

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 500

(ano VII)

(11/12/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

# Conselho Editorial

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

Coordenador do Direito Internacional  
(AM/Montreal/Canadá): **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/Argentina): 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

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DO DIA



11/12/2015 Leonardo Sarmiento

» [Impeachment - liminar de Fachin: tendência de um STF com intervenções político-partidárias odiosas?](#)

### ARTIGOS

11/12/2015 Alice Saldanha Villar

» [O reconhecimento da confissão espontânea do réu na jurisprudência do STJ: nova Súmula 545](#)

11/12/2015 Esdras Silva Pinto

» [Processo coletivo: princípios específicos, espécies de direito coletivo e características principais](#)

11/12/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Anotações à Carta de Juiz de Fora \(2010\): Carta dos Jardins Históricos Brasileiros](#)

11/12/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [Da impenhorabilidade do bem de família](#)

11/12/2015 Aline Stüpp Koerber

» [Contratos de seguro de veículo](#)

11/12/2015 Thammy Santos Abreu

» [A presunção de vulnerabilidade no crime de estupro de jovens de 12 a 14 anos incompletos](#)

## IMPEACHMENT - LIMINAR DE FACHIN: TENDÊNCIA DE UM STF COM INTERVENÇÕES POLÍTICO-PARTIDÁRIAS ODIOSAS?

**LEONARDO SARMENTO:** Advogado. Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV.

Comezinho ser o Supremo um Tribunal contramajoritário, com forte viés político - pelas questões que lhe são apresentadas, pela forma da indicação da sua composição (...). Político sim, partidário não há de se tolerar. Não pode, por exemplo, intervir em instrumentos democráticos, como é o *impeachment*, com o fito de defender ideologia de partido ou blindar o Governo da plena atuação democrática quando revelar-se contrária aos seus interesses. Sua atuação deve apenas garantir que a Constituição não reste aviltada, agindo com imparcialidade, parcimônia e zelo ao princípio da Separação de Poderes. Assim a sociedade espera.

O ministro Fachin, STF, concedeu uma liminar que parou o processo de impeachment da presidente Rousseff por pelo menos uma semana. O STF divulgou a decisão de Fachin de suspender a instalação da comissão no final da noite do dia 08. A decisão liminar só deverá ser levada a julgamento pelo plenário do STF no próximo dia 16. Até lá, permaneceriam suspensos os trabalhos da comissão destinada a processar o pedido de impeachment da presidente da República.

Fachin argumenta que o fulcro da liminar seria o de evitar a realização de atos pelo Congresso que posteriormente poderiam ser invalidados pelo Supremo. Ao final, o ministro deu prazo de 24 horas para que a Presidência da Câmara dos Deputados preste informações sobre a forma de composição e eleição da comissão especial que analisará o processo de *impeachment*.

Já diante dos primeiros suspiros do processo de impeachment contra a presidente Dilma mal havia os partidos governistas já recorriam ao Supremo Tribunal Federal demonstrando nitidamente a intenção de se judicializar a questão. Trabalharam seus contatos para que os ministros “aliados” interferissem diretamente nas questões de foro político. Gilmar Mendes e o decano Celso de Mello, coerentemente, entenderam quando chamados, tratarem-se de questões de competência política, onde a judicialização revelar-se-ia interferência odiosa, em nestes termos, negaram os pedidos de liminar.

A concessão da liminar nesta ADPF 378 revelava-se o 1º grande intento do PT e do PC do B, um dos maiores aliados do PT, quando procuraram demonstrar a importância da sua aceitação como forma de se melhor orquestrar uma melhor reação contra o processo de impeachment e continuar o processo de fragilizar a liderança de Cunha na Presidência da Câmara.

Na ADPF 378, os pleiteantes requerem ao STF que julgue a compatibilidade da lei do impeachment (Lei 1.079/1950) com a Constituição de 88. Advogam que o Supremo promova “verdadeira filtragem” da norma para “compatibilizá-la com as garantias constitucionais que compõem o núcleo essencial do devido processo legal, bem como com os princípios democrático, da separação de poderes”, separação de poderes já relativizada à partir da concessão da liminar pelo ministro Fachin.

Fato indiscutível que o Congresso reverbera em absurda omissão em sua tarefa constitucional de legislar, dar efetividade à Constituição e atualidade ao ordenamento que a regulamenta, quando a Lei de impeachment data de 1950, quando os senhores parlamentares já deveriam ter aprovado nova legislação ou filtrado à de 1950 nos lindes dos reclamos constitucionais.

Temos como sedimentado por inaceitável, já a partir de aceito o processo de impedimento para sua tramitação em sua inicial ritualística a impossibilidade de se paralisar um movimento

democrático previsto pela Constituição para se discutir uma Lei de 1950 que foi recepcionada pela Ordem Constitucional de 1988.

É para nós de uma clareza meridiana a impossibilidade de “interrupção” de um movimento constitucional-democrático para à esta altura discutir-se a Lei de 1950 para que valha já para o presente processo de impeachment, quando poderá ganhar contorno oportunistas, casuísticos. Temos ainda indelével paradigma, que foi o procedimento utilizado para o impeachment de Fernando Collor, quando já vigente a Constituição de 1988.

A liminar de Fachin, inobstante não baseou-se na Constituição ou na lei 1.079, mas no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o que já nos assevera intromissão indevida em assuntos que o Regimento Interno da Câmara dispõe. Segue trecho da liminar:

“Em relação ao pedido cautelar incidental que requereu a suspensão da formação da Comissão Especial em decorrência da decisão da Presidência da Câmara dos Deputados de constituí-la por meio de votação secreta, verifica-se, na ausência de previsão constitucional ou legal, bem como à luz do disposto no Art 188 inciso III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a plausibilidade jurídica do pedido, bem como, ante a iminência da instauração da Comissão Especial, o perigo de dano pela demora da concessão liminar requerida”.

Seguiu: “Com o objetivo de (1) evitar a prática de atos que eventualmente poderão ser invalidados pelo Supremo Tribunal Federal, (2) obstar aumento de instabilidade jurídica com profusão de medidas judiciais posteriores e pontuais, e (3) apresentar respostas céleres aos questionamentos suscitados, impende promover, de imediato, debate e deliberação pelo Tribunal Pleno, determinando nesse curto interregno a suspensão da formação e a não instalação da Comissão Especial, bem como a suspensão dos eventuais prazos, inclusive aqueles, em tese, em curso, preservando-se, ao menos até a decisão do Supremo Tribunal

Federal prevista para 16/12/2015, todos os atos até este momento praticados”.

O PC do B entrou ainda com pedido de liminar no Supremo Tribunal Federal com o objetivo de caçar a chapa alternativa, indicada por parlamentares opositores e dissidentes, na eleição da comissão especial que vai tratar do impedimento. A legenda pede ainda que os nomes sejam indicados por partidos e não por blocos partidários. O partido também quer assegurar votação aberta na escolha dos nomes pelo plenário da Câmara. Mais uma intromissão indevida que o Supremo deveria abster-se em respeito à separação dos poderes e à liberdade de conformação legislativa, inclusive do seu Regimento. Relewa informar que para nós a decisão da Câmara foi absolutamente legítima.

No tocante ao voto aberto ou fechado a Constituição nada fala, por isso sobre a questão se em voto aberto ou fechado não deveria o Supremo interferir, mas deixar a decisão para o âmbito do Legislativo, nos termos de seu Regimento Interno. A interpretação da Constituição não pode pretender regular até mesmo o que o constituinte não pretendeu dispôr expressamente e por emenda não se fez constar, há que se ter espaço para que a política haja em certos momentos com certa liberdade.

O partido reiterou ainda, em outro documento, pedido para suspender a deflagração do processo de impedimento porque o recebimento do pedido de impedimento pelo presidente da Câmara, Eduardo Cunha, não ouviu antes os argumentos da presidente Dilma Rousseff. Pedido absolutamente sem respaldo, pois não há no ordenamento norma que garanta a possibilidade da Presidente defender-se anteriormente ao ato de aceitação do Presidente da Câmara, mas sim oportunidade de ampla defesa após deflagrado e aceito o pedido de *impeachment*.

Os dois pleitos foram direcionados para o ministro Fachin, relator de ação do PC do B no qual o partido tenta suspender o processo até que o Supremo se manifeste sobre a legalidade da lei 1079 de 1950, que define o rito do *impeachment*.

Resta evidente que o PT e seu aliados procurarão judicializar junto ao Supremo Tribunal Federal todas as questões imagináveis, ainda que descabidas e em condições normal de pressão consideradas “aventuras jurídicas”, pela convicção de que o loteamento do Supremo com ministros indicados pela gestão PT revelar-se-á fator distintivo em favor da causa.

Uma história que vinha sendo construída até o momento, salvo pontuais exacerbações, de um “ativismo judicial” constitucionalizado, pode ser severamente manchado à partir de atuações do politico-partidárias do Supremo Tribunal Federal, quando não mais teremos um ponto ou outro fora da curva, mas traços contundentes e marcantes de invasões de competências que revelarão um odioso Judiciário com “super poderes”.

O processo de *impeachment* deve ser sempre o mais democrático possível, por isso o constituinte atribuiu a Legislativo (representantes do povo) a tarefa de apreciá-lo do início ao fim, quando a única participação do Judiciário prevista é a do Presidente do STF para dirigir os trabalhos quando da votação no Senado Federal. A tentativa de se deslegitimar o processo de *impeachment* como político que é, com o objetivo de que tenha o seu prosseguimento desvirtuado ou caçado, é absolutamente antidemocrático e lamentável.

Perceber parcela do Supremo Tribunal Federal não propriamente no objetivo de garantir a força normativa de Constituição, mas sim a força política do Governo Federal será frustrante não apenas para democracia, mas para quem se dedica a interpretação do Direito Constitucional.

De certo o STF proporá rito para o *impeachment*, mas não poderá afastar-se demasiadamente da ritualística do impedimento do Collor, pena de casuísmo. Lembramos que há uma legislação específica que trata do processo de impedimento que fora recepcionada pela Constituição de 1988 e utilizada para a destituição de Fernando Collor. Caberá tão só ao STF, por seu plenário, proceder a uma interpretação da legislação conforme

a constituição, sem normatizar, sem criar direito novo, tarefa que caberia ao legislativo, pena de mais uma inconveniente intromissão ativista.

## O RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA DO RÉU NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ: NOVA SÚMULA 545

**ALICE SALDANHA VILLAR:** Advogada, autora de diversos artigos publicados em revistas jurídicas e das obras "Direito Sumular - STF" e "Direito Sumular - STJ", São Paulo: JHMizuno, 2015.

**Resumo:** O presente artigo examina o reconhecimento da confissão espontânea do réu no processo judicial segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A matéria restou pacificada com a recente publicação da Súmula 545 do STJ, *verbis*: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Oreconhecimento da confissão espontânea (art. 65, inc. III, “d” do CP).

---

### 1. Considerações iniciais

De acordo com o art. 68 do CP, a fixação da pena segue o critério trifásico:

- a) 1ª Fase: Fixação da Pena Base
- b) 2ª Fase: Análise das circunstâncias atenuantes e circunstâncias agravantes
- c) 3ª Fase: Análise das causas de diminuição e de aumento

A pena base deverá ser fixada entre os limites mínimo e máximo previstos em abstrato para o tipo penal específico, com base nas circunstâncias judiciais (art. 59, CP). Fixada a pena-base, deve o juiz passar para a segunda fase de aplicação da pena. Nesta segunda fase, o juiz deve

fixar a pena intermediária, que será calculada sobre a pena-base, aplicando-se as circunstâncias legais agravantes e atenuantes genéricas.

As agravantes estão descritas nos arts. 61 e 62 do CP, enquanto as atenuantes encontram-se elencadas nos arts. 65 e 66 do mesmo diploma. São chamadas de genéricas por estarem na Parte Geral do Código e, por tal razão, serem aplicáveis a todos os crimes, desde que não constituam qualificadoras ou elementares do delito.<sup>[1]</sup>

## 2. O reconhecimento da confissão espontânea (art. 65, inc. III, “d” do CP)

A confissão espontânea é uma atenuante genérica prevista no art. 65, inc. III, “d” do CP, *verbis*:

CP. Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente: (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

A confissão é um conceito que se refere à autoria e à materialidade delitiva. Segundo Guilherme de Souza Nucci, "confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso".<sup>[2]</sup>

A confissão, antes da reforma de 1984, era admitida somente quando se referisse a crime cuja autoria fosse ignorada ou atribuída a outrem. Agora, essa exigência desapareceu, sendo suficiente a confissão da autoria. A confissão pode ocorrer perante a autoridade policial ou judicial, indiferentemente. Embora a lei fale em confissão *espontânea*, doutrina e jurisprudência admitem como suficiente sua *voluntariedade*.<sup>[3]</sup>

Veja-se que, com a reforma do Código Penal em 1984, modificou-se a exigência para o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, “d”, CP, procurando o legislador beneficiar o agente que contribuir para a *busca da verdade real*, como se depreende da exposição de motivos do CP, item 55:

Item 55: Beneficia-se, como estímulo à verdade processual, o agente que confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, sem a exigência, em vigor, de ser a autoria "ignorada ou imputada a outrem.

A jurisprudência do STJ já se firmou no sentido de que "a atenuante do art. 65, inc. III, alínea “d” do Código Penal tem *caráter objetivo*, configurando-se, tão somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos”.[\[4\]](#)

Ressalte-se que, para fins da aplicação da atenuante da confissão espontânea, é irrelevante a discussão doutrinária e jurisprudencial surgida em torno da distinção entre voluntariedade e espontaneidade da confissão. Conforme destacou o Ministro Paulo Gallotti, “*a confissão espontânea hoje é de caráter meramente objetivo, não fazendo a lei referência a motivos ou circunstâncias que a determinaram*”.[\[5\]](#)

Esse entendimento culminou na criação da Súmula 545 do STJ, que ganhou a seguinte redação:

Súmula 545: Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

Dessa forma, se a confissão do agente for usada para fundamentar a condenação, a atenuante prevista no art. 65, inc. III, “d” do CP, deverá ser

aplicada em seu favor, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou que tenha havido retratação posterior.[\[6\]](#) De acordo com a jurisprudência do STJ, também não se afasta a confissão espontânea nos casos de confissão qualificada. [\[7\]](#)

Vejam os casos de cada uma dessas hipóteses:

- a) **Confissão espontânea:** a vontade do confitente não decorre de fatores externos e é capaz de revelar o arrependimento do réu.[\[8\]](#)
- b) **Confissão voluntária:** a vontade ocorre em razão de serem induzidas ou forçadas, após desencadeadas as diligências, impulsionadas por fortes suspeitas da autoria. [\[9\]](#)
- c) **Confissão total:** o acusado confessa os fatos narrados na denúncia com todas as circunstâncias.
- d) **Confissão parcial:** o acusado confessou parcialmente os fatos narrados na denúncia.
- e) **Confissão qualificada:** o acusado admite a autoria do fato, mas busca se valer de alguma dirimente (como a presença de uma excludente de ilicitude ou culpabilidade). [\[10\]](#)
- f) **Confissão com posterior retratação:** o acusado os fatos e, posteriormente, se retrata, negando a autoria.

Em todos esses casos, se a confissão do agente for utilizada pelo magistrado como fundamento para embasar a condenação, então a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do CP deverá ser aplicada em favor do réu. Ressalte-se que, conforme já decidiu o STF, “é direito público subjetivo do réu ter a pena reduzida, quando confessa espontaneamente o envolvimento no crime”.[\[11\]](#)

## CONCLUSÃO

A atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, CP) tem caráter objetivo, não fazendo a lei referência a motivos ou circunstâncias que a determinaram. Trata-se de um *direito público* subjetivo do réu ter a pena reduzida quando confessa espontaneamente o envolvimento no crime.

Sendo assim, se a confissão do servir de suporte para a condenação, deverá sempre ser aplicada a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP). Vale dizer: se a confissão do agente servir de suporte para a condenação, a atenuante da confissão espontânea deverá ser aplicada no momento da dosimetria da pena, sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, se foi qualificada ou não, ou mesmo se houve retratação posterior.

#### **Notas:**

[1] Cf. ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. 2ª ed.

2013, p. 542.

[2] Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 472.

[3] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 368.

[4] Cf. STJ - HC 200113 SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5ª Turma, DJe 01/02/2013.

[5] Cf. STJ – HC 22927 MS, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, 6ª Turma, DJ 16/10/2006

[6] Cf, nessa linha, dentre tantos outros: AgRg no HC 146.240/RS, 6.ª Turma, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES Des. Convocado do TJ/CE, DJe de 01/02/2010; STJ - HC 284766 RJ, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 6ª Turma, DJe 22/04/2015

[7] Cf. STJ - AgRg no REsp 1198354 ES, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 28/10/2014

[8] Cf., nessa linha: TJ-DF - APR: 1299293 DF , Relator: JOAZIL M GARDES, Data de Julgamento: 03/06/1993, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: DJU 24/11/1993

[9] Idem.

[10] À título de exemplificação, confira o seguinte caso concreto: “(...) II. Hipótese em que o réu confirmou a responsabilidade pela administração da empresa alegando que os recolhimentos não foram realizados em virtude de dificuldades financeiras pelas quais passou a empresa. III. Embora tenha afirmado ter agido sob estado de necessidade tendo em vista as dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa, o réu confessou espontaneamente a autoria dos fatos a ela imputados, o que atrai a incidência do art. 65, III, d, do Código Penal. (...)” STJ – REsp 1163090 SC, Rel. Min. GILSON DIPP, 5ª Turma, DJe 14/03/2011

[11] Cf. STF - HC 106376 MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe 01/06/2011

## PROCESSO COLETIVO: PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS, ESPÉCIES DE DIREITO COLETIVO E CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS

**ESDRAS SILVA PINTO:** Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Especialista em Processo Civil pelo Instituto Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo introduzir os institutos jurídicos mais importantes do processo coletivo. Assim, discorre sobre os princípios próprios do processo coletivo, sobre as diferentes espécies do direito coletivo *lato sensu*, bem como sobre as características mais distintivas dessa modalidade de tutela de direitos.

**PALAVRAS-CHAVES:** Processo Coletivo. Princípios específicos. Espécies de direito coletivo. Legitimidade. Ações pseudocoletivas e pseudoindividuais. Regulamentação.

---

### INTRODUÇÃO

Como verdadeiro instrumento assecuratório de direitos, as ações coletivas são uma realidade nos Tribunais pátrios.

Nos últimos anos, foi alargada a legitimidade ativa para o manejo das ações coletivas e fortalecidas as instituições responsáveis por elas. Desde o advento da Constituição Federal de 1988, vem se fortalecendo não só o Ministério Público, mas também a Defensoria Pública, tornando possível o alargamento da tutela coletiva.

Contudo, ainda se vê um certo desconhecimento acerca das peculiaridades do processo coletivo, muito em decorrência de ainda ser um sistema de tutela de direitos recente. Isso também decorre do fato de serem poucos os legitimados a lançar mão desses instrumentos, fazendo com que o aprofundamento do estudo e

pesquisa fique restrito àqueles que efetivamente lidam com a tutela coletiva.

Com a eminência da edição de um Código de Processo Coletivo, consolidando essa realidade, imperioso se faz a todos aqueles que trabalham com Direito conhecer conceitos básicos desse sistema processual.

## 1. PRINCÍPIOS DO PROCESSO COLETIVO

Os princípios aplicáveis ao processo coletivo podem ser divididos entre aqueles princípios aplicáveis ao direito processual em geral e aqueles princípios peculiares ao processo coletivo.

Dentre os anteprojetos de Código de Processo Coletivo existentes, dois se destacam por relacionar em incisos os princípios aplicáveis ao processo coletivo. São eles o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo do IBDP e o projeto de lei nº 5.139/09. Segue extrato dos anteprojetos:

(CPCO-IBDP) Art. 2º Princípios da tutela jurisdicional coletiva – São princípios da tutela jurisdicional coletiva:

- a. acesso à justiça e à ordem jurídica justa;
- b. universalidade da jurisdição;
- c. participação pelo processo e no processo;
- d. tutela coletiva adequada;
- e. boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores;
- f. cooperação dos órgãos públicos na produção da prova;
- g. economia processual;
- h. instrumentalidade das formas;
- i. ativismo judicial;
- j. flexibilização da técnica processual;
- k. dinâmica do ônus da prova;

- l. representatividade adequada;
- m. intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social;
- n. não taxatividade da ação coletiva;
- o. ampla divulgação da demanda e dos atos processuais;
- p. indisponibilidade temperada da ação coletiva;
- q. continuidade da ação coletiva;
- r. obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença;
- s. extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum probationem*;
- t. reparação dos danos materiais e morais;
- u. aplicação residual do Código de Processo Civil;
- v. proporcionalidade e razoabilidade.

(PL nº 5.139/09) Art. 3º O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

I - amplo acesso à justiça e participação social;

II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;

III - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia;

IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;

V - motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;

VI - publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade;

VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;

VIII - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e

IX - preferência da execução coletiva.

Dentre os princípios gerais do processo aplicados ao processo coletivo estão o acesso à justiça, a universalização da jurisdição, o contraditório, a boa-fé, a economia processual, a instrumentalidade das formas e dos atos processuais, a flexibilização do processo, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Por apresentar peculiaridades, os princípios do devido processo legal coletivo, da aplicação residual do Código de Processo Civil, da representatividade adequada, da atipicidade da ação coletiva, da ampla divulgação da demanda coletiva, da continuidade da demanda coletiva, da obrigatoriedade da execução da sentença coletiva e da extensão subjetiva e transporte da coisa julgada serão analisados detalhadamente.

Por princípio do devido processo legal coletivo entende-se que o processo coletivo possui características tão específicas que é necessário que o princípio do devido processo legal se adeque ao processo coletivo. Assim, o princípio do devido processo legal coletivo seria o princípio matriz, do qual se derivariam diversos outros princípios, tais como o princípio da representatividade adequada, o da ampla divulgação da demanda coletiva e o da extensão subjetiva e transporte da coisa julgada.

As mudanças resultam da necessária adaptação do princípio do devido processo legal a esses novos litígios. Com isso nasce o que se pode chamar de 'garantismo coletivo', que paulatinamente deverá consolidar-se na doutrina e na jurisprudência para assegurar mais eficácia e legitimidade social aos processos coletivos e às decisões judiciais nessa matéria. (DIDIER, 2011, p. 113)

O princípio da aplicação residual do Código de Processo Civil é destacado por Donizetti, pois, como o processo coletivo forma um microssistema processual, não tem no Código de Processo Civil uma fonte subsidiária de normas, mas apenas residual.

Pelo princípio da representatividade adequada entende-se que, na medida em que a defesa das coletividades é feita por substitutos processuais em juízo, esta legitimação extraordinária deve ser feita de maneira adequada. Assim, não é permitido prejuízo para as partes em virtude de má atuação no processo. O princípio da representatividade adequada é importado do direito norte-americano, no qual existe o princípio da *adequacy of representation*.

Didier (2011, p. 114) traz o termo *legitimação conglobante* para caracterizar o substituto processual com condições adequadas de fazer a defesa dos direitos coletivos.

O princípio da não taxatividade da ação coletiva ou princípio da atipicidade está garantido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 21 da Lei da Ação Civil Pública.

Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Art. 83 do Código de Defesa do Consumidor. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 21 da Lei da Ação Civil Pública. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Pelas normas do ordenamento jurídico, não haverá lei que exclua lesão ou ameaça a direito da apreciação pelo Poder Judiciário. Assim, pelo princípio da não taxatividade da ação coletiva ou princípio da atipicidade, é garantido que não haverá empecilhos para a propositura de ação coletiva quando da inexistência de procedimentos para a proteção do direito coletivo tutelado.

Didier ressalta a desimportância do nome dado à ação coletiva quando da sua propositura. Para o doutrinador, o importante é a essência da ação e o seu conteúdo. Assim, no caso de haver ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo com mesma causa de pedir e objeto, haverá litispendência, conexão ou continência.

O principal: para fins de admissibilidade da demanda o nome é desimportante (DIDER, 2011, p. 128).

O art. 94 do Código de Defesa do Consumidor prevê o princípio da ampla divulgação da demanda coletiva, princípio da

notificação adequada ou princípio da informação aos órgãos competentes.

Art. 94 do Código de Defesa do Consumidor. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Donizetti (2010, p. 105) destaca as consequências do princípio da ampla divulgação da demanda coletiva, que são: 1) a possibilidade de suspensão dos processos individuais pelos seus autores individuais; 2) a propositura de uma ação coletiva única com o mesmo objeto; 3) a intervenção do amigo da corte (*amicus curiae*); 4) quando se tratar de direitos individuais homogêneos, o princípio possibilita a execução individual da sentença proferida; 5) o controle da representação adequada do substituto processual.

Assim, o princípio da ampla divulgação da demanda coletiva tem como objetivo a informação da existência da demanda coletiva para que os autores das ações individuais com mesmo objeto tenham a possibilidade de suspendê-las. Tal princípio possibilita também que entidades se organizem com o objetivo de propor ação única e, ainda, que prerrogativas cabíveis às ações civis públicas também se apliquem ao processo coletivo.

Didier (2011, p. 116-117) desdobra o princípio da informação e publicidade adequadas em princípio da adequada notificação dos membros do grupo e princípio da informação aos órgãos competentes. Segundo o autor, o princípio da informação aos órgãos competentes funda-se no dever funcional dos órgãos previstos nos arts. 6º e 7º da Lei da Ação Civil Pública de informar a sociedade e o Ministério Público sobre o objeto da ação civil pública.

Art. 6º da Lei da Ação Civil Pública. Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 7º da Lei da Ação Civil Pública. Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

O princípio da continuidade da demanda coletiva está previsto no art. 5º, §3º, da Lei da Ação Civil Pública, que diz:

Art. 5º, §3º, da Lei da Ação Civil Pública. Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

Donizetti (2010, p. 109) ressalta uma consequência importante sobre o fato de dar continuidade a uma ação coletiva que seja manifestamente infundada, pois esta situação poderia até mesmo gerar sanções por litigância de má-fé ao substituto processual.

O princípio da continuidade da demanda coletiva também é chamado de princípio da indisponibilidade da demanda coletiva por Didier. Segundo ele (2011, p. 122), o Ministério Público poderá fazer um juízo de oportunidade e conveniência, com certo grau de discricionariedade, quando da possibilidade de desistir da demanda coletiva.

O princípio da obrigatoriedade da execução da sentença coletiva está previsto no art. 15 da Lei da Ação Civil Pública:

Art. 15 da Lei da Ação Civil Pública. Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

É necessária fazer uma ressalva sobre a legitimidade da Defensoria Pública e da Advocacia Pública para execução da sentença condenatória coletiva.

Assim, tendo em vista a obrigatoriedade do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública de executar a sentença condenatória quando a associação autora não o fizer, é necessário ressaltar a importância dos arts. 97 a 100 do CDC que tratam da execução da sentença coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

(...)

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão

os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

(...)

Conforme arts. 97 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, a execução de sentença relativa a direitos individuais homogêneos ocorrerá individualmente ou por meio de representação propriamente dita. De forma excepcional, a execução se dará por meio de substituição processual, ou seja, em benefício do grupo lesado. Essa última hipótese é a da recuperação fluida (art. 100).

Assim, conforme Donizetti (2010, p. 110) conclui, a única hipótese de o Ministério Público, a Defensoria Pública ou a Advocacia Pública serem obrigadas a executar a sentença condenatória quando a associação autora não o fizer é no caso do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto ao princípio da extensão subjetiva, o transporte da coisa julgada é *secundum eventum litis* ou *in utilibus*, ou seja, conforme o resultado da lide e somente se benéfico. Este princípio está previsto no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

(...)

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

(...)

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste

código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

Tal princípio somente é aplicado aos direitos individuais homogêneos, por serem divisíveis, e prevê que o resultado da sentença coletiva será benéfico a todo o grupo homogêneo e ainda será estendido à esfera individual.

## **2. ESPÉCIES DE DIREITOS COLETIVOS**

Os direitos coletivos compõem um gênero do direito, do qual faz parte as seguintes espécies: direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos.

Tal divisão encontra-se normatizada no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor e é largamente aceita pela doutrina.

Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.  
A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Conforme conceituação dada pelo Código de Defesa do Consumidor, no artigo 81, parágrafo único, interesses e direitos difusos são os “transindividuais, de natureza indivisível, de quem sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Já os interesses e direitos coletivos são aqueles “transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Por fim, os direitos individuais homogêneos são os “decorrentes de origem comum”. Assim, quanto à origem, os direitos coletivos podem ter três procedências: 1) mesma situação de fato (direitos difusos); 2) relação jurídica de base preexistente (direitos coletivos em sentido estrito); e, 3) situações de fato ou de direito comuns (direitos individuais homogêneos).

O doutrinador José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 195-197) classifica os direitos coletivos *lato sensu* em direitos ou interesses essencialmente coletivos e direitos acidentalmente coletivos. Os primeiros seriam os direitos difusos e os direitos coletivos *strictu sensu*. Já os direitos acidentalmente coletivos seriam os direitos individuais homogêneos.

De acordo com a conceituação dada pelo Código de Defesa do Consumidor pode-se concluir que, sob o aspecto subjetivo ou de titularidade, tanto os direitos e interesses difusos quanto os coletivos são transindividuais, o que significa que, há indeterminação dos titulares. Entretanto, tal indeterminação é relativa quanto aos direitos e interesses coletivos, pois os titulares estão relacionados por uma relação jurídica de base. Já os direitos e interesses difusos possuem titulares absolutamente indeterminados, pois a ligação entre os titulares é de natureza fática.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, estes possuem titulares individuais identificáveis. Pode-se dizer, igualmente, que os direitos difusos pertencem a pessoas indeterminadas e indetermináveis, já os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos pertencem a pessoas indeterminadas, mas determináveis.

Quanto ao objeto dos direitos coletivos em sentido amplo, pode-se afirmar que os direitos e interesses difusos e coletivos em sentido estrito possuem objetos indivisíveis, ou seja, a satisfação ou lesão dos direitos se dá de maneira geral com afetação de todos os titulares. Já os direitos individuais homogêneos possuem objetos divisíveis, o que significa que alguns titulares podem ter seus direitos satisfeitos ou lesados de maneira a não afetar outros titulares.

Quanto à defesa em juízo, pode-se afirmar que os direitos e interesses difusos e coletivos são sempre defendidos na forma da substituição processual ou legitimação extraordinária, enquanto os direitos individuais homogêneos são, normalmente, apresentados em juízo por seu próprio titular.

Em relação a outras características relativas à natureza dos direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos, pode-se afirmar que os direitos coletivos em sentido amplo são insuscetíveis de apropriação individual, são intransmissíveis por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, são irrenunciáveis e, por fim, insuscetíveis de transação. Já os direitos individuais homogêneos são individuais e divisíveis e compõem o patrimônio individual do titular, são transmissíveis por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, são renunciáveis e passíveis de transação.

A classificação tripartida dos direitos coletivos, apesar de ser pacífica na doutrina, é questionada pelo jurista Teori Albino Zavascki. Para o renomado ministro do Superior Tribunal de Justiça,

os direitos individuais homogêneos não são direitos coletivos, mas direitos individuais coletivamente tratados.

Para ele, há uma grande confusão feita por juristas sobre a nomenclatura e diferentes institutos de direitos coletivos e direitos homogêneos – ou defesa de direitos coletivos – e defesa coletiva de direitos individuais. Segundo o doutrinador, direitos coletivos ou transindividuais é o gênero, do qual são espécies somente os direitos difusos e os direitos coletivos em sentido estrito.

Zavascki ressalta, ainda, a importância de diferenciar a impossibilidade prática de identificar os titulares dos direitos subjetivos homogêneos da inexistência de titular individual ou indivisibilidade do próprio direito. Tendo em vista a característica essencial dos direitos coletivos de serem indivisíveis e de não possuírem titulares individuais determinados, é comum a confusão com a difícil determinação de todos os titulares dos direitos individuais homogêneos.

A visão minoritária de Zavascki, entretanto, reflete-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>[1]</sup> e do Supremo Tribunal Federal<sup>[2]</sup>, uma vez que estes tribunais consideram os direitos individuais homogêneos como subespécies dos direitos coletivos.

O moderno jurista Didier rebate a tese de Zavascki ao ressaltar a exclusão que os direitos individuais homogêneos sofreriam com o seu afastamento dos direitos coletivos, já que aqueles não seriam cobertos pelos princípios gerais da tutela coletiva, tais como o da coisa julgada diferenciada e o da certificação da ação coletiva.

### **3. CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO COLETIVO**

Existem alguns elementos do processo coletivo que possibilitam sua diferenciação do processo individual. Em geral, a doutrina ressalta o seu objeto, a legitimidade para agir e a coisa julgada.

Tendo em vista tais elementos, Didier conceitua o processo coletivo como:

Processo coletivo é aquele instaurado por um em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo lato sensu ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas.

Ação coletiva é, pois, a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva. Tutela jurisdicional coletiva é a proteção que se confere a uma situação jurídica coletiva ativa (direitos coletivos lato sensu) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade, que seja titular de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres ou estados de sujeição coletivos). (DIDIER, 2010, p. 44)

Assim, o processo coletivo se diferencia do processo individual quanto ao seu objeto, legitimidade para agir e coisa julgada. Donizetti ressalta tais peculiaridades do processo coletivo, tendo em vista inúmeras outras (DONIZETTI, p. 14).

No caso de processo instaurado para a defesa de direitos coletivos em sentido amplo, são tamanhas as diferenças em relação ao

processo tradicional-individualista que se convencionou identificá-lo como *processo coletivo*. A par de inúmeras peculiaridades, pode-se elencar três características principais do processo coletivo: a) objeto; b) legitimidade para agir; c) coisa julgada.

Quanto ao objeto, o processo coletivo pode ser identificado como aquele que possui como objeto os direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito ou direitos individuais homogêneos. O processo coletivo existirá tanto quando a parte autora alega ser titular desses direitos, quanto quando a parte autora alega algum direito em face de uma coletividade. No primeiro caso, será o processo coletivo mais comum, já na segunda hipótese, será o caso de ação coletiva passiva. Assim, o direito coletivo *lato sensu* no polo ativo caracteriza a ação coletiva ativa e o estado de sujeição dos direitos coletivos *lato sensu* no polo passivo caracteriza a ação coletiva passiva.

Deve-se destacar aqui, uma grande diferença entre o processo coletivo e o processo individual em que estão presentes os institutos do litisconsórcio, da conexão e da continência visto que o direito coletivo não é mera cumulação de pedidos individuais, como veremos mais a frente.

Quanto à legitimidade para agir, o processo coletivo possui como entes legitimados para agir as entidades não titulares do direito objeto de litígio. Assim, a característica marcante do processo coletivo quando a sua legitimidade é o instituto da legitimação extraordinária, ou legitimação autônoma para a condução do processo<sup>[3]</sup>, como defende alguns doutrinadores.

Quanto à coisa julgada, o processo coletivo tem efeitos *erga omnes* no caso de direitos difusos e direitos individuais homogêneos e efeitos *ultra partes* no caso de direitos coletivos em

sentido estrito, conforme artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Tendo em vista as peculiaridades do processo coletivo, foram criados procedimentos específicos para a tutela dos direitos coletivos. Entre eles se destacam a ação popular (Lei nº 4.717/65), a ação civil pública (Lei nº 7.347/85), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da Constituição Federal e Lei nº 12.016/09), as ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos (arts. 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor) e a ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).

#### **4. LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS**

Como mencionado, o processo coletivo transformou os entes legitimados a propor ações, tendo como referência o processo individual.

No processo individual, é vedada a defesa em nome próprio de direito alheio. Assim, conforme art. 6º do Código de Processo Civil, apenas o titular do direito ou lesão a direito pode demandar em juízo, com exceção dos casos expressos de possibilidade de substituição processual.

Já no processo coletivo, os legitimados para propor as ações coletivas são, em regra, todos os indivíduos da sociedade ou uma grande maioria dela, o que impossibilita a colocação de um incontável número de pessoas no polo ativo da demanda. Assim, o ordenamento jurídico legitima diversos entes que serão considerados tutores destes interesses e direitos da coletividade.

Em tese, os sistemas jurídicos adotam diversos entes como legitimados no processo coletivo. Em geral são legitimados: determinados entes públicos, tais como pessoas jurídicas de direito público interno, Ministério Público e Defensoria Pública; entidades

da administração pública indireta, tais como autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações; entidades privadas, tais como associações e sindicatos; e, pessoas físicas. Os doutrinadores, em geral, como José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover, Rodolfo de Camargo Mancuso, Nelson Nery Junior e Kazuo Watanabe, defendem que exista uma variedade de entes legitimados para agir no processo coletivo, para que se evite o monopólio do exercício de ação.

As ações coletivas admitem como legitimados para propô-las aqueles explicitamente indicados na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65) e Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). São eles: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública direta e indireta e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que tenham pertinência temática com os interesses defendidos na ação coletiva.

Entretanto, o ponto em conflito surge quando o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos admite a possibilidade de uma pessoa física propor ação coletiva.

Conforme art. 20, inciso I, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, é legitimado para propor ação coletiva em defesa dos interesses ou direitos difusos, entre outros, qualquer pessoa física, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada demonstrada por dados como a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado, seu histórico na proteção individual e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos e sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.

O inciso II do artigo 20 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos traz, ainda, a possibilidade de que

membro de grupo, categoria ou classe proponha ação coletiva em defesa de interesses ou direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada.

A possibilidade da legitimação de pessoa física para a propositura de ação coletiva trouxe argumentos contrários na doutrina brasileira. Dentre os argumentos defendidos pelos doutrinadores contrários à legitimidade individual, está a banalização da ação coletiva, pois já está expresso no ordenamento jurídico brasileiro que o indivíduo comum ou qualquer pessoa física já pode propor ação popular. Assim, como já existe a ação popular, não haveria necessidade de se estender o instrumento das ações coletivas às pessoas físicas.

Além disso, os doutrinadores contrários à legitimidade individual argumentam que a abertura da proposição de ações coletivas aos cidadãos comuns geraria uma multiplicação de ações coletivas sem importância ou qualquer relevância, tendo em vista a o despreparo e falta de esclarecimento da população.

Os defensores da legitimação individual, por sua vez, entendem que existente um fato ilegal ou lesivo ao interesse público, é possível o reconhecimento da legitimidade individual na propositura de ações coletivas.

Em primeiro lugar, não importa a motivação que leva alguém à propositura de uma demanda judicial. Todo e qualquer ato humano pressupõe uma atitude política, uma escolha entre as várias condutas possíveis. Mesmo que o motivo que conduza o cidadão a propor uma demanda popular não seja nobre, tal fator é absolutamente irrelevante. Não se pode ser ingênuo e imaginar que apenas iniciativas altruístas legitimariam as ações coletivas. (FERRARESI, 2007, p.137)

Os defensores da legitimação individual criticam a quase monopolização da tutela coletiva pelo Ministério Público até porque tal instituição não está presente em todos os locais e a legitimação popular tornaria o cidadão mais responsável pela defesa dos interesses e direitos coletivos[4].

Sobre o argumento da já existência da ação popular, os defensores da legitimação individual rebatem as críticas com o argumento de que a jurisprudência vem restringindo o campo de atuação da ação popular e tornando cada vez maior o da ação civil pública, o que acaba por extinguir sem pronunciamento de mérito diversas ações populares propostas por pessoas físicas.

Os julgados orientam-se principalmente no sentido de tolher a demanda supraindividual. Proposta a ação popular, dizem que o caso seria de ação civil pública. Ajuizada ação civil pública, exige-se a ação popular. Essa diversidade de interpretação sem dúvida prejudica a defesa dos interesses e direitos supraindividuais. Uma vez legitimado o indivíduo, estar-se-ia de uma certa forma reconhecendo de uma vez por todas a analogia entre a ação civil pública e a ação popular para que num futuro não muito distante tenhamos um procedimento único para a tutela jurisdicional coletiva. (FERRARESI, 2007, p.138)

O promotor de justiça Eurico Ferraresi, defensor da legitimidade individual, entende, ainda, que a exigência de associação pela pessoa física para que este proponha ação civil pública ofende o princípio constitucional de ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

Exigir de pessoa física que se associe para propor uma demanda coletiva ofende, sobretudo, princípios constitucionais, uma vez que nosso

Texto Maior afirma que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado (art. 5º, XX, da CF/88). Se a pessoa física, o membro do grupo, categoria ou classe, pertence ao grupo social, obriga-los a depender de corpos intermediários ou estatais para fazer valer um direito que também é seu, afigura-se, antes de tudo, arbitrário e inconstitucional. A defesa dos direitos supraindividuais, nos moldes como vem sendo feita no Brasil, traz um desserviço à cidadania. (FERRARESI, 2007, p.143)

Dentre os doutrinadores que se posicionam a favor da legitimidade individual para a propositura de ações coletivas estão Rodolfo de Camargo Mancuso, José Carlos Barbosa Moreira, Márcio Flávio Mafra Leal, Carlos Alberto Bittar Filho e Eurico Ferraresi.

Assim, entende-se que a admissão da legitimação individual para a propositura de ações coletivas seria um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, pois abriria o leque de legitimados e firmaria o processo coletivo como instrumento eficaz de solução de problemas abrangentes.

Outro conflito existente na doutrina e legislação sobre a legitimidade dos entes na atuação no processo coletivo diz respeito às associações civis. Como mencionado, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) preveem como entes legitimados para propor ações coletivas as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que tenham pertinência temática com os interesses defendidos na ação coletiva, que também são chamadas de associações civis.

O problema está na falta de critérios seguros e mecanismos de controle que auferam se a coletividade está sendo adequadamente representada na ação coletiva proposta pela associação civil.

Conforme Mirra:

A principal dificuldade cerificada no tocante à legitimidade ativa das associações civis para a defesa em juízo dos direitos e interesses transindividuais reside, em verdade, na ausência de critérios seguros e de mecanismos de controle da adequação de sua representatividade perante a coletividade, a fim de assegurar sua atuação efetiva e séria no processo, em benefício de todo o corpo social. (MIRRA, 2007, p. 119)

A solução encontrada pelo ordenamento jurídico brasileiro quando a auferia o da correta representatividade das associações no processo coletivo foi o estabelecimento de diversos critérios na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Conforme art. 5º, I e II, da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e art. 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), as associações civis devem preencher três requisitos para serem consideradas representativas dos interesses da coletividade na proteção de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O primeiro requisito se refere ao modo de constituição da associação: a associação deve ter personalidade jurídica, formalizada na inscrição do seu estatuto no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, conforme art. 45 do Código Civil e arts. 114 a 121 da Lei de Registros Públicos.

O segundo requisito se refere ao tempo de constituição da associação: a associação deve estar constituída a pelo menos um ano, contados até a propositura da ação coletiva.

O terceiro requisito se refere à finalidade da associação: a associação deve ter sua finalidade institucional definida no estatuto, bem com seus objetivos de tutelas de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos definidos no mesmo estatuto.

Ressalte-se que os requisitos expostos acima são necessários e suficientes para a adequada e correta representação da sociedade pelas associações civis no processo coletivo.

Mirra (MIRRA, 2001, p. 121) destaca que outros requisitos normalmente estabelecidos em ordenamentos jurídicos diversos do brasileiro são a vinculação geográfica da entidade de associação civil ao território abrangido pela lesão ou ameaça de lesão combatida, a natureza e a importância das atividades práticas efetivamente promovidas pelas associações civis, bem como o reconhecimento ou declaração prévia pelo Poder Público.

No ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, não há necessidade de vinculação geográfica da associação civil com o direito lesionado. Assim, uma associação civil de proteção ao direito do consumidor de Brasília pode propor ação coletiva para proteção de direitos de consumidores lesados em outros estados brasileiros.

O artigo 5º, §4º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o art. 82, §1º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) dispõem que o requisito da pré-constituição da associação civil pelo prazo de um ano antes da proposição da ação coletiva pode ser dispensado quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Assim, as leis mencionadas flexibilizam o segundo requisito disposto nos

parágrafos acima para que haja maior defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Diversos doutrinadores concluem que a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) não são exigentes quanto aos requisitos que definem a correta representatividade. Tal entendimento também é definido nos tribunais e na jurisprudência.

Conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça, a dispensa do art. 5º, §4º, da Lei da Ação Civil Pública é aplicável à associação de moradores que postulou ação coletiva com objetivo de obter proteção do meio ambiente e prestação de assistência médico-hospitalar.

AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. REQUISITOS TEMPORAIS. DISPENSA. POSSIBILIDADE. DIREITO INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA.

1 - É dispensável o requisito temporal da associação (pré-constituição há mais de um ano) quando presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

2 - O §3º do art. 103 do CDC é norma de direito material, no sentido de que a indenização decorrente da violação de direitos difusos, destinada ao fundo especial previsto no art. 13 c/c o art. 16 da Lei nº 7.347/85 não impede eventual postulação ao ressarcimento individual (homogêneo) devido às vítimas e seus sucessores atingidos. Esse dispositivo não retira da associação o interesse

(necessidade/utilidade) de ajuizar a ação coletiva própria, em face de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, buscando a proteção do meio ambiente e a prestação de assistência médico-hospitalar.

3 - Recurso especial não conhecido.  
(STJ – Resp. 31.150/SP)

Apesar de a intenção da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) ser a flexibilização para maior defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, há a necessidade de requisitos mais concretos e rigorosos para que a representatividade das coletividades e da própria sociedade ser correta e efetiva.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado com a supervisão da processualista Ada Pellegrini Grinover, propõe que outros requisitos de representatividade adequada sejam inseridos, tais como um determinado número de associados que represente a coletividade e a efetiva realização de atividades concretas voltadas para a defesa dos interesses e direitos incluídos entre os fins institucionais da associação.

Mirra (2007, p. 125) defende que a inclusão de outros requisitos não ofenderia o acesso à justiça. Confira-se:

Ressalte-se que a inclusão de outros requisitos de representatividade adequada em nada restringiria o acesso à justiça das associações civis destinadas à defesa de direitos e interesses difusos. Ao contrário, apenas afastaria a legitimidade de entes não governamentais destituídos de qualquer estrutura organizacional e seriedade de propósitos na tutela de bens e valores a todos pertencentes em caráter indivisível.

Assim, entende-se que é necessário que o ordenamento jurídico brasileiro seja reformulado neste aspecto para que se insiram novos critérios para a efetiva e correta representatividade das associações civil na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

## 5. AÇÕES PSEUDOINDIVIDUAIS E PSEUDOCOLETIVAS

As ações pseudoindividuais são assim denominadas por Kazuo Watanabe como as que, apesar de serem demandas individuais, geram efeitos sobre uma coletividade.

Watanabe (2006, p. 32) ressalta a confusão cometida por doutrinadores no momento de definir quais são as situações cabíveis de serem tuteladas pelo processo coletivo. Com essa confusão, são geradas as ações pseudoindividuais.

Muitos erros têm sido cometidos na *práxis* forense pela desatenção dos operadores do direito às peculiaridades da relação jurídica material em face da qual é deduzido o pedido de tutela jurisdicional, como a inadmissível fragmentação de um conflito coletivo em múltiplas demandas coletivas, quando seria admissível uma só, ou senão a propositura de demandas pseudoindividuais fundadas em relação jurídica substancial de natureza incindível. (WATANABE, 2006, p. 32)

Para solucionar tal problema, Watanabe propõe a proibição de demandas individuais referentes a uma relação jurídica que afete uma coletividade. Para o autor, as ações individuais que têm como litígio o mesmo objeto de ações coletivas ou outra ação individual significam *bis in idem*, e, por isso, são inadmissíveis.

A solução que seria mais apropriada, em nosso sentir, na conformidade das ponderações

acima desenvolvidas, seria a proibição de demandas individuais referidas a uma relação jurídica global incindível. Porém, a suspensão dos processos individuais poderá, em termos práticos, produzir efeitos bem próximos da proibição, se efetivamente for aplicada pelo juiz da causa. (WATANABE, 2006, p. 35)

Por outro lado, o doutrinador Luiz Paulo da Silva Araújo Filho defende a existência das ações pseudocoletivas. Segundo ele, as ações coletivas não são a mera soma das ações individuais:

Uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. Às avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente cerificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito. (ARAUJO, 2000, p. 114)

Assim, as ações pseudocoletivas são conhecidas por apresentam várias pretensões individuais em uma só ação coletiva. Há, entretanto, a visão majoritária da doutrina, de que deve se verificar nas ações coletivas o interesse comum e não inúmeros interesses individuais.

Segundo Donizetti (2010, p. 66), as ações pseudocoletivas devem ser extintas por falta de interesse de agir, já que é inadequada a via eleita para a resolução da lide. O autor

ressalta, ainda, que a ação coletiva não é o caminho adequado para a defesa de uma soma de pretensões individuais em uma única ação.

É importante deixar claro que a configuração ou não de uma ação pseudocoletiva dependerá do pedido formulado pelo substituto processual, e não da prevalência das questões individuais sobre as comuns (DONIZETTI, 2010, p. 67).

No Superior Tribunal de Justiça, há uma única decisão a respeito das ações pseudocoletivas que, em decisão monocrática, não foi reconhecida a legitimidade ativa da associação que, como legitimada extraordinária, propôs ação coletiva para a defesa de interesses e direitos específicos e concretos de diversos titulares de direitos individuais substituídos. Segue extrato da decisão monocrática proferida pelo Ministro Herman Benjamin, no recurso especial 1216600, de 17/12/2010:

1. A questão envolve a possível condenação da CEF ao pagamento da correção monetária residual relativa aos saldos das contas vinculadas de FGTS que foram levantados em razão de determinação judicial oriunda do juízo da 20ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Não houve aplicação de qualquer índice de correção monetária entre a data em que houve o início do novo período de contagem e a data do efetivo levantamento do saldo em razão de cumprimento de ordem judicial.

2. Os interesses individuais homogêneos se relacionam a uma mesma relação jurídica-base, têm uma mesma origem comum, em que o substituto processual (Associação, Ministério Público ou outra entidade legitimada) defende não o indivíduo como tal, e sim a pessoa

enquanto integrante do grupo. Não há que se cogitar de prejuízo à pessoa que, eventualmente, não pretenda ser beneficiada com a tutela coletiva concedida: basta não promover as medidas indispensáveis à execução da tutela jurisdicional na situação jurídico-individual.

3. Não se reconhece legitimidade ativa extraordinária da Associação-Apelada para figurar no polo ativo da demanda. Nas ações pseudocoletivas, conquanto tenha sido proposta a ação por um único legitimado extraordinário, na verdade, estão sendo pleiteados, específica e concretamente, os direitos individuais de inúmeros substituídos, caracterizando-se uma pluralidade de pretensões que é equiparável à do litisconsórcio multitudinário, devendo sua admissibilidade, portanto, submeter-se, em princípio, às mesmas condições, ou seja, somente poderiam ser consideradas admissíveis quando não prejudicassem o pleno desenvolvimento do contraditório ou o próprio exercício da função jurisdicional.

Assim, o problema das ações pseudoindividuais bem como das ações pseudocoletivas necessitam solução normativa para que não haja maior confusão de institutos no ordenamento jurídico. Dentre as soluções propostas pelos anteprojetos de código de processo coletivo, destaca-se o Código de Processo Coletivo formulado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, que prevê a suspensão das ações individuais no prazo de 30 dias quando houver ação coletiva em curso. Assim, os efeitos da coisa julgada coletiva beneficiarão os autores das ações individuais.

## **6. A REGULAMENTAÇÃO DO PROCESSO COLETIVO NO BRASIL**

Como mencionado no capítulo anterior, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor são marcos na regulamentação do processo coletivo no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, há forte tendência de se criar um Código de Processo Coletivo no Brasil.

O Código de Defesa do Consumidor passou a ser conhecido como microssistema processual coletivo porque criou conceitos para os institutos dos direitos coletivos e criou regras gerais para execução das ações coletivas, independentemente do procedimento adotado (mandado de segurança coletivo, ação civil pública e outras).

Donizetti organizou em quatro passos a maneira de se utilizar as normas quando se tratar de direitos coletivos (Donizetti, 2010, p. 29-30). Inicialmente, caso existente lei específica para o procedimento adotado, deve-se utilizá-la, de acordo com o princípio da especialidade. O segundo passo é a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no caso de não haver lei específica para o procedimento ou, no caso de existência, se ela não for suficiente. O terceiro passo é a utilização de outras normas relativas a processos coletivos, como, por exemplo, a lei da ação civil pública ou lei do mandado de segurança coletiva, no caso de o Código de Defesa do Consumidor ainda ser insuficiente. Por último, aplica-se, residualmente, o Código de Processo Civil, desde que não haja incompatibilidade formal e material.

Em virtude da falta de organização e estruturação das normas de direito coletivo em um diploma único, os juristas exaltam a criação de um Código de Processo Coletivo. Assim, quatro anteprojetos já foram redigidos com o objetivo de codificar e uniformizar as normas de direito processual coletivo.

Donizetti ressalta que, apesar da qualidade das normas existentes, elas não são práticas para utilização. Destaca, ainda, os inúmeros equívocos e confusões doutrinárias em virtude da fragmentação das normas de processo coletivo.

Conquanto seja bela a construção legislativa que enseja a interpretação de que há um microsistema processual coletivo, não há dúvida de que o manejo dessa estrutura legal não é nem um pouco simples ou prático. (DONIZETTI, 2010, p. 29).

De 2002 a 2008, dois códigos modelos e dois anteprojetos foram criados no ímpeto de criação do Código Brasileiro de Processo Coletivo. O primeiro é o Código Modelo de Processo Civil Coletivo para Países de Direito Escrito, elaborado por Antonio Gidi. O segundo é o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi. Há ainda o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual elaborado sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA, elaborado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes.

Entretanto, apesar de tantos esforços, os projetos de codificação do processo coletivo encontraram resistências políticas e a possibilidade de codificação veio a falir quando o Ministério da Justiça instituiu comissão para elaborar nova lei da ação civil pública, com o conseqüente abandono da ideia da codificação do processo coletivo.

No capítulo seguinte serão analisadas as relações entre o processo coletivo e o processo individual quanto aos institutos da litispendência, da conexão, da continência e da intervenção de terceiros.

## CONCLUSÃO

A partir de todo o exposto, fica fácil observar que o processo coletivo apresenta um microsistema processual particular, com institutos jurídicos específicos e princípios informadores próprios, o que demanda um grande esforço de atualização e pesquisa àqueles ainda não familiarizados com a disciplina.

Os institutos dessa tutela coletiva são inéditos, não se tratando de mera importação dos institutos processuais clássicos de tutela de direitos individuais. Embora ainda recente esse sistema, observa-se que a técnica processual encontra-se bastante avançada do ponto de vista dogmático.

Contudo, esse instrumentário processual desenvolvido apenas poderá ser colocado em prática se juízes, promotores, defensores e advogados estejam preparados a dar a eles a aplicação adequada.

Vem em boa hora a tramitação de projetos de lei com vistas à edição de um Código de Processo Coletivo, com vistas a tornar o sistema ainda mais coeso e de fácil assimilação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa Julgada e Litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: **Direito Processo Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6. Ed. Bahia: Editora Podivm, 2011. 514 p.

DINAMARCO, Pedro. **Ação Civil Pública**. São Paulo, Saraiva, 2001.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. 1. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. 557 p.

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os Anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: **Direito Processo Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

WATANABE, Kazuo. **Relação entre demanda coletiva e demandas individuais**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 139, p. 28-35, set. 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 319 p.

#### **Notas:**

[1] Recurso Especial 1142630/PR (STJ): “Para fins de tutela jurisdicional coletiva, os interesses individuais homogêneos classificam-se como subespécies dos interesses coletivos, previstos no art. 129, inciso III, da Constituição Federal.”

[2] Recurso Extraordinário 163231/SP (STF): “Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a

grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.”

[3] Nelson Nery Junior defende a ideia da legitimidade autônoma para a condução do processo quanto a direitos transindividuais e extraordinária para a proteção dos direitos individuais homogêneos. Já Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier defendem a corrente de que há legitimidade autônoma para a condução do processo na defesa de qualquer espécie de direito coletivo.

[4] “Legitimar a pessoa física estimularia a propositura de ações coletivas, tornando o cidadão mais responsável pela defesa dos interesses supra-individuais.” (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela do meio ambiente: a legitimação ativa do cidadão brasileiro**. RT 698/14, São Paulo: RT.)

## ANOTAÇÕES À CARTA DE JUIZ DE FORA (2010): CARTA DOS JARDINS HISTÓRICOS BRASILEIROS

**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:** O objetivo do presente está assentado na análise da Carta de Juiz de Fora (2010) sobre a preservação dos jardins históricos brasileiros. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens

moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

**Palavras-chaves:** Patrimônio Cultural. Documentos Nacionais. Tutela Jurídica.

**Sumário:** 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Anotações à Carta de Juiz de Fora (2010): Carta dos Jardins Históricos Brasileiros.

---

## **1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental**

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos 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, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula 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*”[1]. Destarte, 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 primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, 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, precipuamente 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*”[2]. 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 e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, 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 dos mencionados 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, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*<sup>[4]</sup>. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a

conservação e recuperação das áreas degradadas, primordialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**”[6].

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. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 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[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

## **2 Comentários à concepção de Meio Ambiente**

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente

consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver

desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que *ocaput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os

limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação *docaput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo

irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por

todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

### **3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introductórios**

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. *“A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”*[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo

incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental” [17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

**Ementa:** Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente.

especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que *“expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo”*[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, *“o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente”*[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N°. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional

do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos insertos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

#### **4 Anotações à Carta de Juiz de Fora (2010): Carta dos Jardins Históricos Brasileiros**

Em um primeiro comentário, considera-se jardim histórico, nos termos da Carta de Juiz de Fora (2010), os sítios e paisagens agenciados pelo homem como, por exemplo, jardins botânicos, praças, parques, largos, passeios públicos, alamedas, hortos, pomares, quintais e jardins privados e jardins de tradição familiar. Além desses, compreende-se em tal locução os jardins zoológicos, claustros, pomares, hortas, cultivos rurais, cemitérios, vias arborizadas de centros históricos, espaços verdes circundantes de monumentos ou de centros históricos urbanos, áreas livres e espaços abertos em meio à malha urbana, entre outros. Nos jardins,

natureza e história são elementos vivos e dinâmicos em incessante mutação, surgindo sempre em sua gestão novas e imprevistas situações. O tratamento dessas questões não pode ser reduzido a fórmulas precisas já que cada apresenta aspectos singulares a exigir soluções próprias. Portanto, o objetivo da Carta em comento é atender às exigências de orientação técnica voltada para a preservação dos jardins históricos.

Os jardins históricos, públicos ou privados, podem levar os visitantes a novas atitudes, ao vislumbre de realidade até então despercebidas. Sua leitura e narração não é apenas espacial, mas temporal. Estende-se a estratos subterrâneos e estados pretéritos da história do homem, da natureza e da terra, o que pode abranger estudos geológicos, paleontológicos e arqueológicos para sua melhor compreensão. Preservá-los é um ato de respeito à vida, ao equilíbrio ambiental, à obra e ao legado humano. Defendê-los é induzir gerações contemporâneas e futuras a atitudes de maior zelo por esse patrimônio. Os jardins históricos, segundo estabelecido pela Carta de Juiz de Fora, são um rico testemunho da relação entre a cultura e a natureza, testemunho que preserva no caráter das intervenções realizadas no local e na salvaguarda do espírito do lugar. Preservá-los não se trata apenas de cuidar de um legado do passado, mas de criar condições para novos bens que irão enriquecer a herança do futuro.

Os jardins históricos são boas referências de como se resume e se concentra a relação do homem urbano com o meio rural. Cada vez mais ameaçados os jardins, urge que sejam defendidos, sob orientação dos órgãos culturais especializados, segundo condições, normas, diretrizes e critérios específicos. A autenticidade é um aspecto fundamental na avaliação dos jardins históricos, assim como de qualquer bem cultural. Esta se refere ao grau de originalidade dos diferentes elementos de um mesmo sistema. A autenticidade de um jardim histórico, como em qualquer

outro bem cultural, depende de quanto seus materiais são originais ou genuínos, levando-se em conta quando e como foi construído, considerando-se o envelhecimento e mudanças que o afetaram ao longo do tempo. A maioria dos bens históricos é alterada pela ação da natureza e pelo modo como são utilizados, sendo as mudanças consideradas como parte da estratificação histórica do bem.

Considerando-se os jardins históricos como sistemas harmoniosos, a integridade depende do grau de equilíbrio que os elementos que o compõem mantêm entre si. O conjunto de elementos que configuram um sítio histórico forma uma unidade básica. A partir dessa compreensão, pode-se descrever cada elemento, cada parte, tendo por base a intenção original. A integridade se refere ao quanto o bem é completo e ao quanto preserva do equilíbrio entre os diversos elementos componentes. Suas qualidades intrínsecas estão relacionadas à qualidade dos materiais, à sua construção, desenho e localização. Dentre as ações iniciais para a proteção dos jardins históricos está a identificação, relacionada ao reconhecimento e registro ordenado desse tipo de bem cultural e dos elementos que o compõem. A realização do inventário fundamenta a identificação e o registro do jardim histórico por meio de pesquisa e levantamento das características e particularidades de determinado bem, adotando-se, para sua execução, critérios técnicos objetivos e fundamentados, de natureza histórica, artística, arquitetônica, sociológica, paisagística e antropológica, entre outros.

Em termos legais, ainda no que toca à Carta de Juiz de Fora, proteger é criar condições para que um monumento, área ou sítio histórico perdure e se desenvolva de forma íntegra e autêntica. A proteção física dos jardins históricos garante a segurança contra roubo, vandalismo, ataques ambientais, ruídos e intrusões visuais. Como forma de assegurar a defesa e salvaguarda, os jardins históricos devem ser objeto de acautelamento legal, sob a forma de

registros, inventários e tombamentos. A proteção legal visa a resguardar o sítio contra qualquer dano, fornece instruções medidas apropriadas, como punição ou compensação por prejuízos ocasionados. O tombamento é um dos instrumentos de acautelamento mais comumente usado na proteção legal. No caso de valor nacional é feito pela inscrição em livros de tomo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). O tombamento pode também ser feito por outras instituições do Poder Público, no âmbito estadual ou municipal, legalmente constituída, de acordo com o modelo da legislação federal.

A legislação ambiental deve apoiar a defesa do patrimônio cultural. A avaliação de impactos ambientais por empreendimentos potencialmente capazes de afetar o meio ambiente exige estudos de efeitos sobre os bens culturais, como os jardins históricos. A legislação de crimes ambientais define penas, chegando a estabelecer condições para compensação e valores para multas, em casos de danos. Devem-se considerar, além da proteção concedida pela legislação vigente, atos administrativos e decisões judiciais como mecanismos de proteção do patrimônio cultural. Um instrumento de capital importância na proteção de sítios históricos é a emissão de pareceres técnicos solidamente fundamentados em normas expressas nas cartas patrimoniais, sobretudo em cartas de jardins históricos. A proteção efetiva de um jardim histórico deve incluir atos legais e administrativos e abranger desde a definição da situação fundiária até ações de proteção física, como cerceamento integral das áreas naturais, medidas de segurança e serviço de vigilância. O caráter de proteção efetiva deve ser antes educativo que repressivo, mas sem deixar de ser firme na defesa do patrimônio.

O termo preservação, adotado pela Carta de Juiz de Fora, engloba todas as ações que visam a salvaguardar bens culturais identificados, classificados ou protegidos. Segundo a Carta de

Nairobi, aprovada pela Unesco em 1976, a preservação deve significar identificação, proteção, conservação, restauração, renovação, manutenção e revitalização, ou seja, todas as operações necessárias à defesa e salvaguarda de um bem, o que incluir ainda o uso, planejamento, administração e outras ações. Os jardins históricos devem ser considerados segundo seus valores, que se referem tanto a seu significado imaterial quando a sua materialidade, levando em conta o estado de conservação, os materiais empregados, desenho e localização, assim como o entorno. Qualquer legado do passado sofre transformações ou deterioração tanto por consequência do desgaste natural quanto pelo uso. A soma das diferentes modificações acaba por se converter em fator componente do caráter histórico e do material essencial ao bem cultural. O material essencial representa o valor intrínseco do bem e é suporte dos testemunhos históricos e dos valores culturais associas, do passado e do presente. A meta da preservação é salvaguardar a qualidade e os significados do bem, proteger o material essencial e assegurar sua integridade e autenticidade para as gerações futuras.

A preservação dos jardins históricos, no entanto, não leva em consideração apenas valores culturais, mas também ambientais. Os jardins históricos devem ser encarados como ambientes agenciados artificialmente, cujos elementos vivos e seu equilíbrio natural devem ser igualmente preservados. Mais importante do que devolver feições já perdidas do projeto original à custa de elementos vivos, é reconhecer a preponderância de valores naturais em relação a elementos culturais já perdidos. Em muitos casos, pode prevalecer a decisão de se manter, por exemplo, a intrusão de uma árvore, mesmo que sua sombra impeça a restauração de canteiros de flores de pleno sol e que se tenha de abrir mão de aspectos formais do passado. A preservação e a conservação dos jardins históricos fazem partes das coisas essenciais necessárias à reconquistas da vida no futuro, pois

reúnem aspectos sociais, simbólicos e afetivos, constituindo áreas de convívio e construção do senso comunitário do cidadão. Como os jardins históricos contribuem para o equilíbrio microclimático das grandes áreas urbanizadas, bem como para a preservação da diversidade ecológica e genética, tornam-se, especialmente, um fator de valorização social e de reforço da identidade cultural.

Um jardim deve ter sua gestão programada conforme peculiaridades que irão condicionar ou determinar as formas de uso e atividade passíveis de serem nele desenvolvidas. Considerando-se usos tradicionais e novos, devem ser propostas atividades gerais e recreativas, avaliando-se seus impactos, e levando sempre em conta a acessibilidade universal, por pessoas portadoras de deficiência física. Dentre as intervenções em jardins históricos, pode-se distinguir: (i) revitalização: designa a reutilização de um bem cultural e sua adaptação a novos usos, observando aquilo que lhe é essencial: o abrigo de atividades humanas ou os fatores ambientais para o desenvolvimento de atividades como as recreativas, de lazer, contemplação, esporte etc.; (ii) restituição: refere-se ao conjunto de operações que visam a recuperar as condições originais do bem cultural e do espírito de uma época, o que se pode obter mediante remoção de partes espúrias ou reconstituição de elementos supostamente originais degradados ou que estejam faltando. Só se empreende um trabalho de restituição quando se dispõe de sólidos fundamentos iconográficos ou de levantamentos físicos rigorosos; (iii) restauração: é a ação que tem como objetivo recuperar e reintegrar partes ou mesmo todos os elementos de um bem cultural móvel ou imóvel. Envolve todas as outras formas de intervenção física em bens culturais que visem à preservação. As intervenções de restauração nos jardins históricos visam a garantir a unidade e a permanência no tempo dos valores que caracterizam o conjunto, por meios e procedimentos ordinários e extraordinários; (iv) manutenção: permite ações sistemáticas que visam a manter um bem cultural em condições de uso ou fruição.

Significa a proteção contínua da substância, do conteúdo e do entorno de um bem.

A manutenção de um jardim histórico visa a três objetivos básicos: manter as qualidades físicas e químicas do solo, garantindo aos vegetais o fornecimento de água e dos nutrientes necessários; manter, dentro da margem de variação ditada pelos ritmos naturais, os volumes, cores e texturas dos vegetais; defender a flora e a fauna do jardim contra organismos nocivos ou desastres naturais. Dentre os trabalhos de manutenção incluem-se: varredura, capina, irrigação, trato dos gramados, limpeza de bueiros, produção de mudas, redução do lixo, poda, retirada de árvores, tratamento fitossanitário, adubação, manutenção de tanques e lagos pequenos, coroamento e retirada de ervas daninhas. Na medida do possível, os serviços de manutenção devem estar integrados numa rotina programada que incluiria, por exemplo, tarefas diárias, semanais, mensais, trimestrais, sazonais, anuais e quinquenais.

#### **Referência:**

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

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico

nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 09 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <[www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br)>. Acesso em 09 set. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em 09 set. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em 09 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

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 09 set. 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 09 set. 2015, s.p.

[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 ag. 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 09 set. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

[7] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 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 Nº 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 09 set. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso

Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 09 set. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 09 set. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 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 Nº 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>. Acesso em 09 set. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf)>. Acesso em 09 set. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (n° 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes.

Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <[www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br)>. Acesso em 09 set. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

## DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

**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

A penhora que recai sobre o bem de família não pode prosperar uma vez que este é legalmente excluído da constrição proveniente de dívidas, ou seja, poderá livrá-los de futura constrição. Tais benesses se encontram nos artigos 648 e 649 do Código de Processo Civil, que tratam da impenhorabilidade absoluta e relativa; artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil, que trata da impenhorabilidade e inalienabilidade do bem de família e a Lei nº 8.009/90, que trata da impenhorabilidade do bem de família.

### DESENVOLVIMENTO

O Bem de Família Legal é um tipo de impenhorabilidade que independe o ato de vontade do seu instituidor, pois, basta que se preencha os requisitos da lei para ser alcançado pelas benesses da lei.

Têm-se, pois, que as exceções à regra da impenhorabilidade, contidas no estatuto legal acima, tratam-se de hipóteses taxativamente descritas no artigo 3º e seus incisos, e uma vez que a dívida não se imiscua nestas hipóteses, não é lícita a expropriação do bem de família.

Desta forma então, o ato ou negócio que não preencha os requisitos de validade, trazidos pelo ordenamento jurídico, acha-se eivado de defeito grave, o que acarreta, conseqüentemente, o comprometimento de sua eficácia e

reconhecimento. Trata-se, pois, o negócio contaminado de grave defeito, de negócio jurídico absolutamente nulo.

O Artigo 166 do CC/02 é expresso ao determinar que:

**"É nulo o negócio jurídico quando:**

**II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;**

**VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção."**

Nota-se que a Lei 8.009/90 veda expressamente a penhora de bem de família, portanto, o negócio jurídico, viola expressa disposição legal, subsumindo-se a hipótese do inciso II do artigo supracitado, posto que teve como fundamento objeto ilícito, ou seja, contrário à lei, e, ainda, o inciso VII, já que há expressa proibição da prática da penhora do bem de família.

Na visão de Credie, sobre o bem de família:

"[...] se o negócio for ilícito, descamba para o terreno daqueles fatos humanos insuscetíveis de criar direitos para o agente, sujeitando-o, porém, conforme a profundidade do ilícito, a ver apenas desfeito o negócio, ou ainda a reparar o dano que venha a atingir a esfera jurídica alheia. Quer isto dizer que a iliceidade do objeto ora conduz à invalidade do negócio, ora vai além, e impõe ao agente uma penalidade maior [...]1".

Sabe-se, portanto, que é nulo o ato jurídico, quando em razão do defeito grave que o atinge, não pode produzir o efeito almejado. A nulidade se apresenta, portanto, como sanção para a ofensa à predeterminação legal.

A nulidade, será insuprível pelo juiz, seja de ofício ou a requerimento do interessado, não podendo, também, ser o ato ratificado, posto que jamais convalidará.

Determinam os artigos 168, parágrafo único, e 169 do Código Civil, respectivamente, que:

**Art. 168, § único – As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.**

**Art. 169 – O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo."**

Humberto Theodoro Júnior, ao descrever os princípios informativos do processo de execução, elucida de maneira brilhante a matéria:

**"É aceito pela melhor doutrina e prevalece na jurisprudência o entendimento de que a execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana. Não pode a execução ser utilizada como**

instrumento para causar a ruína, a fome e o desabrigo do devedor e sua família, gerando situações incompatíveis com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, institui o código a impenhorabilidade de certos bens como provisões de alimentos, salários, instrumentos de trabalho, pensões, seguros de vida, etc.”[2]

“[...] a execução deve ser útil ao credor, e, por isso, **não se permite sua transformação em instrumento de simples castigo ou sacrifício do devedor[...].**” [3]

Ainda segundo Theodoro[4], "a proteção dos direitos humanos, nos dias de hoje, reclama análise interdisciplinar, concita o intérprete a harmonizar fontes nacionais e supranacionais, reformula, em definitivo, o conceito de ordem pública, que se expande para os domínios da atividade econômica privada."

Conforme entendimento e decisões dos nossos tribunais pátrios no que concerne a vedação da prática da penhora do bem de família. Nesse sentido:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – BEM DE FAMÍLIA – RENÚNCIA – BEM OFERECIDO A PENHORA PELO DEVEDOR – IMPENHORABILIDADE – DIREITO À MORADIA E PROTEÇÃO DA FAMÍLIA – DIREITO CONSTITUCIONAL – NORMA DE ORDEM PÚBLICA – NULIDADE DA**

**PENHORA DECRETADA – PROVIDO** – O direito à impenhorabilidade do bem de família é irrenunciável, ainda que o devedor ofereça esse bem à penhora. A moradia e a proteção à família são direitos assegurados constitucionalmente e constituem normas de ordem pública, cogentes e irrenunciáveis, devendo ser declarada nula a penhora incidente sobre esses bens. (TJMS – AG 2002.009947-3 – 4ª T.Cív. – Rel. Des. Rêmolo Letteriello – J. 03.12.2002)

**BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE – LEI FEDERAL Nº 8009/90 – PROTEÇÃO À FAMÍLIA DO DEVEDOR E MEIO DE EVITAR SITUAÇÕES CONSTRANGEDORAS**– Por ser de ordem pública, a impenhorabilidade do bem de família é norma inderrogável, oponível em processo de execução civil, previdenciária, trabalhista ou de qualquer outra natureza, e não se inclui entre as exceções a que se refere o art. 3º, inciso I a VII, da Lei Federal nº 8009/90. Esta, ao proteger a família do devedor, tem o condão de evitar que ela (família) não só se coloque numa situação de penúria decorrente da dívida, mas também numa posição constrangedora, ou seja, a de perder o

seu único imóvel e ficar sem onde morar. (TJMG – AC 000.236.277-0/00 – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Hyparco Immesi – J. 19.09.2002)

**LEI Nº 8.009/90 – MATÉRIA ARGÜIDA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO REJEITADOS, COM TRÂNSITO EM JULGADO – PRECEDENTES DA CORTE – 1.** Posto que a proteção do bem de família prevista na Lei nº 8.009/90 não pode ser objeto de renúncia, o fato é que argüida a matéria em embargos à execução, que foram rejeitados, transitando em julgado a sentença, não pode ser novamente apreciada quando da realização da praça. Ademais, no caso, é insuficiente a fundamentação do especial para desarmar o Acórdão recorrido quanto ao art. 471 do Código de Processo Civil. **2. Recurso Especial não conhecido.** (STJ – RESP 451204 – SP – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 25.08.2003 – p. 00298)

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRELIMINAR – NÃO ATENDIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 526 DO CPC – RECURSO CONHECIDO – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – PENHORA – BEM DE FAMÍLIA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – PRECLUSÃO – NÃO INCIDÊNCIA – RECURSO PROVIDO– 1.** Consoante

entendimento consolidado de nossa jurisprudência, o descumprimento do disposto no artigo 526, do CPC, não constitui causa para o não conhecimento do agravo. **2. Tratando de matéria de ordem pública, a impenhorabilidade do bem de família pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, não se submetendo à preclusão.** (TJRR – AI 0010.03.000297-5 – T.Cív. – Rel. p/o Ac. Des. Cristóvão Suter – DJRR 29.05.2003 – p. 05)

## CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que o processo de execução deverá ser declarado nulo de pleno direito, determinando-se a baixa na averbação realizada no imóvel, caso tenha ocorrido, pois além de contrariar Lei Federal, não observou os procedimentos processuais, pois tal execução não pode e nem deve servir como instrumento de flagelo o devedor. Posto que lhe são assegurados, os direitos básicos outorgados por lei, como o direito a ter moradia e, principalmente, o direito a ter uma vida digna, o que se restabelecerá, desconstituindo-se o ato pelo qual foi transacionado o bem de família, na medida em que se figura direito indisponível, insuscetível de renúncia por parte de seu titular.

### NOTAS:

[1] CREDIE, Ricardo Arcoverde. Bem de Família: Teoria e Prática. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

[2] THEODORO, Junior Humberto. Processo de Execução . São Paulo: Cultura, 2002.

[3] Idem.

[4] Idem.

## CONTRATOS DE SEGURO DE VEÍCULO

**ALINE STÜPP KOERBER:** Estudante de Direito na Universidade Positivo.

**RESUMO:** O presente estudo se desenvolve no momento de contratar um seguro. Acabamos nos depararmos com situações e acontecimentos que, muitas das vezes, podem gerar transtornos e chateações. Uma situação comum e que aflige muitos consumidores são os contratos de seguro de automóveis e as obrigações contratuais inerentes às seguradoras. Para facilitar a compreensão do artigo, as principais características do seguro serão expostas, assim como questões do seu âmbito de cobertura, abordando casos em que a indenização é cabível e apontando as injustiças que são cometidas pelas seguradoras de automóveis.

**Palavras-chave:** Contrato. Seguro. Automóvel. Boa-fé Objetiva.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Contrato de Seguro. 3. Contrato de Seguro de Veículo. 4. Agravamento do Risco no Contrato de Seguro de Veículo. 5. Conclusão. 6. Referências.

---

### 1. INTRODUÇÃO

O artigo demonstra a importância de um contrato de seguro, utilizando-se de base legal prevista no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil.

A partir da análise destes e de suas devidas características, é proposto que seja sempre cauteloso ao contratar uma seguradora, a fim de que a justa defesa de seus direitos possa ser garantida da melhor forma. Conflitos exemplificativos serão de grande ajuda para que se perceba as divergências judiciais, visando sempre a proteção do consumidor.

Ainda, o artigo se direciona e pretende abordar mais a fundo os contratos de seguro de veículos, analisando suas prerrogativas, suas imposições e suas divergências, a partir do pressuposto de boa-fé objetiva, necessária nos contratos de seguro.

## 2. CONTRATO DE SEGURO

Contrato de seguro é o contrato que o segurador se obriga, mediante pagamento de prêmio, a assegurar objeto ou pessoa contra riscos predeterminados, ou seja, o objeto do contrato de seguro ensejará o cumprimento de uma indenização por parte do segurador.

Dividindo-se em duas partes, temos o segurador e o segurado, contudo, nos casos de seguro de vida e nos casos de acidente de trabalho que resultam na morte do segurado, surge mais uma figura, a do terceiro beneficiário que receberá a indenização.

Exposto pelo artigo 757 do Código Civil,

"Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados."

Ao contrato de seguro também se aplica o proposto pelo artigo 2º e art. 3º §2 do Código de Defesa do Consumidor.

" Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. "

" Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante

remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."

O contrato de seguro, é previsto sendo bilateral, pois os efeitos gerados por ele advêm da constituição de obrigações para ambas as partes, sendo assim, há sinalagma. Sendo um contrato não solene, a apólice, que é o instrumento representativo do contrato de seguro, existe somente para comprovação perante terceiros. Sua emissão é obrigatória, mas o seguro existe independentemente da apólice.

Também será de caráter aleatório, onde o vencimento da obrigação da seguradora depende de um acontecimento futuro e incerto.

Ademais, o contrato é considerado oneroso, já que prevê vantagens para ambas as partes, onde um recebe a garantia do sinistro e o outro recebe o prêmio para fornecer esta garantia. Previsto pelo artigo 776 do Código Civil, o pagamento deverá ser feito em dinheiro, sendo importante ressaltar que o fato da não ocorrência do sinistro, não descaracteriza a onerosidade.

" Art. 776. O segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, salvo se convencionada a reposição da coisa. "

O contrato será, na maioria das vezes, de adesão, cabendo ao segurado aderir o que lhe é proposto. Tal característica decorre do princípio do mutualismo, sendo este extremamente importante para os contratos de seguro. O princípio do mutualismo, vislumbra a contribuição de várias pessoas, onde estas formam um fundo comum que suportará o pagamento dos sinistros.

Outro princípio de suma importância abordado pelos contratos de seguro, é o da boa-fé objetiva, previsto no artigo 422 do Código Civil.

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

O princípio da boa-fé objetiva estipula que a parte deverá agir com lealdade, no dever de cada parte agir de forma a não prejudicar a outra, ocorrendo tanto no momento pré-contratual, como após a rescisão do contrato. Em qualquer atividade é exigida a mais estrita boa-fé, sendo que se o segurado prestar informações falsas, ou omitir algumas características exigidas para a contratação do seguro, perderá a parte o seguro, sem direito a receber o prêmio pago, sendo o ônus da prova da seguradora.

" Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. "

" Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. "

O princípio da boa-fé se diferencia da boa-fé objetiva pelo fato de que o primeiro vislumbra a valorização da ética, dos bons costumes, da moral, ao tempo em que a boa-fé objetiva se refere à conduta das partes.

Já consolidado na jurisprudência, nota-se que o princípio da boa-fé objetiva se faz necessário nos contratos de seguro:

**CIVIL. SEGURO DE VIDA. LIMITAÇÃO DE IDADE. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA DOS CONTRATOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

1. A questão debatida nestes autos cinge-se ao direito dos apelantes em receber a indenização securitária em virtude do falecimento do seu genitor. O contratante adquiriu título de capitalização da Federal Capitalização S/A com garantia da Caixa Econômica Federal em 28.08.97, pagando regularmente mensalidades no valor de R\$ 30,00 (trinta reais) até a data de seu óbito, em 07.05.98. 2. Na proposta de aquisição do título de capitalização, o contratante declarou estar ciente das condições do contrato, declarando a idade que contava (sessenta e seis) anos, fato que ensejou a negativa do pagamento do seguro aos beneficiários. 3. O contraente informou, na data de assinatura do contrato, a idade correta que possuía. A proposta de contrato de seguro teve o aceite da CEF, tendo o contratante honrado com todos os encargos. Não pode agora, a empresa pública, beneficiar-se de tal fato, alegando que o segurado excedeu a idade limite, uma vez que, ela própria o aceitou como segurado. 4. Observando a sistemática constitucional vigente, as cláusulas contratuais, nos contratos de adesão, devem ser interpretadas em benefício do consumidor. 5. Recurso provido.

(TRF-3 - AC: 368 SP 0000368-74.2001.4.03.6104, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, Data de Julgamento: 18/03/2013, QUINTA TURMA)

Para a constituição em mora, conforme entendimento majoritário do STJ, destaca-se que é necessária a prévia notificação do segurado, a fim de que este tenha a oportunidade de pagar o que deve, e reestabelecer o contrato com a seguradora. Ou seja, a partir deste entendimento, fica descaracterizado o proposto pelo

artigo 763 do Código Civil, que por sua vez previa que não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora.

**AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO.  
ATRASO NO PAGAMENTO DO PRÊMIO.  
SUSPENSÃO AUTOMÁTICA.  
DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE  
INTERPELAÇÃO PRÉVIA.**

*1.- O simples atraso no pagamento do prêmio não implica suspensão ou cancelamento automático do contrato de seguro, sendo necessário, ao menos, a interpelação do segurado, comunicando-o da suspensão dos efeitos da avença enquanto durar a mora. 2.- Agravo Regimental improvido.*

*(AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 413.276 - DF, Relator: MINISTRO SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 03/12/2013)*

Ademais, se admite a teoria do adimplemento substancial, fundamentada esta no princípio da boa-fé objetiva, na função social dos contratos, no enriquecimento sem causa e na vedação ao abuso de direito, que tem como intenção afastar o término do contrato com base no inadimplemento irrisório.

Os contratos de adesão foram criados para atender o mercado quando há esta contratação em massa, proporcionando assim uma forma mais rápida, já que as cláusulas destes contratos são pré-determinadas. Contudo, estes contratos possuem, geralmente, cláusulas abusivas, que são àquelas que trazem prejuízos as partes mais vulneráveis da relação, àquelas que colocam o consumidor em desvantagem exagerada, o que causa um desequilíbrio contratual. Destarte, quando se verifica estas cláusulas abusivas, é evidente que elas violam o princípio da boa-fé.

O rol de cláusulas abusivas está previsto no Artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, cabendo nulidade para estas cláusulas que violem o princípio da boa-fé.

### **3. CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO**

O contrato de seguro de automóvel confere a parte uma indenização no caso de danos causados a terceiros por veículos terrestres. Foram desenvolvidas diversas formas de análise para calcular o valor do seguro, de forma que assim as seguradoras possam desenvolver sua atividade sem risco.

O segurado receberá não só o montante da indenização, mas também o montante referente à reparação de qualquer outro dano, desde que o risco esteja previsto no contrato. A seguradora deverá ser acionada imediatamente após a ocorrência do sinistro, para que esta possa proteger o bem, evitando o agravamento dos prejuízos.

O seguro de automóveis no Brasil é dividido de duas formas: o seguro obrigatório e o seguro facultativo.

Como seguro obrigatório temos o DPVAT (Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres), sendo a objetiva a responsabilidade deste e necessitando apenas da ocorrência do sinistro para a comprovação do nexos causal. Sua abrangência se dá a qualquer veículo de circulação terrestre, no entanto, não se enquadram os veículos a serviço do sistema de metrô, os de caminho de ferro - com exceção dos bondes elétricos - e as máquinas agrícolas, pois estes não têm como objetivo circular por vias públicas. Além disso, estão excluídos da garantia do seguro qualquer dano material ou corporal que o motorista venha a sofrer, assim como danos materiais que parentes do motorista venham a sofrer em decorrência do sinistro.

Já o seguro facultativo é contratado para garantir o patrimônio do próprio segurado, a partir disso, verifica-se que é impossível ação direta contra a seguradora por terceiro prejudicado sem a participação do segurado como corréu.

A condenação da seguradora se dará somente se comprovado que o segurado agiu com culpa ou dolo no acidente, no entanto, não é sempre que a seguradora será obrigada a arcar com os prejuízos causados pelo segurado. Nos casos de agravamento intencional do risco, embora o segurado seja obrigado a indenizar terceiro, não estará a seguradora obrigada a pagar por esta indenização.

#### **4. AGRAVAMENTO DO RISCO NO CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO**

Agravar o risco no contrato de seguro abarca a probabilidade de aumento de ocorrência de um dano ao interesse segurado, ou quando se estende a lesão, alterando assim as circunstâncias previstas na formação do contrato.

É muito frequente que as seguradoras se recusem a pagar pelos danos causados quando esta puder alegar que o segurado agravou o risco. Pretextos como excesso de velocidade e embriaguez são os mais abordados para as seguradoras se eximirem do dever de indenizar.

No caso da embriaguez, a seguradora deverá comprovar o nexo de causalidade entre o dano e a embriaguez, ou seja, a embriaguez só poderá ser motivo de agravamento intencional se ela for a causa única e exclusiva para a ocorrência do sinistro. Ainda, deverá ser comprovado que o agravamento do risco foi voluntário e consciente.

Como aborda Carlos Alberto Gonçalves,

*" O segurado deve abster-se de tudo quanto possa aumentar os riscos, porque se é ele próprio que o agrava, por sua conta, inscrevendo o veículo segurado em perigosa prova de velocidade, por exemplo, perde o direito ao seguro. A perda só ocorrerá, no entanto, se o segurado "agravar intencionalmente", dolosamente, o risco objeto do contrato. "*  
(GONÇALVES, 2013)

O argumento é cabível também na jurisprudência majoritária, onde é necessária a demonstração de que a embriaguez foi fator determinante para a ocorrência do acidente:

**AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ COMPROVADA. REEXAME DE PROVA. DESCABIMENTO. SÚMULA STJ/7.**

*1.- É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a embriaguez do segurado, por si só, não enseja a exclusão da responsabilidade da seguradora prevista no contrato, ficando condicionada a perda da cobertura à efetiva constatação de que agravamento de risco foi condição determinante para a ocorrência do sinistro. Precedentes. 2.- Analisando o conjunto probatório dos autos, concluiu o Tribunal de origem que houve agravamento do risco na situação na qual se envolveu o veículo segurado, deixando transparecer o entendimento de que a embriaguez do condutor teria sido condição determinante para a ocorrência do sinistro, não podendo a questão ser revista em âmbito de Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte. 3.- Agravo Regimental improvido.*

As mesmas questões da embriaguez se aplicam para os casos de excesso de velocidade e para o segurado não habilitado; é necessário que a alta velocidade e o fato de não possuir a habilitação sejam fatores determinantes para a ocorrência do sinistro.

Como já abordado anteriormente, a seguradora pode se eximir do pagamento da indenização caso o segurado tenha mentido ou omitido algum fato na hora da contratação, desde que esta inexatidão possa influenciar na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, sendo sempre necessária a transparência e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos de seguro.

Ademais, o contrato de seguro não pode restringir o veículo ao uso de terceiros, tendo em vista que o que se assegura é o bem, e não o proprietário do automóvel.

## 5. CONCLUSÃO

O artigo buscou analisar as principais características e eventuais conflitos existentes no contrato de seguro de veículo, abordando questões implícitas e explícitas pelo direito brasileiro, analisando quando devidas as indenizações.

Ademais, o fato das seguradoras dificultarem ao máximo o pagamento da indenização é algo notório a todos.

Diante de tais ponderações, conclui-se que cabe ao juiz analisar as peculiaridades do caso concreto, determinar o que é de fato abusivo, verificando a se houve mesmo agravamento intencional de risco e desprezando sempre as probabilidades infundadas, a fim de que a justiça julgue de forma correta, evitando assim danos mais graves.

## 6. REFERÊNCIAS

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALBUQUERQUE, J.B. Torres de. **O seguro no direito brasileiro**: de acordo com o novo Código Civil. Quadro comparativo. São Paulo: EDIJUR, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2013.

## A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE JOVENS DE 12 A 14 ANOS INCOMPLETOS

**THAMMY SANTOS ABREU:** Acadêmico do curso de direito da Faculdade Estácio de Macapá.

**JORGE AFONSO NEVES ANAICE:** Docente da Faculdade Estácio de Macapá

---

**RESUMO:** Este projeto de pesquisa tem por finalidade discutir os principais temas acerca da presunção de vulnerabilidade no crime de estupro de vulneráveis, tipificado no artigo 217-A do Código Penal, em especial contra o sujeito passivo que tem idade entre 12 anos completos e 14 incompletos. Como hipótese, deseja demonstrar que no cenário atual, o crime de estupro de vulneráveis contra menores, tem absoluta a presunção de vulnerabilidade, não sendo assim respeitados os princípios da adequação social, intervenção mínima e ofensividade do Direito Penal Brasileiro, surgindo assim necessidade da relativização da presunção de vulnerabilidade se as circunstâncias do caso concreto forem favoráveis, respeitando os referidos princípios e conseqüentemente a proporcionalidade. Como resultado este espera gerar uma discussão relevante acerca do tema, para isso este trabalho acadêmico usará como técnica a revisão bibliográfica, não utilizando em nenhum momento pesquisa com seres humanos.

**Palavras-chave:** Estupro de vulneráveis, Direito penal, Crimes Sexuais, Criança.

**ABSTRACT:** This research project aims to discuss the main issues about the vulnerability of presumption vulnerable to rape crime typified in Article 217 of the Penal Code, especially against the taxable person who is aged 12 years completed and 14 incomplete. As a hypothesis, want to demonstrate that in the present scenario, the vulnerable crime of rape against minors, has absolute vulnerability of presumption and thus not respected the principles of social fairness, minimal intervention and offensiveness of the Brazilian Penal Law, thus resulting need of relativity the vulnerability of presumption is the case the circumstances are favorable, respecting these principles and consequently the proportionality. As a result, this is expected to generate a relevant discussion on the

theme, so this academic work will use as the technical literature review, not using in no time research with human beings.

**Keywords:** Rape of vulnerable , Criminal Law , Sexual Crimes , Child.

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente existe o instituto da presunção de vulnerabilidade, criado no intuito de proteger os menores da violência infantil, dessa forma o legislador pátrio instituiu que ter atos libidinosos ou conjunção carnal com menor de 14 anos, ainda que com o consentimento deste incorre no crime de estupro de vulneráveis. Fato é que, a sociedade passa por constantes mudanças sociais e muitas das vezes clama por atualizações legislativas que a acompanhem.

O crime de estupro de vulneráveis, tipificado no artigo 217-A do Código Penal, tem a atual configuração graças a lei 12.015/2009 que alterou a anterior presunção de violência, passando a surgir então a presunção de vulnerabilidade, base do presente trabalho científico.

Incorre em estupro de vulnerável, em sentido amplo, quem tem conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com este, o presente trabalho acadêmico terá como sujeito passivo mais especificamente o maior de 12 e menor de 14 anos tratando da presunção de vulnerabilidade deste.

No mundo jurídico atual, o legislador pune o sujeito ativo pela presunção de vulnerabilidade em absoluto, de forma que basta este ter conjunção carnal com menor de 14 anos que já incorre nas elementares do tipo. Desta forma, surge uma vasta insegurança jurídica em virtude da desproporcionalidade surgida pela presunção pela idade.

Levando em conta que para o Estatuto da Criança e do Adolescente, quem tem menos de 12 anos é criança, a presunção de vulnerabilidade segundo a doutrina majoritária deve continuar absoluta, contudo, é amplamente discutida a presunção de vulnerabilidade quando o sujeito passivo possui entre 12 anos e 14 incompletos, de forma que atualmente a doutrina mais moderna sustenta que deve existir ao menos a possibilidade de relativização desta de acordo com as circunstâncias do caso concreto, já que atualmente a aplicação na prática desta é absoluta, desrespeitando vários princípios penais e constitucionais.

Tendo em vista a discussão existente sobre o assunto, e a corrente doutrinária que fundamenta a necessidade de se possibilitar a aplicação relativa da presunção de vulnerabilidade, o presente trabalho é construído com estes fundamentos.

Como critério de inclusão o presente trabalho conterà a literatura compreendida entre 2013 a 2015, sendo escolhidos autores mais interessantes para o trabalho e artigo. A técnica utilizada para a realização do trabalho será a revisão bibliográfica.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 O crime de estupro de vulneráveis**

Passemos a analisar o delito base do presente artigo científico.

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem

o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, do sexo masculino ou feminino, desde que maior de 18 (dezoito) anos. Prado (2014)

Enquanto o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa do sexo masculino ou feminino com menos de 14 (catorze) anos ou esteja em estado de vulnerabilidade, que seja induzida a satisfazer a lascívia de outrem. Prado (2014)

O sujeito passivo do crime em pode ser aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou ainda de maneira geral não pode oferecer resistência. Capez (2013).

Já a voluntariedade do crime é o dolo, consistente na vontade consciente de induzir a vítima a satisfazer a lascívia de outrem, sabendo o agente que age em face de menor de 14 (catorze) anos. Cunha (2014).

## **2.2 A vulnerabilidade do menor de 14 anos**

Passemos a analisar então a vulnerabilidade relacionada ao menor de 14 anos, o conceito de vulnerabilidade é pouco preciso, e por isso, deve ter em princípio seus contornos delimitados pelo

legislador. Dessa forma o próprio tipo penal determina quem são as pessoas consideradas vulneráveis, e o faz de modo mais taxativo quanto ao *caput* do art.217-A – menores de catorze anos. Em relação ao parágrafo primeiro, a determinação da vulnerabilidade pela situação de enfermidade, deficiência mental, ou qualquer outra causa que exclua a capacidade de resistência da vítima, implica maior conteúdo axiológico. Prado (2014).

A vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade. É dizer: o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é ou está mais suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual, de modo a lesioná-la. Prado (2014).

Para isso, como o crime é punido a título de dolo, o sujeito ativo deve ter consciência que o sujeito passivo é vulnerável para que este se consume. Cunha (2014)

Em outro sentido, Fernando Capez lembra que o sujeito passivo, mais especificamente no caso do menor de 14, é vulnerável pois não pode validamente consentir na prática de atos sexuais. Anteriormente a presunção era de violência, o que não mais ocorre, tratando-se de presunção de vulnerabilidade após a lei 12.015 de 2009, de forma que o legislador incorreu em erro, pois se o sujeito passivo sofre o crime no seu 14º aniversário não será possível ocorrer o presente delito, tendo o crime uma verdadeira presunção de vulnerabilidade em relação a idade do tipo. Capez (2013).

Desta forma, atualmente atentando-se a simples literalidade do artigo, o simples fato do sujeito passivo do delito ser menor de 14 anos é o bastante para consumir o delito ora estudado, pois cumpre o requisito objetivo do tipo que é a vulnerabilidade. Ademais

a consumação desse delito se perfaz com a cópula carnal, isto é, com a introdução do pênis na cavidade vaginal mesmo que de forma parcial. Prado (2014).

Vale lembrar que é fundamental o conhecimento da idade da vítima, caso assim não seja, é possível a configuração do erro de tipo. Surgindo duas possibilidades, a moça que tem desenvolvimento físico e psicológico prematuro e já possui razoável experiência sexual, sendo impossível o homem pressupor a idade real, e outra corrente é a possibilidade do homem se envolver com uma menor de 14 que está em um lugar onde só é permitido a entrada de maiores, apresenta documento falso, tem físico de adulta e oculta sua idade. Capez (2013).

Em virtude desta questão ainda ser amplamente discutida, sem um direcionamento legal moderno, devemos lembrar dos princípios penais e constitucionais, tendo em vista que estes são um dos principais instrumentos de criação do direito penal, e até mesmo de revisão deste, a seguir estão elencados alguns princípios favoráveis a relativização do crime em questão:

### **2.3 Princípios Penais Relacionados**

Todo o comportamento social que, a despeito de ser considerado como criminoso pela lei, que não afronta o sentimento social de justiça não pode ser considerado criminoso. Na adequação social, a conduta deixa de ser punida por não ser mais considerada injusta pela sociedade. Capez (2012)

É o instrumento de interpretação das leis em geral, significa que além do Direito Penal. Trata-se de condutas aceitas pela sociedade, seja pelos costumes, folclore ou cultura, que passaram a ser excluídas da esfera penal. Embora formalmente típicas, estará no âmbito da atipicidade, porque são socialmente adequadas, isto

é, estão de acordo com a ordem social. Tendo em vista que só lei pode excluir a conduta criminosa formalmente.

O princípio da intervenção mínima consiste que o Direito Penal só deve ser aplicado quando houver extrema necessidade, mantendo-se como instrumento subsidiário (*ultima ratio*) e fragmentário. Capez (2012).

A intervenção mínima só está legitimada quando os outros ramos do direito se mostrem incapazes ou ineficientes para a proteção ou controle social. Utiliza-se este princípio como último recurso, em caso de extrema necessidade para resolver o bem jurídico ferido.

O princípio da ofensividade considera inconstitucionais todos os chamados “delitos de perigo abstrato”, pois, segundo ele, não há crime sem comprovada lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico. Capez (2012)

O princípio da ofensividade do direito penal brasileiro é um dos pilares do desenvolvimento do Direito Penal. Para um país democrático, este princípio exprime que nenhum delito deve existir sem que ofenda um bem jurídico.

## **2.4 A jurisprudência pátria relacionada ao crime**

Passemos a analisar então os aspectos jurisprudenciais, o STJ se prende a suposta literalidade do artigo em estudo, aplicando ainda a presunção em absoluto, em diversas oportunidades, é o exemplo do julgado (HC 236.004/AM, SEXTA TURMA, DJe 20/05/2014), bem como o STF em determinadas ocasiões como nos julgados (HC 105558, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012), da mesma forma HC 109206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 16/11/2011.

Função tormentosa é defender posição contrária a dos tribunais superiores, mas devemos lembrar que os princípios penais referidos tem função, ou deveriam ter na prática, de superar posicionamentos destes, fazendo com que os tribunais repensem seus julgados, no crime em questão a necessidade de relativização e de outras interpretações é evidente, até mesmo em virtude das atuais jurisprudências destes em outros casos, onde podemos observar a interpretação extensiva ou teleológica em tipo penal incriminador, por exemplo, no caso do STJ a atual tentativa de tornar imprescritível o crime de injúria racial, sem nenhuma previsão normativa para tanto, unicamente pela semelhança com o crime de racismo, demonstrando assim a moderna interpretação e aplicação do direito penal atual, não podendo os tribunais se eximirem da teses unicamente pela falta de previsão, tendo em vista que estes estendem o alcance incriminador em algumas circunstâncias, por que não fazer o mesmo com o alcance permissivo quando a sociedade assim demonstrar necessário ?

Uma demonstração clara disso é que mesmo com a adoção desta presunção absoluta, há anos atrás, os recursos defendendo a mesma tese defensiva chegam aos montes todo ano aos tribunais superiores, que nem ao menos avaliam o caso concreto e as circunstâncias, demonstrando que a necessidade da sociedade, em virtude das mudanças sociais, não está sendo observada, preferindo os tribunais superiores punirem muitas vezes um namorado de uma moça que talvez nem saiba o que faz.

Posição diferenciada é a dos tribunais de justiça, estes é que enfrentam o grande escopo dos casos referentes ao crime, e estes é que muitas das vezes têm o contato maior com a realidade e com a necessidade da sociedade, não se eximindo de aplicarem os princípios da adequação social, ofensividade, lesividade, entre outros, para a mudança do direito penal brasileiro de forma moderna, são os casos dos julgados a seguir:

TJ-AL, Apelação APL 00299888620108020001 AL 0029988-86.2010.8.02.0001; neste caso, as palavras proferidas no acórdão foram, em apertada síntese, não se pode vislumbrar na vítima a vulnerabilidade tutelada pela norma penal que tem por escopo resguardar a liberdade sexual do menor de 14 (quatorze) anos, já que esta, pela precocidade da vida, acabou se envolvendo muito nova com a prostituição. Clara e cristalina visão moderna aplicada em favor do réu.

Da mesma forma o julgado: TJ/RS, Apelação Crime ACR 70055863096 RS (TJ-RS) reiterou a posição moderna afirmando que, há necessidade de relativização da presunção de vulnerabilidade que recai sobre a mesma. Precedentes no sentido de que o critério etário adotado pelo legislador infraconstitucional não mais se considera absoluto, sobretudo diante dos avanços sociais, da universalização do acesso à informação e, conseqüentemente, da obtenção de maturidade e capacidade de discernimento pelos adolescentes, não desconsiderando a decisão da jovem mulher sobre assuntos da sexualidade.

Desnecessário é trazer os vários julgados dos tribunais de justiça que defendem o mesmo posicionamento, deixando claro a visão mais moderna e necessária a ser tomada pelo estado atualmente.

### **3 CONCLUSÃO**

No cenário atual, o crime de estupro de vulneráveis contra menores, tem absoluta a presunção de vulnerabilidade, não sendo assim respeitados os princípios da adequação social, intervenção mínima e ofensividade do Direito Penal Brasileiro, verdadeiros pilares deste.

Como abordado, nota-se que os tribunais superiores anteriormente adotavam a presunção absoluta em uma visão

antiquada do delito, desrespeitando os princípios penais da intervenção mínima, adequação social, ofensividade e outros, contudo, os tribunais de justiça que enfrentam o grande volume dos julgamentos destes crimes a cada ano, acabaram percebendo a necessidade de uma visão moderna, e aplicação dos princípios em favor da necessidade social que torna-se aparente.

Tendo em vista que o direito tem o dever de acompanhar a sociedade, torna-se mais correta ao menos a possibilidade de aplicação relativa da presunção de vulnerabilidade se as circunstâncias do caso concreto forem favoráveis, respeitando assim os referidos princípios, conseqüentemente a proporcionalidade, e os costumes de cada estado brasileiro, dessa forma deixando de ser absoluta a referida presunção, e tornando o direito duro e drástico mais moderno, e em consonância com as necessidades sociais.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.

CAPEZ, F. Curso de Direito Penal. 11.ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.

CAPEZ, F. Curso de Direito Penal. 16.ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.

PRADO, L. Curso de Direito Penal. 13.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

SANCHES, R. Manual de Direito Penal Parte Especial. 6.ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2014.