução** do valor acumulado da multa em determinado período, em caso de inobservância (parcial ou total) pelo obrigado. Na cobrança da multa acumulada deve ser tomado como parâmetro ou limite, quando possível, o valor da obrigação principal ou bem material que se procura preservar. Se a decisão judicial que fixa originalmente a multa tem por escopo a garantia ou preservação de um determinado bem jurídico, é indispensável que, na execução do valor acumulado, se preserve uma relação de proporcionalidade com esse bem que constitui o objetivo da prestação jurisdicional.

Nesse tocante concordamos com Matos (2014) para quem as astreintes não podem se limitar ao direito material posto em causa, sob pena de esvaziar seu caráter psicológico:

Insta salientar que, em que pese existir divergências doutrinárias, prevalece o entendimento de que o manejo das astreintes é uma maneira de coerção ou

constrangimento que visa proteger a autoridade do comando imposto na decisão judicial, obrigando o devedor recalcitrante a prestar determinada obrigação, a cumprir uma norma, sob pena de pagamento de uma prestação pecuniária. Assim, as astreintes funcionam como multa acessória à obrigação principal, independe de perdas e danos, não possuindo caráter indenizatório e não devendo ser limitada ao valor da obrigação principal.

No entender de Amaral (2004, p. 57), por exemplo, as astreintes são um modo de zelar pela dignidade de justiça. Utilizam-se os meios disponíveis sem atentar contra à pessoa humana. É um pensamento que se contrapõe a autores como Marinoni e Arenhart (2011, p. 78) e Theodoro Júnior (2014, p. 92) por não considerar a ameaça como ontologicamente a função da multa. No entanto não nos retira a preocupação que a multa exerça seu papel, pois, se não, a dignidade da justiça será maculada.

Cumpramos observarmos o pensamento de Nery Junior (1997, p. 899) que fixa outros parâmetros para a aplicação da multa, qual seja o valor subjetivamente exorbitante para o executado:

A multa diária deve ser imposta de ofício ou a requerimento da parte e seu valor deve ser expressivamente alto, uma vez que possui natureza inibitória, ressaltando que o juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é o de obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas compeli-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz.

Caso contrário, esvaziar-se-ia a própria noção das astreintes. A multa coercitiva está quase sempre vinculada a um contexto em que a prestação específica precisa ser realizada. Qual seria o sentido de prover o mecanismo processual de semelhante inovação para, logo após, esvaziar o seu poder de coerção. A priori poderia se conceber até a esdrúxula situação do inadimplente que prejudica a execução como forma de onerar o exequente. E que assim o faz baseado na ineficiência da multa coercitiva.

Interessante é a ressalva de Câmara (2007, p. 54):

A multa deve ser fixada em valor suficiente para pressionar psicologicamente o devedor a cumprir a decisão judicial. Afirmou-se em respeitável sede doutrinária que 'seu valor deverá ser exorbitante, desproporcional ao conteúdo econômico da causa, mas adequado à pessoa do executado. O valor da multa não guarda relação com o conteúdo econômico do direito posto em causa'. Realmente, o valor da multa terá de ser fixado em função da capacidade econômica do devedor, de forma a ser capaz de constrangê-lo psicologicamente. Multas excessivamente baixas são ineficazes, assim como as excessivamente altas. Não me parece adequado, porém, dizer que a multa deve ser exorbitante. A multa deve ser 'pesada' o suficiente para assustar, constranger, sem, contudo deixar de observar o princípio da razoabilidade. Quero dizer com isso que a multa deve ser alta o suficiente para constranger psico-

logicamente o devedor, mas não pode ir um centavo além do necessário para que tal pressão aconteça.

Percebemos nesse tópico, então, que a doutrina brasileira parte do pressuposto que não existe um limite legal pré-fixado para as astreintes. Embora alguns autores ponham em questão o critério da proporcionalidade e adequabilidade, outros acreditam que a multa embora tenha caráter acessório possui essência psicológica, isso quer dizer, o estabelecimento de um limite esvaziaria seu caráter coercitivo. Além disso, originariamente a doutrina francesa, como Savatier, que defendia a redução das astreintes vinculava o enriquecimento sem causa do executado ao adimplemento da obrigação. Ora, não se pode *a priori* coibir o enriquecimento injusto do autor se o adimplemento é tardio e em nada satisfaz a execução.

## 4.2 VISÃO JURISPRUDENCIAL

Após estabelecermos as visões da doutrina, vamos agora analisar os apontamentos jurisprudenciais sobre o tema. Antes de mais nada, é importante notarmos que não há qualquer norma legal que trate da limitação da multa processual, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a cláusula penal: “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal” (BRASIL, 2002).

Por isso, a jurisprudência se torna tão importante. Se a limitação existe, pode ser constatada, como veremos, através do pensamento dos magistrados. Pois o fenômeno é fruto da criação jurisprudencial. Então nossa investigação irá partir da jurisprudência que limita ao valor máximo da obrigação. Iremos analisar os argumentos e comparar com aqueles que desvinculam o valor econômico da obrigação principal à aplicação das astreintes.

Sobre a importância dos precedentes no contexto do trabalho, caberia ao STJ fixar tese vinculante sobre o tema, pois tem como sua incumbência a interpretação da jurisprudência infraconstitucional / legal e sua uniformização.

Nesse sentido, já fora perdida uma grande oportunidade, através do procedimento especial do recurso repetitivo:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSUAL CIVIL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CADERNETA DE POUPANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. ASTREINTES. DESCABIMENTO. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: 1.1. "Descabimento de multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível." 1.2. "A decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada." 2. Caso concreto: Exclusão das astreintes. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 09/04/2014, S2 - SEGUNDA SEÇÃO)

Isso porque, quando escolheu matéria digna de controvérsia, poderia, o STJ, ter adentrado no tema, coisa que não fez, apenas admitindo que a multa processual elidida não integra a coisa julgada. Embora essa decisão revele a instrumentalidade do instituto das astreintes, apenas se admitiu no caso concreto a possibilidade de exclusão da multa. Não foram fixados os parâmetros para a redução. Até porque, o caso escolhido fora de exibição incidental de documento, o qual já tem prévio entendimento sumulado que resultou na exclusão da multa do caso concreto desnecessitando a redução da mesma ao valor econômico da obrigação.

Assim, devido à omissão de caráter vinculante, cabe-nos adentrar no tema e analisar os argumentos expostos para trazer à baila um entendimento coerente com a natureza do instituto. Posto que, inicialmente traremos argumentos a favor da limitação da multa ao montante da obrigação principal e após, jurisprudência que desconstrua esse entendimento.

#### **4.2.1 Jurisprudências que Limitam o Valor da Multa ao da Obrigação Principal**

A 4.<sup>a</sup> Turma do STJ no REsp. 13.416-0-RJ, 17.03.1992, entendeu a limitação do valor da pena como forma de evitar o enriquecimento sem causa. Temos, no entanto, que fazer a advertência de que se tratava de uma ação cominatória. Instituto que caiu em desuso com o advento do Código Buzaid:

Ação cominatória. Execução. Pena pecuniária. CPC, arts. 287, 644 e 645. Enriquecimento indevido. Limitação. CC, arts. 920 e 924. Hermenêutica. Recurso inacolhido. I - O objetivo buscado pelo legislador, ao prover a pena pecuniária no art. 644 do CPC, foi coagir o devedor a cumprir a obrigação específica. Tal coação, no entanto, sem embargo de equiparar-se a 'astreintes' do direito francês, não pode servir de justificativa para o enriquecimento sem causa, que ao direito repugna. II - É da índole do sistema processual que, inviabilizada a execução específica, esta se converterá em execução por quantia certa, respondendo o devedor por perdas e danos, razão pela qual aplicáveis os princípios que norteiam os arts. 920 e 924 do CC. III - A lei, que deve ser entendida em termos hábeis e inteligentes, deve igualmente merecer do julgador interpretação sistemática e fundada na lógica do razoável, pena de prestigiar-se, em alguns casos, o absurdo jurídico. (STJ - REsp 13.416-0-RJ - Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - J. 17.03.1992, DOU 13-4-1992).

Os argumentos explicitados pelo acórdão são: a impossibilidade da coação servir de justificativa ao enriquecimento sem causa; a possibilidade da execução específica ser convertida em execução por quantia certa como se fosse perdas e danos; e a aplicação da razoabilidade como forma de afastar o absurdo jurídico.

Tentando reservar um espaço para a conclusão, cabe desde já algumas indagações sobre a argumentação do órgão colegiado. Quanto ao primeiro argumento, trata-se de construção já sedimentada pelos tribunais de que a multa processual não poderia ensejar o enriquecimento

sem causa. Os juristas que assim entendem, se posicionam pela máxima extraída do código civil. O primeiro apontamento é extraído a partir da observação de que as astreintes não são um instituto de direito material. A maior parte da doutrina, como já vimos consideram-nas como uma multa processual, ou no máximo híbrida. Não poderíamos falar então em enriquecimento sem causa, instituto de direito material, para uma multa que tem vínculo eminentemente processual.

Sobre o segundo argumento, da possibilidade da execução específica ser convertida em execução por quantia certa, é necessário o devido cuidado. Isso porque, a execução por quantia certa não é o objetivo colimado. Trata-se, por sinal, de instituto que deveria ser utilizado somente no caso da inviabilidade da execução específica. Limitar o valor das astreintes a obrigação principal nos parece perigoso. Isso porque estaria se permitindo o esvaziamento do instituto e o retrocesso a época de sua inexistência. O sentido das astreintes é justamente o de coagir o executado a não resolver a situação pelas perdas e danos. Não procede, portanto, o argumento.

Quanto ao terceiro argumento, com a devida vênia, não nos acomete maior absurdo jurídico do que a insatisfação da execução específica. De certo que deva haver razoabilidade, mas de acordo com a expectativa de adimplemento. Querer limitar as astreintes ao valor econômico da obrigação principal não nos parece lógico e muito menos razoável. De certo que no caso concreto uma situação de redução da multa possa coincidir com o valor econômico da obrigação. Mas aqui já introduzimos a necessidade de critérios mais razoáveis para a redução da multa, tendo em vista que a priori não existe vinculação.

Mais tarde, a 4ª Turma no RESP Nº 793.491 – RN, 26/09/2006, tornou a decidir pela impossibilidade da multa inviabilizar o enriquecimento sem causa. Como a 4ª Turma acompanhou os votos do relator, é interessante trazer à baila seus argumentos, quais sejam:

Como sabido, a finalidade da multa é compelir o devedor ao efetivo cumprimento da obrigação de fazer. Nesse sentido, tal pena não pode chegar a se tornar mais desejável ao credor do que a satisfação da prestação principal, ao menos não a ponto de ensejar o enriquecimento sem causa.

No caso dos autos, houve desvirtuamento da cominação. A multa ultrapassou em muito o valor da intempérie administrativa e tributária gerada pela omissão da empresa, que não teria alcançado seiscentos reais. Aliás, o próprio veículo sinistrado, um Ford Escort de 1991, valia R\$ 5.000,00.

Nesse sentido, a recalcitrância da instituição, embora tenha realmente ocorrido, não pode ser punida de forma desmesurada, atingindo patamar milionário, sob pena de gerar enriquecimento sem causa e ferir a lógica do razoável. Assim, tendo em conta todas essas peculiaridades, entendo razoável reduzir o montante referente à multa para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

4. Isso posto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe provimento. Fica prejudicada a MC n. 10.988/RN.

(STJ, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 26/09/2006, T4 - QUARTA TURMA)

Novamente a 4ª Turma, sem justificar adequadamente os motivos que ensejaram a limitação das astreintes ao valor econômico, utilizou o argumento do enriquecimento sem justa causa para reduzi-la ao montante da obrigação. A novidade em relação ao outro julgado é acrescentar que a multa não pode ser considerada mais interessante do que a prestação em jogo. Discordamos por evidenciar que na fase de execução, nada seria mais interessante que o adimplemento da obrigação. A justiça nesse momento processual se dá através da tutela pretendida. Sendo que o descaso não poderia ser limitado ao mero limite da obrigação principal. Parece-nos, que o executado ganha garantias para a burla do instituto. Principalmente nos casos onde a execução específica garantiria a segurança jurídica. Limitar a multa ao valor das obrigações nos parece uma forma de reduzir o instituto próprio ao mundo dos fatos ao limitado interesse pecuniário, do qual deveria estar sempre no segundo plano.

Nos parece que a 4ª Turma patrocina a tese da limitação das astreintes ao valor econômico da obrigação principal:

CIVIL E PROCESSUAL. AUTOMÓVEL. DEFEITO DE FABRICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. EXECUÇÃO DE ASTREINTES. PENALIDADE ELEVADA. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO AO VALOR DO BEM PERSEGUIDO NA AÇÃO DE CONHECIMENTO. I. É possível a redução das astreintes fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, fixada a sua limitação ao valor do bem da obrigação principal, evitando-se o enriquecimento sem causa. II. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

(STJ - REsp: 947466 PR 2007/0098684-7, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 17/09/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2009)

Aqui, a utilização do argumento de razoabilidade e proporcionalidade serve como impulso para a limitação ao valor econômico da obrigação principal. É como se os tribunais estivessem utilizando um parâmetro fora da casuística dos casos concretos para se imiscuir do aprofundamento necessário no tema estudado.

Até mesmo a 3ª Turma do STJ, que muitas vezes possui entendimento divergente da 4ª Turma, julgou recente processo limitando ao valor da obrigação principal a incidência da multa processual:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. MULTADIÁRIA. LIMTAÇÃO. OCORÊNCIA. REDUÇÃO DO VALOR. IMOSIBLIDAE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Os agravantes não apresentaram argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçam a decisão agravada, razão que enseja negativa de provimento ao agravo regimental. 2. Agravo regimental que se nega provimento. ACÓRDÃO Visto, relatados

ediscutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Vilas Bôas Cueva (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Brasília (DF), 21 de outubro de 2014 (data do julgamento). MINISTRO MARCO AURÉLIO BELIZE, Relator.  
(STJ - AgRg no AREsp: 582387 DF 2014/0214094-1, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 21/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/10/2014))

Temos ressalvas para a referida decisão, porquanto não adentrou no tema dizendo que apenas subsistiram incólumes os fundamentos da decisão agravada. Basicamente aqui, reiteraram-se os argumentos da decisão anterior e indiretamente fora acolhida a tese já amplamente aplicada pela 4ª Turma.

No que tange aos tribunais no segundo grau, também encontramos entendimentos a favor da limitação, senão vejamos o entendimento da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Sergipe:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR - DECISAO QUE DEFERIU A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DETERMINANDO A EXCLUSAO DA RESTRIÇÃO CREDITÍCIA DO NOME DA AUTORA, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA NO VALOR DE R\$ 3.000,00 - REDUÇÃO E LIMITAÇÃO DO VALOR MÁXIMO DAS ASTREINTES - POSSIBILIDADE-PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA-RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SE - AI: 2009202332 SE, Relator: DES. JOSÉ ALVES NETO, Data de Julgamento: 07/07/2009, 1ª. CÂMARA CÍVEL)

Não inovam aqueles que defendem a tese da limitação. Pelo contrário, a referida turma apenas faz menção à desproporcionalidade entre o valor econômico e a multa acumulada pelo decurso do tempo. Visualizamos essa prática jurisprudencial como uma completa distorção do instituto. Vejamos agora uma decisão do vetusto tribunal da Bahia:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. EXECUÇÃO DE ASTREINTE. VALOR TOTAL. PENALIDADE ELEVADA. LIMITAÇÃO AO VALOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO STJ. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. No caso, o valor da multa, por si só, não se mostra elevado, ante a capacidade de solvência da agravante, sendo, ao mesmo tempo, o suficiente a compeli-lo a manter-se obediente à ordem judicial. Todavia, cabe fixar um teto máximo para a cobrança da multa, pois o total devido a esse título não deve distanciar-se do valor da obrigação principal. (AgRg no Ag 1220010/DF) 2. A sanção imposta pelo Juízo, com vencimento diário, para prevenir o descumprimento de determinação judicial (astreintes), deve ser reduzida, se verificada discrepância injustificável entre o patamar estabelecido e o montante da obrigação principal (AgRg no Ag 896.430/RS).

(TJ-BA - AI: 00111804720138050000 BA 0011180-47.2013.8.05.0000, Relator: José Edivaldo Rocha Rotondano, Data de Julgamento: 01/10/2013, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 03/10/2013)

Nas razões de decidir, o tribunal apenas reiterou regra jurídica extraída da jurisprudência. Como se o valor da obrigação principal fosse um parâmetro, novamente dizemos, a priori. O que corresponderia a completa distorção do instituto estudado. Talvez, a grande quantidade de demandas que alguns tribunais suportam seja o grande ensejador da dificuldade do melhor aprofundamento em algumas teses jurisprudenciais. No que diz respeito ao nosso trabalho, à primeira vista essas decisões que não enfrentam o tema parecem estar encontrando uma saída pela tangente e perdendo uma oportunidade de fazer justiça para o caso concreto.

Por fim, no procedimento dos juizados especiais o enunciado n. 132 do XXVI Encontro Nacional dos Juizados Especiais que incorporou a redação do enunciado nº 25 teve conteúdo, de certa forma, curioso: a multa cominatória não fica limitada ao valor de 40 salários mínimos, embora deva ser razoavelmente fixadas pelo juiz, obedecendo ao valor da obrigação principal, mais perdas e danos, atendidas as condições econômicas do devedor.

Ao mesmo tempo em que esse enunciado limita ao valor da obrigação principal, alarga o procedimento para comportar valores acima de 40 salários mínimos. Para nós, o enunciado tenta se adequar a jurisprudência do STJ que limita o valor da obrigação, mas acaba por dificultar sua própria essência: a flexibilidade das astreintes e a natureza de celeridade do procedimento especial.

De outra maneira, limitando ao valor da obrigação, pensa:

A partir do momento que a fixação das astreintes atinge o ponto de ser mais interessante à parte que a própria tutela jurisdicional do direito material em disputa, há uma total inversão da instrumentalidade caracterizadora do processo. Este não pode ser um fim em si mesmo, deve ser encarado por seu viés teleológico, sendo impregnado de funcionalidade. Não é a toa que um dos princípios do direito processual é a efetividade do processo. Quando o juiz fixa multa em caso de descumprimento de determinada obrigação de fazer, o que se tem em mente é que sua imposição sirva como meio coativo para cumprimento das obrigações para que a parte adversa obtenha efetivamente a tutela jurisdicional pretendida, não podendo servir como enriquecimento sem causa”.

(AgRg no Ag 1.323.400/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 511/2012).

Nesse julgado, trazem à baila a questão da instrumentalidade do processo. Mas o processo só será o instrumento para o acesso à ordem jurídica justa se forem esgotadas as tentativas de se buscar a tutela específica, que se presume ser aquilo que o exequente deseja. Não se pode pensar em ordem jurídica justa às expensas do exequente. Não significa a instrumentalidade do processo subterfúgio para limitar a aplicação das astreintes.

Parece que a confusão que trazem essas jurisprudências que tendem a limitar as astreintes é sobre o temor da obrigação acessória se tornar mais interessante que a principal. Esquecem-se, no entanto, que as partes devem sempre se orientar pela boa-fé processual. E se, diferentemente do *contempt of court*, as astreintes irão ser revertidas para o exequente é porque o executado deu ensejo. Poderíamos admitir, ainda que a contragosto, uma dissociação do valor das astreintes: de um lado aquele que seria revertido para o exequente, de outro o valor de que seria beneficiária a justiça. O que não podemos permitir é que o executado fique impune, no plano fático, por sua irresponsabilidade em arcar com sua obrigação de fazer/não fazer.

Muitas vezes, falta inovação desses julgados com base na tese do enriquecimento sem causa. A aplicação reiterada da tese apenas reforça um entendimento que não leva em conta a natureza das astreintes.

Para darmos prosseguimento ao debate passaremos agora à jurisprudência de quem entende pela desvinculação ao valor econômico da obrigação.

#### **4.2.2 Jurisprudências que Desvinculam o Valor da Multa ao Valor Econômico da Obrigação**

Para vermos como é oscilante o tema, tivemos ao longo do tempo jurisprudência divergente da orientação anteriormente apresentada.

A 3.<sup>a</sup> Turma STJ, por exemplo, no REsp. 43.389-4-RJ, 22.03.1994, ministro relator Waldemar Zveiter, se posicionou contra a limitação da multa ao valor econômico da obrigação principal, argumentando que a lei processual de 1973 não teria limitado à fixação da pena pecuniária das *astreintes*:

PROCESSUAL CIVIL - PRECEITO COMINATÓRIO- LIMITAÇÃO - INEXISTÊNCIA. I- A Lei processual civil de 1973 não estabelece limites à fixação de pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Impossibilidade de aplicação analógica do art. 920 do Código Civil porque aquele dispositivo visa coibir abusos nas penas convencionais enquanto que a cominação judicial objetiva garantir a efetividade do processo.  
(REsp nº 43.389-4-RJ, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, in RSTJ 63/438).

Então, eis aí o primeiro argumento da tese que o presente trabalho se propõe a estudar. Conforme já havíamos verificado no início do subitem referente à jurisprudência, não há determinação legal que previamente limite as astreintes a qualquer valor. De certo que esse argumento não é unívoco para afastar a tese adversa, mas é um indício que o legislador da época reservou para as astreintes: maior flexibilidade.

Interessante é que, em alguns casos, os acórdãos confundiam a cláusula penal com as astreintes. No acórdão em questão, tratava-se de uma cláusula penal. Mas não podemos deixar de mencioná-lo, pois já apresentava sistemática correta sobre as astreintes:

Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não há, desde que se constitua em mora; que há prazo certo e definitivo para a indenização - até o dia 25 do mês subsequente ao recebimento pela seguradora do aviso de sinistro, contados do dia 25 do mês anterior, ou 30 dias após os avisos de sinistro, como decidiram os embargos de declaração, em cumprimento ao subitem 16.2 da cláusula 16ª; não houve recurso quanto à limitação ao valor da indenização; a limitação do art. 920 do CC não é de ordem pública e a recorrente não pleiteou a incidência do artigo 920 do Código Civil, donde operou-se a coisa julgada; que a multa no caso é de natureza cominatória e convencionada livremente pelos contratantes; que aplicar o art. 920 do CC seria ofender a disposição do art. 461 do cânone processual, que determina ao Juiz que diante de obrigações de fazer assegure ao credor o resultado prático da decisão, a multa não pode ficar limitada simplesmente ao valor dos reparos; a multa corresponde às astreintes do art. 644 do CPC e não pode ter limitação (RJTRJSP, 123/320), pena de cassar-se o poder de coerção que exerce sobre o patrimônio do devedor; o art. 920 do CC destina-se às multas compensatórias e não cominatórias, já que estas garantem a eficácia da execução do julgado.  
(TJ-SC, Relator: Alcides Aguiar, Data de Julgamento: 19/09/1996, Segunda Câmara de Direito Comercial)

Aqui levantamos um segundo argumento: qualquer limitação prévia às astreintes finda por cassar o poder de coerção que a multa exerce sobre o devedor. Ressalva-se aqui, que por tecnicismo preferimos creditar o poder de coerção ao psicológico do devedor, e não a seu patrimônio, porque este não é o fim e sim aquele.

Alguns julgados adentraram mais precisamente ao tema. A diferenciação da multa atual ao dispositivo equiparado anterior é justamente relacionada com sua eficácia. Vejamos o julgado, *in verbis*:

Não há um teto para a multa pecuniária. Se é verdade que a limitação existia no estatuto processual civil anterior, frente ao que dispõe atualmente o art. 644 do CPC, não há mais porque um teto ou limitação para cominação em apreço. E nem poderia ser de outra forma, já que se limitada no tempo a dita multa, em dado momento a sentença prolatada pelo juiz tornar-se-ia ineficaz; e se tornaria inútil tudo quanto se realizara no processo que a fixou" (Ac. do 1º Gr.de Câms. Do TJSP de 31.10.89, nos Embs. Nº 62.801-1 Rel. Dês. Luis de Azevedo; RJTJSP 123/320)." Ante o exposto, mantenho o quantum referente à fixação de multa cominatória, portanto, restando prejudicada a análise do recurso adesivo interposto.  
(TJPE- 1ª CÂMARA CÍVEL - APELAÇÃO CÍVEL nº 0106760-7 - 09/11/2007. Rel.:Des. Antenor Cardoso Soares Junior)

O referido argumento vai além da questão do poder de coerção, preserva os atos realizados pelo magistrado que aplicou a multa. Tornar-se-ia ineficaz a sentença prolatada pelo juiz.

Consentâneo ao entendimento acima, a Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul fixou entendimento da limitação da multa nos juizados especiais:

EMBARGOS À EXECUÇÃO (IMPUGNAÇÃO À FASE DE CUMPRIMENTO). DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES CORRETAMENTE FIXADAS. LIMITAÇÃO DA EXECUÇÃO AFASTADA. VALOR DA EXECUÇÃO ADEQUADO AO CASO CONCRETO. INOCORRÊNCIA DE ERRO NA ELABORAÇÃO DO CÁLCULO APLICADO.

1. Não merece acolhimento a pretensão da embargante de redução do valor fixado a título de multa cominatória, pois além de ser cabível a execução de multa cominatória no Juizado Especial, está comprovado nos autos o descumprimento de obrigação de fazer (fls. 04, 13 e 17).

2. Não tendo a ré apresentado qualquer motivo...

(71003619079 RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Data de Julgamento: 28/06/2012, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/07/2012)

Nessa decisão, anterior e contrária ao entendimento do FONAJE, fora aplicada tese coerente com a natureza das astreintes. Isso porque já falamos que só creditamos a redução das astreintes derivada de sua correspondente da doutrina francesa como astreinte provisória, e que aquela só poderia ser reduzida caso ocorressem indícios do adimplemento da obrigação.

PROCESSUAL CIVIL.1) EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA COMINATÓRIA DIÁRIA IMPOSTA NO DESPACHO INICIAL. VALIDADE.2) "ASTREINTE", CONSISTENTE EM ELEVADA MULTA, FIXADA LIMINARMENTE PARA A OUTORGA DE ESCRITURA. VALIDADE.3) ALEGAÇÃO DE INSUBSISTÊNCIA DA MULTA, EM VIRTUDE DA SUSPENSÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO, AFASTADA;4) EMBARGOS DO DEVEDOR REJEITADOS DIANTE DE ANTERIOR JULGAMENTO;5) VALOR DA MULTA COMINATÓRIA COM NATUREZA DE "ASTREINTE", TÍMIDA MODALIDADE BRASILEIRA DO "CONTEMPT OF COURT", DERIVA DE SANÇÃO PROCESSUAL, QUE NÃO SOFRE A LIMITAÇÃO DA NORMA DE DIREITO CIVIL PELA QUAL O VALOR DA MULTA NÃO PODE ULTRAPASSAR O DO PRINCIPAL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1.- Na Execução de Obrigação de Fazer é admissível a fixação liminar de multa cominatória diária, para o caso de não cumprimento imediato da obrigação, indo o risco do não cumprimento à conta do executado que resiste em vez de cumprir o preceito, assumindo o risco decorrente da opção pela resistência. ... - A limitação, no âmbito do direito contratual, do valor da multa ao valor da obrigação principal (art. 920 do Cód. Civil/1916) não se aplica à multa de natureza de "astreinte", a qual constitui eficaz instrumento processual de coerção indireta para a efetividade do processo de execução, ainda, no processo nacional, tímido instrumento, se comparado com o "contempt of Court" do Direito anglo-americano, que responsabiliza mais fortemente a parte recalcitrante e o próprio patrocínio temerário desta. 5.- O valor da multa cominatória como "astreinte" há de ser naturalmente elevado, no caso de dirigir-se a devedor de grande capacidade econômica, para que se torne efetiva a coerção indireta ao cumprimento sem delongas da decisão judicial.CPC739§ 1º791I6.- Recurso Especial improvido.

(940309 MT 2007/0077995-4, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 11/05/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2010)

Mais uma vez aqui a eficácia da execução é prestigiada. Desta vez, no entanto, revela um ponto importante a ser auferido por nosso trabalho: ao invés de observamos o valor da obrigação principal que seja observada a capacidade econômica do executado.

Percebamos, então, que a jurisprudência caminha por uma linha de raciocínio. O STJ, em grande parte, patrocina essa discussão temática. Não se quer que o devedor seja onerado demasiadamente, mas também se quer garantir a tutela específica da obrigação. Nesse sentido, nos parece que a limitação do valor econômico seria um retrocesso a época das ações cominatórias quando na verdade o que se quer é maior segurança jurídica na aplicação das astreintes.

#### 4.3 VISÃO DO AUTOR

Feitas as considerações doutrinárias e jurisprudenciais, nos cumpre agora apresentar sistematicamente nosso ponto de vista a luz dos argumentos anteriormente expostos.

Eis nossa hipótese: **As astreintes devem ser aplicadas desvinculadas do valor econômico da obrigação principal visando tornar o mandamento judicial eficaz.**

A jurisprudência e doutrina que não se filia a nosso entendimento argumenta que a multa coercitiva que exceda o valor econômico da obrigação principal ensejaria o enriquecimento sem justa causa do exequente. Portanto, tem aplicado a redução das astreintes até o valor econômico da causa. Além disso, evidenciam a necessária adequação e proporcionalidade da multa processual. Com a devida vênia, não é esse o nosso entendimento.

A priori, nos parece indiferente o argumento que limita as astreintes para evitar o enriquecimento injusto do exequente. Isso porque, vislumbrando a situação jurídica como um todo, não se trata de um momento processual como o de cognição. A certeza da execução é pressuposto para a instauração do procedimento. Se assim não for, tratar-se-á de execução provisória e se arguirá o motivo de *periculum in mora* e ao menos haverá *fumus bônus iuris* para assim proceder. Aquilo que se subentende como o desejo do credor é a satisfação da execução. A única hipótese que de fato ensejaria um enriquecimento sem causa do exequente é aquela ao qual o sistema processual já tutela com segurança: caso fortuito e força maior. Nessas hipóteses se afastaria qualquer tipo de responsabilização. Ora, existe causa maior do que o inadimplemento do pactuado? *O pacta sunt servanta*, embora tenha sido mitigado pela função social do contrato, ainda possui sua força vinculante e o desrespeito a ele deve ter como consequência uma tutela executiva efetiva.

Já é pacífico, como vimos, o entendimento de que caso o executado não esteja em nada colaborando para satisfazer a execução se afastará a possibilidade de redução das astreintes. Portanto nesses casos não se poderia limitar ao valor da obrigação pactuada.

Cumpre-nos trabalhar então, os casos restantes, ao qual parcela significativa da jurisprudência limita como praxis judiciária ao valor da obrigação principal.

Essa limitação em verdade provém de um equívoco. Uma extensão de raciocínio aplicado do caráter acessório da multa coercitiva. O fato de a multa ser acessória apenas inclui a possibilidade dela não subsistir diante da inexistência da obrigação principal. Não há, a nosso ver, qualquer vínculo ou indício que possa dar ensejo a limitação da multa ao valor da obrigação.

Tanto assim que o legislador ao fixar as astreintes não estabeleceu qualquer limitação. Atitude fundamentada pela necessidade de se preservar o caráter coercitivo e psicológico da multa. O legislador brasileiro adaptou um instituto de origem francesa que surgiu da prática jurisprudencial. Conforme vimos anteriormente, a jurisprudência francesa tende a reduzir as astreintes em situações específicas de acordo com a colaboração do executado. Lá a multa ou é definitiva, insuscetível de revisão, ou é provisória com valor final determinado. Em nenhum momento pugnou-se por limitar as astreintes ao valor econômico da obrigação.

Para percebermos o equívoco jurisprudencial temos de constatar que até mesmo o STJ, que algumas vezes fora refratário a ideia da desvinculação da multa ao valor econômico da obrigação, já reconheceu em sua jurisprudência que a não-colaboração do executado impediria a redução da multa. Ora, impede como já vimos, porque a multa tem o objetivo de coagir o executado. Faz parte da sua coerção o ajuste do magistrado. Como então admitir um critério que oprime a possibilidade de efetivação da tutela, tendo tão somente o argumento de impedir o enriquecimento sem causa do credor? É necessário no mínimo que se averigüe a capacidade econômica do executado. Assim se aplicaria a regra da igualdade material. Pois se a jurisprudência oscilante não fundamentar a questão com um viés vinculado ao caso concreto e admitir critérios de exame mais apurados, o executado estará se locupletando de uma jurisprudência defensiva dos tribunais que cada vez mais utiliza critérios preexistentes ao invés de adequadamente interpreta-los ao caso concreto.

E vislumbramos o critério econômico do executado como uma maneira de adentrar a situação e, portanto, evitar essa jurisprudência defensiva que não favorece a ninguém. Nem em longo prazo para o próprio tribunal, porque proliferam as patologias, causando incredibilidade nas decisões que aprioristicamente limitam o valor das astreintes ao valor econômico da obri-

gação, causando insatisfação nas decisões perpetradas e, pior, que no caso do STJ, semeariam precedentes podendo levar a uma uniformização equivocada. Subverter-se-ia a própria lógica do sistema.

Além disso, quando se considera que as astreintes não operam preclusão nem abrangem a coisa julgada material, quer-se dizer que não fazem parte do mérito. E, portanto, não poderiam ter como parâmetro o valor da obrigação principal. Tendo em vista que este é questão de mérito do processo.

Por fim, a jurisprudência dos juizados entra em contradição com o enunciado antes aqui exposto. Os juizados especiais têm procedimento limitado pelo valor da obrigação. Acerta o enunciado a não limitar a execução das astreintes em local diverso devido ao valor econômico. É a valorização da multa e seu aspecto coercitivo. Isso porque, ontologicamente não existe a limitação ao valor econômico. Prossegue então o enunciado afirmando como critério o valor da obrigação. Aí, *data venia*, entendemos ser um equívoco acarretado pela influência de vasta jurisprudência e doutrinas que não compreendem a acessoriedade das astreintes.

Nosso ponto de vista, então, é de que as astreintes devem ter critério de aplicação como a capacidade econômica do devedor, serem pré-estabelecidas com plano de progressão e a proporcionalidade. Coisa diferente é limitá-las ao valor econômico da obrigação. Nos posicionamos contrariamente a essa prática de decidir quando o critério econômico é aplicado como a razão, o teto. Em regra as astreintes devem ser aplicadas e se forem reduzidas necessitam de motivo mais forte do que o enriquecimento do autor, alhures como já foi exposto.

Caso fale-se em proporcionalidade, é necessário que se aplique a técnica que adentra no caso concreto para a ponderação de valores. Nela, primeiramente é feito um exame de necessidade e adequação, para somente, passados esses estágios, ocorrer a técnica de ponderação em sentido estrito. O que atualmente ocorre majoritariamente nas decisões que pugnam pelo enriquecimento sem causa do credor é a supressão da interpretação baseada na ponderação de princípios no caso concreto para a objetivação do limite da obrigação. Como se o valor da causa fosse o parâmetro único para a aferição do dano ocasionado no exequente. A esse pensamento, discordamos. Pois, como já vimos, é necessária a aplicação da proporcionalidade ao caso concreto.

## 5 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi estudar a hipótese da desvinculação das astreintes ao valor econômico da obrigação. Nesse sentido fizemos uma revisão sobre os meios de execução e aprofundamos na execução indireta. Diversificamos essa forma de execução e suas diversas espécies. Aprofundamos também o tema da multa coercitiva e ao final, tratamos do recorte temático com as visões da doutrina, da jurisprudência e a visão de nosso trabalho.

Portanto, o que aqui iremos expor é o que metodologicamente podemos chamar de resultado da nossa pesquisa. Para isso, é necessário que se faça uma breve digressão sobre os aspectos abordados em todos os capítulos.

Em um primeiro momento, vimos que ao exequente cabe a opção de escolher sobre qual meio executório deva empregar. Logicamente que em alguns existira a ordem de preferência sobre o procedimento a ser empregado e que o executado terá o direito de defender-se “*lato sensu*” através do direito, exponenciado pela máxima do art. 620 do CPC, princípio da menor onerosidade para o devedor.

Mas em tratando-se de tutela específica vimos que a muito tempo foi superada a ideia de que toda e qualquer prestação poderia ser substituída por prestação pecuniária, como alhures já visto. Então não será esse o elemento que iremos nos concentrar. Partiremos diretamente para o exame das controvérsias das astreintes para chegar a nossa hipótese e então vamos verificar se nossa visão, já mencionada, se encontra correta.

As astreintes, como já se viu, não é o único instituto que fora implementado em nosso sistema processual para efetivar a tutela, que agora sabemos, não pode, via de regra, ser por coerção pessoal. Existe no art. 14, V do CPC, o equivalente ao *contempt of court* tão fortemente trabalhado no sistema inglês. Além disso, não seria a única forma *lato sensu* de coerção, a despeito da cláusula penal.

E é por esse motivo que não concordamos com Guilherme Rizzo Amaral e defendemos o ponto de vista de Marinoni e outros que posicionam da mesma maneira. Se as astreintes fossem uma forma de garantir a dignidade de justiça não existiria motivo para o legislador ter expressamente criado a multa do art. 14, V do CPC.

Portanto, o nosso experimento firma como primeira conclusão que as astreintes são uma multa feita para coagir. E como multa que tem um propósito em especial, não se pode aprioristicamente limitá-la ao valor econômico da obrigação. Caso seja necessária essa limitação que não se argua o princípio da proporcionalidade e da adequação em vão. Proporcionalidade

essa, que tem de ser a *posteriori*, a luz do caso concreto. É o contexto que deve ser examinado tem de ultrapassar a visão de examinar apenas o prisma do exequente. O enriquecimento sem causa do credor, em primeiro lugar, deve ser sopesado com a vontade de adimplir do executado. Ora, caso o executado esteja praticando atos que evidenciem sua intenção de cumprir a tutela mandamental que se impõe sobre ele, aí sim poderíamos falar em redução das astreintes. O instituto comprovadamente somente pode ser reduzido caso haja a efetiva colaboração do executado, consoante jurisprudência sumulada conforme vimos anteriormente.

Então, se reconhecemos que as astreintes tem uma finalidade de coerção e só podem ser reduzidas caso haja indícios da vontade do executado em adimplir, precisamos de uma motivação para que a prática judiciária reduza as astreintes ao valor econômico da obrigação.

E em nossos estudos, *data venia*, não encontramos nenhuma comprovação para aprioristicamente reduzirmos as astreintes ao valor econômico da obrigação.

Para isso, vamos fazer o caminho inverso, e tentar provar hipótese inversa. O vínculo da redução das astreintes ao valor econômico da obrigação.

Primeiro argumento: **A multa não pode se tornar mais interessante para o credor do que o direito material em disputa.**

Como verificamos em nossos estudos, esse argumento não procede justamente pelo caráter de acessoriedade da multa. O magistrado a qualquer tempo pode restringir e até mesmo diminuir o valor da multa coercitiva. Além disso, pela característica da coerção, é necessário que a multa seja proporcionalmente expressiva. Desvincular a multa do direito material posto em causa não é torná-la mais interessante, porque em regra o que se quer tutelar são obrigações infungíveis ou, no mais tardar dos casos, direitos indisponíveis. Nesse sentido jurisprudência atualíssima do STJ já pacificou o entendimento de que as astreintes não fazem coisa julgada salvo se tratando de direitos indisponíveis. Daí extraímos que não existe vínculo de interesse com o direito material em disputa, salvo o que *data venia* chamaríamos de “achismo jurídico”. E mais, a permissão da vinculação das astreintes a um limite prévio indiretamente contribui para a perda da flexibilidade da multa que se insistiu em implementar no Código Processual Buzaid. O grande risco seria termos um retrocesso como ao da época das ações cominatórias, as quais na prática perderam sua força cogente justamente por sua aplicação não resultar na tutela a ser efetivada.

Segundo argumento: **o acessório segue o principal.** Destarte esse é outro equívoco, pois essa é uma regra de direito material. E como já bem vimos, as astreintes são híbridas. Mas eminentemente estão expressas no código processual. Por esse motivo, nos convencemos

de que essa regra não possa conceber excessos. Em jurisprudência já mencionada no STJ é pacífico que não subsistindo a obrigação as astreintes também não serão exigíveis. Mas isso não significa que a acessoriedade poderá resultar em um vínculo de proporcionalidade apriorístico as astreintes. Estar-se-ia desvirtuando a efetividade processual do instituto, e reiteramos, as astreintes são um instituto híbrido.

Feitas essas tentativas de sustentar o argumento adverso, agora vejamos nosso argumento: **as astreintes devem ser aplicadas desvinculadas do valor econômico da obrigação principal.**

Depois de refletirmos sobre os institutos postos em causa, nos parece subsistir essa hipótese como a melhor.

Isso porque pode ser que o valor econômico da obrigação principal seja o melhor elemento que defina a proporcionalidade do caso concreto. E aí está a verdadeira questão: a proporcionalidade das astreintes deve ser evidenciada no caso concreto, e portanto, a decisão que reduz as astreintes, tendo como elemento comparativo o valor econômico da obrigação ou não, deve ser fundamentada necessariamente com base em três critérios: o direito posto em causa, a capacidade econômica do devedor e o enriquecimento sem causa do credor. E mais, são critérios hierarquicamente diferentes. Caso o direito posto em causa seja indisponível não se deveria examinar a capacidade econômica do devedor. E se a capacidade econômica do devedor for muito além do valor econômico da obrigação parece-nos mais adequado que não se examine o enriquecimento sem causa do credor.

Nosso experimento, portanto, nos induz a crer que é necessário que seja feita uma revolução jurisprudencial para garantir a maior efetividade na tutela executiva.

E desse trabalho, concluímos: é necessária a mudança dos critérios para a redução das astreintes que não a simplória limitação ao valor econômico da obrigação. Nossa sugestão é que seja feita pelos critérios supramencionados. Caso contrário, será a *carta de permissão* para a desnaturação do instituto: inimigo combatido por esse estudo.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o Processo Civil Brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARROZO, Jamisson Mendonça. As fontes do direito e sua aplicabilidade na ausência de norma. **Direitonet**, 02 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5763/As-fontes-do-direito-e-a-sua-aplicabilidade-na-ausencia-de-norma>>. Acesso em 04 nov. 2014.

BAUMÖHL, Débora Inês Kram. **A Nova Execução Civil: a desestruturação do processo de execução**. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. **Código Civil**, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 01 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**, Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 01 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 5.478**, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm)>. Acesso em: 01 set. 2014.

BREITBACH, Áurea Correa de Miranda. Notas sobre a importância metodológica dos conceitos. **Ensaio FEE**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, P. 121-125, 1988. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewFile/1193/1542>>. Acesso em 10 nov. 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Código de Processo Civil interpretado**. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael S. **Curso de direito processual civil - Execução**. Volume 5. 6. ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Juspodvm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**: a execução na teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

FIALHO, Fábio José Varela. A efetividade da tutela jurisdicional nas obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa através dos meios coercitivos dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3743, 30 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25412>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

FIGUEIREDO, Anna Paula Cavalcante Gonçalves. Breves apontamentos acerca da execução de prestação alimentícia. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8932](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8932)>. Acesso em 04 nov. 2014.

GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LEMOS, Jonathan Iovane de. O processo de execução e a influência cultural em sua delimitação: das medidas sub-rogatórias e das técnicas executivas pré-determinadas à atipicidade dos meios. **Revista eletrônica temas de processo civil**, v. 2, n. 6, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/59-v2-n-6-junho-de-2012/200-o-processo-de-execucao-e-a-influencia-cultural-em-sua-delimitacao>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1946.

LIMA, Fábio Nunes de. Execução: Praça, leilão, lance mínimo e lance vil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11102](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11102)>. Acesso em 05 nov. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. Volume 3. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATOS, Grace. Redução das astreintes e o conflito dos princípios da razoabilidade e vedação ao enriquecimento sem causa x dignidade da justiça. **Consultor Jurídico**, Salvador, 06 mar. 2014. Disponível em: <<https://juridicocorrespondentes.com.br/artigos/gracematos/reducao-das-astreintes-e-o-conflito-dos-principios-da-razoabilidade-e-vedacao-ao-enriquecimento-sem-causa-x-dignidade-da-justica-337>>. Acesso em: 17 set. 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução Civil: Princípios Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 899.

OLIVEIRA, Katiane da Silva. A evolução da prisão civil do depositário infiel na jurisprudência do STF. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 82, Nov. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8585](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8585)>. Acesso em 10 nov. 2014.

PAZ, Ivan Cassiano. Efetividade no processo de execução: alienação por iniciativa particular. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12663](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12663)>. Acesso em 04 nov. 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume IV - Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Carla Maria de Souza. Astreintes: importância da limitação do valor quando da sua fixação evitando-se a posterior redução diante do descumprimento da ordem judicial. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, 2007. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/CARLA%20MARIA%20DE%20SOUZA%20PEREIRA%20-vers%C3%A3o%20final.pdf>>. Acesso em 04 nov. 2014.

PRICOLI, Marcela. Astreintes: considerações sobre a origem e o desenvolvimento do instituto. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3347, 30 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22522>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

QUEIROZ, Fernanda de Sá Araújo de; CAMPOS, Raphael Rímulo Caldeira. As Medidas de apoio como meios hábeis para a efetividade da tutela jurisdicional específica, *in natura* e do resultado equivalente, das obrigações de fazer e não-fazer. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8707&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8707&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 02 set. 2014.

REINALDO FILHO, Demócrito. Existe um limite máximo para execução das astreintes? A evolução da jurisprudência do STJ quanto à matéria. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3466, 27 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23312>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

REZENDE, Marcus Vinícius Drumond. Uma breve história da execução: do processo romano ao código de processo civil de 1939. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 02 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46544&seo=1>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 9. ed. Saraiva: São Paulo, 1988.

SANTOS, Sérgio Nunes dos. Alimentos: obrigação alimentícia e dever de sustento face à súmula 358 do STJ. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12325&revista\\_caderno=14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12325&revista_caderno=14)>. Acesso em 28 out. 2014.

SANTOS NETO, Dercino Sancho dos. Teoria e prática da adjudicação no âmbito do registro de imóveis. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7924](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7924)>. Acesso em 04 nov. 2014.

SCHENKEL, Jamile Tavares. Astreintes e execução civil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2377](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2377)>. Acesso em 04 nov. 2014.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Peculiaridades da Sentença Mandamental. **Carta Forense**, São Paulo, 01 set. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/peculiaridades-da-sentenca-mandamental/9355>>. Acesso em 04 nov. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 49. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; FERREIRA, Rafaela Cabral; FINELLI, Lília Carvalho; GRILLO, Marcela Fontenelle; MACHADO, Renata Moreira; FERNANDES, Tereza de Assis; WOLFF, Thalita Mol. História e perspectivas da execução cível no direito brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12945&revista\\_caderno=21](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12945&revista_caderno=21)>. Acesso em 10 nov. 2014.

ZENATTI, Paulo Ricardo. Execução por quantia certa contra devedor solvente. **Direitonet**, 08 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8271/Execucao-por-quantia-certa-contradevedor-solvente>>. Acesso em: 4 nov. 2014.