

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 677

(Ano VIII)

(12/8/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016



# 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](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

# SUMÁRIO

## COLUNISTA DO DIA



12/08/2016 Kiyoshi Harada

» [Efeitos da isenção e da não incidência do ICMS](#)

12/08/2016 Eduardo Augusto da Silva Dias

» [Aos Defensores de primeira viagem no Tribunal do Júri](#)

12/08/2016 Guilherme Assunção Fagundes

» [O impasse quanto a incidência do imposto de renda sobre os juros moratórios](#)

12/08/2016 Rafaela Alban

» [Situação atual da teoria do delito: uma \(des\)construção da dogmática welzeliana](#)

12/08/2016 Paulo Eduardo Feitosa Brito

» [Ação de reparação de danos em decorrência de assédio moral no trabalho](#)

12/08/2016 Larissa Colangelo Matos Vidal

» [As pedaladas fiscais e a Lei de Responsabilidade Fiscal](#)

12/08/2016 Luciano Roberto Gulart Cabral Júnior

» [O \(novo\) Código de Processo Civil e a contagem dos prazos em dias úteis no juizado especial cível: um diálogo possível?](#)

12/08/2016 Edmara de Abreu Leão

» [Sustentação oral e o novo Código de Processo Civil](#)

12/08/2016 Júlia Thiebaut Sacramento

» [A quarteirização na Administração Pública: conceito, características e vantagens](#)

12/08/2016 Rafael Formolo

» [Bullying nas escolas: A responsabilidade jurídica diante do comportamento agressivo de estudantes](#)

12/08/2016 Gleiton Pereira Barbosa

» [Princípio da insignificância como forma de exclusão de tipicidade no âmbito dos crimes contra a Administração Pública](#)

12/08/2016 Viviany Christine Rodrigues da Silva

» [A tutela jurisdicional do meio ambiente através da ação popular](#)

12/08/2016 Rafael Monteiro de Castro Nascimento

» [O Poder Normativo da Justiça do Trabalho e os Efeitos da Sentença Normativa](#)

#### MONOGRAFIA

12/08/2016 Flaviany Hortência Pontes Arruda

» [O direito da concubina sobre a herança do cônjuge](#)

## EFEITOS DA ISENÇÃO E DA NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS

**KIYOSHI HARADA:** Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

O princípio da não cumulatividade do ICMS não é absoluto como, aliás, nada é absoluto no mundo do direito. Ele sofre flexibilizações ante a isenção e a não incidência expressa consoante veremos a seguir.

O inciso II, do § 2º, do art. 155 da CF prescreve:

“§2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

...

II – a isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

- a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;
- b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores”;

Antes de mais nada convém conceituar essas categorias jurídicas referidas no inciso II.

A isenção, como dispensa do pagamento do tributo devido, segundo proclamação da doutrina clássica, apesar do disposto no inciso I, do art. 175 do CTN e da aceitação desse conceito pelo STF, vem sendo duramente criticado pelos defensores da moderna teoria do Direito Tributário, segunda a qual a norma jurídica definidora da isenção implica, *ipso facto*, restrição da norma jurídica definidora do fato gerador da obrigação tributária. Em outras palavras, as situações abstratamente descritas na hipótese de

isenção são aquelas que estão excluídas das situações abstratas descritas na hipótese de incidência tributária.

A não incidência pura é o fato de o objeto não estar abrangido pelo campo de tributação delimitado pela norma jurídica definidora da hipótese de incidência tributária. A não incidência legalmente qualificada equivale excluir determinadas situações descritas do campo de tributação abrangido pela norma que define o fato gerador da obrigação tributária. Dito de outra forma, a não incidência expressa significa exclusão, por expressa determinação legal, de determinadas situações do campo abrangido pela norma definidora da hipótese de incidência tributária. Coincide, pois, com a isenção em sua conceituação dada pelos doutrinadores modernos.

Do exposto, resulta que a isenção e a não incidência surtem o mesmo efeito, isto é, não há surgimento da obrigação tributária excluída de antemão pela norma isentiva ou pela norma de não incidência. Nas duas hipóteses não há ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Daí o mesmo tratamento dado pela Constituição Federal a ambas as categorias jurídicas.

Na isenção e na não incidência o direito a crédito do ICMS depende do que dispuser a legislação tributária. Não cabe ao contribuinte ou responsável tributário pleitear o direito de crédito contra a lei de cada Estado, invocando o princípio da não cumulatividade, que sofreu restrições de natureza constitucional, como se verifica da transcrição retro do inciso II.

Uma isenção ou uma não incidência expressa, em se tratando de modalidade de imposto não cumulativo de incidência plurifásica, só surtirá benefício ao contribuinte se outorgada no início ou no final da etapa de circulação. Se conferida no meio desse ciclo de comercialização, por exemplo, na terceira etapa, haverá um efeito contrário ao esperado pela isenção. O Contribuinte da etapa seguinte não fará jus ao crédito do imposto que simplesmente deixou de ser destacado na nota fiscal e ainda terá que “estornar” os créditos referentes a todas as etapas que antecederam a isenção ou a não incidência. E esse “estorno” é automático, decorrendo da simples não escrituração do crédito na entrada da mercadoria isenta. Melhor explicando, o imposto que deixou de ser destacado

na operação isenta, no caso, na terceira etapa do ciclo de comercialização, corresponde àquele que vinha se acumulando desde a primeira operação de circulação de mercadoria até a operação de saída isenta. Não fosse a regra constitucional que determina a anulação do “crédito relativo às operações anteriores” o contribuinte da etapa subsequente à da isenção (quarta etapa) teria direito ao crédito pertinentes às duas primeiras etapas, só deixando de fazer jus ao crédito da operação isenta, no caso, da terceira etapa.

Por isso, escrevendo à luz da ordem constitucional antecedente em que não havia a restrição ao princípio da não cumulatividade afirmávamos:

“Todavia, as dificuldades não cessaram em razão da má compreensão do instituto da isenção, inserido dentro do mecanismo de tributo não cumulativo, o qual exige um tratamento diverso daquele dispensado tradicionalmente. Na verdade, quase todas as isenções não atingiram os objetivos colimados. Se a incidência acarreta o fenômeno da repercussão do imposto, a isenção, ignorando a sistemática do ICM, acarreta repercussão ao inverso, isto é, o suposto beneficiado pela isenção acaba levando um prejuízo econômico, suportando uma carga fiscal maior do que se devido fosse o imposto. É o caso, por exemplo, do Decreto nº 52.604, de 7/1/1971, que lastreado em Convênio firmado, em 15 de dezembro de 1970, na cidade do Rio de Janeiro, concedeu isenção nas saídas de matérias-primas com destino a estabelecimentos de fabricantes, para serem utilizadas na industrialização de rações animais, concentrados e suplementos. Tal isenção veio prejudicar as indústrias de óleos vegetais, que eram e são as tradicionais fornecedoras de matérias-primas (farelos, tortas de soja, de amendoim, de milho etc.). Esses industriais de óleos vegetais em decorrência da isenção se viram obrigadas a estornar *in totum* o crédito decorrente da aquisição de produtos primários *in natura* (soja, amendoim, milho etc.), muito embora, parte da industrialização resultasse em produtos

tributados (óleos de soja, de amendoim, de milho etc.), sob pena de arcarem com pesadíssimas multas. Passaram-se mais de dois anos até que as autoridades fazendárias se convenceram da inutilidade de tal isenção, aliás, perturbadora do mercado de óleos vegetais, e firmaram um novo Convênio, na cidade do Rio de Janeiro, em 7 de fevereiro de 1973, dispensando-se a exigência do estorno do crédito fiscal relativo às mercadorias entradas para a fabricação de produtos que integrassem rações animais e concentrados. Desta forma, após tantas experiências frustradas, completou-se o ciclo necessário de isenções para o pleno atingimento da finalidade visada, qual seja, o incentivo à agricultura em geral, e, em especial, à avicultura, obtendo-se o barateamento daqueles produtos utilizados no meio rural.” [1]

Atualmente, não se pode discutir a exigência de estorno do crédito do ICMS na hipótese de isenção e da não incidência, porque a Constituição fez a ressalva quanto ao princípio da não cumulatividade do imposto nestas duas hipóteses.

---

[1] Cf. nosso *ICM: direito a crédito na isenção e no diferimento*. São Paulo: Resenha Tributária, 1979, p. 35-36.



## **AOS DEFENSORES DE PRIMEIRA VIAGEM NO TRIBUNAL DO JÚRI**

**EDUARDO AUGUSTO DA SILVA DIAS:** Mestre em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Amazonas, Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Processo Civil pela Universidade Federal do Amazonas. Defensor Público do Estado do Amazonas.

**Resumo:** O objetivo deste breve texto é trazer algumas reflexões sobre a atuação dos Defensores Públicos iniciantes no Tribunal do Júri, desde a sua preparação antes do julgamento, o conhecimento do rito do júri e o comportamento em plenário, como forma de melhor efetivar o direito de defesa dos réus no processo penal.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública. Direito de defesa. Tribunal do júri.

---

### **1. Introdução**

Resolvi redigir esse texto durante o curso de formação de Defensores Públicos do Estado do Amazonas, aprovados no concurso público de provas e títulos em 2013, após perceber a angústia de alguns colegas com essa nova experiência que é defender alguém no Tribunal do Júri, bem como porque indagaram-me sobre a minha experiência no tocante ao assunto, já que era oriundo da Defensoria Pública do Estado do Pará, instituição a qual dediquei dois felizes anos de minha jornada, após aprovação no concurso público em 2009.

Atuar na defesa de réus no tribunal do júri não é fácil. Já passei por este momento, não muitas vezes, é claro, mas tentarei mostrar o que aprendi, em pouco mais que duas dezenas de júris, e, também, como faço minha preparação para um julgamento.

## 2. Conhecendo a competência e o rito do tribunal do júri

Todos sabemos um pouquinho de Direito Penal e principalmente as principais teses defensivas. Adianto que essa parte é importante, mas, dependendo de como sejam abordadas, podem não ser interessantes para a defesa.

O Tribunal do Júri tem competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, tentados e consumados, assim como os crimes conexos com estes, estando nesse contexto o homicídio, infanticídio, instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio e o aborto.

Nesse sentido, é importante explicar o inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, que aborda essa competência do Tribunal do júri, expondo também o que é a soberania dos veredictos, o sigilo das votações e a plenitude de defesa. A parte teórica desses pontos estão nos manuais, de modo que há muito assunto e vasto material de consulta.

No entanto, devemos ter em mente que, durante nossa exposição em plenário, estaremos explicando o caso e as teses defensivas para pessoas que não pertencem à área jurídica. Assim, a abordagem deve ser bem didática.

Devemos saber se algum jurado já participou de outras sessões do tribunal do júri ou se algum deles julgará pela primeira vez para saber como começar a exposição defensiva. Por que isso é importante?

Na maioria das ocasiões, o júri é formado por pessoas de outras áreas que não as jurídicas, principalmente, no interior do Estado. Geralmente, são selecionados como jurados nesses municípios os funcionários públicos ou pessoas do setor terciário (comerciantes, balconistas de lojas, vendedores), enfim, pessoas que gozam de uma presunção relativa de idoneidade moral e possam compor o corpo de jurados.

Portanto, a forma de explicação das teses jurídicas pode ter melhor efeito quando abordadas como uma conversa informal, utilizando o mínimo de uma linguagem rebuscada, apenas quando for essencial, principalmente quando se referir aos institutos jurídicos, tais como aberratio ictus, dolo, culpa, legítima defesa putativa, excesso culposo, homicídio privilegiado, já que dessas questões não se pode fugir e devemos explicá-las como constam no Direito.

Mas vamos ao que interessa. Como começa uma sessão do Tribunal do Júri?

Um julgamento pelo rito do Tribunal do Júri tem hora certa para começar e incerta para finalizar, podendo terminar no mesmo dia ou ser necessário mais de um dia para o encerramento dos trabalhos, já que muitas variáveis contribuem para o prolongamento, tais como o número de réus e testemunhas.

Após o pregão (anúncio em plenário de quem será julgado e posterior leitura da denúncia) o réu, se preso, é chamado ao plenário e indagado se possui defensor constituído, momento em que indica quem está em sua defesa.

Importante observar que a partir do pregão e iniciado o julgamento, a defesa poderá arguir nulidades (excesso de linguagem na sentença de pronúncia, considerado nulidade absoluta pelo Supremo Tribunal Federal; ausência de intimação do réu; inobservância do prazo para apresentar o rol de testemunhas do art. 422 do CPP; certidão de trânsito em julgado da decisão de pronúncia de forma intempestiva quando tratar-se de réu assistido pela Defensoria Pública já que tal lapso temporal deverá ser dobrado etc.) e até mesmo eventual prescrição, pois não são poucos os casos em que réus pronunciados demoram anos para serem julgados.

Em seguida, procede-se ao sorteio dos jurados (antes mesmo do pregão é feita uma conferência para verificar a presença em plenário de pelo menos 15 jurados e só assim poder iniciar o

juízo). À medida que cada jurado é sorteado, será indagado primeiro à defesa e depois à acusação se aceitam ou recusam o jurado sorteado, podendo cada um recusar, imotivadamente, até 3(três) jurados e ilimitadamente, mas de forma motivada, outros jurados.

Completando o número de 7(sete) jurados, forma-se o conselho de sentença e realiza-se o juramento.

A partir desse momento, até o interrogatório do réu, o rito é semelhante a qualquer instrução criminal pelo rito comum, inquirindo-se as testemunhas de acusação e defesa e finalizando-se com o interrogatório do réu.

Com o avanço tecnológico, em alguns Estados tanto a primeira fase do júri (*judicium accusationis*) como o sumário da culpa (juízo em plenário) são gravados pelo sistema audiovisual, não necessitando que os serventuários digitem as perguntas e respostas dos atores processuais.

Após essa fase, começam os debates. Primeiro, a acusação terá o tempo máximo de uma hora e meia quando em juízo é de apenas um réu, aumentando-se esse tempo em mais uma hora caso haja mais de um réu em juízo. Finalizando a explanação (com o término ou antes do tempo) pelo Ministério Público será a vez da defesa.

### **3. A explanação do Ministério Público**

Não há muita surpresa sobre o que o Promotor de Justiça suscitará, já que deverá atrelar-se ao crime pelo qual o acusado foi pronunciado, não podendo fazer menção à pronúncia, ao uso de algemas, ao silêncio do acusado durante o interrogatório, como argumentos de autoridade, sob pena de nulidade do juízo.

Há casos em que a denúncia descreve um homicídio com duas qualificadoras, mas pronuncia-se apenas por homicídio



simples ou retira-se uma das qualificadoras, não podendo a acusação expor sua tese com base no que contido na denúncia, mas apenas com fundamento no que contido na decisão que submeteu o réu ao plenário.

Logo, o Ministério Público, em plenário, deverá demonstrar a materialidade delitiva (a existência de uma morte se homicídio consumado ou, pelo menos, deve comprovar as lesões sofridas pela vítima, em caso de homicídio tentado, a partir do exame de corpo de delito e depoimentos das testemunhas e da vítima). Também deverá provar em plenário a autoria delitiva. Na maioria dos casos, o Promotor de Justiça satisfaz-se com a explanação desses dois itens.

Porém, alguns promotores vão além e buscam explicar as possíveis teses defensivas, dizendo sobre a impossibilidade de aplicação das mesmas como forma de esvaziar a explanação defensiva, como quem diz: “Não falei que a defesa iria usar essa tese!”.

Por isso a importância da criatividade do Defensor Público em não limitar sua explanação ao óbvio.

É cediço que teremos que explicar aos jurados que o caso é uma ação em legítima defesa, lesão corporal seguida de morte, um homicídio privilegiado, a desclassificação para um homicídio simples, etc. No entanto, os assuntos introdutórios são tão importantes quanto o momento principal e ápice do julgamento, já que terá fundamental influência no convencimento do jurado.

Uma hora e meia pode ser pouco ou muito tempo para expor a defesa técnica dependendo da complexidade do caso.

Fique atento durante todo o julgamento, fiscalizando-o, fazendo constar em ata as irregularidades que observar.

Em certa ocasião, atuei na defesa de um réu que estava respondendo uma acusação em liberdade. Quando chegou o

momento de seu interrogatório, o réu posicionou-se no centro do plenário, local indicado para prestar seu depoimento e dois policiais militares aproximaram-se do mesmo e ali ficaram. Esperei o Ministério Público finalizar suas perguntas e quando o magistrado passou a palavra para a defesa, pedi que consignasse em ata (obs: importante consignar as irregularidades em ata para eventual recurso de apelação, caso haja condenação) a presença dos policiais militares ao lado do réu, pois tal situação era indevida e poderia suscitar, na visão dos jurados, uma situação como se o réu estivesse colocando em risco a segurança de todos ali presentes e, também, ser considerado pessoa perigosa, o que não deveria ser a interpretação, já que ele estava em liberdade. Prontamente, sem mesmo pedir a opinião do Ministério Público, o juiz ordenou o afastamento dos policiais, de modo que o membro do *Parquet* pediu que fosse repetida a sua inquirição, agora sem a presença dos policiais. Porém, a nulidade já estava evidente!

#### **4. Algumas dicas de como fazer a exposição inicial**

Não esqueçam que tudo começa com a saudação ao Juiz, Promotor, serventuários, público presente e jurados (principais destinatário), mas não me refiro a este momento.

Às vezes, ocorre um branco em nossas mentes e não sabemos como começar ou o que dizer.

Alguns já querem partir para a análise probatória e em seguida a tese defensiva. Dependendo do caso, isso é muito arriscado, já que há o atropelo de questões essenciais que devem ser ditas, ainda que brevemente.

Faça a sua apresentação. Quem é você. O que faz. Por que está defendendo aquela pessoa. Explique o papel da defesa, da Defensoria Pública e o acesso à Justiça também pelos réus como efetivação do direito fundamental à defesa plena e sua situação de hipossuficiência, no contexto processual. Eis duas obras essenciais nessa temática:

- 1- LIMA, Frederico Rodrigues Viana de Lima. Defensoria Pública. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011)
- 2- (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988)

Prosseguindo, explique por que está ocorrendo aquele julgamento. O porquê da necessidade de um processo. Explique o que é o processo, para que serve, quais os princípios que o alicerçam, as mudanças paradigmáticas na história sobre o processo e julgamento, as correntes filosóficas, Iluminismo, Inquisição, Revolução Francesa e o seu relacionamento com aquele julgamento e à defesa. (Obs: O Curso de Direito Processual Penal do prof Aury Lopes Jr. é uma ótima referência).

Também, há outros que preferem começar de maneira mais inusitada, seja citando exemplos cotidianos, falando sobre um jogo de futebol, de algo que aconteceu, há poucos instantes, de um evento natural, para em seguida falar sobre o caso que está sendo julgado da maneira mais simples. Quem assim começa julgamentos, conseguirá um grau de segurança na exposição, demonstrando domínio sobre o assunto e o ambiente ao redor, chamando a atenção para si, refletindo um grande ar de respeito. Esses são os grandes oradores. Quem sabe algum dia não chegaremos nesse patamar. Basta treino.

Como se percebe, há uma gama de variedades para a exposição inicial, em plenário.

Contudo, é necessário cautela. Não se pode usar todo o tempo para explicar a Revolução Francesa e esquecer o principal, a tese defensiva.

Deixe parte do tempo para falar sobre as provas. Em 99,9% dos casos as provas principais serão as testemunhais e desse percentual ainda pode se dizer que também em grande

margem serão testemunhas de acusação, inclusive com parentes da vítima. Vejam como é difícil fazer uma defesa no Tribunal do Júri.

Portanto, teremos na maioria das vezes provas parciais. Mas nem tudo está perdido. As perguntas bem formuladas conseguem diminuir tal influência. Perguntas sobre a testemunha ter presenciado o delito ou não (muitas só sabem por terceiros) ajudam a demonstrar a fragilidade de um depoimento. Muitos Promotores só perguntam o que interessa à acusação. Fique atento às respostas e busque as contradições. Busque o máximo de informações que possam ajudar na sua futura tese defensiva. São imprescindíveis as seguintes perguntas: a vítima estava armada? A vítima provocou o réu? De quem partiu a agressão? Qual o momento da agressão? Quem presenciou os fatos? Quando a polícia chegou ao local do crime? ( não obstante seja frequente policiais arrolados na denúncia, na maioria dos casos, eles não presenciaram os fatos) E outras que busquem descaracterizar os fatos narrados na denúncia.

Parentes da vítima (mãe, pai, filho ou irmão) quando prestam depoimentos levam uma carga emocional que sempre é usada contra o réu.

Um Promotor de Justiça experiente pode aproveitar a inquirição de um parente para aproveitar esse sentimento, a lembrança da vítima, a falta que a mesma faz na família e inevitavelmente a levará às lágrimas, influenciando a decisão dos jurados para uma condenação, mesmo sem provas suficientes, mas pelo simples fato do réu ter praticado o homicídio, sem buscar as suas razões.

Dizem que o júri é teatro. Penso de forma contrária. É claro que a oratória é importante, o linguajar utilizado, mas com conhecimento profundo sobre o caso, podemos surpreender grandes tribunos. Tudo depende de como se defende.

Durante sua exposição evite conceder apartes para não prejudicar o seu raciocínio.



Não fique andando muito de um lado para o outro. Posicione-se ao centro do plenário em local que os jurados possam ouvi-lo e vê-lo com clareza. Olhe para cada um dos jurados durante sua fala. Não olhe para o chão. Fale devagar e pausadamente. O jurado precisa ouvir e refletir sobre a tese defensiva.

### **5. Acredite em você e na defesa que está fazendo**

O primeiro passo para o convencimento é acreditar, na sua tese defensiva. Afinal, se nem você mesmo se convenceu do que está dizendo, dificilmente, conseguirá convencer alguém. Portanto, defenda a sua tese com garra e confiança que o jurado também acreditará no que estará dizendo.

### **6. Quando o trabalho for em equipe, aprenda a ouvir o colega**

Ninguém é o suprasumo do Direito. Todos temos muito a aprender, sempre, mesmo os mais experientes.

Uma sugestão para o trabalho em equipe no Tribunal do júri é o levantamento não só das possíveis teses defensivas, mas também das prováveis correntes acusatórias. Vejam quais são as provas que podem levar a uma condenação e não só aquelas que ajudam a defesa para não ser surpreendido.

### **7. O contato com o réu**

Temos a oportunidade de conversar com o réu que esteja preso antes e durante o julgamento.

O Defensor Público, como tem uma grande demanda, geralmente só conversa com o réu no dia do julgamento. Na capital, com júris acontecendo as terças e quintas, não há como realizar uma entrevista antecipada com o réu. Por isso é necessário chegar cedo e aproveitar os momentos antes do julgamento para essa conversa. Também é concedido um tempo antes do interrogatório para a entrevista reservada do réu com seu Defensor.

Não mande o réu contar fatos que não estejam de acordo com o ocorrido. Se for para pedir para o réu mentir, melhor a orientação pelo direito ao silêncio. Por que isso?

Durante o interrogatório, o réu é submetido a uma pressão muito grande. Na verdade, o juiz busca a confissão, assim como o Promotor de Justiça. Em alguns casos, a confissão será uma boa saída por que pode ter uma motivação baseada numa excludente de ilicitude. Noutras, a melhor saída é o silêncio para não piorar a situação do réu. Réu que confessa durante a fase policial ou na primeira fase do rito do júri, mesmo que permaneça em silêncio, em plenário, receberá o benefício da confissão.

Repito: Não mande o réu inventar fatos. Ele pode dizer durante o julgamento que foi você quem mandou ele dizer aquilo! Com toda a certeza será uma situação desagradável que põe em descrédito o Defensor Público.

Deixe-o a vontade para fazer sua defesa pessoal. Oriente-o sobre as consequências de uma confissão, do silêncio ou da alegação de uma tese totalmente sem contexto probatório, mas nunca imponha a sua vontade. Apenas diga o melhor caminho para que depois ele não te responsabilize pela eventual condenação. Não esqueça que a defesa é dividida em duas partes, a técnica e a pessoal. A primeira cabe ao Defensor. A segunda ao próprio réu.

Corroborar, nesse sentido, o entendimento similar do Desembargador fluminense Paulo Rangel:

Fizemos um júri em que o defensor sustentava o homicídio simples, sem as qualificadoras, mas o réu alegava negativa de autoria. O defensor, com elegância e sem desacreditar a tese do réu, sustentou que a negativa de autoria não o convencia diante de tudo o que constava dos autos e que para a defesa técnica a melhor tese era o homicídio simples. Pois bem. O juiz quesitou e explicou aos jurados qual era a tese do réu (que se resolvia no segundo quesito: autoria) e qual era

a tese da defesa técnica (que reconhecia a materialidade, a autoria, e não absolvía o réu, mas negava as qualificadoras). Resultado: prevaleceu a tese da defesa técnica. O réu foi condenado por homicídio simples.(RANGEL, 2012, p. 242)

## **8. Evite teses defensivas contraditórias**

Não é aconselhável falar em negativa de autoria e ao mesmo tempo legítima defesa. Faça isso somente se o caso dá essa abertura. A plenitude de defesa, por mais que oportunize alegar tudo em favor do réu, também, deve ser utilizada racionalmente para sua tese não cair em descrédito. Veja se realmente sua tese tem um mínimo de lastro probatório.

Nesse sentido:

No Tribunal do Júri, a sustentação aos jurados de teses divorciadas das provas existentes dos autos redundará na fatal condenação ao réu. Como poderiam os juízes leigos suprir a deficiência da defesa, absolvendo o acusado? Jamais haveria tal condição, a menos que o órgão acusatório interferisse e pedisse, ele próprio, a absolvição, o que não é seu dever, mormente se não for a sua convicção.(NUCCI, 2013, p. 31).

## **9. Explique o papel dos jurados e os quesitos.**

Explique aos jurados como será a quesitação, dizendo as perguntas que ele deve responder de acordo com a defesa.

Cabe ao magistrado formular os quesitos. Porém, tanto a acusação, como a defesa devem fiscalizar a formulação das perguntas e por isso devem saber como redigir um quesito.

Alguns exemplos de quesitação são indicados pelos autores Paulo Rangel (RANGEL, Paulo. Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012) e Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza.

Tribunal do Júri. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013) sendo obrigatório a leitura de tais obras para o defensor de primeira viagem.

Explique a soberania dos veredictos, novamente, assim como o sigilo das votações como forma de preservar o próprio jurado.

Agradeça ao final e fique preparado para a trépica, caso haja réplica do Ministério Público.

Durante a réplica do Ministério Público, este procurará refutar tudo o que a defesa disse e dificilmente trará algo novo. Portanto, traga na trépica questões que possam reforçar seus argumentos iniciais e, se possível, mostre a carta escondida nas mangas!

## **10. Outras dicas importantes**

Definida a tese defensiva, estude-a com profundidade para não ser surpreendido. Não deixe o Promotor explicar a sua tese para você!

Concentre-se durante o julgamento.

## **11. A questão do nervosismo**

Caso haja uma condenação, quem vai para a cadeia é o réu e não você. Portanto, fique tranquilo e faça seu trabalho. Atue da melhor maneira que puder e saia do julgamento com sentimento de dever cumprido e que aquela foi a melhor defesa para o réu. Não esqueça que, após a leitura da sentença, a defesa já pode interpor, oralmente, o recurso de apelação.

Todos ficamos nervosos em situações que não podemos controlar. Mas no júri, esse nervosismo pode ser minimizado com uma preparação prévia, estudando o caso.



Quem tem dificuldade de falar de improviso, escreva com antecedência o que vai dizer em plenário. Você pode falar da sua própria mesa e, quando sentir-se mais confortável, caminhe pelo plenário e domine o seu medo interior. Geralmente, ficamos nervosos apenas nos primeiros instantes, mas depois a fala começa a sair naturalmente. Por isso é importante você saber exatamente o que fará durante aquele tempo. O nervosismo só persistirá se não tivermos a mínima ideia do que fazer.

Há alguns exercícios para a voz.

Quando fiz o curso de formação na antiga casa, um Advogado ensinou-nos uma técnica que ajuda na pronúncia das palavras.

Dobre o dedo indicador de uma das mãos e coloque-o preso na sua boca. Em seguida tente falar por alguns minutos. A dificuldade de falar com o dedo preso no céu da boca ajudará na pronúncia das palavras quando ela estiver livre. É um bom exercício que traz resultados satisfatórios quando praticado com regularidade. Faça um teste. Pegue uma palavra que você tem dificuldade em pronunciar. Leia-a em voz alta antes e depois do exercício e veja se há diferença.

## **12. Conclusão**

Em breves palavras, é assim que faço minha preparação para um julgamento. Não tive a intenção de dar aula a ninguém até porque não estou nesse nível. Também sou um novato na Defensoria Pública.

A ideia desse breve texto foi passar um pouco do que absorvi na minha breve carreira de Defensor Público no Estado do Pará, em algumas sessões de Tribunal do júri.

As minhas dicas também não constituem nenhuma verdade absoluta e haverá quem não as veja como parâmetro a ser seguido.

Por isso, com o tempo, cada um encontrará seu caminho e a maneira de fazer a sua melhor defesa.

### **Referências**

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de Lima. **Defensoria Pública**. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012

## O IMPASSE QUANTO A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE OS JUROS MORATÓRIOS

**GUILHERME ASSUNÇÃO FAGUNDES:**  
Advogado. Graduado em direito pelo UniCEUB.  
Graduado em ciências contábeis pela UnB.  
Especialista em ordem jurídica e ministério público  
pela FESMPDFT.

**RESUMO:** Questão controversa é a referente à incidência do imposto de renda sobre os juros de mora que compõe o montante a ser recebido decorrente de pagamento atrasado, oriundo de execução de contrato particular ou condenação judicial. Sucintamente, admitir a incidência de imposto de renda sobre os juros moratórios é seguir o princípio da legalidade administrativa, obedecendo ao disposto no art. 55, inciso XIV do Decreto 3.000/99 – regulamento do imposto de renda e ainda, respeito à ideia de que a obrigação acessória segue a sorte da principal, isto é, em caso da obrigação principal ser tributável (de natureza remuneratória) logo os juros de mora seguirão a mesma sorte, sendo tributados também. Porém, caso a obrigação principal não seja tributável (de natureza indenizatória), os juros de mora decorrentes do atraso no adimplemento da obrigação principal não serão tributados. De outro lado, reconhecer que sobre os juros de mora não incidem imposto de renda é defender que os juros moratórios possuem caráter estritamente indenizatório, sendo dessa forma livre da hipótese de incidência do imposto de renda, vez que não constituem acréscimo patrimonial. Mesmo que não haja norma isencional, não prospera a imposição da tributação, por considerar tal prática inconstitucional e ofensiva ao art. 43 do Código Tributário Nacional.

**Palavras-chave:** Direito Tributário. Juros Moratórios. Caráter Indenizatório. Imposto de Renda. Hipótese de não incidência.

**ABSTRACT:** Controversial issue is related to the incidence of income tax arrears that make up the amount to be received due to late payment, arising from particular contract execution or convicted. Succinctly, admit the imposition of income tax on interest on arrears is to follow the principle of administrative legality, following the provisions of art. 55, item XIV of Decree 3.000/99 – regulation of income tax and also about the idea that the accessory obligation follows the fate of the principal, that is, if the principal obligation is taxable (of remunerative nature) logo interest arrears will follow the same fate, being taxed too. However, if the principal obligation is not taxable (of compensatory nature), the late payments of interest on the due performance of the principal obligation will not be taxed. On the other hand, recognize that on the default interest not subject to income tax is to defend the interest on arrears have strictly indemnitory, with this freeform incidence hypothesis of income tax, since they do not constitute equity increase. Even if there is no isencional standard, it does not thrive the imposition of taxation, by considering such unconstitutional practice and offensive to art. 43 of the National Tax Code.

**Keywords:** Tax law. Default interest. Indemnitory. Income tax. No incidence hypothesis.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Do caráter indenizatório dos Juros Moratórios. 2. Conceituação e natureza jurídica do imposto de renda. 3. Hipóteses de incidência do imposto de renda. 4. Dos rendimentos isentos ou não tributáveis por imposto de renda. 5. Da controvérsia judicial acerca da incidência do imposto de renda sobre juros de mora. 6. Exposição das teses pela incidência do imposto de renda sobre os juros moratórios. 7. Exposição das teses pela não incidência do imposto de renda sobre os juros moratórios. Conclusão. Referências.

---



## Introdução

A questão controversa que será desenvolvida refere-se à incidência do imposto de renda sobre os juros moratórios, estes que integram a monta a ser recebida decorrente de pagamento atrasado, oriundo de execução de contrato particular ou condenação judicial.

A problemática do trabalho cingir-se-á na incidência, ou não, do imposto de renda sobre os juros moratórios, segundo a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro.

O impasse tem seu nascedouro no Decreto n° 3.000/99 (regulamento do IR), que traz em expresso a incidência do referido tributo sobre os montantes recebidos a título de juros moratórios. Logo, o FISCO, em obediência à legalidade administrativa, impõe a tributação nesses valores.

Entretanto, os contribuintes estão munidos com fortes teses para impugnação de tal imposição tributária e, perante o Poder Judiciário, vêm conseguindo reverter tal prática.

De um lado está a Fazenda Pública, defensora da incidência de imposto de renda sobre os juros moratórios. Respalhada pelo princípio da legalidade administrativa, deve observância ao disposto no art. 55, inciso XIV do Decreto n° 3.000/99 – regulamento do imposto de renda. Ainda, atenta à ideia do *accessio cedit principali*, isto é, de que a obrigação acessória segue a sorte da principal, que resulta em no caso da obrigação principal ser tributável (de natureza remuneratória) os juros de mora seguirão a mesma sorte, sendo tributados também, porém, caso a obrigação principal não seja tributável (de natureza indenizatória), os juros de mora decorrentes do atraso do adimplemento da obrigação principal não serão tributados.

Noutro lado estão os contribuintes que, irresignados com tal situação, vêm defendendo que sobre os juros moratórios

não incidem imposto de renda, sob o argumento que os juros moratórios possuem caráter estritamente indenizatório, sendo dessa forma livres da hipótese de incidência do imposto de renda – por não constituírem *acréscimo patrimonial*. Mesmo que não haja norma específica de não tributação dos juros moratórios, tal entendimento resulta de construção doutrinária e jurisprudencial, somada a diversos outros dispositivos no próprio Decreto nº 3.000/99 que conferem a não tributação sobre receitas de caráter indenizatório.

Trata-se de um tema atual, em voga, tendo em vista que vários Recursos Especiais que tratam do tema estão no Superior Tribunal de Justiça – STJ e há impasse ente a 1ª e a 2ª Turma, ao aguardo de um posicionamento final da celeuma pela 1ª Seção daquela Corte.

#### 1. Do caráter indenizatório dos Juros Moratórios

O conceito de juros de mora é a *indenização* do dano causado por aquele que não paga a dívida no vencimento ou não restitui no momento pactuado dinheiro alheio de que tenha a posse. Sua incidência pressupõe, dessa forma, a prática de *ato ilícito* (*rectius*, de omissão ilícita: a impontualidade) pelo devedor[1].

Miranda assinalou a distinção acima, ao expor: “Os juros moratórios são *usurae punitoriae*. [...] Juros moratórios não se infligem por lucro dos demandantes, mas por mora dos solventes” [2].

Ao tratar do tema, Santos se posiciona na mesma linha, ao defender o caráter indenizatório dos juros moratórios, nos seguintes termos [3]:

Em se verificando a impontualidade, pode o credor exigir a prestação devida e a indenização do dano sofrido em consequência do atraso na execução.

[...]

**Nas dívidas pecuniárias, as perdas e danos consistem nos juros moratórios.** É intuitiva a razão dessa especificidade. A privação do capital em consequência do retardamento na sua entrega ocasiona prejuízo que se apura facilmente pela estimativa de quanto renderia, em média, se já estivesse em poder do credor.

[...]

**Se bem que os juros de mora constituam a indenização específica, devida em consequência de retardamento culposos no cumprimento da obrigação,** não é necessário, para exigí-los, que o credor alegue prejuízo. O devedor é obrigado a pagá-lo independentemente de qualquer postulação, porque a lei os presume.

Rodrigues segue a mesma linha [\[4\]](#):

Distinguem-se os juros em compensatórios e moratórios.

Quando compensatórios, os juros são os frutos do capital empregado e nesse sentido é que melhor assenta o conceito acima formulado. **Quando moratórios, constituem indenização pelo prejuízo resultante do retardamento culposos.**

Para arrematar a pacificidade do entendimento doutrinário acerca da matéria, são as lições de Aguiar Junior [\[5\]](#):

Os juros remuneratórios são devidos desde o trespasse; os moratórios – **que correspondem à indenização pela inadimplência nas obrigações de dar (ou**

**pagar), por ato imputável ao devedor** – fluem a partir do momento em que se caracteriza a mora. Importante, pois, definir em que momento ela ocorre.

Pelo que se vê, a melhor doutrina nacional pacificou entendimento, chancelando o caráter indenizatório dos juros moratórios. Não poderia ser de outra forma, tendo em vista que o art. 1.061 do Código Civil de 1916 e, continuado pelo art. 404 do Código Civil de 2002, atestam o entendimento. Vejamos:

**CC 1916, Art. 1.061** – As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional.

**CC 2002, Art. 404** – As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único – Provado que os juros de mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

Não se verifica nenhuma diferença substancial entre os dispositivos, senão a autorização do Diploma atual para que o juiz – verificando que os juros de mora não bastam para recompor o patrimônio lesionado e constatando a inexistência de cláusula penal – condene o devedor em *indenização suplementar* (expressão que reforça o caráter indenizatório dos juros moratórios).

Assim, não advindo da exploração econômica normal do capital por seu proprietário (mútuo feneratício), mas sim de acidente indesejado pelo credor a qualquer título de dívida de dinheiro (a impontualidade do devedor), os juros de mora não

podem ser considerados como frutos do capital, detalhe observado por Sílvia Rodrigues acima transcrito, quando qualifica os juros remuneratórios [6].

A conclusão acima é reforçada quando se constata que a dívida de dinheiro, cujo inadimplemento enseja os juros de mora, não tem como origem única a aplicação de capital pelo respectivo proprietário, podendo originar de fatos tão diversos quanto a contratação de depósito, prestação de serviços, cessão onerosa da posse de bens imóveis ou móveis, a sujeição do contribuinte à soberania fiscal do Estado, etc.

Dessa forma, resta claro que os juros moratórios detêm caráter indenizatório. Tal classificação é de suma importância para esclarecimento do imbróglio objeto deste artigo, gerando efeitos tributários, primordialmente na interpretação da aplicação do fato gerador do Imposto de Renda.

## **2. Conceituação e natureza jurídica do imposto de renda**

O Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza – IR é um tributo da União. A competência para a instituição do referido imposto está estampado no artigo 153, inciso III da Constituição Federal [7], além do que, no §2º do mesmo dispositivo, a CF estabelece os critérios a serem observados na sua instituição: generalidade (que ao contrário da seletividade, estabelece que todos os que auferem renda ou proventos a ele estão sujeitos), universalidade (em regra incide sobre todas as rendas) e progressividade (a alíquota do imposto varia conforme a renda do contribuinte).

Noutro vértice, o Código Tributário Nacional – CTN reservou a Seção IV somente para tratar acerca do tributo em tela, é onde se encontra os artigos 43 a 45, que estabelecem as normas gerais atinentes ao imposto sobre a renda e proventos, definindo os arquétipos para o fato gerador, base de cálculo e polo passivo.



Enquanto o Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF tem suporte, no âmbito da legislação ordinária, especialmente nas Leis nº 7.713/88 e 9.250/95, dentre outras. O Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, por sua vez, tem fulcro especialmente nas Leis nº 8.981/95 e 9.430/96, dentre outras. O Decreto nº 3.000/99 regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração tanto do IRPF como do IRPJ.

No tocante à base econômica, a extensão dos termos *renda e proventos de qualquer natureza* dá o contorno do que pode ser tributado e do que não pode ser tributado a tal título.

Num consenso doutrinário e jurisprudencial, define-se *renda* como o acréscimo patrimonial do produto do capital ou trabalho (e.g.: salário auferido em decorrência do trabalho, juros compensatórios recebidos em consequência do empréstimo de capital, etc.). Já os *proventos de qualquer natureza* são os acréscimos patrimoniais decorrentes de uma atividade que já cessou (e.g.: recebimento de um crédito em atraso, etc.) [8].

Nesse diapasão, salienta-se que “*acréscimo patrimonial*, pois, é o elemento comum e nuclear dos conceitos de renda e proventos” [9]. O artigo 43 do Código Tributário Nacional traz a definição do fato gerador nos mesmos moldes.

Carazza ensina que “*renda e proventos de qualquer natureza*, para fins de tributação específica, é a mutação patrimonial positiva apurada num determinado espaço de tempo” [10].

Esclarece Marçal Justen Filho [11]:

[...] a renda consiste numa diferença que tem em mente a riqueza pré-existente, as despesas efetivadas para aquisição de riqueza nova e o ingresso que possa ser obtido a partir de então. Existem diversas teorias, até mesmo em nível de Direito Positivo, mas em todas elas prevalece esse conceito, prevalece a ideia de que há

necessidade, para definir renda, de distinguir o conjunto das despesas, o conjunto dos investimentos, o conjunto dos desembolsos efetivados relativamente ao conjunto das receitas que são produzidas a partir desse desembolso; ou, eventualmente, até independentemente desse desembolso. Se nos considerarmos que renda é um conceito aberto, que renda é um conceito que tem a sua definição linear indeterminada, ainda assim não temos esse núcleo perfeito e inquestionável, sob pena de, não sendo assim, nós tributarmos ou o patrimônio ou o faturamento.

João Dácio Rolim também detalha [\[12\]](#):

1º O conceito jurídico mais adequado de renda é o de acréscimo patrimonial, englobando ganhos de capital, exceto as transferências de renda, tais como doações e heranças., segundo o ordenamento jurídico constitucional de 1988. 2º O conceito legalista (fiscalista) de renda, no sentido de ser considerado renda aquilo que a lei ordinária do imposto estabelecer que é, está ultrapassado e superado pela jurisprudência do STF, como nos *leading cases* de desapropriação (não incidência do imposto), da não-tributação das variações monetárias (ganho nominal e não real) e da não-tributação adicional pelo Imposto de Renda com relação aos lucros distribuídos (art. 38 da Lei 4.506/64). [...] 7ª Quaisquer limitações temporais ou quantitativas com relação às despesas e provisões devem guardar estrita compatibilidade com a teoria do acréscimo patrimonial e com a atividade do contribuinte, sob pena de serem inconstitucionais, por violarem o conceito jurídico

de renda, por implicarem tributação direta ou indireta do capital e não do seu efetivo acréscimo e por afrontarem a capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária, além de mitigarem ou anularem a rígida discriminação da competência tributaria entre União, Estados e Municípios.

Posto isso, para uma conceituação do Imposto de Renda, nos limites que interessam a este trabalho, indispensável que se pincele acerca do aspecto *material*; aspecto *temporal*; aspecto *espacial*; aspecto *pessoal*; e aspecto *quantitativo*.

No tangente ao *aspecto material*, o Código Tributário Nacional dispõe sobre o tema em seu artigo 43, da seguinte forma:

**Art. 43.** O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001).

*Aquisi o*   o ato de adquirir, isto  , de obter, conseguir, passar a ter. *Disponibilidade*   a qualidade ou estado do que   disponível, do que se pode usar livremente, e.g.,   a qualidade dos valores e títulos integrantes do ativo de um comerciante, que podem ser prontamente convertidos em numerário.

Sendo o fato gerador do imposto de renda a *aquisi o da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza*, mister salientar que tal conceito não alcança “mera expectativa de ganho futuro ou em potencial”. Tampouco configura aquisi o da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos a simples posse de numerário alheio [13].

Já no tocante ao *aspecto temporal*, o imposto de renda   aquele imposto cujo fato gerador   complexivo, isto  , o que exige a defini o legal do momento em que se deva considerar como ocorrido o fato gerador, necessita de defini o legal do aspecto temporal da hipótese de incidência tributária [14].

Logo, ao IRPF considera-se ocorrido o fato gerador em 31 de dezembro do ano-calendário e, até 30 de abril do ano subsequente, verifica-se o imposto sobre a renda e proventos efetivamente devido, compensado-se o montante que já foi adiantado mensalmente (carnê-leão ou as reten o es na fonte), apurando-se então, o saldo a restituir (em caso de pagamento antecipado a maior) ou a pagar (em caso de pagamento antecipado a menor) [15].

De outro lado, no IRPJ tem-se o período de apura o trimestral, podendo a pessoa jurídica que pagar com base no lucro real escolher pelo período anual, com antecipac o es mensais. Na op o o pela temporalidade trimestral, considera-se ocorrido o fato gerador ao final de cada trimestre civil, já no anual, considera-se em 31 de dezembro do ano [16].

No tangente ao *aspecto espacial*, cuida-se de imposto da União e caracteriza-se pela extraterritorialidade, isto  ,

alcança fatos geradores ocorridos não apenas no território nacional, mas também fora dele. Saliencia-se que a Lei nº 7.713/88, no §4º do seu artigo 3º [17], estabeleceu a extraterritorialidade para o IRPF.

No *aspecto pessoal*, busca-se esclarecer o sujeito ativo e passivo da relação tributária do imposto sobre a renda. O sujeito ativo do imposto é a própria União, cabendo a administração do imposto à Secretaria da Receita Federal do Brasil. Já em relação ao sujeito passivo (os contribuintes) dispõe o art. 45 do Código Tributário Nacional:

**Art. 45.** Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

**Parágrafo único.** A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

São contribuintes do IRPF as pessoas físicas residentes ou domiciliadas no Brasil, nos termos do artigo 1º da Lei nº 7.713/88 [18]. Também, são contribuintes do IRPJ as pessoas jurídicas e firmas individuais, nos termos do artigo 146 do Decreto nº 3.000/99 [19].

Por fim, quanto ao *aspecto quantitativo* dispõe o artigo 44 do CTN: “A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.” Ou seja, as alíquotas do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza que incidirão sobre o acréscimo patrimonial, serão fornecidas pelo Legislativo, respeitando sempre no momento de sua fixação aos critérios supracitados, quais sejam o da generalidade, universalidade e progressividade.

### 3. Hipóteses de incidência do imposto de renda



Como já exposto alhures, o Imposto de Renda incide sobre qualquer acréscimo patrimonial econômico, seja de pessoa física ou jurídica.

A base de cáculo certamente   o acréscimo patrimonial auferido e as alíquotas são várias, previstas no Decreto n  3.000/99. Mas tais afirmativas, principalmente a tocante   hipótese de incidência do referido imposto, merece um estudo mais profundo, conforme será demonstrado.

Deveras, a fonte precípua da obriga o tributária   a lei. Decorre esta afirma o dos próprios preceitos constitucionais que caracterizam as garantias individuais [20].

Posto isso, vislumbra-se o nascimento da obriga o tributária a partir do tripé: lei, fato gerador e lançamento. A primeira, a própria lei que prevê em tese a hipótese fática cuja ocorrência efetiva gera a obriga o tributável; a segunda, a hipótese prevista na lei em abstrato, agora já realizada concretamente; e a terceira, o lançamento consistente na atividade administrativa de apura o da ocorrência objetiva do fato gerador conforme a lei, identificando o sujeito passivo da obriga o, o cáculo do tributo e, quando for o caso, a proposi o da penalidade cabível [21].

A hipótese de incidência  , primeiramente, a descri o legal de um fato: a formula o hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato.  , portanto, mero conceito abstrato, formulado pelo legislador com abstrai o de qualquer fato concreto, consiste em mera "previsão legal" [22].

Em outras palavras, uma lei descreve hipoteticamente um estado de fato, um único fato ou um conjunto de circunstancias de fato e, dispõe que a realiza o concreta, no mundo real, fenomênico, do que foi descrito, determina o nascimento da obriga o de pagar um tributo.

Como afirmado, a obriga o somente aflora com a realiza o – ocorrência – deste fato, isto  : só surge quando este

fato concreto, passível de ser localizado no tempo e no espaço, se realiza.

Razão pela qual é indispensável a diferenciação destas duas coisas: *hipótese de incidência*: conceito legal, descrição legal, hipotética, de um fato, estado de fato ou conjunto de circunstâncias de fato e, *fato imponible*: fato efetivamente acontecido, em tempo e lugar determinado, configurando *ipsis litteris* a hipótese de incidência descrita em lei – também denominado de fato gerador [23].

Leciona Machado [24]:

A expressão *hipótese de incidência* designa com maior propriedade a descrição, contida na lei, da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, enquanto a expressão *fato gerador* diz da ocorrência, no mundo dos fatos, daquilo que está descrito na lei. A *hipótese* é simples descrição, é simples previsão, enquanto o *fato* é concretização da hipótese, é o acontecimento do que fora previsto.

Há, portanto, dois momentos lógicos e cronológicos: primeiramente a lei descreve um fato e di-lo capaz de gerar uma obrigação (em potencial) e, depois, a ocorrência do fato.

Se o fato ocorrido for revestido das características antes hipoteticamente descritas, previstas na lei, então determina o nascimento de uma obrigação tributária que, neste momento, necessariamente já deve ser determinado o sujeito passivo – pessoa que a lei indica – ligado ao Estado até obter a sua liberação, pela prestação da obrigação (pagamento do tributo).

Noutro ângulo, enquanto categoria jurídica, a hipótese de incidência é una e indivisível. Trata-se de ente lógico-jurídico unitário e indivisível. Como decorrência necessária, cada hipótese de incidência só é igual a si mesma e, logo, inconfundível

com as demais. Em outras palavras, como a hipótese de incidência é o núcleo do tributo, cada tributo só é igual a si mesmo [25].

Em suma, a subsunção do fato imponible à hipótese de incidência se dá nos seguintes termos: uma vez que o fato imponible é o fato concreto, localizado no tempo e no espaço, acontecido efetivamente no plano fenomênico, que – por corresponder rigorosamente à descrição previa em lei, hipoteticamente formulada pela hipótese de incidência legal – dá nascimento da obrigação tributária [26].

Cada fato imponible determina o nascimento de uma obrigação tributária e, para que um fato seja reputado fato imponible – ou fato gerador –, deve corresponder integralmente às características previstas abstratamente e hipoteticamente na lei – hipótese de incidência. Diz-se que o fato, assim, se amolda à imagem abstrata da lei. Por isso, se houver subsunção do fato à hipótese de incidência, ele será fato imponible e, se não houver subsunção, estar-se-á diante de um fato irrelevante para o direito tributário [27].

Pois bem, aplicando tais conceitos ao tema desta monografia, o inciso III do art. 153 da Carta Magna é claro ao dizer: “compete à União instituir imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza” e, dessa forma, impõe no nascedouro de toda a questão tributária os limites ao legislador ordinário para delineamento do tema.

Ao passo que reserva à União exclusividade para fazer incidir sobre renda ou provento de qualquer natureza uma obrigação tributária, o referido dispositivo afasta de plano qualquer pretensão dos demais entes – Estados ou Municípios e subordina o legislador ordinário federal a só instituir tal imposto sobre o que configure como renda ou provento de qualquer natureza.

Desta feita, verifica-se que a hipótese de incidência do imposto de renda só pode ser a aquisição da disponibilidade

econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza, com as respectivas definições dadas por lei complementar.

Ao que interessa, indispensável o estudo acerca da hipótese de incidência – ou não – do Imposto de Renda sobre os juros moratórios.

Certo é que o Decreto nº 3.000/99 traz expressamente a hipótese de incidência de Imposto de Renda sobre os juros moratórios em diversos casos, e.g. nas seções: “*Rendimentos do Trabalho Assalariado, de Dirigentes e Conselheiros de Empresas, de Pensões, de Proventos e de Benefícios da Previdência Privada*” – art. 43, §3º; “*Rendimentos de Aluguel e Royalty*” – art. 49, §2º; “*Outros Rendimentos*” – art. 55, inciso XIV; e “*Determinação do Resultado*” – art. 161, inciso IV.

Todos os dispositivos acima contêm redação semelhante, razão pela qual se grafará aqui apenas a redação do art. 55, inciso XIV, do Decreto nº 3.000/99 que mais se encaixa no tema deste trabalho, *verbis*:

**Art. 55.** São também tributáveis:

[...]

**XIV** - os juros compensatórios ou moratórios de qualquer natureza, inclusive os que resultarem de sentença, e quaisquer outras indenizações por atraso de pagamento, exceto aqueles correspondentes a rendimentos isentos ou não tributáveis;

Assim, a norma (*in casu* o Decreto nº 3.000/99) traz o conceito legal, descrição legal, hipotética, de um fato, estado de fato ou conjunto de circunstâncias de fato que, caso venha o fato imponível, isto é, ocorrer no mundo real a situação descrita em lei, nascer-se-á a obrigação tributária.

Não obstante, alicerçado na referida disposição legal que traz expressamente a hipótese de incidência de imposto de renda sobre *“os juros compensatórios ou moratórios de qualquer natureza, inclusive os que resultem de sentença, e quaisquer outras indenizações por atraso de pagamento, exceto aquelas correspondentes a rendimentos isentos ou não tributáveis”*, a Fazenda Pública faz, e não poderia ser diferente (em homenagem ao princípio da estrita legalidade administrativa), a cobrança do referido tributo sobre auferimento de montantes relativos a juros moratórios.

#### **4. Dos rendimentos isentos ou não tributáveis por imposto de renda**

Estão isentos do imposto de renda os rendimentos nas situações expressamente previstas no Capítulo II do Decreto nº 3.000/99 *“RENDIMENTOS ISENTOS OU NÃO TRIBUTÁVEIS”* e em leis esparsas.

A título de exemplificação, são isentas do imposto de renda as verbas indenizatórias decorrentes de relação de emprego ou de vínculo estatutário, que têm por finalidade ressarcir despesas do empregado ou servidor em virtude de serviço.

Logo, não pode incidir sobre valores recebidos a título de férias não gozadas [28], ajuda de custo [29], horas extras[30], indenização por acidente do trabalho [31], indenização e aviso prévio pagos em rescisão do contrato de trabalho [32], juros e correção monetária creditados em contas vinculadas ao FGTS e nas contas individuais do PIS [33], entre outras verbas.

Para sustento de tal tese, reza o Art. 43 do Diploma Tributário Nacional que renda seria o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos e, proventos de qualquer natureza seriam os acréscimos patrimoniais não entendidos dentre aqueles derivados do produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos.

Machado discorre da seguinte forma [34]:

Não há renda, nem provento, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o CTN adotou expressamente o conceito de renda como acréscimo. Já não é possível, portanto, considerar-se renda uma cessão gratuita do uso de imóvel, por exemplo, como pretendeu, seguindo os anteriores, o Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto n. 85.450, de 4.12.1980, em seu art. 31, parágrafo único, segundo o qual era tributável "o valor locativo do prédio urbano construído, quando cedido seu uso gratuitamente, exceto quanto a dependente considerado encargo de família.

Quando afirmamos que o conceito de renda envolve acréscimo patrimonial, como o conceito de proventos também envolve acréscimo patrimonial, não queremos dizer que escape à tributação a renda consumida. O que não se admite é a tributação de algo que na verdade em momento algum ingressou no patrimônio, implicando incremento do valor líquido deste. Como acréscimo se há de entender o que foi auferido, menos parcelas que a lei, expressa ou implicitamente, e sem violência à natureza das coisas, admite sejam diminuídas na determinação desse acréscimo.

Referindo-se o CTN à aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, quer dizer que a renda, ou os proventos, podem ser os que foram pagos ou simplesmente creditados. A disponibilidade econômica decorre do recebimento do valor que se vem a acrescentar ao patrimônio do contribuinte. Já a disponibilidade jurídica decorre do simples



crédito desse valor, do qual o contribuinte passa a juridicamente dispor, embora este não lhe esteja ainda nas mãos.

Ante o exposto, resta clara a conclusão de que o fato gerador do imposto sobre a renda ou proventos de qualquer natureza é todo acréscimo patrimonial auferido pelo contribuinte.

Fato é que, a fim de sanar o dano sofrido pelo credor na demora do pagamento, bem como, de não ter recebido os valores na data correta, é que são imputados ao devedor o pagamento de juros moratórios, os quais são computados desde quando o pagamento deveria ter sido realizado.

Nesta quadra ensina Eduardo Gomes Philippsen<sup>[35]</sup>:

Indenizar é tornar indene, isto é, sem dado. Indenizar, portanto, é retirar o dano. A indenização pode se dar de diversas formas. Não há uma única espécie de indenização, pelo simples fato de que não há uma única espécie de dano. Relevante distinção a ser feita funda-se no objeto jurídico lesado, que deve ser reparado pela indenização. Se a lesão ocorreu em bem jurídico de natureza patrimonial, teremos uma espécie de indenização; ao contrário, se o bem lesado é extrapatrimonial, a indenização terá natureza distinta.

Como se observa, indenizar é repor o que foi tirado, onde não se vislumbra qualquer acréscimo no patrimônio do credor, posto que ele já suportou, inclusive, um decréscimo patrimonial.

Paulsen expõe seu entendimento nos seguintes termos: “Verbas efetivamente indenizatórias apenas reparam uma perda, não constituindo acréscimo patrimonial, não dão ensejo, pois, à incidência do Imposto de Renda” <sup>[36]</sup>.

Sob essa ótica, a incidência do imposto de renda e proventos de qualquer natureza sobre verbas auferidas a título de juros moratórios vai de encontro à própria lei tributária, de onde se extrai que para incidência do referido tributo é necessário a majoração patrimonial e não a reparação de perda patrimonial (indenização).

Portanto, o que se pode verificar não só da leitura dos dispositivos elencados no capítulo II do Decreto nº 3.000/99, mas também de farta doutrina e jurisprudência, é que valores recebidos pelo contribuinte com caráter indenizatório, isto é, com o objetivo de reparar um dano patrimonial sofrido, não são passíveis de incidência de imposto de renda, ou seja, não caracterizam a hipótese de incidência do referido tributo.

## **5. Da controvérsia judicial acerca da incidência do imposto de renda sobre juros de mora**

Acerca do tema, não há entendimento pacífico no STJ, onde a 1ª e 2ª Turma divergem. O STF ainda não se posicionou sobre a matéria.

É que o STJ no ano de 2008, por sua 2ª Turma, veio a consolidar o entendimento de que os juros de mora, à luz do art. 404 do Código Civil, possuem natureza indenizatória, **não** atraindo por isso a incidência do imposto de renda. Confira-se:

TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL –  
ART. 43 DO CTN – IMPOSTO DE RENDA –  
JUROS MORATÓRIOS – CC, ART. 404:  
NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA –  
NÃO-INCIDÊNCIA.

1. Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, na vigência do Código Civil de 2002, tem natureza jurídica indenizatória. Nessa condição, portanto, sobre

eles não incide imposto de renda, consoante a jurisprudência sedimentada no STJ.

## 2. Recurso especial improvido.

(REsp 1037452/SC, Relatora Ministra ELIANA CALMON, 2ª Turma, DJe 10/06/2008)[\[37\]](#)

No mesmo sentido, também da 2ª Turma do STJ, são os seguintes precedentes do Superior Tribunal: REsp nº 1.090.283/SC, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ de 12/12/2008; REsp nº 1.050.642/SC, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ de 01/12/2008; REsp nº 1.075.700/RS, Relator Ministra ELIANA CALMON, DJ de 17/12/2008.

Não obstante, a 1ª Turma do STJ, também em 2008, não acolheu tal entendimento, preferindo adotar a seguinte interpretação da lei federal: os juros de mora, sendo acessórios, seguem a sorte do principal, de modo que, se o valor recebido pelo contribuinte for indenizatório, os juros de mora terão a mesma natureza. Se, entretanto, o valor do principal for remuneratório, os juros de mora assim também deverão ser considerados. Confira-se:

IMPOSTO DE RENDA. JUROS DE MORA SOBRE VERBAS TRABALHISTAS RECEBIDAS A TÍTULO DE AVISO PRÉVIO, FÉRIAS CONVERTIDAS EM PECÚNIA E RESPECTIVO TERÇO CONSTITUCIONAL. CARÁTER INDENIZATÓRIO. NATUREZA ACESSÓRIA. ART. 43 DO CTN. NÃO-INCIDÊNCIA.

I - Os juros de mora possuem caráter acessório e seguem a mesma sorte da importância principal, de forma que, se o valor principal é situado na hipótese da não incidência do tributo, caracterizada estará a natureza igualmente indenizatória dos juros.

II- As verbas recebidas pelo empregado em ação trabalhista a título de férias convertidas em pecúnia e o respectivo terço constitucional, bem como aquelas pagas a título de do aviso prévio, possuem evidente natureza indenizatória, o que exclui a incidência do imposto de renda, por força da previsão isencional encartada no art. 6º, V, da Lei 7.713/88 e no art. 39, XX, do RIR (aprovado pelo Decreto 3.000/99). Precedentes: REsp nº 643.947/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/02/2005; REsp nº 727.237/AL, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 13/06/2005; AgRg no REsp nº 833.527/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 05/10/2006; e REsp nº 872.326/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 22/11/2007.

III- Na hipótese dos autos, o montante sobre o qual incidiram os juros moratórios é isento do imposto de renda, razão pela qual o acessório deve seguir a sorte do principal. Logo, os referidos juros também não estão sujeitos à incidência tributária.

IV - Recurso especial improvido.

(REsp 1024188/PR, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, DJe 28/0/2008) [\[38\]](#)

Na mesma esteira, também da 1ª Turma do STJ, estão os seguintes julgados: AgRg no REsp 1037731/PR, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, 1ª Turma, DJe 01/08/2008; REsp 1072609/SC, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª Turma, DJe 12/11/2008; AgRg no REsp 1063429/SC, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª Turma, DJe 15/12/2008; AgRg no REsp 1063429/SC, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª Turma, DJe 15/12/2008; e AgRg no REsp 1037271/SC, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª Turma, DJe 09/03/2009.

Frente a esse impasse de entendimentos conflitantes das duas turmas, a 1ª Turma do STJ, na sua sessão de 09/12/2008, ao apreciar o REsp nº 1.002.665/RS, resolveu afetar a matéria ao conhecimento e julgamento da 1ª seção daquela Corte, que reúne os ministros que compõem as duas turmas (1ª e 2ª).

## **6. Exposição das teses pela incidência do imposto de renda sobre os juros moratórios**

Admitir a incidência de imposto de renda sobre os juros de mora é seguir o princípio da estrita legalidade administrativa, onde o FISCO deve obedecer ao disposto no Decreto nº 3.000/99 – regulamento do imposto de renda.

Ainda, deve observância à ideia de que a obrigação acessória segue a sorte da principal, isto é, em caso da obrigação principal ser tributável (de natureza remuneratória), os juros de mora seguirão a mesma sorte, sendo tributado também. Porém, caso a obrigação principal não seja tributável (de natureza indenizatória), os juros de mora decorrentes do atraso do adimplemento da obrigação principal não serão tributados.

De qualquer forma, observou-se que dentre as hipóteses de incidência do imposto de renda previstas em lei, estão excluídas as verbas indenizatórias, onde se discute se estão insertos – ou não – os juros de mora.

Reitera-se que os arts. 43, § 3º e 55, XIV do Decreto nº 3.000/99 preveem que o imposto de renda incide sobre os juros moratórios decorrentes de sentença, de atraso no pagamento de salário, ordenado, vencimento, subsídio, vantagens, férias, gratificações (entre outras rendas decorrentes do trabalho previstas no art. 43 daquele Decreto), desde que estas não correspondam a rendimentos isentos ou não tributáveis [\[39\]](#).

A Fazenda Pública defende a tese que, resultante de construção doutrinária e ao disposto na parte final do inciso XIV do art. 55 do Decreto nº 3.000/99, os juros de mora possuem caráter

acessório e seguem a mesma sorte da importância principal para fins tributários, logo [40]:

- **Se o valor principal se situar na hipótese da não incidência do tributo** (ex. abono pecuniário de férias, licença-prêmio convertida em pecúnia, a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido por lei), **caracterizada estará a natureza igualmente indenizatória dos juros, não incidindo o imposto;**
- se, entretanto, **o valor do principal estiver situado no campo de incidência tributária** (ex. vencimentos, décimo terceiro salário, adicional de 1/3 sobre férias gozadas, adicional noturno, complementação temporária de proventos, gratificação de produtividade, gratificação por liberalidade da empresa, paga por ocasião da extinção do contrato de trabalho, horas-extras), **caracterizada estará a mesma natureza para os juros de mora, atraindo a incidência do imposto.**

Sob essa ótica, para o cálculo do imposto de renda devido em cada caso, mister apartar os juros de mora incidentes sobre a parte do valor principal de natureza remuneratória (sobre eles se gravará o imposto) daqueles incidentes sobre a parte indenizatória (com relação a estes não se apurará o tributo).

De qualquer forma, é uma tese que mesmo não sendo possível sua aplicação em todos os casos, impõe a incidência tributária em alguns.

A esta tese aderiu a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ: Confira-se:



IMPOSTO DE RENDA. JUROS DE MORA SOBRE VERBAS TRABALHISTAS RECEBIDAS A TÍTULO DE AVISO PRÉVIO, FÉRIAS CONVERTIDAS EM PECÚNIA E RESPECTIVO TERÇO CONSTITUCIONAL. CARÁTER INDENIZATÓRIO. NATUREZA ACESSÓRIA. ART. 43 DO CTN. NÃO-INCIDÊNCIA.

I - Os juros de mora possuem caráter acessório e seguem a mesma sorte da importância principal, de forma que, se o valor principal é situado na hipótese da não incidência do tributo, caracterizada estará a natureza igualmente indenizatória dos juros.

II- As verbas recebidas pelo empregado em ação trabalhista a título de férias convertidas em pecúnia e o respectivo terço constitucional, bem como aquelas pagas a título de do aviso prévio, possuem evidente natureza indenizatória, o que exclui a incidência do imposto de renda, por força da previsão isencional encartada no art. 6º, V, da Lei 7.713/88 e no art. 39, XX, do RIR (aprovado pelo Decreto 3.000/99). Precedentes: REsp nº 643.947/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/02/2005; REsp nº 727.237/AL, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 13/06/2005; AgRg no REsp nº 833.527/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 05/10/2006; e REsp nº 872.326/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 22/11/2007.

III- Na hipótese dos autos, o montante sobre o qual incidiram os juros moratórios é isento do imposto de renda, razão pela qual o acessório deve seguir a sorte do principal. Logo, os

referidos juros também não estão sujeitos à incidência tributária.

IV - Recurso especial improvido.

(REsp 1024188/PR, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, DJe 28/0/2008) [\[41\]](#)

No mesmo sentido, também da 1ª Turma do STJ, estão os seguintes julgados: AgRg no REsp 1037731/PR, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, 1ª Turma, DJe 01/08/2008; REsp 1072609/SC, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª Turma, DJe 12/11/2008; AgRg no REsp 1063429/SC, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª Turma, DJe 15/12/2008; AgRg no REsp 1063429/SC, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª Turma, DJe 15/12/2008; e AgRg no REsp 1037271/SC, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª Turma, DJe 09/03/2009.

Noutro viés, mesmo que se entenda que os juros moratórios têm caráter indenizatório, não indenizam o trabalho ou o capital, mas sim o próprio contribuinte – reparando a perda que sofreu em virtude do atraso –, passando a integrar o montante pecuniário fixado na sentença e, como acessório, tonar a adquirir a mesma natureza jurídica deste.

Salienta-se que não há propriamente um dano ao patrimônio, e sim o atraso no cumprimento de uma obrigação, à qual são adicionados valores destinados a desestimular a inadimplência e a compensar a demora. Sendo assim, fazendo parte da verba principal, inegavelmente os juros passam a constituir um *acréscimo patrimonial*, que é, como visto, fato gerador do imposto de renda [\[42\]](#).

Ainda, o fato gerador do imposto de renda é considerado complexo (ou periódico), por ser formado por um conjunto de acontecimentos verificados em determinado lapso temporal que se interligam, dos quais decorre o acréscimo patrimonial que determina a incidência do tributo [\[43\]](#).

Logo, não se diferenciam em uma condenação judicial os valores recebidos pelo autor (lá contém multa, correção monetária, juros moratórios e outras verbas). Considerando o fato gerador como sendo complexo, abarcando todos os eventos ocorridos em uma certa situação – ou período de tempo –, o que importa à previsão legal é o acréscimo patrimonial ao seu patrimônio (nesse caso, derivado de uma condenação judicial – sentença) [\[44\]](#).

Nesta linha, a agregação desses juros a verbas não indenizatórias implica sim em um acréscimo patrimonial, nos termos do art. 43, inciso II do CTN, caracterizando, portanto, o fato gerador do imposto de renda [\[45\]](#).

Em síntese, a hipótese de incidência do imposto de renda é a disponibilidade econômica ou jurídica de renda – produto do capital, trabalho ou ambos – ou proventos de qualquer natureza (outros acréscimos patrimoniais), ocorrendo o fato gerador independentemente da denominação atribuída à renda ou provento recebido (inteligência do art. 43 do CTN). Dessa forma, havendo acréscimo patrimonial, há de se incidir o imposto de renda.

Entre os fatos geradores, doutrina e tribunais excluem as verbas indenizatórias, especialmente aquelas decorrentes das relações de emprego.

Entretanto, os juros de mora, como frutos civis do capital, decorrem da demora no adimplemento de uma obrigação, tendo natureza *sancionatória*, mas dispensam a demonstração do dano, bastando a prova da demora para autorizar a sua aplicação [\[46\]](#).

Ante a divergência quanto ao enquadramento dos juros de mora, analisou-se a controvérsia existente nos Tribunais Federais, Trabalhistas e no Superior Tribunal de Justiça acerca da incidência – ou não – do imposto de renda sobre valores oriundos de condenação judicial – sentença. Os defensores pela incidência sustentam que [\[47\]](#):

- a) Considerando que os juros moratórios possuem natureza de sanção, empregados quando há um atraso no cumprimento da obrigação de pagar, não se exige a ocorrência de um prejuízo, tampouco a demonstração deste, logo, não indenizam um dano;
- b) Levando em conta o fato gerador do imposto de renda como complexo (ou periódico), não há de se distinguir as verbas após a incorporação dos acessórios (multa, correção monetária, juros moratórios e outras verbas) à quantia principal, sendo esta que vai determinar a concretização – ou não – da hipótese de incidência; e
- c) Mesmo que se defenda o caráter indenizatório dos juros de mora, não constituem uma indenização sobre o capital ou trabalho, mas sim sobre o atraso do devedor e, quando acrescidos à condenação, passam a incorporar a própria quantia monetária, logo, nessa situação, igualmente correto o entendimento de que devem seguir o mesmo destino do principal, incidindo neles imposto de renda quanto o valor ao qual se incorporaram constituir fato gerador do imposto e, sendo isentos quando a este for conferido tal tratamento.

Por fim, posto as principais teses que sustentam a posição da Fazenda Pública para que incida imposto de renda sobre os juros moratórios, será demonstrado a seguir que tais teses vêm perdendo força perante o Poder Judiciário, uma vez que este vem paulatinamente mudando seu entendimento para que não incida imposto de renda sobre os juros moratórios.

## **7. Exposição das teses pela não incidência do imposto de renda sobre os juros moratórios**

Reconhecer que sobre os juros de mora não incidem imposto de renda é defender que tais verbas possuem caráter estritamente indenizatório, sendo dessa forma livre da hipótese de incidência do imposto de renda.

Mesmo que não haja norma específica para não tributação dos juros moratórios por IR, não prospera a imposição tributária, por considerar tal prática inconstitucional e ofensiva ao art. 43 do Código Tributário Nacional [\[48\]](#).

Inicialmente, o principal argumento para defensores de tal tese reside no fato de que os juros de mora, por si só, possuem caráter indenizatório, independentemente de a obrigação principal ter ou não o mesmo caráter.

Isso significa que, desde já, seguindo a mesma linha de raciocínio sedimentada de que *títulos recebidos de caráter indenizatório não são passíveis de incidência de imposto de renda*, os juros moratórios, por possuírem caráter indenizatório, não seriam tributáveis [\[49\]](#).

Qualificar os juros moratórios como indenizatórios não foge da lucidez e condiz com a vontade do legislador.

É que a natureza indenizatória dos juros de mora era expressamente atestada pelo Código Civil de 1916, em seu artigo 1.061, e continua sendo pelo atual, estampado no artigo. 404, confere-se:

#### **[CC 1916]**

**Art. 1.061** – As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional.

#### **[CC 2002]**

**Art. 404** – As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão

pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

**Parágrafo Único** – Provado que os juros da mora não cobre o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar

Nenhuma diferença substancial há entre os dois dispositivos, senão a autorização do Código atual para que o juiz – verificando que os juros de mora não bastem para recompor o patrimônio lesado, e constatando a inexistência de cláusula penal, condene o devedor em *indenização suplementar* (expressão que, permita-se a insistência, reforça o caráter indenizatório dos juros de mora) [50].

Dessa forma, os juros de mora têm caráter indenizatório, quer incidam sobre indenização não honrada no momento oportuno (perdas causadas por acidente de automóveis, v.g.), quer incidam sobre obrigação decorrente de ato lícito não satisfeita no vencimento (restituição de depósito, pagamento de mútuo, de aluguel, de tributo, de salário, etc) [51].

De fato, não nascendo da exploração econômica normal do dinheiro por seu proprietário (mútuo feneratício), mas sim de acidente indesejado pelo credor a qualquer título de dívida em dinheiro (a impontualidade do devedor), os juros de mora certamente não podem ser considerados como frutos do capital, sutileza percebida por Rodrigues, *in verbis* [52]:

Distingue-se os juros em compensatórios e moratórios.

Quando compensatórios, os juros são os frutos do capital empregado e nesse sentido é que melhor assenta o conceito acima formulado. **Quando moratórios, constituem**



***indenização pelo prejuízo resultante do retardamento culposo.***

Também entende dessa maneira Miranda [\[53\]](#):

Entende-se por juros o que o credor pode exigir pelo fato de ter prestado (*refere-se o autor aos juros remuneratórios*) ou de não ter recebido o que se lhe devia prestar (***refere-se aqui aos juros de mora***).

*[omissis]*

Os juros moratórios são *usurae punitoriae*. *[omissis]* ***Juros moratórios não se infligem por lucro dos demandantes, mas por mora dos solventes.***

Portanto, a conclusão acima se reforça ante a constatação de que a dívida de dinheiro cujo inadimplemento enseja os juros de mora não tem por origem única a aplicação de capital pelo respectivo proprietário (hipótese em que se poderia pensar na qualificação dos juros de mora como frutos do dinheiro aplicado), podendo decorrer de gastos tão diversos quanto a contratação de depósito, a prestação de serviços dependentes ou independentes, a cessão onerosa da posse de bens móveis ou imóveis, a sujeição do contribuinte à soberania fiscal do estado, etc.

Por essas teses é que a 2ª Turma do STJ foi seduzida, consolidando o entendimento de que os juros de mora, à luz do art. 404 do Código Civil, possuem natureza indenizatória, **não** atraindo por isso a incidência do imposto de renda. Confira-se:

TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL –  
ART. 43 DO CTN – IMPOSTO DE RENDA –  
JUROS MORATÓRIOS – CC, ART. 404:  
NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA –  
NÃO-INCIDÊNCIA.

1. Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, na vigência do Código Civil de 2002, tem natureza jurídica indenizatória. Nessa condição, portanto, sobre eles não incide imposto de renda, consoante a jurisprudência sedimentada no STJ.

2. Recurso especial improvido.

(REsp 1037452/SC, Relatora Ministra ELIANA CALMON, 2ª Turma, DJe 10/06/2008)[54]

TRIBUTÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. IMPOSTO DE RENDA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Não incide Imposto de Renda sobre juros de mora, porque indenizatórios, sendo irrelevante a natureza do principal e desnecessária a comprovação de efetivo dano.

2. Entendimento fixado no julgamento do REsp 1.227.133/RS, na sistemática do art. 543-C do CPC.

3. A presente demanda refere-se a verbas de natureza trabalhista, não se sustentando a ressalva feita pela União quanto à adoção do entendimento fixado no repetitivo.

4. Afastada a aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC, pois o Agravo Regimental foi interposto antes da publicação do acórdão proferido no REsp 1.227.133/RS.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1215818/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 23/02/2012) [55]

No mesmo sentido, também da 2ª Turma do STJ, são os seguintes precedentes do Superior Tribunal: REsp nº 1.090.283/SC, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ de 12/12/2008; REsp nº 1.050.642/SC, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ de 01/12/2008; REsp nº 1.075.700/RS, Relator Ministra ELIANA CALMON, DJ de 17/12/2008.

Sendo assim, restaram demonstradas as teses defendidas pelos contribuintes, do caráter estritamente indenizatório dos juros moratórios e, dessa forma, não caracterizando acréscimo patrimonial, mas sim mero reparo ao dano sofrido. Não sendo, portanto, tributáveis pelo imposto de renda.

### Conclusão

Os juros moratórios possuem somente o condão de indenizar um dano sofrido pelo credor que não recebeu o que lhe é de direito no momento pactuado, não sendo dessa forma uma nova riqueza ou um acréscimo patrimonial (hipótese de incidência do IR).

Ainda, irrelevante se faz a natureza da obrigação principal e desnecessária a comprovação de efetivo dano para conclusões acerca do tema, vez que os juros de mora são meramente indenizatórios, não deve incidir Imposto de Renda sobre eles.

Em uma breve analogia, os juros de mora “cobrem o buraco” (dano patrimonial) causado pela mora do pagamento por parte do devedor, apenas o cobre, não excedendo em nada mais – não caracterizando dessa forma acréscimo patrimonial tampouco riqueza nova e, escapando da hipótese de incidência do Imposto de Renda.

Dessa forma, conclui-se pela impossibilidade de tributar os juros moratórios pelo imposto de renda, vez que tais

valores não constituem hipótese de incidência do imposto de renda – por não ser acréscimo patrimonial, e sim mera indenização.

## Referências

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Os contratos Bancários e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Artigo in Revista dos Tribunais vol. 811, ano 92.

ATALIBA, Geraldo. Hipóteses de incidência tributária – 6ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2002.

BARROS, A. B. Buy de. Instituições de economia política, volume 2 – 3. Ed – Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1963.

BRASIL. Constituição Federal 1988.

BRASIL. Decreto nº 3.000/99 “Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3000.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2012.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1037452/SC Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1037452&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1037452&b=ACOR)>. Acesso em: 27 ago. 2012.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1024188/PR. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=1024188&b=ACOR#](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=1024188&b=ACOR#)>. Acesso em: 27 ago. 2012.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. AgRg no REsp 1215818/RS Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao)

o=RESUMO&livre=1215818&b=ACOR#>. Acesso em: 27 ago. 2012.

BRASIL. Lei nº 10.406/02 – Código Civil

CARAZZA, Roque Antonio. Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos) – São Paulo: Malheiros, 2005.

CARDOSO, Oscar Valente. A controversa Incidência do Imposto de Renda sobre Juros de Mora Decorrentes de Condenação Judicial. Artigo *in* Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT nº 153.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 2 : obrigações : responsabilidade civil – 4 Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 2 : teoria geral das obrigações – 16 Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de direito civil, volume 2 : obrigações / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 10. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Periodicidade do Imposto de Renda I, Mesa de Debates. Artigo *in* Revista de Direito Tributário nº 63 – São Paulo: Malheiros, p.17.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário – 16ª Ed – São Paulo: Malheiros, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. Temas de Direito Tributário II – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, tomo 24 – Campinas: Bookseller, 2003; v. 25: 3ª Ed. São Paulo: RT, 1984.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 2: obrigações – 5ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do imposto de renda – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004.

PAULSEN, Leandro. Impostos: federais, estaduais e municipais – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – 24ª Ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PHILIPPSEN, Eduardo Gomes. A Incidência do Imposto de Renda Sobre Indenizações. Artigo *in* Revista Interesse Público – Ano 9, nº 41, janeiro/fevereiro de 2007 – Porto Alegre: Notadez.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – vol. 2 parte geral das obrigações – 30ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

ROLIM, João Dácio. O conceito jurídico de renda e proventos de qualquer natureza/alguns casos concretos adições e exclusões ao lucro real. Artigo *in* Revista de Direito Tributário nº 67 – São Paulo: Malheiros.

SANTIAGO, Igor Mauler. Intributabilidade dos Juros de Mora pelo Imposto de Renda (Pessoa física e Jurídica) e pela Contribuição Social sobre o Lucro. Artigo *in* Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT, nº 160.

SANTOS, Orlando Gomes dos. Obrigações – 17ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WALD, Arnoldo. Obrigações e contratos – 12. Ed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WINKLER, Noé. Imposto de renda: doutrina, comentários, decisões e atos administrativos, jurisprudência (Conselho de Contribuintes, Poder Judiciário): baseado no regulamento baixado



com o Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 – Rio de Janeiro: Forense, 2002.

#### NOTAS:

- [1] SANTIAGO, Igor Mauler. Intributabilidade dos Juros de Mora pelo Imposto de Renda (Pessoa física e Jurídica) e pela Contribuição Social sobre o Lucro. Artigo *in* Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT, nº 160, p.60.
- [2] MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, volume 24 – Campinas: Bookseller, 2003; v. 25: 3ª Ed. São Paulo: RT, 1984, p. 46.
- [3] SANTOS, Orlando Gomes dos. Obrigações – 17ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 199-200.
- [4] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – vol. 2 parte geral das obrigações – 30ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 258.
- [5] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Os contratos Bancários e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Artigo *in* Revista dos Tribunais vol. 811, ano 1992, p. 99.
- [6] SANTIAGO, Igor Mauler. Intributabilidade dos Juros de Mora pelo Imposto de Renda (Pessoa física e Jurídica) e pela Contribuição Social sobre o Lucro. Artigo *in* Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT, nº 160, p.60.
- [7] Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] III - renda e proventos de qualquer natureza.
- [8] PAULSEN, Leandro. Impostos: federais, estaduais e municipais – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 47.
- [9] MACHADO, Hugo de Brito. Temas de Direito Tributário II – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 86.
- [10] CARAZZA, Roque Antonio. Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40.

- [11] JUSTEN FILHO, Marçal. Periodicidade do Imposto de Renda I, Mesa de Debates. Artigo *in* Revista de Direito Tributário nº 63. São Paulo: Malheiros, p.17.
- [12] ROLIM, João Dácio. O conceito jurídico de renda e proventos de qualquer natureza/alguns casos concretos adições e exclusões ao lucro real. Artigo *in* Revista de Direito Tributário nº 67. São Paulo: Malheiros, p. 223-224.
- [13] PAULSEN, Leandro. Impostos: federais, estaduais e municipais – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 53.
- [14] *Ibidem*, p. 55.
- [15] Decreto 3.000/99 – RIR: “CAPÍTULO IV PRAZO DE RECOLHIMENTO” Disposições Gerais. Art. 104 – o saldo do imposto (art. 88) deverá ser pago até o último dia útil do mês fixado para entrega da declaração de rendimentos, observado o disposto no art. 854 (Lei nº 9.250/95, art. 13, parágrafo único.
- [16] Lei 9.430/96. Capítulo I IMPÓSITO DE RENDA – PESSOA JURÍDICA e Decreto 3.000/99 – RIR: “CAPÍTULO II PERÍODO DE APURAÇÃO”.
- [17] Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei. [...]§ 4º A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.
- [18] Art. 1º Os rendimentos e ganhos de capital percebidos a partir de 1º de janeiro de 1989, por pessoas físicas residentes ou domiciliados no Brasil, serão tributados pelo imposto de renda na forma da legislação vigente, com as modificações introduzidas por esta Lei.
- [19] LIVRO II - TRIBUTAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS - TÍTULO I - CONTRIBUINTES E RESPONSÁVEIS - Subtítulo I – Contribuintes - Art. 146. São contribuintes do imposto e terão seus lucros apurados de acordo com este Decreto (Decreto-Lei

nº 5.844, de 1943, art. 27): I - as pessoas jurídicas (Capítulo I); II - as empresas individuais (Capítulo II).

- [20] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do imposto de renda. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 5.
- [21] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do imposto de renda. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 6.
- [22] ATALIBA, Geraldo. Hipóteses de incidência tributária. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 58.
- [23] *Ibidem*, p. 54.
- [24] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário – 16ª Ed – São Paulo: Malheiros, 1999, p. 102.
- [25] ATALIBA, Geraldo. Hipóteses de incidência tributária. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65.
- [26] *Ibidem*, p. 68.
- [27] ATALIBA, Geraldo. Hipóteses de incidência tributária. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68.
- [28] Observância a súmula nº 125 do STJ: “O pagamento de férias não gozadas por necessidade de serviço não está sujeito à incidência do imposto de renda”
- [29] Art. 39, I, do Decreto 3.000/99; STJ REsp 854.271/SC, 1ª Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 18/09/2007, publicado no DJ de 08/10/2007, p. 219.
- [30] STJ, AgRg no REsp 670.716/RN, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado, julgado em 20/10/2005, publicado no DJ de 01/02/2006, p. 444.
- [31] Art. 6º, IV, da Lei nº 7.713/88; STJ, AgRg no REsp 751.705/RS, 1ª Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 21/09/2006, publicado no DJ de 23/10/2006, p. 266.
- [32] Art. 6º, V, da Lei 7.713/88; STJ, REsp 872.326/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06/11/2007, publicado no DJ de 22/11/2007, p. 197.

- [33] Art. 6º, V e VI, da Lei nº 7.713/88; art. 39, XX e XXXII, do Decreto nº 3.000/99.
- [34] MACHADO, Hugo de Britto. Curso de Direito Tributário. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.236.
- [35] PHILIPPSEN, Eduardo Gomes. A Incidência do Imposto de Renda Sobre Indenizações. Artigo *in* Revista Interesse Público – Ano 9, nº 41, janeiro/fevereiro de 2007 – Porto Alegre: Notadez, p.215-216.
- [36] PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 746.
- [37] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1037452/SC Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1037452&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1037452&b=ACOR)>. Acesso em: 27 ago. 2012.
- [38] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1024188/PR. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=1024188&b=ACOR#](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=1024188&b=ACOR#)>. Acesso em: 27 ago. 2012.
- [39] CARDOSO, Oscar Valente. A controversa Incidência do Imposto de Renda sobre Juros de Mora Decorrentes de Condenação Judicial. Artigo *in* RDDT nº 153, p. 59.
- [40] Parecer nº 173/2010 – PROFIS/PGDF.
- [41] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1024188/PR. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=1024188&b=ACOR#](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=1024188&b=ACOR#)>. Acesso em: 27 ago. 2012.
- [42] CARDOSO, Oscar Valente. A controversa Incidência do Imposto de Renda sobre Juros de Mora Decorrentes de Condenação Judicial. Artigo *in* RDDT nº 153, p. 60.

[43] *Ibidem*, p. 61.

[44] *Ibidem*, p. 61.

[45] *Ibidem*, p. 61.

[46] CARDOSO, Oscar Valente. A controversa Incidência do Imposto de Renda sobre Juros de Mora Decorrentes de Condenação Judicial. Artigo *in* RDDT nº 153, p. 62.

[47] *Ibidem*, p. 62.

[48] SANTIAGO, Igor Mauler. Intributabilidade dos Juros de Mora pelo Imposto de Renda (Pessoa física e Jurídica) e pela Contribuição Social sobre o Lucro. Artigo *in* Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT, nº 160, p. 61.

[49] SANTIAGO, Igor Mauler. Intributabilidade dos Juros de Mora pelo Imposto de Renda (Pessoa física e Jurídica) e pela Contribuição Social sobre o Lucro. Artigo *in* Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT, nº 160, p. 62.

[50] *Ibidem*, p. 63.

[51] SANTIAGO, Igor Mauler. Intributabilidade dos Juros de Mora pelo Imposto de Renda (Pessoa física e Jurídica) e pela Contribuição Social sobre o Lucro. Artigo *in* Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT, nº 160, p. 62.

[52] RODRIGUES, Sílvio. Direito civil, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2002. p.258

[53] MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, tomo 24 – Campinas: Bookseller, 2003; v. 25: 3ª Ed. São Paulo: RT, 1984.

[54] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1037452/SC Disponível em: <  
[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1037452&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1037452&b=ACOR)>. Acesso em: 27 ago. 2012.

[55] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1215818/RS Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=1215818&b=ACOR#](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=1215818&b=ACOR#)>. Acesso em: 27 ago. 2012.



## SITUAÇÃO ATUAL DA TEORIA DO DELITO: UMA (DES)CONSTRUÇÃO DA DOGMÁTICA WELZELIANA

**RAFAELA ALBAN:** Doutoranda e Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade da Bahia. Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra. Professora e Advogada criminalista.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Muitos doutrinadores fazem críticas severas ao tratamento da teoria do delito como o núcleo vital generalizador do próprio direito penal, observando que esta tem caráter auxiliar e instrumental para a teoria da pena, que, em contrapartida, está sendo desprestigiada. Todavia, nas palavras de Claus Roxin, “*la dogmática de la teoría general del delito es desde siempre la parte nuclear de todas las exposiciones de la Parte general*”<sup>[1]</sup>.

Assim, por representar, ao nosso ver, a base de toda a dogmática penal, surgiram, ao longo de três décadas, inúmeras vertentes doutrinárias com posicionamentos diversos e, na maioria das vezes, controversos sobre os pressupostos jurídico-penais para aplicação da pena.

No entanto, nesta oportunidade, o objetivo é apenas expor as principais discussões da atualidade, que ocorrem entre uma “minoria” dogmática que ainda defende a Teoria Pessoal do Injusto de Hans Welzel e a doutrina “majoritária” da Teoria da Imputação Objetiva, formulada por Claus Roxin.

Observe-se, ademais, que os fundamentos básicos das mencionadas dogmáticas são dimetralmente opostos e, como o

próprio Roxin admite, há uma “inimizade mortal que se votam reciprocamente ambas as teorias”.<sup>[2]</sup>

## **2 A DOGMÁTICA FINALISTA DE WELZEL E A TEORIA PESSOAL DO INJUSTO**

Welzel construiu a Teoria Pessoal do Injusto para questionar as premissas metodológicas da concepção causal predominante na época. Desta forma, a sua dogmática finalista, utilizando-se de bases fenomenológicas<sup>[3]</sup> e existencialistas<sup>[4]</sup>, superou as teorias jurídico-filosóficas positivistas e neopositivistas, revolucionou o pensamento jurídico e gerou uma reestrutura nos elementos do fato punível “com o atuar do agente”.<sup>[5]</sup>

Segundo Othon de Azevedo Lopes:

a marca do pensamento fenomenológico em Welzel é evidente. A teoria finalista da ação e o seu pensamento sobre culpabilidade foram resultado da busca por elementos permanentes no direito penal. Como resultado do pensamento tipológico, foram a ação e a culpabilidade os dois modos de ser que foram escolhidos para constituir estruturas lógico-objetivas ou ônticas, ou seja, constantes da realidade.<sup>[6]</sup>

No que tange ao existencialismo, desdobramento da fenomenologia, Welzel extraiu um conceito fundamental para a construção de toda a sua dogmática: o homem como um ser responsável, dotado de autonomia para direcionar seus atos.

Outro fundamento essencial para essa dogmática é o conceito ontológico, pré-jurídico, de ação, como “exercício de atividade finalista”<sup>[7]</sup>; uma vez que todas as normas jurídicas só podem referir-se a atos, que são distintos de meros processos causais, por uma direção consciente e voluntária a um objeto, ou seja, a finalidade<sup>[8]</sup>.

A partir dessa concepção, o tipo torna-se a descrição de uma ação proibida – deixa de ser um tipo de injusto, tipificação de antijuridicidade, para tornar-se um tipo indiciário, no qual se enxerga a matéria de proibição[9]; assim como o dolo – que é aqui concebido como consciência e vontade de realização dos elementos objetivos típicos - passa a pertencer ao tipo[10], legado finalista que hoje é aceito quase unanimemente na Ciência do Direito Penal.

Para os defensores dessa dogmática, a Teoria Pessoal do Injusto resolveria todos os problemas mediante essa justaposição do dolo no tipo e pelo método ontológico, pois para Welzel, nas palavras do seu discípulo Hirsch:

*la dogmática penal debería construirse a partir de los fenómenos y de las estructuras de la realidad y no apoyarse en productos artificiales puramente jurídico-normativistas. La estructura de la acción no debía resultar de valoraciones jurídico-penales, sino del análisis de la estructura de acciones humanas, ya que los comportamientos humanos no se agotan en conductas penalmente relevantes.*[11]

Desta forma, o dolo do tipo constitui um requisito subjetivo do delito doloso[12], enquanto a não observância ao dever de cuidado exigido – fundamentada, principalmente, pela capacidade do homem de prever o resultado – pertence ao tipo de ilícito do delito culposo[13].

Ademais, a Teoria Pessoal do Injusto demonstrou que as dogmáticas objetivas que a antecederam não respeitavam a própria essência do ilícito, devido à supervalorização do desvalor do resultado. No finalismo, o ilícito, materialmente, deixa de centrar-se no dano social, ou ao bem jurídico, para configurar um ilícito pessoal, consubstanciado fundamentalmente no desvalor da ação, cujo núcleo é a finalidade.[14]

Por isso, enquanto, para os naturalistas, o desvalor do resultado era o fundamento da punibilidade – o que acabava por atribuir a condição de agente a todo aquele que de qualquer forma contribuísse para a realização do resultado típico<sup>[15]</sup> - p. ex. à mãe que, mediante a sua ação de gerar, é também responsável pelo crime de homicídio praticado pelo seu filho maior de idade -; o finalismo restringe esse conceito, atribuindo essa condição de ‘essência’ ao desvalor da ação e considerando o desvalor do resultado como conseqüência do primeiro.

## 2.1 OS MÉRITOS DA TEORIA

Ante o exposto, é possível observar que o finalismo e, em especial, a Teoria Pessoal do Injusto, levou a entendimentos parcialmente errôneos, parcialmente corretos. Os principais méritos finalistas foram a imposição de um limite ao legislador, a inclusão do dolo e da culpa nos tipos de injusto, a formação de um conceito pessoal do injusto e a consideração da culpabilidade puramente normativa (que não será objeto de exame desse trabalho).

Em primeiro lugar, se “atribui ao sistema finalista o mérito de ter, ‘numa época em que imperava um terrível positivismo jurídico, correspondente à onipotência do Estado nazista’, favorecido a ‘busca de princípios e valores, que devem ser independentes da vontade estatal e que têm de fazer-lhe oposição’”.<sup>[16]</sup> Desta forma, o legislador passa a ter limites, passa a estar obrigado a respeitar determinadas estruturas ontológicas ou lógico-objetivas, não mais podendo utilizar critérios manipuladores no criar típico.

Além disso, o finalismo possibilitou uma concepção adequada dos diversos tipos de delito mediante a inclusão do dolo e da culpa no tipo de injusto; uma vez que, há muito tempo, já era reconhecido que, na tentativa, o dolo pertencia ao tipo, assim, seria uma concepção no mínimo ilógica que, na consumação, o dolo seria “transportado” para a culpabilidade.

Por fim, a teoria finalista trouxe a consideração do ilícito na própria conduta do agente, não apenas no resultado lesivo. Assim,

foi tratado o desvalor da ação enquanto um elemento constitutivo do injusto penal; que, segundo a crítica funcionalista, independe dos fins do autor[17].

Além das questões expostas, alguns doutrinadores ainda atribuem ao finalismo a consideração do ilícito como contrariedade a uma norma de determinação e, como consequência dos já mencionados méritos, a valorização da perspectiva *ex ante* no juízo de ilicitude; pois o Direito tem que enunciar as condutas proibidas antes da realização, devido à caracterização das normas como imperativos.

## 2.2 OS DEMÉRITOS MAIS RELEVANTES

Impossível abranger, nos limites desse trabalho, todas as críticas a dogmática welzeliana, assim comentaremos apenas as mais importantes, que estão relacionadas ao tema proposto.

Em seu trabalho - *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal* -, Roxin apresenta três oposições à essa concepção. Primeiramente, observa que “a ênfase no elemento volitivo, característica do finalismo, pode inclusive trazer consigo perigos para o estado de direito, p. ex., punindo tentativas completamente inofensivas ou atos preparatórios bem distantes do resultado”. [18]

Em segundo lugar, “a ação final, se tomada como o fundamento empírico-ontológico do direito penal e oposta aos pontos de partida normativos, compreende apenas um aspecto limitado da realidade, abrangendo de modo bastante incompleto o substrato fático dos acontecimentos jurídico-penalmente relevantes. Hoje não se contesta mais que a existência empírica da omissão, da culpa [19] e da omissão culposa não pode ser explicada através da finalidade”.

Por fim, a teoria finalista da ação chega a resultados práticos, “mas estes resultados não são, de modo algum, necessariamente corretos, e sim em parte corretos”.

Outros doutrinadores ainda alegam que existe, na dogmática finalista, um alto grau de insegurança no que tange aos limites e funções dos elementos da teoria geral do delito.

Ressalte-se, contudo, que, ao nosso ver, o principal erro cometido na formação da dogmática finalista ocorreu na escolha do seu próprio método, pois inexiste uma ação pré-jurídica, esta só se torna penalmente relevante quando é valorada. Portanto, “a discussão a respeito de tais problemas não pode ser bloqueada através da mera alegação de dados ontológicos”.<sup>[20]</sup>

Ademais, o método ontológico acaba por limitar o legislador à análise das categorias lógico-reais e o impossibilita de perseguir outras finalidades do direito penal. Desta forma, o primeiro mérito finalista, apresentado no item anterior, demonstra um lado negativo devido aos exageros dos limites expostos.

É tão evidente que os fundamentos ontológicos são insuficientes, que “uma parte significativa dos discípulos de Welzel os têm abandonado ou os têm modificado sensivelmente”.<sup>[21]</sup>

Nesse sentido, ainda observa Luís Greco:

no esforço de polemizar com o neokantismo, acabou o finalismo voltando à *falácia naturalista*, pensando que o conhecimento da estrutura pré-típica já resolvia por si só o problema jurídico. E certos finalistas foram tão longe em seu culto às estruturas lógico-reais que, sob o argumento de que ‘o direito só pode proibir ações finalista’, baniram o resultado do ilícito, declarando a tentativa inidônea ou crime impossível o protótipo do delito, que merecia a mesma pena da consumação.<sup>[22]</sup>

Em suma, o finalismo se esgotou em sua capacidade de rendimento. O sistema finalista eterno e atemporal, ao pretender fornecer soluções acabadas para todos os casos, confessou a sua



incapacidade de fornecer respostas aos complexos problemas normativos.

### 3 A IMPUTAÇÃO OBJETIVA: A SUPERAÇÃO DO ONTOLOGISMO PURO

A imputação objetiva soube aproveitar os méritos atingidos pelos finalistas, sem incorrer no exagero metodológico de Welzel: o ontologismo puro. Assim, Claus Roxin propôs uma dogmática em que ontologismo e normativismo se completariam[23], pois “a consideração de dados empíricos é algo sensato, desde que se adotem os pressupostos normativos”. [24]

Desta forma, como a dogmática jurídico-penal não pode fornecer deduções a partir de meros conceitos normativos abstratos ou ontológicos, Roxin introduziu as políticas criminais na concepção do direito penal, visando evidenciar a necessidade da comunicação entre as normas jurídico-penais com a realidade social através de referências teleológicas[25], reduzindo, assim, a limitação do legislador[26]. A imputação objetiva, que compõe a espinha dorsal do injusto jurídico-penal, é, portanto, uma política criminal traduzida em conceitos jurídicos, que trabalha fundada numa base empírica e pondera interesses de liberdade e segurança.[27]

Essa teoria releva o conceito de ação a um plano secundário, de uma forma meramente indicativa, possibilitando que o próprio tipo o estabeleça. Assim, se “compreende a ação típica de modo conseqüente como a realização de um risco não permitido, delimitando os diversos âmbitos de responsabilidade”. [28] A ação é, portanto, analisada segundo o aspecto da autorização ou da proibição.

No âmbito da tipicidade, o tipo objetivo é funcionalizado, possuindo, segundo Ricardo Breier, a função de satisfazer a

determinação e taxatividade definidas pelo princípio da legalidade[29]; além da prevenção geral dos delitos.

A realização de uma conduta típica é avaliada mediante critérios de imputação objetiva e, ocasionalmente, com fundamento nos princípios da teoria da adequação social – busca excluir do tipo lesões socialmente adequadas - e da insignificância – defende a não punibilidade para as ações insignificantes. Deste modo, para ser considerada típica, uma ação deverá se constituir na criação ou incremento de um risco juridicamente relevante ao bem jurídico tutelado e na materialização do risco no resultado; de forma a respeitar o fim de proteção da norma de cuidado, ou seja, o limite do alcance do tipo.

Observe-se, ademais, que “a política criminal inserida na dogmática penal proporcionou um estudo individualizado das estruturas do delito, na medida em que os requisitos de cada categoria delimitassem as suas próprias especificações”. [30]

### 3.1 CRÍTICAS À TEORIA DE ROXIN E SUAS RESPOSTAS

Em resistência ao novo, muitos finalistas insistem em fazer críticas infundadas à Teoria da Imputação Objetiva, dentre elas: a indeterminação, a possibilidade do arbítrio estatal, a utilização de elementos subjetivos e a incompatibilidade com o direito positivo.

Em relação à crítica de indeterminação, tratando a concepção de Roxin como um risco à segurança jurídica[31], os funcionalistas se defendem alegando que “é evidente que o intérprete não pode impor a sua própria política criminal àquela que subjaz ao direito vigente. Sua tarefa é muito mais trazer à tona as intenções político-criminais do legislador, a serem extraídas do ordenamento jurídico e principalmente do Código Penal, e aproveitá-las no trabalho interpretativo”. [32]

Desta forma, observa-se que, na dogmática do direito penal, o pensamento político-criminal deve ser legitimado com base na própria lei vigente e, através desta, é determinado. Assim, é

possível chegar   conclusão de que a política criminal   diferente em cada Estado de Direito, uma vez que cada qual possui um ordenamento jurídico próprio.

Nesse contexto, vale discutir uma outra crítica feita pelo finalista Hirsch ao sistema funcional, ao alegar que, ao contrário da Teoria Finalista – que contribui para a segurança jurídica e a justiça social – a Teoria Funcionalista não permitiria a cria o de uma ciência universal do direito penal. No entanto, acreditamos que esse   um dos méritos da Teoria de Roxin, uma vez que, aproximando ao máximo a resolu o das fórmulas dogmáticas aos casos concretos, seria possível se falar em efetiva o da justiça social, pois, apenas nessa hipótese, seriam consideradas as peculiaridades do caso concreto, os direitos fundamentais e seriam tratados “desigualmente os desiguais”. Não existem fatos humanos idênticos, portanto, tampouco podem existir fórmulas fechadas e eternas para resolvê-los.

No que tange   segunda crítica, quanto   possibilidade do arbítrio estatal, entende-se que “tampouco uma concep o ontológica do direito penal ou mesmo em um conceito finalista de a o pode evitar este perigo”. Roxin ainda acrescenta que: “na verdade, o único instrumento de defesa contra tais excessos estatais   a insistência em direitos humanos e de liberdade invioláveis, que se consolidaram – ao menos na teoria – em vasta parte do mundo”.[\[33\]](#)

Além disso, ao contrário da teoria finalista, Roxin propõe, como fundamento da nova dogmática do direito penal, uma política criminal que tem que acolher os direitos humanos e de liberdade internacionalmente reconhecidos.

“Não   verdade, portanto, que uma dogmática político-criminalmente fundada abra todas as portas para tendências autoritárias na interpreta o. Ela garante, pelo contrário, mais liberdade civil do que uma mera fixa o em teorias  ticas o conseguiria fazer”[\[34\]](#).

A terceira crítica, oriunda da utilização de elementos subjetivos – p. ex. o conhecimento especial do autor - em uma teoria intitulada como objetiva, Roxin esclarece que a sua teoria se chama ‘objetiva’ não porque os valores, os elementos subjetivos, lhe sejam irrelevantes, mas porque a ação típica constituída pela imputação é algo objetivo.

Por fim, no que concerne ao fato da Teoria da Imputação Objetiva ser estranha ao direito positivo, a crítica é fundamentada na concepção de que o direito penal e a política criminal são disciplinas diversas ou até mesmo antagônicas[35]. Contudo, como assevera Claus Roxin:

“O dogmático do direito penal é, assim, quem auxilia o legislador a realizar a sua intenção, quem tem de levar adiante as idéias básicas deste e quem tem de chegar a conclusões que correspondem à sua vontade, sem que o legislador as tenha conscientemente visto. Fidelidade à lei e criatividade dogmática e político-criminal não se excluem de modo algum”. [36]

Nota-se, assim, que, diferente da dogmática finalista, a doutrina funcional possui concepções bem fundamentadas e respostas adequadas a todas as críticas sofridas.

#### **4 CONCLUSÃO**

Na concepção de alguns representantes finalistas, as inovações da Teoria da Imputação Objetiva não seriam úteis e/ou válidas, uma vez que a Teoria Pessoal do Injusto já supriria todas as necessidades jurídico-penais. Em defesa à dogmática finalista, Hans Joachim Hirsch, após a morte do seu mestre, critica tudo que vem sendo criado, “chegando mesmo a declarar duvidoso que, após o esforço espiritual empenhado durante décadas na construção do atual sistema jurídico-penal, seja pensável exigir um novo, os

recentes avanços parecem-lhe motivados por um infantil ‘af  de novidade’”.

Neste diapasão, extrai-se da obra do referido dogmata[37]:

*la construcción del sistema propuesto por Welzel no ha sido seguida de nuevas concepciones dogmáticas convincentes de naturaleza fundamental. Ni las premisas teóricas tienen suficiente madurez, ni se deducen de ella modificaciones de consideración en los resultados. A menudo parece tratarse sólo de un cambio, una modificación o un nuevo etiquetamiento de las explicaciones científicas de las categorías existentes.*

Portanto, o posicionamento desta vertente em relação   Imputação Objetiva,   no sentido de que “es, en realidad, una reliquia de la etapa tardía del objetivismo”. Ocorre, todavia, que a doutrina majoritária alemá n o   adepta desta opinião, caracterizando a dogmática roxiniana como “o mais humano de todos os sistemas jurídico-penais até hoje formulados” [38], pois, a partir desta,   estabelecido um elo entre o injusto penal e os direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO, Enrique. “Sobre a teoria da ação finalista e sua significac o no direito penal”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: v. 1, n . 52, p. 135-157, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BREIER, Ricardo. “Ciência penal p s-finalismo: uma visão funcional do direito penal”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: v. 1, n . 46, p. 94-120, 2004.

CALLEGARI, André Luis. “A imputação objetiva no direito penal”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: v. 1, nº. 30, p. 65-86, 2000.

GRECO, Luis. “Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de ‘Política criminal e sistema jurídico-penal’ de Roxin”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: v. 1, nº. 32, p. 120-157, 2000.

\_\_\_\_\_. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª ed, 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. “El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: v. 1, nº. 43, p. 11-30, 2003.

LOPES, Othon de Azevedo. “Os fundamentos filosóficos e metodológicos da teoria finalista da ação”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: v. 1, nº. 44, p. 128-157, 2003.

MIR, José Cerezo. “O finalismo, hoje”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: v. 1, nº. 12, p. 39-49, 1995.

PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2005.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2005.

ROXIN, Claus. “A teoria da imputação objetiva”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: v. 1, nº. 38, p. 11-31, 2002.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal – parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson, 3ª ed., 2003.

\_\_\_\_\_. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., 2002.



\_\_\_\_ *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal.* Disponível em: [www.ielf.com.br/webs/ielfnova/cursos/pdf/lfgnormativismo\\_roxin.pdf](http://www.ielf.com.br/webs/ielfnova/cursos/pdf/lfgnormativismo_roxin.pdf), acesso em 10/10/2006.

\_\_\_\_ *Política criminal e sistema jurídico-penal.* Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Revan, 2ª ed., 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. “*La relación entre ontologismo y Normativismo en la dogmática jurídico-penal*”. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: v. 1, nº. 44, p. 11-33, 2003.

WELSEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal – uma introdução à doutrina da ação finalista.* Tradução de Luis Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral.* 3ª ed. São Paulo: RT, 2001.

#### NOTAS:

[1] ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*, p. 192.

[2] ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 37.

[3] A fenomenologia é uma ciência que busca o constante, aquilo que, na realidade, aparece como evidente e inegável.

[4] LOPES, Othon de Azevedo: “*Os fundamentos filosóficos e metodológicos da teoria finalista da ação*”: “O existencialismo parte de uma idéia de homem como ser singular e finito”; “no existencialismo, é o homem que se decide como projeto: ‘*L’essence de l’Homme est mouvement: l’Homme ne peut rester tel qu’il est. Il se trouve dans une évolution constante de son être social*’. É dentro dessa dinâmica incessante que o homem se decide: escolhe-se ou perde-se”. (Tradução livre: “a essência do homem é movimento. Ele

não pode permanecer como está. Ele se encontra em uma evolução constante em seu ser social”).

[5] BREIER, Ricardo. “*Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do direito penal*”, p. 96.

[6] Op. Cit. 4, p. 134.

[7] MIR, Jose Cerezo. “*O finalismo, hoje*”, p. 39-49. O mesmo autor ainda completa: “a ação não é uma mera soma de elementos objetivos e subjetivos, mas sim direção do curso causal pela vontade do homem”. Muitos doutrinadores utilizam expressões diferentes para conceituar a ação na concepção de Welzel, mas, em todos os casos, resta demonstrado que a finalidade e a autonomia possuem valores absolutos. Assim, por exemplo, para Othon de Azevedo Lopes “a ação corresponde sempre a uma criação de sentido cuja espinha dorsal é a vontade que a cria e lhe dá forma”.

[8] Op. Cit. 4.

[9] GRECO, Luis. “*Introdução à dogmática funcionalista do delito*”, pg. 128.

[10] MIR, Jose Cerezo, p. 40: “a inclusão do dolo no tipo subjetivo dos delitos dolosos, vinha avalizada, ademais, por outros argumentos de caráter sistemático: a existência de outros elementos subjetivos do injusto, a punibilidade da tentativa e a presença em certos tipos de condutas inequivocamente finalistas, que não poderiam ser compreendidas de um modo puramente causal”.

[11] HIRSCH, Hans Joachim. “*El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*”, p. 11-30, 2003.

[12] MIR, Jose Cerezo: “a inclusão do dolo no tipo subjetivo dos delitos dolosos, vinha avalizada, ademais, por outros argumentos de caráter sistemático: a existência de outros elementos subjetivos do injusto, a punibilidade da tentativa e a presença em certos tipos de condutas inequivocamente finalistas, que não poderiam ser compreendidas de um modo puramente causal”.

[13] MIR, José Cerezo: “o tipo de injusto dos delitos culposos abrange a produ o de um resultado de modo puramente causal, cego, como conseq ncia de uma a o finalista que n  observa o cuidado objetivamente devido”.

[14] Op. Cit. 13, p. 41. “O desvalor da a o nos delitos dolosos vem determinado pelo modo, forma ou grau de sua realiza o, pelo dolo, pelo restante dos elementos subjetivos do injusto, quando existentes e pela infra o de deveres jurídicos específicos que obrigam ao autor. Nos delitos culposos, o desvalor da a o   formado pela inobservância do cuidado objetivamente devido. Por sua vez, o desvalor do resultado nos delitos dolosos e culposos vem representado pela lesão ou perigo concreto a um bem jurídico”.

[15] Pois, para os naturalistas, a o   todo movimento que causa uma modifica o no mundo exterior; o que leva alguns doutrinadores, como José Cerezo Mir, a defenderem que “um conceito de a o diverso do finalista seria n  s  incongruente, como inútil e fonte de equívocos na constru o ou interpreta o dos tipos de injusto”.

[16] ROXIN, Claus. *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal*.

[17] Op. Cit. 16.

[18] Op. Cit. 16.

[19] Os fundamentos de que a Teoria Finalista n  poderia ser aplicada em crimes culposos são tão consistentes, que, o próprio Welzel, no final de sua obra, reconheceu que a melhor denomina o para a estrutura da a o seria ‘biocibern tica’, que estaria relacionada ao direcionamento, ou controle, dos atos pela vontade, presente tanto nos delitos dolosos quanto nos culposos.

[20] Op. Cit. 16.

[21] BACIGALUPO, Enrique. “*Sobre a teoria da año finalista e sua significa o no direito penal*”, p. 135-157.

[22] Op. Cit. 16, p. 129.

[23] SCHÜNEMANN, Bernd. *La relación entre ontologismo y Normativismo en la dogmática jurídico-penal*: “(...) los puntos de vista normativista y ontologista no se excluyen entre sí, sino se completan uno al otro. En efecto, el punto de partida normativo decide qué estructuras de la realidad son relevantes jurídicamente al mismo tiempo, en el ulterior desarrollo y concretización de los principios normativos deben ser tomados en consideración los detalles de la estructura de aquel sector de la realidad que es declarado normativamente como relevante”. Nesse sentido declara Roxin: “Não tenho aversão ao empírico (...) proponho, pelo contrário, uma dogmática plena de dados empíricos, que se ocupa das realidades da vida de modo muito mais cuidadoso que um finalismo concentrado em estruturas lógico-reais um tanto abstratas. Mas é verdade que o parâmetro de decisão político-criminal, que seleciona e ordena os dados empíricos jurídico-penalmente relevantes, tem preponderância. Normativismo e referência empírica não são métodos que se excluem mutuamente, mas que se complementam”.

[24] Op. Cit. 16: “defendo uma extensiva introdução de dados empíricos na sistemática e na dogmática das teorias gerais do direito penal. Mas oponho-me à maneira como isso é feito pela teoria finalista da ação e suas pretensões quase de direito natural”.

[25] BREIER, Ricardo. “*Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do direito penal*”, p. 94-120.

[26] Além de analisar as categorias do crime, o legislador pode observar categorias externas às lógico-reais, considerando, p. ex. a necessidade de aplicação da pena.

[27] Op. Cit. 16.

[28] Op. Cit. 16.

[29] Op. Cit. 16.

[30] Op. Cit. 16.

[31] PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte Geral*. “A imputação objetiva do resultado – numa perspectiva radical – pode ensejar um risco à *segurança jurídica* e, além disso, conduz lentamente à *desintegração* da categoria dogmática da

tipicidade (de cunho altamente *garantista*), não delimita os fatos culposos penalmente relevantes e provoca um perigoso aumento dos tipos de injusto dolosos. Acaba, desta forma, por atribuir ao agente perigos juridicamente desaprovados – e ainda que totalmente imprevisíveis do ponto de vista subjetivo – através de um tipo objetivo absolutamente desvinculado do tipo subjetivo”.

[32] Op. Cit. 16.

[33] Op. Cit. 16.

[34] Op. Cit. 16.

[35] Nesse sentido, apresenta-se a famosa frase de Liszt: “o direito penal é a barreira intransponível da política criminal”.

[36] Op. Cit. 16.

[37] HIRSCH, Hans Joachim. “*El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*”, p. 29 e 35.

[38] GRECO, Luis. Apud Jorge Figueiredo Dias. *Resultate und probleme beim aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystem*. Coimbra-Symposium. P. 357-365.

## **AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS EM DECORRÊNCIA DE ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO**

**PAULO EDUARDO FEITOSA BRITO:** Advogado (OAB/CE 29324)/ Servidor Público / Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza / Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Fortaleza.

**RESUMO:** O artigo trata da ação de reparação de danos em decorrência do assédio moral no trabalho. Foi realizado um estudo sobre a ação judicial em comento, abrangendo, dentre outros aspectos: competência material para processamento, provas e critérios de responsabilização do agressor. Demonstrou-se que, ocorrendo o assédio moral, é lícito que o empregado busque a rescisão indireta de seu contrato de trabalho e ingresse na via judicial. A demanda deverá ser proposta na Justiça do Trabalho e o magistrado terá que analisar, um por um, os elementos ensejadores da responsabilidade civil. Deverão ser respeitadas as regras processuais definidas na Consolidação das leis do trabalho, sendo assegurado às partes o direito de se manifestar, exercendo o contraditório, e o direito ao recurso. Havendo conciliação, o termo vale como decisão irrecorrível, somente podendo ser impugnado por ação rescisória.

**Palavras-chaves:** Assédio moral. Justiça do trabalho. Rescisão indireta. Reparação de danos. Procedimento ordinário. Procedimento sumaríssimo.

---

### **INTRODUÇÃO**

Há casos em que, mesmo em ambientes de trabalho saudáveis, não é possível evitar o assédio moral. A empresa deve proporcionar os meios para diminuir os casos de assédio, mas isso não é garantia



de que não haverá mais nenhuma agressão. São nessas situações, em que não foi possível evitar o assédio moral, que devem ser apresentados à vítima os meios que ela tem de reivindicar uma reparação pelos danos sofridos, sendo a ação de reparação de danos um desses meios.

## **DESENVOLVIMENTO**

### **Relação circular entre o direito material e o processo**

Ao nomear este tópico de relação circular entre o direito material e o processo me utilizo de expressão consagrada pelo jurista Fredie Didier Júnior (2013, p. 25). Segundo o autor “não há processo oco: todo processo traz a afirmação de ao menos uma situação jurídica carecedora de tutela. Essa situação jurídica afirmada pode ser chamada de direito material processualizado”.

Desta forma é que o autor coloca a instrumentalidade do processo. O processo necessita do direito material, que é a sua substância, enquanto o direito material também precisa do processo para ser efetivado. Trata-se de relação de complementaridade.

Dito isso, tão importante quanto conhecer o direito material é conhecer as nuances do processo: a competência para julgar o feito, a necessidade ou não de provar determinados fatos, a quem incumbe a prova dos fatos, etc. A fim de esclarecer essas questões, remete-se o leitor ao próximo tópico.

### **Ingresso na via judicial**

É válido iniciar a abordagem do tópico tratando da competência para julgar os casos de indenização por assédio moral. Esta competência é indiscutivelmente da Justiça do Trabalho, em decorrência da Emenda Constitucional nº 45 do ano de 2004 que alterou, entre outros dispositivos, o art. 114 da Carta Magna.

Neste sentido são os ensinamentos de Élisson Miessa (2014, p. 99):

Com a inclusão do art. 114, VI, da CF/88, por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, terminou a divergência acerca da competência da Justiça Trabalhista para processar e julgar ‘as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho’. Definiu-se, pois, que tais ações são de competência dessa Justiça Especializada.

Pacificado é, portanto, o entendimento de que a Justiça do Trabalho é competente para julgar as ações de danos morais e materiais provenientes da relação de trabalho, se incluindo nessa competência a ação em decorrência de assédio moral.

É importante que a vítima, trabalhador assediado, saiba que possui meios de eliminar a situação de assédio e requerer seus direitos, ainda que tenha que fazer isso através do judiciário, o que geralmente é feito em situações extremas ou após o término do contrato do trabalho, tendo em vista o conflito inerente ao processo. Conforme ensina Aparecido Inácio (2012, p. 129) é possível que o empregado busque a rescisão indireta por justa causa do empregador pela via judicial caso este não concorde com o pleito do obreiro, não havendo a necessidade que o empregado espere uma demissão para então buscar seus direitos, como de fato é mais comum, vejamos:

Se tiver provas suficientes, a vítima pode recorrer à Justiça do Trabalho ingressando com uma reclamação trabalhista com pedido de indenização por dano moral. Ou então poderá optar por uma ação pedindo rescisão indireta do contrato de trabalho, com base no artigo 483, da CLT, que caracteriza a falta grave ou justa causa do empregador.

Como bem explanou o autor, a situação de assédio moral é motivo suficiente para o pleito de danos morais e para a caracterização da rescisão indireta do contrato de trabalho com

base no art. 483 da Consolidação das leis do trabalho. Oportuno, pois, colacionar o citado dispositivo legal para análise:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários. § 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço. § 2º - No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho. § 3º - Nas hipóteses das letras 'd' e 'g', poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo.

Como visto, o supracitado artigo elenca várias hipóteses de falta grave do empregador, todas elas ensejadoras da rescisão indireta. Algumas alíneas guardam especial relação com o assédio moral como, por exemplo, as que expressam situação em que o empregado é tratado pelo empregador ou por seus superiores

hierárquicos com rigor excessivo e a que prevê a rescisão em decorrência da prática de atos lesivos da honra e boa fama. Importante destacar que o parágrafo terceiro do mesmo artigo já faz a previsão do pleito por indenizações, independente da permanência do empregado no serviço até o final da decisão do processo.

Enfatizo que, além da rescisão indireta por falta grave do empregador, pode e deve o trabalhador buscar cumulativamente uma reparação pelos danos sofridos, mesmo no caso de ele ter sido *a priori* demitido por uma falsa alegação de justa causa. Na Justiça do Trabalho vigora o princípio da verdade real dos fatos, sendo dada maior importância ao que verdadeiramente ocorreu do que ao que foi alegado.

Não poderia ser diferente, já que o empregador, normalmente, se encontra em condição mais vantajosa que o empregado em vários aspectos, sendo incomum que o empregado tenha a iniciativa de confrontar seu patrão para exigir a rescisão indireta por falta grave deste, até porque normalmente a vítima depende do emprego para seu sustento e, por isso, suporta o assédio moral até o momento em que é demitida.

Em síntese, pode o trabalhador pleitear uma reparação perante o poder judiciário sempre que forem violados seus direitos. Fazemos, entretanto, a ressalva que, embora haja certa divergência doutrinária, prevalece que para responsabilizar alguém devem estar presentes os seguintes elementos ensejadores da responsabilidade civil: conduta, dano, nexa causal e culpa, sendo este último requisito às vezes dispensado como veremos adiante.

Salutar expor o posicionamento de Flávio Tartuce (2014, p. 362) em consonância com o exposto no parágrafo precedente, vejamos:

A primeira conclusão é que, tradicionalmente, a doutrina continua considerando a culpa genérica ou *lato sensu* como pressuposto do dever de indenizar, em regra. Todavia, há doutrinadores

que deduzem ser a culpa genérica um elemento accidental da responsabilidade civil, como é o caso de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que apresentam somente três elementos para o dever de indenizar: a) conduta humana (positiva ou negativa), b) dano ou prejuízo e c) nexo de causalidade. De qualquer forma, ainda prevalece o entendimento de que a culpa em sentido amplo ou genérico é sim elemento essencial da responsabilidade civil, tese à qual este autor se filia. Desse modo, pode ser apontada a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar, reunindo os doutrinadores aqui destacados: a) conduta humana; b) culpa genérica ou lato sensu; c) nexo de causalidade; d) dano ou prejuízo.

Demais disso, o art. 927 do Código civil que regulamenta a obrigação de indenizar nos fornece informações úteis, vejamos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Por uma análise sistemática chegamos à conclusão que quando alguém viola direito e causa dano a outrem, esta pessoa fica obrigada a indenizar o dano gerado, sendo em alguns casos necessário provar a ocorrência da conduta, dano, nexo de causalidade e culpa em sentido amplo e em outros casos necessário apenas a prova da conduta, dano e do nexo de causalidade, dispensando-se o aferimento da culpa.

A regra é a responsabilidade subjetiva do empregador, ou seja, este irá ser responsabilizado caso aja com dolo ou culpa, todavia, também há casos em que o empregador responderá de forma objetiva, independentemente de culpa. Uma dessas hipóteses é a consubstanciada no art. 932, III do Código civil, *in verbis*: “são também responsáveis pela reparação civil: o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele” combinado com o art. 933 do mesmo diploma legal, que diz que “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos terceiros ali referidos”. Corroborando nosso pensamento aduziu Aluisio Henrique Ferreira (2009, p. 78-79):

Vale destacar que, quem indeniza o assédio moral é o empregador, em face de seu dever legal de suportar os prejuízos causados por seus prepostos, empregados ou serviçais. O empregador deve responder pela má escolha de seu empregado preposto ou serviçal que não tem cultura ou educação suficiente para o convívio em um ambiente com outras pessoas, ou por não fiscalizar e coibir o que o terrorismo psicológico ocorra dentro de sua empresa [...]. Assenta-se legalmente esta responsabilidade objetiva do empregador no inciso III do artigo 932 do Código Civil, onde é estabelecido que o empregador é responsável civilmente pelos atos de seus empregados, prepostos e serviçais, em razão ou no exercício de seu trabalho. Pode-se citar, também, o artigo 933 da mesma lei civil, que versa sobre a responsabilidade, independente de culpa por atos dos terceiros. Vê-se, assim, que o empregador responde objetivamente pela indenização em virtude do assédio moral, seja pela má escolha de seus prepostos ou empregados, seja por não coibir no



ambiente de trabalho práticas deles advindas, lesivas à moral e à saúde de seus subordinados ou colegas de trabalho. Dessa sorte, o trabalhador assediado moralmente pode manejar reclamação na Justiça do Trabalho pleiteando a indenização por assédio moral contra a empresa empregadora, devendo provar os fatos que alega, na forma dos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, I, do Código de Processo Civil, a qual responderá objetivamente pelos fatos praticados por seus empregados ou prepostos.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Ricardo Resende (2014, p. 306):

Em qualquer dos casos de assédio moral no ambiente de trabalho o empregador responde pelos danos morais, tendo em vista que ‘o empregador ou comitente’ é responsável civilmente ‘por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele’ (art. 932, III, do CCB/2002). Além disso, no caso de o dano não ter sido provocado diretamente pelo empregador, a responsabilidade é objetiva.

Outra hipótese de responsabilidade objetiva, ou seja, sem a necessidade de demonstrar dolo ou culpa, que merece destaque é a prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código civil, *in verbis*: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Ou seja, caso a atividade desenvolvida habitualmente por quem causou o dano seja de risco, a responsabilidade também será objetiva.

Deverá, portanto, o juiz analisar os autos e aplicar a responsabilidade subjetiva ou objetiva nos ditames da lei para cada caso. Estando delineada a conduta ilícita, o dano, o nexos de causalidade e a culpa no caso de responsabilidade subjetiva, o magistrado deve deferir uma reparação compatível com o dano. Esta é, inclusive, uma disposição expressa do Código civil, mais precisamente do art. 944 do referido diploma legal, que diz que “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Flávio Tartuce (2014, p. 365), tratando do referido dispositivo aduz que:

Pertinente, mais uma vez, deixar claro que para o Direito Civil não importa se o autor agiu com dolo ou culpa, sendo a consequência inicial a mesma, qual seja, a imputação do dever de reparação do dano ou indenização dos prejuízos. Todavia, os critérios para a fixação da indenização são diferentes, eis que os arts. 944 e 945 da atual codificação consagram a chamada redução equitativa indenização.

Ainda que não existisse o referido dispositivo, é natural que a reparação seja proporcional ao dano, pois faz parte da razão de existência do instituto da reparação civil a tentativa de restabelecer o *status quo*, ou seja, ao estado de fato anterior ao dano.

Suponhamos que um empregado proponha uma ação de reparação de danos por assédio moral em face de seu empregador e, verificando o caso, o juiz não encontre qualquer violação ao direito à intimidade e à honra, à dignidade da pessoa humana, à proteção dos trabalhadores, às condições de trabalho ou às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho. Ora, neste caso podemos concluir que a sentença será de improcedência, pois é inerente às agressões de assédio moral pelo menos a violação da honra do trabalhador e de sua dignidade.

Os princípios servem de indicadores tanto para o magistrado quanto para o próprio empregado. Há situações de pressão que são inerentes ao trabalho e não caracterizam assédio moral, há ofensas que poderiam ser causa de uma reparação por dano moral, mas também não caracterizam o assédio. O assédio moral é caracterizado por ataques repetitivos de forma dissimulada que visam atingir a vítima em seu íntimo, causando diversos prejuízos ao trabalhador. É somente a partir dessa situação que o empregado deve buscar no judiciário a reparação e o deferimento de medidas repressivas e preventivas se o assédio ainda estiver ocorrendo. Segundo Marie-France Hirigoyen (2011, p. 15):

Tendemos a falar de assédio quando somos perseguidos pelo tempo, associando assim o termo ao estresse. Falamos igualmente de assédio cada vez que nos sentimos humilhados pela hierarquia, mesmo que a agressão tenha sido pontual. Ora, segundo o dicionário Robert, assediar é ‘submeter sem trégua a pequenos ataques repetidos’. É claramente um ato que só adquire significado pela insistência.

Importante, portanto, determinar se há realmente uma agressão, e, caso positivo, delimitar que tipo de agressão está configurada para que sejam tomadas as medidas cabíveis. Existente, de fato, a situação de assédio, é muito importante que a vítima reúna provas para ter sucesso em sua ação de reparação de danos, pois segundo o art. 818 da Consolidação das leis trabalhistas “a prova das alegações incumbe à parte que a fizer”, sendo, então, ônus da vítima demonstrar a situação em que se encontra. Sobre este assunto discorre Aparecido Inácio (2012, p. 108):

Para que a vítima do assédio consiga vencer o processo na justiça e obtenha uma indenização, é indispensável que faça prova de suas alegações. Por isso o assediado deverá munir-se de todos os elementos probatórios possíveis se quiser buscar na Justiça uma indenização. A justiça do Trabalho se baseia em

provas convincentes que consigam comprovar a aludida agressão. Pode ser por meio de testemunhas, documentos, cópias de memorandos, CD-ROM, filmes, circulares, e-mails. Admite-se também a gravação da conversa, se esta se der por meio de um dos interlocutores. Fique ciente: para comprovar o delito, é essencial que se estabeleça o que se chama de 'nexo de causalidade' entre as condutas do infrator e os sintomas do assédio apresentados pela vítima. Nessa situação, nem sempre é possível utilizar os meios probatórios acima e, em função disso, bilhetes, gravações obtidas legalmente, laudos médicos, testemunhas, etc. acabam sendo os recursos usados, pois, do contrário, será a palavra do assediado(a) contra a do(a) assediador(a). Para confirmar se os danos causados pelo assédio moral foram de ordem psíquica, física ou decorrentes de outros fatores, o juiz poderá ainda nomear um perito: médicos clínicos e psiquiatras, psicólogos e outros, caso a caso.

Aparecido Inácio destaca bem a importância da prova, pois é necessário que se estabeleça o nexo de causalidade entre a conduta do assediador e o dano. O magistrado, ainda que dotado de boa vontade, precisa de elementos concretos para proferir uma sentença de procedência em favor do trabalhador vítima de assédio moral. O direito afirmado, sem provas, não é mais que mera alegação.

### **Síntese das fases do processo**

Abre-se este tópico a fim de informar como se dará o processamento da ação de reparação de danos decorrentes de assédio moral. Inicialmente será abordado o procedimento ordinário e, após, tratar-se-á brevemente acerca do procedimento sumaríssimo.

No procedimento ordinário o processo é inaugurado com a propositura da ação, em razão do princípio da inércia ou princípio dispositivo, segundo o qual, em regra, o Estado não presta a tutela jurisdicional de ofício. É neste momento que a vítima provocará o judiciário, fazendo uma breve exposição dos fatos e o seu requerimento. A reclamação trabalhista pode ser verbal ou escrita. Importante destacar que, caso a reclamação seja feita verbalmente deve o reclamante, salvo motivo de força maior, apresentar-se no prazo de cinco dias à secretaria para reduzi-la a termo sob pena de perempção, conforme artigo 786 da Consolidação das leis do trabalho, *in verbis*:

Art. 786 - A reclamação verbal será distribuída antes de sua redução a termo.  
Parágrafo único - Distribuída a reclamação verbal, o reclamante deverá, salvo motivo de força maior, apresentar-se no prazo de 5 (cinco) dias, ao cartório ou à secretaria, para reduzi-la a termo, sob a pena estabelecida no art. 731.

De acordo com o artigo 783 do mesmo diploma normativo, a distribuição das reclamações será feita pela ordem rigorosa de sua apresentação ao distribuidor, quando houver. Após o recebimento e protocolo da reclamação, o escrivão ou secretário, deve remeter, em 48 horas, a contrafé da petição inicial ao reclamado, notificando-o para comparecer à audiência de julgamento, que, conforme artigo 841 da Consolidação das leis do trabalho, será a primeira desimpedida, depois de cinco dias. De acordo com o parágrafo primeiro do mesmo artigo, a notificação deve ser feita em registro postal com franquia. Caso o reclamado crie embaraço ao seu recebimento ou caso não seja encontrado, a notificação deve ser feita por edital, inserida no diário oficial ou no que publicar o expediente forense. Não havendo, deve ser afixada na sede do juízo.

Na audiência devem as partes estar presentes, independentemente do comparecimento de seus representantes judiciais, tendo em vista o *jus postulandi* inerente ao processo do

trabalho. Esclareça-se que o *jus postulandi* consiste, exatamente, na capacidade que a parte tem de atuar no processo trabalhista independente de estar assistida por advogado. Neste sentido Élisson Miessa (2014, p. 141) leciona: “No processo do trabalho, admite-se porém que o empregado e o empregador postulem em juízo pessoalmente, ou seja, sem a necessidade de advogado. É o que se denomina de *jus postulandi* das partes”.

Confirmando esse importante instituto, temos o artigo 791, *caput*, da Consolidação das leis do trabalho e o enunciado 425 da súmula do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

Súmula Nº 425 – JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE – Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03.05.2010

O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Iniciada a audiência, antes da apresentação da defesa, o juiz proporá a conciliação das partes, em conformidade com o artigo 846 da Consolidação das leis do trabalho. De acordo com Élisson Miessa (2014, p. 266) “uma vez firmada a conciliação, o termo lavrado valerá como decisão irrecurável, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas”. A informação do autor no sentido de o termo valer como decisão irrecurável é bastante significativa, uma vez que o efeito prático será que somente por ação rescisória poderá ser impugnado o referido termo.



Não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para sua defesa caso esta seja oral, seguindo-se então à instrução do processo. A regra é que a audiência seja contínua, mas se não for possível concluí-la no mesmo dia, o juiz deverá marcar a sua continuação para a primeira data desimpedida, independentemente de nova notificação.

Finda a instrução, é permitido às partes aduzir razões finais. Em seguida o juiz proporá novamente a conciliação e, restando esta proposta infrutífera, será proferida a decisão. Todo esse trâmite da audiência pelo procedimento ordinário tem fundamento nos artigos 843 a 852 da Consolidação das leis do trabalho.

Já o procedimento sumaríssimo tem regras distintas estatuídas nos artigos 852-A a 852-I da Consolidação das leis do trabalho. Será o procedimento adotado caso a ação tenha valor da causa até quarenta salários mínimos, e desde que não seja parte a Administração Pública direta, autárquica ou fundacional. É o que dispõe do artigo 852-A, caput e parágrafo único da Consolidação das leis do trabalho, vejamos:

Art. 852-A. Os dissídios individuais cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação ficam submetidos ao procedimento sumaríssimo. [Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000](#)

Parágrafo único. Estão excluídas do procedimento sumaríssimo as demandas em que é parte a Administração Pública direta, autárquica e fundacional. [Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000](#)

As reclamações submetidas ao rito sumaríssimo devem ter pedido certo e determinado, além disso, não há citação por edital, sendo incumbência do autor indicar o nome e endereço corretos do reclamado, sob pena de arquivamento da reclamação e condenação do reclamante ao pagamento de custas sobre o valor da causa. A apreciação da reclamação deve ocorrer no prazo

máximo de quinze dias do seu ajuizamento, podendo constar de pauta especial. Oportuno colacionar o fundamento legal:

Art. 852-B. Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo: [\(Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000\)](#)

I - o pedido deverá ser certo ou determinado e indicará o valor correspondente; [\(Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000\)](#)

II - não se fará citação por edital, incumbindo ao autor a correta indicação do nome e endereço do reclamado; [\(Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000\)](#)

III - a apreciação da reclamação deverá ocorrer no prazo máximo de quinze dias do seu ajuizamento, podendo constar de pauta especial, se necessário, de acordo com o movimento judiciário da Junta de Conciliação e Julgamento. [\(Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000\)](#)

§ 1º O não atendimento, pelo reclamante, do disposto nos incisos I e II deste artigo importará no arquivamento da reclamação e condenação ao pagamento de custas sobre o valor da causa. [\(Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000\)](#)

§ 2º As partes e advogados comunicarão ao juízo as mudanças de endereço ocorridas no curso do processo, reputando-se eficazes as intimações enviadas ao local anteriormente indicado, na ausência de comunicação. [\(Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000\)](#)

Tendo sido obedecidos todos os preceitos legais, inclusive com a notificação da parte reclamada, deve ter início a audiência, que será única. O juiz, uma vez aberta a sessão, deve esclarecer as partes sobre as vantagens da conciliação, utilizando inclusive meios de persuasão para a solução conciliatória do litígio, conforme

preceito legal. Interessante destacar que, no procedimento sumaríssimo, as provas são produzidas na audiência de instrução e julgamento ainda que não requeridas previamente. Trata-se de procedimento simplificado que atende ao princípio da celeridade.

De acordo com o artigo 852-F do multimencionado diploma normativo, “na ata de audiência serão registrados resumidamente os atos essenciais, as afirmações fundamentais das partes e as informações úteis à solução da causa trazidas pelas prova testemunhal”. Por fim será proferida sentença, que dispensa o relatório e, na qual o juiz adotará a decisão que reputar mais justa e equânime.

Em ambos os procedimentos a sentença estará sujeita a recursos, que poderão eventualmente chegar até o Supremo Tribunal Federal, passando pelo Tribunal Regional do Trabalho e pelo Tribunal Superior do Trabalho conforme o caso concreto. Caso haja conciliação, uma vez firmado o termo não caberá recurso algum, exceto no que concerne às contribuições previdenciárias, sendo a ação rescisória o meio apto para desconstituição do termo.

## CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que o assédio moral no trabalho pode resultar em uma ação de reparação de danos a ser julgada pela Justiça do Trabalho e que, para que a ação seja julgada procedente, deve a vítima demonstrar a conduta do assediador, o dano e o nexos de causalidade, além da culpa em sentido amplo, nos casos em que a prova desta é exigida.

Menciona-se que, uma vez entendendo pela procedência da demanda, deve o magistrado estabelecer a indenização conforme a extensão do dano, em obediência ao art. 944 do Código Civil, a fim de restabelecer o *status quo ante*.

Por fim, demonstra-se que o processo pode seguir o procedimento ordinário, conforme artigos 843 a 852 da Consolidação das leis do trabalho, ou o procedimento sumaríssimo,

regido pelos artigos 852-A a 852-I do mesmo diploma normativo, caso a ação tenha valor de até quarenta salários mínimos e desde que não seja parte a Administração Pública direta, autárquica ou fundacional.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Consolidação das leis do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal de 1988**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1, 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERREIRA, Aluísio Henrique. A responsabilidade civil do empregador por assédio moral no trabalho. **Revista F@pciência**, Paraná, v. 5, n. 8, p. 67-81, 2009.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo o assédio moral. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

INÁCIO, Aparecido. **Assédio moral no mundo do trabalho**. São Paulo: Idéias & Letras, 2012.

MIESSA, Élisson. **Processo do trabalho**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

## AS PEDALADAS FISCAIS E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

**LARISSA COLANGELO MATOS VIDAL:**  
Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza.

**RESUMO:** Este trabalho busca analisar a prática das “pedaladas fiscais”, traçando seu conceito, finalidade e relação com a Lei de Responsabilidade Fiscal, perpassando pela subsunção da referida prática à hipótese de crime de responsabilidade, bem como pela ilegalidade da medida e suas repercussões jurídicas. Tece-se, ainda, considerações acerca da competência do do Tribunal de Contas da União na emissão de parecer sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República.

**Palavras-chave:** Pedaladas Fiscais. Conceito. Finalidade. Operações de Crédito. Lei de Responsabilidade Fiscal. Tribunal de Contas da União. Crime de Responsabilidade.

---

### 1 INTRODUÇÃO

Com efeito, em julgamento histórico (acórdão 2461/2015 ATA 40 – Plenário<sup>[1]</sup>), o Tribunal de Contas da União (TCU) recomendou por unanimidade, na data de 07/10/2015, a rejeição das contas de 2014 do governo federal. Por unanimidade, os ministros, que seguiram o voto do relator Augusto Nardes, concluíram que o balanço apresentado pela União continha irregularidades que feriram preceitos constitucionais, a Lei Orçamentária e a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Pesou, na análise, as chamadas “pedaladas fiscais”. Destacou-se que houve “afrenta de princípios objetivos de comportamentos preconizados pela Lei de Responsabilidade Fiscal, caracterizando um cenário de desgovernança fiscal”, bem como que o governo criou “uma irreal condição”, que permitiu um gasto adicional de forma indevida. “

Consoante o relator, “revelou-se o desprestígio que o Poder Executivo devotou ao Congresso Nacional, não somente ao adotar medidas ao arrepio da vigente Lei de Responsabilidade Fiscal, mas também ao promover, por exemplo, a abertura de créditos suplementares sem prévia autorização legislativa, desmerecendo o papel preponderante que exerce o Poder Legislativo no harmônico concerto entre os Poderes da República, princípio fundamental da Nação, e descumprindo mandamento expresso da atual Constituição da República”.

Ressalte-se que, desde 1937, o TCU nunca havia encaminhado ao Congresso Nacional um parecer pela rejeição das contas de um presidente da República. Nos últimos 78 (setenta e oito) anos, a Corte de Contas sempre havia concluído pela aprovação das contas apresentadas pelo Executivo.

## 2. PEDALADAS FISCAIS

### 2.1 Conceito

Aprioristicamente, consigne-se que “pedalada fiscal” foi o nome atribuído à prática do Tesouro Nacional de atrasar, intencionalmente, o repasse de dinheiro para bancos públicos e autarquias, a exemplo do INSS. Por meio de tal prática, o governo apresentava todos os meses despesas menores do que elas deveriam ser na prática e, assim, ludibriava o mercado financeiro e especialistas em contas públicas.

Conforme explicou o Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Dr. Marcus Abraham, “a manobra das “pedaladas” consistia na postergação mensal do repasse, para

certos bancos públicos, de recursos financeiros destinados ao atendimento de programas sociais e previdenciários (bolsa família, abonos, pensões, aposentadorias etc.), gerando para o Governo, como benefício, um temporário aumento no superávit primário das contas públicas e uma aparente maior capacidade de cumprimento das metas fiscais, diante de um real desequilíbrio fiscal e das sérias dificuldades financeiras que o país atravessa”[2].

## **2.2 Finalidade**

Referida prática constitui, em verdade, uma espécie de “empréstimo disfarçado”, tendo em vista que o ente se utiliza de recursos de bancos públicos para financiar despesas, como os programas sociais, mas paralelamente não os restitui, de modo a configurar operação de crédito.

De fato, tais operações de crédito ocultas entre o governo e os bancos distorceram a realidade fiscal, de modo que ajudam a maquiar as contas do governo, podendo ser empregadas para elevar o superávit primário (economia feita para pagar os juros da dívida pública) ou evitar um déficit primário maior (quando as despesas são maiores que as receitas).

## **2.3 Pedaladas Fiscais e a Lei de Responsabilidade Fiscal**

Aprioristicamente, urge consignar o conceito de operações de crédito como os “recursos obtidos quando o Estado é o tomador de recursos. Aqui o Estado coloca títulos públicos à disposição dos particulares, de modo a cobrir déficits orçamentários”[3].

No tocante às mencionadas “pedaladas”, tem-se que as mesmas ensejam violação ao artigo 36 da Lei Complementar n.º 101/2000 - LRF (Lei de Responsabilidade Fiscal), que proíbe operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo, senão vejamos:



Art. 36. É proibida a operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo. Parágrafo único. O disposto no caput não proíbe instituição financeira controlada de adquirir, no mercado, títulos da dívida pública para atender investimento de seus clientes, ou títulos da dívida de emissão da União para aplicação de recursos próprios.[4]

Tal proibição não é em vão e se justifica por razões de transparência, controle e gestão fiscal responsável, conforme diretrizes traçadas na própria LRF.

O regime das vedações para a contratação de operação de crédito possui previsão nos artigos 34 a 37 da LRF. Com relação às exigências para tais operações, estas também estão previstas em lei, constando no art. 32 do mesmo diploma legislativo.

Conforme a LRF, a contratação de operações de crédito exige a existência de prévia e expressa autorização, constante na LOA, em créditos adicionais ou em lei específica, além de inclusão no orçamento ou em créditos adicionais dos recursos provenientes da operação, exceto quando se tratar de operações por antecipação da receita orçamentária (ARO).

Nesse ponto, pertinente fazer um paralelo com a Lei 4.320/1964, segundo a qual a LOA deve compreender todas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei[5].

Essas previsões remetem ao princípio orçamentário da universalidade, contido no artigo 165, § 5º, da Constituição Federal de 1988[6], o qual preconiza que o orçamento deve conter todas as despesas e receitas da Administração. Ressalte-se que as receitas assinaladas no art. 3º, parágrafo único, da Lei no 4.320/64 são exceções ao referido princípio (dentre elas, estão as decorrentes de operações de ARO)[7].

Desse modo, além de violar o princípio da universalidade, constata-se que as “pedaladas” ensejam um sistemático e abrangente descumprimento de princípios basilares que regem a administração pública, como princípio da transparência, princípio do equilíbrio das contas públicas e princípio da legalidade.

Infringe o princípio da transparência (ou publicidade), na medida que se verifica transações omitidas nas estatísticas fiscais e projeções de despesas obrigatórias deliberadamente desconsideradas na programação orçamentária e financeira; outrossim, viola o equilíbrio das contas públicas quando, ao final do exercício, em consequência de todos os procedimentos irregulares, o resultado fiscal foi de déficit primário, em ambiente econômico em que se observava a elevação das taxas de juros que incidem sobre a dívida pública e dos índices inflacionários; por outro lado, viola o princípio da legalidade, tendo em vista o descumprimento de normas legais em vários procedimentos de gestão orçamentária e financeira.

O Tribunal de Contas da União – TCU - citou ainda, em seu parecer, o desrespeito aos princípios da prudência e do planejamento, que são menos habituais em análises estritamente jurídicas.

Registre-se que a legislação brasileira, em especial a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), preocupou-se em estabelecer limites para a dívida pública e fixar metas fiscais de superávit para reduzir parte dessa dívida. Desse modo, o conhecido superávit primário nada mais é do que a economia feita para pagar juros e demais encargos da dívida pública.

A Lei de Responsabilidade Fiscal diz que a LDO (Lei de Diretrizes Orçamentárias) incluirá “anexo de metas fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes”[\[8\]](#).

Desta feita, tem-se que a utilização das “pedaladas” reflete diretamente nas metas fiscais estabelecidas na LDO, uma vez que não relaciona as operações de crédito que o Governo realiza com os bancos públicos, deixando, portanto, de computar tal despesa para fins de alcance da meta anual, que ficará superavitária enquanto não ocorrer o adimplemento desse empréstimo feito disfarçadamente.

Pertinente tecer considerações a respeito da “regra de ouro” do direito financeiro. Referida regra estatui a proibição de que receitas de operações de crédito sejam superiores às despesas de capital; ou seja, é vedado ao Estado a obtenção de receitas através de empréstimos para custear despesas correntes. Desse modo, as operações de crédito em cada exercício devem se reportar somente às despesas de capital.

Na legislação pátria, a “regra de ouro” está prevista tanto na Constituição Federal quanto na Lei de Responsabilidade Fiscal, *in verbis*:

Art. 167. São vedados: [...] III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta[9];

Art. 12. As previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, considerarão os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem, e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas. [...]

§ 2o O montante previsto para as receitas de operações de crédito não poderá ser superior ao das despesas de capital constantes do projeto de lei orçamentária[10].

Por meio da regra de ouro, o que o legislador tenta evitar é que despesas correntes (contínuas) sejam pagas por uma fonte não habitual, ou seja, vincula despesas constantes às receitas permanentes do Estado, que não sejam fruto de uma operação específica ocorrida isolada ou eventualmente.

Registre-se que o mencionado parágrafo 2º do artigo 12 da LRF é mais restritivo que a norma constitucional supra, de sorte que foi alvo da ADI 2.238-5, julgada procedente, nesse ponto, para adequar a lei à Constituição, autorizando as ressalvas contidas no inciso III do artigo 167.

## **2.4 Tribunal de Contas e Competência**

A necessidade de um órgão de controle, autônomo e independente, dos atos de índole administrativo-financeira nasce com o próprio desenvolvimento do Estado, mormente no Estado em que os bens administrados pertencem à coletividade, como é o caso do Estado republicano. O princípio do controle é, pois, corolário do princípio republicano, na medida que visa a fiscalização da atividade financeira do Estado e da forma como os recursos foram e estão sendo aplicados.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 atribui ao Tribunal de Contas da União o controle externo sobre a Administração Pública Federal, destacando-se a competência para apreciar, mediante parecer prévio, as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, nos termos do seu art. 71, inciso I[11]. Esse parecer deve ser elaborado em sessenta dias a contar do recebimento das referidas contas.

Consoante destacado no acórdão do TCU nº 2461/2015, “a análise realizada pelo Tribunal subsidia o órgão de cúpula do Poder

Legislativo com elementos técnicos para emitir seu julgamento e, assim, atender a sociedade, no seu justo anseio por transparência e correção na gestão dos recursos públicos”[12].

Desta feita, à Corte de Contas compete, essencialmente, a análise técnico-jurídica das contas e a apresentação do resultado ao Poder Legislativo. Assim, após a apreciação e emissão do parecer prévio, as contas são encaminhadas ao Congresso Nacional, ao qual compete o julgamento, conforme disposto no art. 49, inciso IX, da Constituição da República[13].

## **2.5 Ilegalidade e Crime de Responsabilidade**

Com efeito, crimes de responsabilidade são infrações de natureza político-administrativa, as quais foram, em nossa ordem jurídica, inicialmente previstas na Constituição de 1891, sob forte influência do modelo norte-americano. Na atual Carta Magna, em relação ao Presidente da República, estão previstas no artigo 85.

Para análise de eventual subsunção das “pedaladas” à hipótese de crime de responsabilidade, pertinente citar a Lei 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade, cujo teor dispõe:

Art. 4. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra: VI - A lei orçamentária;

Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária: 4 - Infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária.

No mesmo diapasão, assevera o artigo 85 da Constituição Federal:

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] VI - a lei orçamentária;

Desse modo, verifica-se que a violação sistemática dos artigos da LRF e da Lei nº 4.320/64, enquadra-se na previsão de crime de responsabilidade, consoante os dispositivos acima transcritos.

### 3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, constata-se a ilegalidade da atuação governamental por meio de “pedaladas fiscais”, haja vista a literal vedação constante no art. 36 da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como as disposições em contrário preconizadas na Lei 4.320/64 e na Constituição Federal de 1988.

Ademais, como visto, tal conduta pode vir a ensejar imputação por crime de responsabilidade, o que dá azo à abertura de processo de impeachment perante o Poder Legislativo.

### REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000.

BRASIL. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964.

BRASIL. Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950.

PASCOAL, Valdecir. **Direito Financeiro e Controle Externo**. 9. ed. São Paulo: Método, 2015.

LEITE, HARRISON. **Manual de Direito Financeiro**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2461/2015 ATA 40 – Plenário. Relator: NARDES, Augusto. Data da sessão: 07-10-2015. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>. Acessado em 06-08-2016.

ABRAHAM, MARCUS. **Coluna Fiscal: Para entender as pedaladas fiscais**. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/coluna-fiscal-para-entender-as-pedaladas-fiscais>>. Acesso em: 4 ago. 2016

#### NOTAS:

[1] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2461/2015 ATA 40 – Plenário. Relator: NARDES, Augusto. Data da sessão: 07-10-2015. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>. Acessado em 06-08-2016

[2] ABRAHAM, MARCUS. **Coluna Fiscal: Para entender as pedaladas fiscais**. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/coluna-fiscal-para-entender-as-pedaladas-fiscais>>. Acesso em: 4 ago. 2016

[3] LEITE, HARRISON. **Manual de Direito Financeiro**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 173.

[4] BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000.

[5] Art. 3º. A Lei de Orçamentos compreenderá todas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei.

[6] Art. 165 [...] 5º A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a



voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

[7] Art. 3º [...] Parágrafo único. Não se consideram para os fins deste artigo as operações de crédito por antecipação da receita, as emissões de papel-moeda e outras entradas compensatórias, no ativo e passivo financeiros.

[8] Art. 4º [...] § 1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

[9] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

[10] BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000.

[11] Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

[12] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2461/2015 ATA 40 – Plenário. Relator: NARDES, Augusto. Data da sessão: 07-10-2015. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>. Acessado em 06-08-2016.

[13] Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

## O (NOVO) CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A CONTAGEM DOS PRAZOS EM DIAS ÚTEIS NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL: UM DIÁLOGO POSSÍVEL?

**LUCIANO ROBERTO GULART CABRAL JÚNIOR:**  
Mestrando em Direito e Justiça Social na Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera do Rio Grande. Advogado (OAB/RS).

**Resumo:** Objetiva-se, neste artigo, analisar a possibilidade de incidência da mudança na contagem dos prazos proporcionada pelo Código de Processo Civil de 2015 no âmbito do Juizado Especial Cível. Primeiramente, abordar-se-á como o (novo) Código de Processo Civil alterou a forma de contagem dos prazos processuais, e a correspondente omissão de previsão legal específica quanto à matéria relativa aos Juizados Especiais Cíveis. Em seguida, apreciar-se-á a possibilidade de a nova modalidade de contagem de prazos mencionada incidir no Juizado Especial Cível. Nesse cenário que se realiza a presente pesquisa qualitativa, por intermédio do método dedutivo de abordagem e do método monográfico de procedimento, com base na bibliografia e legislação pertinentes.

**Palavras-chave:** Novo Código de Processo Civil; contagem; prazo; Juizado Especial Cível.

**Sumário:** Introdução. 1. A contagem dos prazos no (novo) Código de Processo Civil e nos Juizados Especiais Cíveis. 2. É possível a incidência da contagem prevista no (novo) Código de Processo Civil no âmbito do Juizado Especial Cível? Considerações finais. Referências bibliográficas.

---

### INTRODUÇÃO

O (novo) Código de Processo Civil de 2015 trouxe mudanças suaves e radicais no processo civil brasileiro. Uma das mais marcantes se centra na contagem dos prazos processuais, que a alteração legislativa sepultou a contagem contínua para estabelecer que somente os dias úteis devem ser utilizados para tal cômputo. Objetiva-se neste artigo, portanto, através de uma pesquisa qualitativa que maneja um método de abordagem dedutivo e um método de procedimento monográfico, por intermédio da bibliografia e legislação relacionadas, analisar como deve ser procedida a contagem do prazo no Juizado Especial Cível diante da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

### **1. A CONTAGEM DOS PRAZOS NO (NOVO) CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NOS JUIZADO ESPECIAIS CÍVEIS**

No Brasil, o processo civil foi regulado pelo Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Durante o período de sua vigência, inúmeras e profundas reformas foram modificando-o constantemente, na tentativa de readequá-lo ao cenário jurídico que se transformava com o passar do tempo.

Relativamente ao prazo, o Código de Processo Civil de 1973 dispunha que os prazos seriam computados excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o dia de vencimento. Quando este último coincidissem com feriados ou com dias em que o expediente forense fosse alterado ou inexistente, o encerramento do prazo era prorrogado até o primeiro dia útil subsequente. O início do prazo, por sua vez, pressupunha um dia útil, de modo que também eram aplicáveis as hipóteses de prorrogação retromencionadas. Observe-se:

Art. 184 do CPC/1973: Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

§ 1º. Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado

ou em dia em que: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - for determinado o fechamento do fórum;

II - o expediente forense for encerrado antes da hora normal.

§ 2º. Os prazos somente começam a correr do primeiro dia útil após a intimação (art. 240 e parágrafo único). (Redação dada pela Lei nº 8.079, de 13.9.1990)

Humberto Theodoro Júnior<sup>[1]</sup> obtempera que o início da contagem do prazo deve ocorrer com a exclusão do dia em que efetuado o ato científico (citação ou intimação) porque, se assim não o fosse, estar-se-ia reduzindo o prazo legal para a manifestação da parte – restaria unicamente a fração do dia que sobrasse a partir do momento em que se aperfeiçoa a ciência do ato de ciência. Em relação ao termo final, a ideia é similar: a sua inclusão permite que a parte desfrute-o inteiramente.

Além disso, o Código de Processo Civil de 1973 prescrevia que “o prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados” (artigo 178). O prazo, portanto, em que pese devesse iniciar e encerrar em dia útil, não era interrompido nem suspenso pela existência de dias não úteis entre o termo inicial e final.

O (novo) Código de Processo Civil de 2015 revogou o seu antecessor, e, nesse contexto, a contagem dos prazos sofreu uma revolução no cenário brasileiro. O artigo 219, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, dispõe que “na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis”, e o seu artigo 216 estabelece que “além dos declarados em lei, são feriados, para efeito forense, os sábados, os domingos e os dias em que não haja expediente forense”. Ou seja, se no Código de Processo Civil que o antecedeu o prazo era contado (entre o termo inicial e o termo final) independentemente da

existência de dias úteis ou não úteis no percurso, o atual expressamente institui outra forma de contagem dos prazos, que despreza os dias não úteis, incluindo no cômputo unicamente os dias úteis.

Entretanto, o processo submetido à competência do Juizado Especial Cível dos Estados tem seu procedimento regulamentado pela Lei nº 9.099/1995. Tal norma, de natureza especial, caracteriza-se por uma orientação que preconiza, em linhas gerais, o desenvolvimento simplificado e célere do processo, como se denota dos princípios a que está submetido o Juizado Especial Cível: “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação” (artigo 2º da Lei nº 9.099/1995).

Interessa, no presente artigo, o conteúdo da *celeridade*, aludida pelo dispositivo legal mencionado, que, conforme Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart<sup>[2]</sup>, simboliza que todos possuem o direito a uma resposta tempestiva de suas pretensões submetidas ao Judiciário. Essa tempestividade da prestação jurisdicional decorre da própria baixa complexidade da lide que é adstrita ao Juizado Especial Cível, razão pela qual a resposta deve ser efetiva e breve para pretensamente evitar os efeitos nocivos do tempo sobre o direito. De igual maneira, a celeridade processual é preceito constitucional, como direito e garantia fundamental, onde “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

Idêntico entendimento incide no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais, *ex vi* do artigo 1º da Lei nº 10.259/2001, que aduz que se lhes “aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

## 2. É POSSÍVEL A INCIDÊNCIA DA CONTAGEM PREVISTA NO (NOVO) CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL?

Tanto a Lei nº 9.099/1995 quanto a Lei nº 10.259/2001 são omissas quanto à forma de contagem dos prazos no âmbito do Juizado Especial Cível. Nesse diapasão, para Fátima Nancy Andrichi[3], não há possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Juizado Especial Cível, haja vista que a este a Lei nº 9.099/1995 estatuiu soluções próprias para os seus casos omissos, que se regem pelos seus fundamentos principiológicos; os sistemas são apartados, razão pela qual a aplicação do Código de Processo Civil ao Juizado Especial Cível somente se justifica na hipótese de expressa previsão legal.

O FONAJE[4], no mesmo sentido, anunciou a Nota Técnica n. 01/16[5], de 4 de março de 2016, onde, malgrado assente que “não há prazos legais previstos pela Lei 9.099 para a fase de conhecimento”, aponta que os prazos nos Juizados Especiais Cíveis “sempre foram contados em dias corridos”. A Nota, então, critica a inovação do Código de Processo Civil de 2015, argumentando que “por força do artigo 219, a justiça cível dita comum passa a conviver com a contagem de prazos legais e judiciais em dias úteis, em inexplicável distanciamento e indisfarçável subversão ao princípio constitucional da razoável duração do processo”. Por conta disso, e porquanto o Juizado Especial Cível é regulado por legislação específica, o FONAJE manifestou-se pela “inaplicabilidade do artigo 219 do CPC/2015 aos Juizados Especiais”. Os prazos inexistentes na legislação especial dos Juizados Especiais Cíveis, assim, seriam considerados *judiciais*. Na mesma dicção, o Enunciado nº 165 do FONAJE refere que “nos Juizados Especiais Cíveis, todos os prazos serão contados de forma contínua”.

O Colégio Permanente de Corregedores-Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil – CCOGE, por intermédio da Carta de



Cuiabá, fruto de encontros realizados em 30 de março e 1º de abril de 2016, deliberou por

endossar o entendimento perfilhado pela Corregedoria Nacional da Justiça acerca da inaplicabilidade do Novo Código de Processo Civil ao sistema dos Juizados Especiais, inclusive em relação ao disposto no seu artigo 219, devendo os prazos processuais ser contados em dias corridos.<sup>[6]</sup>

Contudo, o entendimento inverso soa mais confortável diante da respectiva análise do ordenamento jurídico como um todo, não se atendo a uma dogmática extremamente conservadora. Com efeito, conforme Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>[7]</sup>, “mesmo na ausência de dispositivo expresso determinando a aplicação subsidiária do CPC às ações que se processam perante os juizados especiais cíveis, referida aplicação se dá pelo fato de o CPC ser a lei ordinária, geral, do direito processual civil no Brasil”. E isso porque o Estatuto dos Juizados Especiais Cíveis

cria um sistema processual próprio, distinto do sistema criado pelo Código de Processo Civil. Trata-se do sistema processual adequado para as ‘causas cíveis de menor complexidade’ [...]. Este microssistema segue princípios e regras próprios, distintos daqueles estabelecidos pelo Código de Processo Civil, mas o sistema do CPC lhe é subsidiariamente aplicável.<sup>[8]</sup>

A omissão da previsão acerca do modo de contagem do prazo no âmbito do Juizado Especial Cível não permite que se julgue que o Judiciário possa, a seu bel-prazer, “suprir” essa lacuna legal com o estabelecimento de um prazo judicial sob o argumento de que o Código de Processo Civil não pode incidir no Juizado Especial Cível, porque os princípios deste impedem que assim o seja. Com efeito, “embora o regramento específico, os postulados em comento não servem de carta branca a se refutarem as



garantias dos cidadãos à prestação jurisdicional de qualidade”[9]. Ora, os Juizados Especiais Cíveis constituem um microsistema que é compatível com o processo civil comum. Tanto assim o é que a competência dos Juizados Especiais Cíveis é relativa (não absoluta), podendo perfeitamente a demanda tramitar perante o Juízo comum.

Somado a isso, o Código de Processo Civil é o diploma legal que incide sobre o processo civil de um modo geral, pois as regras que estabelece são – desse ponto de vista – gerais. Deixar ao Juiz a fixação do modo como a contagem do prazo deverá ser efetuada, validando tal procedimento com fundamento em um prazo de natureza “judicial”, isto é, que deve ser fixado pelo Judiciário, contribui para que deturpação da independência entre os Poderes, preceito constitucional (artigo 2º).

Ademais, nada obsta que se aplique a analogia ou a interpretação extensiva como meio de suprir a omissão legislativa quando ao ponto em comento. A lacuna deve ser suprida de alguma forma e, vislumbrando o ordenamento como um sistema lógico, é perfeitamente admissível que as normas do processo civil geral se justaponham ao processo civil de procedimento especial. Se assim não o fosse, admitir-se-ia uma brecha normativa, o que deve ser rejeitado proficuamente.

A isso se acrescenta o fato de que a celeridade processual não impede que sejam aumentados os prazos processuais – o que, não obstante, não foi feito, porque apenas a forma de contagem restou modificada. O próprio Código de Processo Civil de 2015 estipula que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (artigo 4º), bem como que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (artigo 6º), de maneira que a sua interpretação, no seu contexto, permite concluir que as regras que dispõem sobre prazos no Código de Processo Civil de 2015 não se dispõem a ir de encontro à celeridade processual – ainda mais

porque a Constituição determina a sua obediência, e a normatividade da Lei Fundamental orienta a interpretação da norma infraconstitucional (princípio da interpretação conforme a Constituição), e não o inverso, inclusive sendo tal assertiva ratificada (desnecessariamente do ponto de vista eminentemente jurídico) pelo artigo 1º do Código de Processo Civil<sup>[10]</sup>.

Aliás, a mudança da contagem dos prazos para dias úteis beneficia as partes (e os advogados). O prazo computado em dias úteis é uma conquista dos jurisdicionados e dos advogados que, assim como os serventuários da Justiça, merecem o descanso nos feriados (legais, o que inclui o sábado e o domingo). É sabido que a causa da morosidade processual é o Poder Judiciário ineficiente, conservador, ortodoxo, com material humano insuficiente – inclusive há casos de relutância ao processo eletrônico. Os processos estagnam nas estantes dos cartórios e nos gabinetes dos Juízes, e atribuir à inovação do Código de Processo Civil de 2015 a pecha de medida contraproducente e afrontante ao princípio da celeridade chega a ser risível e, para dizer o menos, com desvinculação da realidade judiciária brasileira.

O Enunciado 175 do FONAJEF<sup>[11]</sup> se direciona nesse prisma:

Enunciado nº 175 do FONAJEF: Por falta de previsão legal específica nas leis que tratam dos juizados especiais, aplica-se, nestes, a previsão da contagem dos prazos em dias úteis (CPC/2015, art. 219).

A questão gera, de fato, insegurança jurídica. Como se aceitar que um tema tão delicado quando a contagem de prazos processuais fique à mercê do alvedrio do Juiz para decidir se deve ou não aplicar tal cômputo exclusivamente em dias úteis? As relações jurídico-processuais não podem ser vítimas de tal incerteza.

Outra pergunta surge: se se entende que ao Juizado Especial Cível não se aplica em hipótese alguma a forma de contagem dos prazos prevista no Código de Processo Civil, em que se baseava a inquestionável modalidade contínua que sempre foi aplicada? Quer-se dizer: é notório que no Juizado Especial Cível se contavam os prazos continuamente porque a previsão expressa do Código Civil de 1973 assim o determinava. Nessa conjuntura, alterando-se o Código de Processo Civil, é inteligível, adequado, razoável, lógico e racional que o Juizado Especial Cível siga a modificação. Do contrário, prosseguir-se-á fundado em uma legislação revogada que foi sucedida por outra que segue uma orientação diversa sobre o processo.

Derradeiramente, saliente-se que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 70.548, o Supremo Tribunal Federal assentou que “havendo dúvida sobre a perda de prazo, deve-se entender que ele não se perdeu”<sup>[12]</sup>. Isso reflete tanto o direito à ação, à defesa, ao recurso, quanto o direito a não surpresa processual, e também a instrumentalidade processual, que obsta que o processo seja encarado como um fim em si mesmo. As consequências da perda de um prazo processual podem ser trágicas, motivo pelo qual a dúvida jamais pode prejudicar o jurisdicionado, que é, em última instância, o principal interessado direto na resolução do litígio.

Embora o tema seja controverso, entende-se, destarte, que a contagem de prazos somente em dias úteis, instituída pelo Código de Processo Civil de 2015, aplica-se subsidiariamente ao Juizado Especial Cível, mormente porque é hipótese de omissão da legislação especial que o regula.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Eventual dúvida que paire sobre a incidência da contagem dos prazos em dias úteis estipulada pelo atual Código de Processo Civil nos Juizados Especiais Cíveis deve ter como solução uma inevitável resposta positiva. Com efeito, os postulados particulares do Juizado Especial Cível não obstam tal incidência, e

os argumentos que se valem da celeridade para negar a premissa inicial olvidam que o principal responsável pela morosidade judicial é o próprio Órgão Judiciário.

Por outro lado, a omissão legal permite que se conclua – seja sob o fundamento da analogia ou da interpretação extensiva, seja pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais Cíveis, seja em razão de que a dúvida não pode prejudicar a parte em um ato processual – que a contagem dos prazos no Juizado Especial Cível deve ocorrer exclusivamente em dias úteis.

Destarte, busca-se, em um primeiro momento, compatibilizar as normas do processo comum ao processo especial, que é omissivo, e, secundamente, evita-se a insegurança jurídica e preconiza-se o direito ao exercício do ato processual. A solução ideal, contudo, perpassa pela indicação legislativa que extirpe qualquer dúvida que exista e esclareça como a contagem do prazo deve ocorrer no Juizado Especial Cível, máxime pelos novos ares propiciados pelo Código de Processo Civil de 2015.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O novo CPC e a sua aplicação nos Juizados Especiais. In: LINHARES, Erick (coord). **Juizados Especiais Cíveis e o novo CPC**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 9-20.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 27 set. 1995.

BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Diário Oficial da União, 13 jul. 2001.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 70548 BA**. Recurso Extraordinário. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Brasília, 03 set. 1970.

CABRAL JÚNIOR, Luciano Roberto Gulart. A inconstitucionalidade e a ilegalidade dos enunciados sobre a validade de citação de pessoa física recebida por terceiro no âmbito do Juizado Especial Cível. **Boletim Conteúdo Jurídico**, n. 528, p. 41-51, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**: uma abordagem crítica. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CCOGE – Colégio Permanente de Corregedores-Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil. **Carta de Cuiabá**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/carta-cuiaba-encoge.pdf>>. Acesso em 5 ago. 2016.

FONAJE. Fórum Nacional de Juizados Especiais Cíveis. **Nota Técnica n. 01/2016**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/wp-content/uploads/2014/11/notafonaje13032016.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. v. 2. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação**

**extravagante**. 11<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOTAS:

[1] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 246.

[2] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. v. 2. 7<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 706-707.

[3] ANDRIGHI, Fátima Nancy. O novo CPC e a sua aplica o nos Juizados Especiais. In: LINHARES, Erick (coord). **Juizados Especiais Cíveis e o novo CPC**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 15-16.

[4] O FONAJE tem como objetivos congregar Magistrados do Sistema dos Juizados Especiais e suas Turmas Recursais; uniformizar procedimentos, expedir enunciados, acompanhar, analisar e estudar os projetos legislativos e promover o Sistema de Juizados Especiais; e colaborar com os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo da União, dos Estados e do Distrito Federal, bem como com os órgãos públicos e entidades privadas, para o aprimoramento da presta o jurisdiccional. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/>>. Acesso em 5 ago. 2016.

[5] FONAJE. Fórum Nacional de Juizados Especiais Cíveis. **Nota Técnica n. 01/2016**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/wp-content/uploads/2014/11/notafonaje13032016.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

[6] CCOGE – Colégio Permanente de Corregedores-Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil. **Carta de Cuiabá**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/carta-cuiaba-encoge.pdf>>. Acesso em 5 ago. 2016.



[7] NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1604.

[8] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**: uma abordagem crítica. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 4.

[9] CABRAL JÚNIOR, Luciano Roberto Gulart. A inconstitucionalidade e a ilegalidade dos enunciados sobre a validade de citação de pessoa física recebida por terceiro no âmbito do Juizado Especial Cível. **Boletim Conteúdo Jurídico**, n. 528, 2016. p. 46.

[10] Art. 1º do CPC/2015: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

[11] O FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – tem por objetivo “discutir temas, sistemáticas e soluções para aprimorar o funcionamento dos juizados especiais federais, a partir do debate a respeito das mais diversas situações vivenciadas pelos juízes federais que atuam nestes órgãos da Justiça Federal”. Disponível em: < <http://www.ajufe.org/eventos/fonajef/fonajef/>>. Acesso em 05 ago. 2016.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 70548 BA**. Recurso Extraordinário. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Brasília, 03 set. 1970.



## SUSTENTAÇÃO ORAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**EDMARA DE ABREU LEÃO:** Procuradora Municipal do Município de Manaus. Pós-graduação Lato Sensu em Direito Processual pela Universidade da Amazônia e especialização em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Atualmente é Procuradora do Município de Manaus.

**Resumo:** O presente artigo destaca a sustentação oral no Novo Código de Processo Civil como direito da parte e até de terceiros. Com a previsão no seu artigo 937, a Lei n. 13.105/2015 inova ao trazer as hipóteses de cabimento do instituto, além de estabelecer o procedimento da sustentação oral.

**Palavras-chave:** Sustentação oral – Direito de defesa - Novo Código de Processo Civil – Procedimento.

---

### 1. INTRODUÇÃO.

A sustentação oral é um reflexo do direito constitucional à ampla defesa garantido pelo artigo 5º, inciso LV, o qual estabelece que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”*

Entendida como meio de defesa, a sustentação oral permite que os advogados das partes, no dia do julgamento e depois da exposição da causa pelo relator, expliquem as razões do seu recurso ou das suas contrarrazões ao recurso.

Com base constitucional, diversos dispositivos legais trataram da sustentação oral.

No Código de Processo Civil de 1973, houve a previsão no artigo 554[1], que admitia a sustentação oral pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos, para cada uma das partes, não sendo cabível nos casos de agravo de instrumento e embargos de declaração.

No Estatuto da Advocacia, Lei n. 8.906/94, a possibilidade do advogado apresentar sustentação oral foi bastante ampliada. No inciso IX, do artigo 7º, da Lei n. 8.906/94, foi previsto como direito do advogado, sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido.

Já nos regimentos internos dos tribunais, com destaque para o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal[2] e Superior Tribunal de Justiça[3], a sustentação oral era admitida, mas eram previstas inúmeras hipóteses de não cabimento.

Com o Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, foram identificadas as hipóteses de cabimento da sustentação oral e regulamentado o seu procedimento, como adiante será abordado.

## **2. DA SUSTENTAÇÃO ORAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DA ANÁLISE DO ARTIGO 937 DO NCPC.**

Como já abordado, a sustentação oral é instrumento de defesa da parte, que, através de seu advogado, tenta demonstrar aos membros do Tribunais que as suas razões ou contrarrazões ao recurso merecem ser acolhidas.

Pelo CPC/2015, a sustentação oral veio prevista no art. 937.

O referido dispositivo assim dispõe:

Art. 937. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e,

nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do [art. 1.021](#):

I - no recurso de apelação;

II - no recurso ordinário;

III - no recurso especial;

IV - no recurso extraordinário;

V - nos embargos de divergência;

VI - na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação;

VII - (VETADO);

VIII - no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência;

IX - em outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do tribunal.

§ 1º A sustentação oral no incidente de resolução de demandas repetitivas observará o disposto no [art. 984](#), no que couber.

§ 2º O procurador que desejar proferir sustentação oral poderá requerer, até o início da sessão, que o processo seja julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências legais.

§ 3º Nos processos de competência originária previstos no inciso VI, caberá sustentação oral no agravo interno interposto contra decisão de relator que o extinga.

§ 4º É permitido ao advogado com domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal realizar sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que o requeira até o dia anterior ao da sessão.

Interpretando o referido artigo, admite-se a sustentação oral, na sessão de julgamento e depois da exposição da causa pelo

relator, primeiro pelo recorrente e posteriormente pelo recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos.

Também se admite a sustentação oral pelo *amicus curiae*, nos termos do art. 138 do CPC, que apesar de não ser parte no processo, é figura extremamente relevante.

No caso de sustentação oral no incidente de resolução de demandas repetitivas, o prazo é de 30 (trinta) minutos e, dependendo do número de inscitos, pode ser ampliado (art. 984, §1º, do CPC).

Ainda, o *caput* do art. 937 estabelece que, em relação ao procedimento, a sustentação oral deve observar o que dispõe os respectivos regimentos internos dos tribunais. Para tanto, faz alusão ao disposto na parte final do *caput* do [art. 1.021\[4\]](#).

Já, de acordo com os incisos I a VII, a medida de defesa é cabível nos recursos de apelação, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência, ação rescisória, mandado de segurança e reclamação.

Novidade inserida pelo inciso VIII e parágrafo 3º que deve ser observada frente ao disposto no artigo 131, §2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal[5], foi a previsão de sustentação oral em agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência e em agravo interno interposto contra decisão de relator de extinga processos de competência originária, no caso, ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação.

Destaca-se que, quanto às hipóteses de não cabimento do instrumento de defesa, o artigo 159 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que já está de acordo com o NCPC, consoante a Emenda Regimental n. 22, de 16 de março de 2016, veda a sustentação oral em embargos declaratórios, arguição de suspeição, tutela de urgência requerida no Superior Tribunal de Justiça, em caráter antecedente, agravo, salvo expressa disposição legal em contrário, exceção de suspeição, exceção de impedimento, medidas protetivas de urgência - Lei Maria da Penha, medidas

protetivas - Estatuto do Idoso, pedido de busca e apreensão criminal, pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico, cautelar inominada criminal, alienação de bens do acusado, embargos de terceiro, embargos do acusado, insanidade mental do acusado, restituição de coisas apreendidas, pedido de uniformização de interpretação de lei, prisão preventiva e prisão temporária.

Já o inciso VII, do art. 937 do CPC, foi vetado pela Presidência da República. Tal dispositivo previa a possibilidade de sustentação oral no agravo interno originário do recurso de apelação, de recurso ordinário, de recurso especial ou de recurso extraordinário.

De acordo com as razões do veto, a previsão de sustentação oral para todos os casos de agravo interno resultaria em perda de celeridade processual, princípio norteador do novo Código, provocando ainda sobrecarga nos Tribunais[6].

Pelo seu inciso IX, o artigo 937, prevê a possibilidade de sustentação oral em outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do tribunal.

Por tal dispositivo, tanto a lei quanto o regimento interno dos tribunais podem ampliar as hipóteses de cabimento da sustentação oral.

É o caso de possibilidade de sustentação oral em medida cautelar, nas hipóteses de ADI, ADC e liminar em ADPF, nos termos do artigo 10, §2º, da [Lei n. 9.868/99\[7\]](#) e art. 6º, §2º, da [Lei n. 9.882/99\[8\]](#).

Quanto aos dispositivos legais e regimentais que conflitem com as hipóteses de cabimento trazidas pelo artigo 937, entende-se que os mesmos devem ser adequados com vistas a observar o NCPC, a exemplo do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Pelo parágrafo 2º, tem prioridade de julgamento, o processo no qual o advogado requer a sustentação oral, até o início da sessão, sem prejuízo das preferências legais.

Por derradeiro, o parágrafo 4º inovou ao trazer a possibilidade de sustentação oral por videoconferência.

Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno[9]:

*“Ponto extremamente positivo reside, este graças ao Projeto da Câmara, no §4º do art. 937, que permite a sustentação oral por meio de videoconferência ou recurso tecnológico equivalente quando o advogado tiver domicílio profissional diverso daquele onde o Tribunal é sediado. Que prevaleça, a este respeito, o correto entendimento quanto ao dever de os Tribunais disponibilizarem o que for necessário para a realização do ato a distância, nos mesmos moldes do art. 453, § 2º.*

Alguns tribunais como o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal Regional da 5ª Região já disciplinaram e aplicam o referido dispositivo.

Destaque para o Ato nº 00101/2016, de 17/03/2016, do TRF da 5ª Região[10] que dispôs sobre os pedidos de sustentação oral, por videoconferência, nas sessões de julgamento no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

### **3. CONCLUSÃO**

Das explicações aqui fornecidas, conclui-se que a sustentação oral, entendida como meio de defesa constitucionalmente garantida às partes, foi ampliada pelo NCPC.

Nesse sentido, o NCPC admitiu também que as leis e os regimentos internos dos tribunais previssessem a possibilidade de sustentação oral e até ampliassem as suas hipóteses de cabimento.

E, com o rol taxativo das suas hipóteses de cabimento previsto no art. 937, os regimentos internos dos tribunais devem observar o disposto no NCPC, de forma a não conflitarem com ele.

Tais modificações possibilitam uma melhor efetividade do direito à ampla defesa.

Também conferida a terceiros, como no caso do *amicus curiae*, a sustentação oral permite ao relator e aos demais membros do tribunal uma visão mais específica dos autos, uma vez que o advogado tem a possibilidade de explicar de forma resumida as razões ou contrarrazões do seu recurso, dando ênfase a questões que poderiam ser menosprezadas quando do julgamento pelo colegiado.

#### 4. REFERÊNCIAS

Ato nº 00101/2016, de 17/03/2016, do TRF da 5ª Região.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Novo Código de Processo Civil de 2015 - Comparativo com o Código de 1973*. Salvador: Juspodivm, 2016.  
Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

NOTAS:

[1] **Art. 554.** Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo relator, o presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso.

[2] **Art. 131.** Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor,



recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral.

[3] **Art. 158.** Desejando proferir sustentação oral, poderão os advogados requerer, até o início da sessão, que seja o feito julgado prioritariamente, sem prejuízo das preferências legais.

[4] **Art. 1.021.** Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

[5] **Art. 131. §2º** Não haverá sustentação oral nos julgamentos de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar.

[6] Diário Oficial da União de 17/03/2016.

[7] **Art. 10.** Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

(...)

§2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

[8] **Art. 6º** Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

(...)

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

[9] Bueno, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado/Cassio Scarpinella Bueno*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 585.

[10] **Art. 1º** Os advogados e procuradores que desejarem proferir sustentação oral por videoconferência nas sessões de

juízo das Turmas e do Plenário, deverão inscrever-se, utilizando o formulário eletrônico disponibilizado no sítio do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, até as 12 horas do dia útil anterior ao dia da sessão.

Art. 2º Compete à Subsecretaria de Tecnologia da Informação e às Direções de Foro, por meio dos Núcleos de Tecnologia da Informação, nas Seções Judiciárias, o suporte e a instalação dos equipamentos utilizados no sistema de videoconferência.

§ 1º As Seções e Subseções Judiciárias deverão disponibilizar locais adequados à realização de sustentação oral por videoconferência.

§ 2º O sistema de videoconferência funcionará mediante a utilização de linha privada de comunicação de dados entre o Tribunal e as Seções e as Subseções Judiciárias da Justiça Federal da 5ª Região.

§ 3º Recebido o pedido, a área técnica verificará a disponibilidade do equipamento e a secretaria processante confirmará os dados fornecidos, validando ou não a inscrição no sistema.

Art. 3º Ocorrendo dificuldade de ordem técnica que impeça a realização da sustentação oral por videoconferência, e não sendo possível a solução do problema até o final da sessão, o julgamento poderá ser adiado ou retirado de pauta o processo, a critério do Relator.

Art. 4º Na data do julgamento, o advogado ou procurador deverá comparecer à Seção ou Subseção Judiciária antes do horário marcado para início da sessão da Turma ou Plenário.

Art. 5º Estão habilitados a realizar sustentação oral por videoconferência os advogados e procuradores regularmente constituídos nos processos em julgamento.

Art. 6º As hipóteses de cabimento e o tempo de duração da sustentação oral obedecerão às disposições da Lei Processual e do Regimento Interno do TRF5.

Art. 7º O uso da capa para proferir sustentação oral por videoconferência pelo advogado ou procurador é facultativo.

Art. 8º Os casos excepcionais serão resolvidos pelo presidente do órgão julgador.

Art. 9º Este Ato entra em vigor na data de sua publicação.

## **A QUARTEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E VANTAGENS**

**JÚLIA THIEBAUT SACRAMENTO:** Advogada. Pós-graduada em Direito Administrativo, pela Universidade Cândido Mendes (2014 - 2015). Pós-graduada em Direito Constitucional, pela Universidade Cândido Mendes (2013 - 2014). Aprovada no concurso de Advogado-Geral da União (2015).

**RESUMO:** O artigo pretende abordar um instituto (ainda) pouco utilizado no âmbito das administrações públicas e que, do ponto de vista doutrinário, carece de estudos aprofundados. A quarterização, tema do presente trabalho, tem se apresentado como um modelo de gestão recomendável diante de situações que envolvem a contratação, pela Administração Pública, de diversos e variados fornecedores espalhados em um determinado território, todos destinados a executar um mesmo serviço. A falta de sistematização e controle nessas sucessivas contratações gera prejuízos em termos de eficiência e economicidade, nulificando os benefícios pretendidos com as terceirizações. O artigo se propõe a demonstrar como a quarterização pode se apresentar como uma alternativa positiva a depender do contexto em que se inserem as terceirizações.

**Palavras-chave:** Organização Administrativa. Execução Indireta. Terceirizações. Quarterização. Modelo de gestão e organização administrativa. Características. Vantagens.

---

### **1 INTRODUÇÃO**

Desde o final do século passado, constatou-se que a máquina administrativa do Estado não havia como realizar todas as

atividades necessárias ao desempenho das funções que lhe foram impostas pela Constituição Federal de 1988.

Com isso em mente, muitas privatizações foram realizadas, sobretudo na década de noventa, bem como delegações de serviços públicos, com o fito de que empresas privadas passassem a auxiliar na consecução dos objetivos constitucionais.

Na realidade, mesmo antes do contexto das “desestatizações”, o ordenamento jurídico já havia consagrado, ao menos em tese, o ideal de descentralização de determinadas atividades do Estado, porquanto se percebeu que este não deveria despender tanto tempo, gasto e energia com atividades que não eram prioritárias – mas sim, secundárias, subsidiárias ou acessórias – do ponto de vista do interesse coletivo.

Nesse diapasão, a Administração Pública transferiu a terceiros a execução de atividades acessórias, chamadas também de atividades-meio, para que pudesse focar no desempenho das funções de maior relevância para a sociedade. Esse ato de transferir a terceiros a execução de atividades, isto é, de delegar a terceiros a prestação de determinados serviços, é o que se chama de “terceirização”.

Sucedem que, devido à ocorrência de diversas terceirizações, nem sempre ficou fácil controlar os serviços executados pelas empresas terceirizadas, de modo a própria razão de tal sistemática, que é a obtenção de maior eficiência no desempenho da atividade delegada, restou prejudicada.

Com efeito, foram desenvolvidos novos mecanismos e sistemáticas que possibilitassem um maior controle da execução dos contratos realizada pelos terceirizados. É nesse cenário que surge como alternativa a chamada “quarteirização”, cujo conceito, características e vantagens serão a seguir analisados, à luz de um caso concreto decidido pelo Tribunal de Contas da União, relativo à manutenção preventiva e corretiva da frota de veículos.

## 2 CONCEITO E CARACTERISTICAS DA QUARTEIRIZA O

O fenômeno da descentraliza o administrativa não   novidade. O Decreto-Lei n  200/67, que dispõe sobre a organiza o da Administra o Federal, já há muito previa, no seu art. 10, que “a execu o das atividades da Administra o Federal deverá ser amplamente descentralizada”, ficando consagrada, na alínea “c” do citado artigo, a ideia de descentraliza o “da Administra o Federal, para a órbita privada, mediante contratos ou concessões”.

A inten o do legislador ao prever a descentraliza o, mediante terceiriza es, encontra-se expressa no próprio art. 10,   7 , que menciona como um dos objetivos da descentraliza o “impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa”, pretendendo-se valer, para tanto, da expertise de empresas privadas especializadas na execu o de atividades acessórias àquelas postas como prioridade do Estado. Desse modo, ao delegar a execu o dessas “atividades-meio” a terceiros, o Poder Público finalmente poderia dedicar-se às atividades de real importância para a coletividade, além de reduzir gastos.

O Decreto-Lei n  200/67, decerto, não previu expressamente a quarteiriza o, e sequer poderia t -lo feito, tendo em vista que a quarteiriza o emana do próprio uso, desenvolvimento e incremento das terceiriza es.

A quarteiriza o surge, então, em decorrência dos diversos problemas gerados pelo uso massivo das terceiriza es. Com as frequentes transferências das atividades-meio a terceiros, ficou difícil   Administra o controlar a execu o dos serviços pelos particulares contratados, de modo que, sem a devida fiscaliza o, perdeu-se muito em termos de eficiência na execu o dos serviços terceirizados.

Nesse sentido, vislumbrou-se que em muitas situa es, ao invés de a Administra o montar uma estrutura interna para gerenciar e inspecionar cada contrato privado de serviços terceirizados, seria mais vantajoso transferir a própria gestão,

controle e fiscalização dos contratos de prestação de serviços realizados por terceiros contratados. Essa nova forma de gerenciamento dos serviços pela Administração Pública denomina-se “quarteirização”.

Assim, conforme leciona Rafael Carvalho Resende Oliveira, a “quarteirização”, envolve *“a contratação de empresa especializada com a incumbência de gerenciar o fornecimento de serviços por terceiros à Administração”*. A quarteirização, portanto, constitui nada mais que a terceirização do gerenciamento dos contratos privados de prestação de serviços que a Administração celebra para obter para si determinadas utilidades.

Com a quarteirização, o gerenciamento e a fiscalização dos contratos de serviços terceirizados passam a ser de responsabilidade da uma terceira empresa, chamada de empresa gerenciadora, ou mesmo, “quarteirizadora”. Aliás, na maior parte das vezes, a própria “quarteirizadora” que ficará responsável pela escolha e contratação dos terceiros que irão prestar o serviço “quarteirizado” à Administração.

Nas palavras do ilustre doutrinador Jessé Torres:

*A “quarteirização” é estágio seguinte ao da terceirização, constituindo-se na contratação, pela Administração, de um terceiro privado, especializado em gerenciar pessoas físicas ou jurídicas, os “quarteirizados”, que o terceiro contratará para a execução de determinados serviços ou o fornecimento de certos bens necessários ao serviço público. Em síntese: a função da empresa gerenciadora é administrar a execução do objeto cuja execução contratará a outrem.*

Sergio Viegas, por sua vez, define a quarteirização como a contratação de uma empresa terceira, que tem como finalidade coordenar, com maior qualidade, todos os contratos de



terceiriza o existentes ou que viriam a existir. Ressalta o autor que, além da melhoria na gestão, o desgaste entre a contratante e terceiros executores do serviço fica minimizado pela presença dessa gestora, formando um “colchão” para absorver parte dos problemas.

Como se nota, a quarteiriza o apresenta-se como uma nova sistemática com o objetivo de retomar sobretudo a eficiência na presta o dos serviços pelos terceiros antes contratados diretamente pela Administra o, bem como o de retomar a economicidade na realiza o dessas contrata es, características essenciais aos próprios contratos de terceiriza o, mas que vinham se perdendo.

Nesse novo modelo de “quarteiriza o”, são formadas duas rela es jurídicas distintas: a que se estabelece entre a Administra o Pública e a empresa gerenciadora (quarteirizadora) e a rela o que se estabelece entre a gerenciadora e as empresas executoras do serviço (terceirizadas).

A sistemática, explicando de forma simples, funciona do seguinte modo: o Poder Público formaliza contrato, mediante licita o, com a empresa especializada na gestão que, através de um sistema centralizado e uma rede credenciada, faz a gestão, controle e fiscaliza o de todos os demais contratos de fornecimento e/ou presta o de serviços   Administra o, no ramo de sua especialidade.

A empresa gerenciadora funcionará como espécie de intermediária dos serviços prestados   Administra o. Assim, embora a Administra o Pública continue a ser a tomadora dos serviços, o   apenas indiretamente, tendo em vista que sequer tem rela o com os terceiros prestadores do serviço. Sua rela o se estabelece, exclusivamente, com a contratada e esta sim será a responsável pela contrata o dos executores da atividade de interesse da Administra o.

Cumprе ressaltar que a quarteirização não dispensa a realização de processo licitatório, mas, ao revés, a escolha da empresa especializada para gerir os contratos privados de prestação de serviços deve ser precedida de licitação pública que assegure ampla competitividade aos interessados, na maior medida possível.

Outro ponto a ser aclarado é que o vínculo jurídico da Administração é, única e exclusivamente, com a empresa gerenciadora, e não com os chamados “quarteirizados” (aqueles que prestam o serviço, que executam a atividade de interesse da Administração), o que afasta eventual responsabilidade da Administração Pública por atos praticados pelos terceiros contratados (“quarteirizados”).

Não obstante isso, o Tribunal Superior do Trabalho, no Recurso de Revista nº 203500-57.2006.5.18.0001 (DJ 07.10.2011), entendeu que a Administração tem responsabilidade subsidiária, nos moldes da Sumula nº 331 do Tribunal, pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas dos “quarteirizados”.

Quanto à responsabilidade pelos danos causados à Administração Pública, ou na hipótese de o serviço “quarteirizado” não ter sido prestado adequadamente à Administração, respondem, solidariamente, a empresa gerenciadora – contratada diretamente pela Administração – e os terceiros contratados pela gerenciadora, independentemente de quem tenha causado o dano.

A situação é diversa da que ocorre no subcontrato autorizado pela Administração (art. 72 da Lei 8666/93), pois nesse caso somente o contratado pela Administração (subcontratante do terceiro) responde pela inexecução contratual, ainda que a inexecução se relacione ao objeto subcontratado ao terceiro.

Deve-se frisar, no entanto, que a quarteirização não é possível em todos os contratos e, algumas vezes, sequer é recomendável, estando a opção por sua realização inserida no âmbito da discricionariedade do administrador, segundo critérios de

conveniência e oportunidade, mas sempre mediante análise do melhor custo-benefício e sem perder de vista os princípios constitucionais e administrativos.

Assim, via de regra, podem (em alguns casos, devem) ser quarterizados apenas os serviços *“cuja execução demanda a existência de múltiplos prestadores e/ou fornecedores, preferencialmente organizados em rede, sob gestão e controle informatizados”*, conforme lições de Jessé Torres.

Um dos indicativos que permitem ou recomendam o uso da quarterização como modelo de contratação é, portanto, a existência de diversas empresas capazes de prestar o serviço à Administração, sendo que, a cada momento e a depender da circunstância, é mais vantajoso que o serviço seja desempenhado por uma ou outra empresa quarterizada, funcionando todas elas em sistemática de rede.

Buscando-se evitar contratações urgentes e repentinas com determinado prestador (sem qualquer economicidade), ou ainda, visando a evitar que a Administração seja obrigada a tomar, em toda e qualquer circunstância, os serviços de um único fornecedor (vencedor da licitação), enquanto que, na situação concreta, seria mais benéfico contratar com outro prestador do serviço, exsurge a quarterização como solução mais indicada. Isso porque ressaltamos mais vantajoso que se centralize em uma única pessoa, *in casu*, nas mãos da empresa gerenciadora, a gestão de todos os contratos com os terceiros que atuam naquele mesmo ramo de atividade.

Assim, a empresa gerenciadora instituirá um sistema no qual credenciará todos os potenciais fornecedores e os organizará em rede, contratando com aquele que melhor atender ao interesse da Administração naquele determinado momento da contratação. É exatamente nisso que consiste a sistemática da *“quarterização”*.

### **3 CASO CONCRETO: QUARTEIRIZAÇÃO DA MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA DE VEÍCULOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Para fins de ilustração, convém trazer à lume um caso concreto envolvendo um contrato de quarteirização firmado no âmbito da Administração Pública Federal, o qual, inclusive, foi objeto de julgamento pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 2731/2009, Plenário, Processo TC nº 032.202/2008-1, DOU de 20.11.2009). Na hipótese, a Corte de Contas manifestou-se pela validade do contrato, cujo objeto consistia na contratação de empresa especializada no gerenciamento da manutenção preventiva e corretiva de veículos.

O novo modelo implantado veio a substituir a usual sistemática de contratação direta dos diversos prestadores do serviço de manutenção de veículos, o que gerava desorganização administrativa e prejuízos à economicidade. Com a quarteirização, uma única empresa gerenciadora se comprometeria a entregar o serviço à Administração, em sua totalidade, mediante a celebração de contratos com terceiros participantes de uma rede própria de fornecedores credenciados.

No caso concreto, essa nova forma de organização – pautada na transferência da administração e do controle dos serviços para uma empresa especializada na atividade – trouxe ganhos variados, como maior eficiência no desempenho da atividade de gerenciamento e, por consequência, melhorias na qualidade do próprio serviço “quarteirizado”, tendo em vista que o novo modelo permitiu que houvesse uma padronização dos serviços prestados, atendimento tempestivo das demandas administrativas, especialmente quando dos deslocamentos dos veículos entre diversos pontos do território nacional, entre outros benefícios.

No tocante ao prazo de duração do contrato administrativo de “quarteirização”, isto é, o contrato que a Administração Pública

celebra com empresa especializada no gerenciamento de determinados serviços,   possível que sua dura o ultrapasse o exercício financeiro, por ser inserir na exce o posta no art. 57, II, da Lei de Licita es.

O contrato de gerenciamento, por envolver um contrato de presta o de serviço[1], e sendo esse serviço de caráter *contínuo*[2], permite que a sua dura o chegue até 60 meses, podendo ser prorrogado sucessivas vezes dentro desse prazo, desde que comprovada a vantagem econômica das possíveis prorroga es.

Um ponto a ser ressaltado, concernente   fiscaliza o do contrato de quarteiriza o,   que a Administra o Pública permanece com o dever jurídico e moral de fiscalizá-lo, tal como ocorre com qualquer contrato administrativo, sob pena de se perderem todos os ganhos e benefícios produzidos pela quarteiriza o.

Se, por um lado, o Poder Público fica livre de fiscalizar o contrato celebrado entre a quarteirizadora e os terceiros prestadores do serviço[3], já que não tem vínculo jurídico com estes (com a ressalva de que o Tribunal Superior do Trabalho já reconheceu, no caso de quarteiriza o, a responsabilidade subsidiária do Estado por *culpa in vigilando*), por outro lado, a Administra o tem o dever legal de fiscalizar o contrato com a empresa especializada gerenciadora.

Jessé Torres, relativamente   fiscaliza o nos contratos de quarteiriza o, deixou registrado que “*o novo modelo implica o fornecimento de relatórios pela empresa gerenciadora, a par de racionalizar o trabalho administrativo do órgão ou entidade pública, daí simplificar a fiscaliza o estatal sobre a execu o do contrato*”, uma vez que, sem tais relatórios, a Administra o Pública se depararia, novamente, com o mesmo grande problema das terceiriza es tradicionais, qual seja, a dificuldade de se

estabelecer uma estrutura interna de controle ou de designar servidores à fiscalização da execução do serviço terceirizado.

#### **4 VANTAGENS DA QUARTEIRIZAÇÃO**

São inúmeras as vantagens da quarteirização. Primeiramente, a quarteirização possibilita a eliminação de estruturas internas da Administração. Caso a Administração Pública pretendesse, ela própria, gerenciar e fiscalizar os contratos de prestação de serviços por terceiros, teria que destinar recursos e pessoal a essa finalidade, além de implementar sistemas próprios e até mesmo, nos casos em que o serviço fosse demasiadamente técnico e fugisse ao conhecimento comum, contratar terceiros para subsidiar o administrador público responsável pela fiscalização.

Desse modo, os custos gerados em função da necessidade de se montar uma estrutura administrativa de controle poderiam sobrepor-se aos ganhos obtidos com a terceirização do serviço especializado ou, minimamente, anulá-los.

Em segundo lugar, a quarteirização proporciona também uma garantia jurídica à Administração, além de preservar a relação econômica entre a Administração e os executores do serviço tomado. Isso se deve ao fato de que a empresa especializada contratada assume completamente a gestão da rede por ela credenciada, não havendo nenhuma relação, em princípio, entre a Administração e os fornecedores ou prestadores do serviço.

Assim, ficam afastadas eventuais acusações de cunho trabalhista, relacionadas à existência de subordinação direta do empregado à Administração Pública. Ademais, a Administração, ao contratar uma única empresa gerenciadora do serviço, não precisará se preocupar com a manutenção dos requisitos de habilitação dos todos os fornecedores, como a regularidade fiscal e trabalhista, minimizando os riscos da Administração.

Um terceiro benefício é a profissionalização da gestão dos contratos e do relacionamento entre as empresas, pois a



quarteiriza o busca evitar a improvisa o de administradores na gestão e fiscaliza o dos contratos de presta o de serviços. Não raro, agentes públicos são desviados de sua fun o original para gerenciar e fiscalizar um contrato de presta o de serviço por terceiro, o que foge ao seu domínio, e constitui causa de insatisfa o por parte dos servidores deslocados, além de gerar significativas perdas de eficiência. Sendo a gestão feita por empresa especializada, tais problemas desaparecem.

## **5 CONCLUSÃO**

Embora não conte com previsão legal explícita, a quarteiriza o vem sendo utilizada, ainda que timidamente, com base no art. 6 , VIII, da Lei 8666/93, que faz alusão   execu o indireta dos serviços, que   aquela em que o órgão ou entidade administrativa contrata terceiros para fazerem a execu o da tarefa.

A quarteiriza o trata-se de nova sistemática que busca reduzir ou extirpar os problemas surgidos em decorrência das terceiriza es ocorridas no âmbito da Administra o Pública, pois, transferindo-se a uma pessoa especializada a gestão e a fiscaliza o dos contratos de presta o de serviços, passa a ser possível que a Administra o concentre esforços nas atividades de interesse público imediato.

  vista disso, a quarteiriza o representa uma alternativa para alavancar os ganhos provindos da terceiriza o, eliminando o inchaço da estrutura interna das empresas e proporcionando maior agilidade e proatividade na soluço dos eventuais conflitos de relacionamento. Permite, assim, que a Administra o Pública atue com maior qualidade e eficiência, não apenas no que diz respeito   execu o de suas atividades-meio, mas também no próprio desempenho de suas atividades essenciais, tendo em vista a concentra o de esforços em tais fins.

## **6 REFERÊNCIAS:**



MACHADO, Carina Couto; CALVOSA, Marcello Vinicius; OLIVARES, Gustavo Lopes. Quarteirização vs Terceirização: uma vantagem competitiva na gestão de contratos. Disponível em: <[http://www.aedb.br/seget/artigos06/867\\_Quarterizacao%20Seget%20Carina.doc.pdf](http://www.aedb.br/seget/artigos06/867_Quarterizacao%20Seget%20Carina.doc.pdf)>. Acesso em 26/08/2014

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo, 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Manutenção da frota e fornecimento de combustíveis por rede credenciada, gerida por empresa contratada: prenúncio da “quarteirização” na gestão pública?. FCGP. Disponível em: . Acesso em: 06/08/2016

VIEGAS, Sérgio (2003). Terceirização: Ferramentas de Gestão. Grupo Nova. Disponível em: . Acesso em 20/08/2014.

#### NOTAS:

[1] No caso da quarteirização, o objeto da contratação administrativa é a própria gerência de contratos com terceiros, e não a manutenção dos veículos ou o fornecimento de combustível, até mesmo porque essas atividades sequer constituem o objeto social da contratada. A contratação, portanto, é de um sistema de gestão. Não se discute que esse sistema de gestão, objeto da contratação, é atividade destinada a conferir determinada utilidade de interesse para a Administração, o que a classifica como “serviço”, nos termos do art. 6º, II, da Lei 8666/93. Mesmo no caso em que o serviço prestado pelo “quarteirizado” for o fornecimento de combustível, que é uma obrigação de dar, e não de fazer, assemelhando-se muito mais de uma compra e venda, não se discute que o objeto do contrato administrativo realizado pela Administração com a empresa gerenciadora (“quarteirizadora”), consiste numa prestação de serviço. No Estado do RS, o Tribunal de Contas foi consultado sobre a natureza do contrato administrativo com empresa especializada no gerenciamento do fornecimento de combustíveis, através da utilização de cartão magnético, o “cartão-combustível”, para aquisição de combustível nos diversos estabelecimentos credenciados. O TC-RS assentou que o critério a ser utilizado para

definir a natureza do contrato administrativo deve se basear na atividade essencial da presta o contratada, isto  , no objeto pretendido com a contrata o. Se por um lado, aquela contrata o tem por fim último a aquisi o de combustível (que se assemelha muito mais de uma compra e venda do que da presta o de um serviço), por outro lado, o contrato tem um aspecto essencial que   a gestão e o controle do abastecimento da frota pela contratada. Assim, de acordo com a Corte de Contas, a atividade preponderante desse contrato   a presta o de uma determinada utilidade para a Administra o, ou seja, a presta o de um serviço   Administra o. Ainda no mesmo caso, se questionou se a cobrança da “taxa de administra o” pela empresa contratada – que, in casu, era 0% (ou seja, inexistente) – não seria elemento essencial para caracteriza o do contrato como de presta o de serviço, já que este tipo de contrato, segundo o CC (art. 594), exige a “retribui o” como um de seus elementos essenciais (isto  , o contrato de presta o de serviços   essencialmente oneroso). Em resposta, o TC afirmou que a “retribui o” no contrato de quarteiriza o está presente, mesmo quando a taxa de administra o   de 0%, pois o ativo que se concede   contratada   a cessão de um direito, qual seja, transfere-se temporariamente   contratada o direito exclusivo de viabilizar   Administra o o fornecimento de um serviço, através da sua rede conveniada. Esta exclusividade   um bem intangível, pertencente   Administra o, que será transferido   contratada, podendo ou não haver, cumulativamente, o pagamento de taxa de administra o. Assim, no caso de contrato de gerenciamento do fornecimento de combustíveis, a natureza será de contrato de presta o de serviços pela contratada, sendo os elementos da compra e venda do combustível, bem como da cessão de direitos, elementos acessórios.

[2] A exce o prevista no art. 57, II, da Lei 8666/93, que permite que o contrato tenha, excepcionalmente, dura o de até 60 meses, faz alusão aos “serviços contínuos”. Poderia o contrato administrativo celebrado com a empresa gerenciadora ser considerado de presta o contínua, considerando que o objeto do aludido contrato   a presta o do serviço de gerenciamento, e não a própria manuten o da frota ou o fornecimento de combustível. Pois, segundo Tribunal de Contas da União (acórdão n  132/2008, DOU 15.02.2008), não somente as atividades essenciais têm caráter de “serviço contínuo”. O que confere caráter “contínuo” a um determinado serviço   a sua essencialidade para o funcionamento

das atividades finalísticas do Estado, de modo que sua interrupção comprometeria a prestação de um serviço público ou o cumprimento de uma missão institucional. Sendo a manutenção preventiva e corretiva de veículos e o fornecimento de combustíveis serviços essenciais para o funcionamento de atividades administrativas fundamentais, assumem caráter de “serviços contínuos” e, por essa mesma razão, o gerenciamento de tais serviços ou aquisições só poderiam ser considerados como “contínuos”, já que sua interrupção comprometeria a prestação de serviços públicos e outras atividades finalísticas do Estado.

[3] No que diz respeito à natureza jurídica do contrato entre a empresa gerenciadora e os seus fornecedores, trata-se de contrato privado, regido pelo Código Civil, afastando-se a sua natureza consumerista, visto que o destinatário final do serviço é a Administração, e não a empresa gerenciadora, o que seria imprescindível para que o contrato se caracterizasse como de consumo.

## **BULLYING NAS ESCOLAS: A RESPONSABILIDADE JURÍDICA DIANTE DO COMPORTAMENTO AGRESSIVO DE ESTUDANTES**

**RAFAEL FORMOLO:** servidor público do Ministério Público da União. Aprovado no concurso para o ingresso de Advogado da União.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo apresentar um estudo sobre a relação entre o Fenômeno Bullying e suas consequências com a Responsabilidade Civil. Tais atitudes rotineiras e agressivas atingem nitidamente a dignidade do ofendido, o que poderá influenciar negativamente sua vida. Assim, ante a agressividade deste comportamento, mostra-se a possibilidade de responsabilizar civilmente aqueles que possuem o dever de vigilância sobre os bullies, ou seja, os agressores, uma vez que, os inúmeros danos causados dificilmente serão reestabelecidos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Bullying; Violência; Danos; Responsabilidade Civil; Instituição de Ensino; Pais.

---

### **1- INTRODUÇÃO**

Os centros escolares vêm a certo tempo sofrendo uma modalidade de violência, o que se chama atualmente de bullying, onde principalmente estudantes, cometem atitudes agressivas, com o intuito de humilhar e amedrontar um determinado grupo de estudantes, ou mesmo contra um único estudante. Essa prática sempre ocorreu no mundo escolar, mas somente na atualidade está sendo abordada como um problema.

Geralmente essa pratica é caracterizada pelas ações agressivas contra alunos, corpo docente e educadores podendo ocorrer tanto por meio de agressões físicas ou morais. Em se

tratando de lesão moral, esta afeta a personalidade da vítima atingindo seus direitos da personalidade, prejudicando consideravelmente o psicológico da criança.

Assim, é com muita dificuldade que a vítima do bullying, após todos os abusos sofridos, tenha uma recuperação favorável, ante os resquícios de sentimento de estar abandonada, impotente e indefesa, ou seja, essa condição a impede de se liberar do sofrimento a qual foi submetida.

Por se tratar de uma questão cada vez mais habitual, a prática do *Bullying* hoje, está sendo abordada com a devida importância, onde a prática violenta e premeditada de causar dano a outrem, deve ser reparada pelos responsáveis dos menores. Dentro desse contexto, deve ser analisado o papel dos responsáveis pelo agressor, como os pais e escolas onde os menores estudam.

Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo o esclarecimento de informações necessárias sobre o assunto, ante a falta de conhecimento, bem como a relevância social do tema sobre os estudos que relacionam o bullying e a responsabilidade civil entre a prática e os danos causados por ela.

Assim, o estudo da responsabilidade civil pelos responsáveis, como Instituições de Ensino, dos pais, tutores e curadores bem como do Estado no bullying escolar foi o objeto de estudo da presente pesquisa bibliográfica, sendo que as metodologias abordadas foram, tanto a pesquisa bibliográfica focada no bullying e na responsabilidade civil, como a utilização de recentes jurisprudências adotadas pelos Tribunais.

## **2 - BULLYING**

### **2.1 Violência e escola**

Segundo o Dicionário Soares Amora<sup>[1]</sup>, violência é o “ato ou o efeito cruel, usado pela força física ou coação moral contra algo ou alguém”. Já no aspecto jurídico, o Dicionário Compacto do Direito define este termo como o “emprego de força material para infligir dano, castigar ou constranger alguém. Abuso do próprio

poder em relação a coisa, animal ou pessoa”[2]. Pode-se resumir em todos os sentidos que a violência é um comportamento que causa dano a outra pessoa, invadindo a integridade física ou psicológica de outrem. Ou seja, é caracterizado pelo uso excessivo de força, causando dano.

Michaud[3] parte do ponto de que para se analisar a violência é necessário analisar o uso corrente e da etimologia das palavras. Utilizando-se do dicionário francês ele encontra algumas definições para a violência como:

O fato de agir sobre alguém ou de fazê-lo agir contra a sua vontade empregando a força ou a intimidação; o ato através do qual se exerce a violência; uma disposição natural para a expressão brutal dos sentimentos; a força irresistível de uma coisa; o caráter brutal de uma ação.

Quando é considerado que a existência de comportamentos de violência abrange uma situação ampla, ou seja, todo o contexto social, não apenas a vítima percebe o caráter personalista deste fenômeno. Não é uma função apenas da vítima para encontrar formas e alternativas para enfrentar, superar as adversidades consequentes, mas envolve a participação do conjunto social que, ao assumir a questão como um desafio a ser combatido pelo coletivo, estimula todos os indivíduos a combater este tipo de violência.

Entretanto, tais definições elencadas pelo autor apontam unicamente para o caráter agressivo das ações, para transformar e mudar a sociedade com a utilização da violência, ignorando a possibilidade de se usá-la para modificar certas maneiras na sociedade.

E, o que ocorre hoje é bem diferente do que é proposto pelo autor, a falta de uma boa educação oferecida pelos pais, bem como sua falta de paciência com seus filhos, e máxima educação fornecidas por televisão, jogos e internet produz na criança a falta de cidadania, comprometimento com o próximo, impaciência, dentre outras características ruins[4].



Nesse sentido, Raymundo de Lima<sup>[5]</sup> em seu estudo afirma que a escola não tem o poder de reverter o processo de agressividade criado dentro dos lares, sendo que, por serem agressivos, tais alunos muitas vezes são chamados de bárbaros. Estes estudantes, os considerados incivilizados, reagem inconscientemente com indisciplina e até violência as situações de críticas por entenderem que é um meio de defesa.

Assim Sueli Barbosa Thomaz<sup>[6]</sup> em seu estudo sobre a violência na escola afirma que:

“a violência começa a mostrar-se cada vez mais imperativa em todos os setores da nossa vida, deixando pais, professores e a sociedade de uma maneira geral, inseguros e preocupados com a segurança e com o futuro das crianças”.

## 2.2 Bullying nas escolas

Muitos são os conceitos que envolvem a violência nas escolas, tais como condutas antissociais, indisciplina e desrespeito. Atualmente com o bullying, os estudantes cometem atitudes agressivas e discriminatórias, com o intuito de menosprezar e intimidar outro grupo de estudantes, e até mesmo contra um único estudante.

O Estado de Santa Catarina aprovou a Lei Estadual nº 14.651, de 12 de janeiro de 2009, a qual afirma que o bullying pode ser caracterizado por inúmeras atitudes praticadas entre estudantes, das as quais se elenca:

Art. 2º: O bullying pode ser evidenciado através de atitudes de intimidação, humilhação e discriminação, entre as quais:

I - insultos pessoais;

II - apelidos pejorativos;

III - ataques físicos;



- IV - grafitagens depreciativas;
- V - expressões ameaçadoras e preconceituosas;
- VI - isolamento social;
- VII - ameaças; e
- VIII – pilhérias.

Quando se fala em bullying fica a aparência de que só ocorre entre alunos contra alunos, o chamado horizontal, quando   praticado por pessoas que se encontram no mesmo patamar. Contudo, existem também, outras modalidades, estas apontadas pelo autor Bruno Fontenele[7], como o bullying vertical descendente, aquele praticado por professor em desfavor de um determinado aluno, e o bullying vertical ascendente, que   o inverso, ou seja, quando a pratica se d  por um aluno contra um professor.

Segundo Raimundo de Lima[8] este fenômeno vem assombrando milhares de crianças e adolescentes causando sérias consequências, tanto no indivíduo quanto no ambiente em que ocorre. Em alguns casos as consequências perduram por toda vida. Neste sentido, merece destaque a pesquisa patrocinada por Ana Beatriz Barbosa Silva[9], médica com p s-graduação em psiquiatria pela UFRJ:

O desenvolvimento de patologias, como, por exemplo, Transtorno do Pânico, Fobia Escolar, Fobia Social (Transtorno de Ansiedade Social - TAS), Transtorno de Ansiedade Generalizada (TAG), Depressão, Anorexia, Bulimia, Transtorno Obsessivo Compulsivo (TOC), Transtorno do Estresse Pós-Traumático (TEPT) também vem sendo observado. Além disso, o bullying pode gerar ou intensificar problemas que já existem.

Geralmente, os praticantes do bullying nas escolas estão dentre o rol de lares onde a agressividade   acentuada, seja

no comportamento dos familiares, ou no acesso excessivo a filmes, programas e jogos com conteúdo violento. Percebe-se, portanto, que a criança é o espelho de quem a cria, onde os praticantes muitas vezes não têm noção, pois ao ouvirem o preconceito e agressividade de seus responsáveis acabam inconscientemente tomando as mesmas atitudes.

Na pesquisa[10] realizada por Hazler e Carney na Universidade de Ohio, foi identificada entre os alunos, a rápida velocidade em que as crianças perdem o controle e se enraivecem usando a força física para descontar sua raiva. Ainda, tais estudos indicam que os jovens agressores possuem personalidades autoritárias, que influenciados com o forte desejo de controlar ou dominar aumenta seu instinto agressivo.

Ao serem vítimas de bullying, muitas vezes a criança ou o adolescente se percebem impotente e sozinho para combater tais comportamentos adotando a "lei do silêncio" que favorece a manutenção desta violência. Em alguns casos, não há nem mesmo o entendimento da situação enquanto uma forma de violência psicológica, o que pode levar a vítima a reconhecer a causa de seu sofrimento, assim, ao se analisar as causas do sofrimento estão sujeitos a atribuir a si mesmo a razão dos sofrimentos sentidos, como mercedores da condição que lhe é imposta.

Lopes Neto[11] afirma que ao ser pego dentro de um ciclo de bullying é muito difícil que a criança ou o adolescente consiga por sua própria conta escapar deste ciclo de violência, já que a própria natureza deste fenômeno permite que ele se alimente da situação e permaneça produzindo relações de abuso, podendo condenar a vítima a inexistência ou a invisibilidade social, ao rejeitá-lo enquanto membro legítimo do grupo.

Wierviorka[12] chama a atenção para as consequências da violência que segundo o autor "é a negação ou atentado contra a integridade física e moral de uma pessoa [...] ela

torna difícil constituir-se como sujeito de uma existência coletiva e, com frequência, também pessoal".

Ainda, nesse sentido, o autor Constantini<sup>[13]</sup> afirma que as consequências vão além do ambiente escolar, por se tratar de uma infração aos indivíduos ou mesmo a um grupo, ou seja, um comportamento agressivo, tanto físico, psicológico e verbal o qual é exercido continuamente, podendo ser causada por apenas um estudante ou por um determinado grupo de estudantes.

Ou seja, a vítima do bullying, após todos os abusos sofridos, dificilmente possui condições para uma recuperação, ante os resquícios de sentimento de estar abandonada, impotente e indefesa. Essa condição a impede de se liberar do sofrimento ao qual foi submetida. Ainda vale ressaltar que, essa dificuldade também se relaciona com a ausência de um abrigo para poder falar dessa situação, dificilmente alguém poderá provê a ajuda necessária para interromper as diversas situações promovidas, ou mesmo para apoiá-la nesse momento difícil.

Devido a estes transtornos sofridos, as vítimas podem futuramente se tornar possíveis agressores no ambiente profissional, social e familiar. Como bem explicita Ana Karina Ramos<sup>[14]</sup>:

As consequências do bullying para as vítimas são inúmeras. O desempenho escolar é uma delas. As dificuldades de aprendizagem demonstradas por aqueles que sofrem os maus tratos são visíveis. [...] Houve relatos de alunos que manifestaram quadros de depressão, ansiedade, e outros transtornos, por terem sido vítimas do fenômeno.

Tentando solucionar o problema Constantini<sup>[15]</sup>prosegue dizendo:

Para a vítima, sair desse papel significa emancipar-se de uma situação de sofrimento e de absoluta impotência psicológica. Ações concretas que rompam com esses sentimentos,

e que demonstrem que a realidade é totalmente modificável, podem dar-lhe aquele empurrão necessário para tomar coragem e mudar a maneira de uma vítima ser a si mesmo.

Observa-se, portanto, que as vítimas de bullying têm consequências diversas, principalmente psicologicamente dentre as quais se cita, a depressão, mudança de humor, baixa autoestima, distúrbios psicossomáticos e alimentares, ansiedade, agressividade, desconfiança, isolamento, solidão, afeta o seu desenvolvimento social, mental e até mesmo o desempenho escolar. Alunos que antes eram interessados nas aulas de repente deixam de ser o que era e passam a ter outra identidade[16].

Mesmo que no Brasil, haja louváveis iniciativas em busca da prevenção e combate a prática do bullying nas escolas, o qual é exemplo a Lei Estadual nº 14.651, já mencionada, o objetivo do presente trabalho, contudo, não é demonstrar sua prevenção, mas sim relacionar a atitude dos tribunais em relação à responsabilidade civil após tais práticas.

### **3: RESPONSABILIDADE CIVIL**

#### **3.1 Definições de responsabilidade civil**

O principal objetivo do direito é proteger o lícito e conter o ilícito[17]. Assim, para que a sociedade conviva em harmonia, é necessário que a conduta humana seja limitada, através de uma ordem ou comando dirigido que aplique deveres jurídicos a seus indivíduos.

Buscando o conceito etimológico, alguns autores como Roberto Gonçalves[18] e Pablo Stolze[19] afirmam que o termo responsabilidade tem origem no verbo latim *respondere*, *despondeo*, significando a obrigação que alguém tem de restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Ou seja, a responsabilidade expressa à idéia de pagamento, ressarcimento e até mesmo de cumprimento de uma obrigação.

No sentido jurídico, o termo usado não foge dessa idéia, conforme preconiza o autor Sérgio Cavalieri, “o dever que

alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico”[20]. Em consequência o mesmo autor complementa demonstrando a figura do responsável, que se representa pela “pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico”[21].

Segundo Francisco Amaral[22], o instituto da responsabilidade civil corresponde de maneira geral, no dever ético de cumprir uma prestação de ressarcimento, significa dizer que ter responsabilidade e ser responsável, é assumir as consequências de suas condutas, deixar de lado o egoísmo, e se comprometer com o social, ou seja, assumir com as consequências ligado ao compromisso de cada atitude.

De acordo com Pablo Stolze[23]:

A responsabilidade, para o Direito, nada mais é, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo- de assumir as conseqüências jurídicas de um fato, conseqüência essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionaste) de acordo com os interesses lesados

Assim, a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, que para ser caracterizada dependerá, primeiramente, de uma obrigação não cumprida ou de resultados danosos. O autor desse dano, ou seja, aquele responsável pela violação, em decorrência de uma conduta danosa, deverá substituir o dano à vítima, seja em pecúnia ou ressarcimento, restaurando o *statu quo ante*[24].

### **3.1.2 Requisitos para existência da responsabilidade civil**

Como já afirmado, o ato ilícito é o fato gerador da responsabilidade civil. Contudo, para que seja caracterizado, é necessário que o ser humano tenha agido de forma consciente e voluntaria. Que tenha necessariamente ocorrido um dano, e que

este esteja relacionado com a conduta, ou seja, deverá existir o nexo entre a causa e o efeito, entre a conduta e o dano.

Entretanto, é importante ressaltar, que entre os doutrinadores brasileiros existe uma discordância em relação a um dos pressupostos da responsabilidade civil. Assim, há uma grande dificuldade em estabelecer quais são os requisitos essenciais para a configuração da responsabilidade, pois existe divergência doutrinária em função da culpa. Alguns autores entendem que a culpa seria um elemento essencial para caracterizar o ato ilícito, já para outros, preferem dizer que a culpa é apenas um elemento accidental da conduta humana.

Assim, para Silvio de Salvo Venosa[25], bem como Sílvio Rodrigues[26] são quatro os elementos para que exista o dever de indenizar, ou seja, eles apresentam a culpa do agente como um dos pressupostos da responsabilidade civil, adicionada da ação ou omissão, que juntos demonstram a relação das causas do dano. Já, Maria Helena Diniz[27], como já exposto, entende que são três os pressupostos sendo eles a ação ou omissão (conduta), dano e a relação de causalidade.

#### **4- RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE BULLYING NA EDUCAÇÃO**

O Bullying é caracterizado como toda e qualquer forma de agressão, repetitiva e proposital de intenção provocadora, podendo ocorrer em qualquer tipo de situação envolvendo ambientes: educacionais, familiares, sociais, trabalhistas e até militares. Os bullies usam em suas atitudes a agressividade, tanto física como moral sobre a vítima, sendo possível a ocorrência desse fenômeno também nos principais meios de informação como a internet, onde o abusador falsamente se passa pela vítima, expondo-a de forma ilimitada em rede mundial.

Em sentido estrito, quando ocorre nas escolas, o bullying é caracterizado pela prática de estudantes, onde outros alunos aproveitam ou mesmo isolam outro aluno em particular.

These bullies taunt and tease their target before physically bullying the target.

Contudo, será analisado no presente estudo o bullying específico na educação, pois a violência nas escolas é um problema, não só para aqueles que a rodeiam, mas sim social, que vem se realizando rotineiramente. Geralmente são casos graves e complexos, pois se trata de comportamentos agressivos entre estudantes.

Tais formas de violência ou agressões entre alunos são as mais diversas exteriorizadas com empurrões, pontapés, insultos, mentiras para expor a vítima à situações vexatórias, apelidos que ferem a dignidade, captar e difundir imagens, ameaças, e a exclusão do grupo. Entretanto este rol, não é taxativo, podendo ocorrer outras atitudes.

#### **4.1 Responsabilidade civil no bullying**

Para ser caracterizada tal responsabilidade, é necessário que haja, a conduta humana, através do comportamento dos praticantes, os quais têm por finalidade o intuito de humilhar e amedrontar determinado grupo de estudantes ou até mesmo educadores. Este tipo de comportamento gera um dano para a vítima, prejudicando-a consideravelmente, tanto mentalmente como fisicamente.

Entretanto, para que o bullying seja caracterizado é imprescindível que haja a figura do nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano causado. Significa dizer que deve existir uma ligação entre a causa e o efeito do acontecimento, passível de demonstrar que se tal atitude não tivesse acontecido a prática do bullying não poderia ter sido caracterizada. Portanto, pode-se afirmar que o gerador ou a vítima do bullying pode ser qualquer pessoa, inclusive menor de idade.

A reparação do dano se vincula a recuperação do prejuízo ocasionado ao bem juridicamente tutelado, ou seja, esta reparação se vincula a anulação dos prejuízos causados pelo dano. Contudo, a mesma não se vincula somente a pecúnia, pois também é possível dar ao ofendido uma satisfação, como, também a



obrigação de reparar o dano. Em se tratando de pecúnia, esta não pode ser considerada unicamente como em sentido simbólico ou restituir o dano causado, mas também como sanção, ou seja, deixando clara a idéia de ato ilícito ocasionado pelo “infrator” da ação[28].

Nesse sentido a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso V, prevê a “[...] indenização por dano material, moral ou à imagem” ao ofendido a total reparação do dano em virtude dos prejuízos sofridos. Assim, não se pode deixar passar os artigos do Novo Código Civil no que diz respeito à reparação civil, sendo eles:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito arts. 186 e 187, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Diante dos artigos elencados acima e por entender que a responsabilidade civil “é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”[29], percebe-se que como regra, o Código Civil adota a responsabilidade subjetiva, onde os causadores do dano serão os responsáveis para repará-lo. Contudo, pelo que foi abordado, nota-se que existem casos excepcionais em que terceiros terão a responsabilidade de reparar o dano de forma objetiva, ou seja, independente de culpa.

Para efeitos de esclarecimento da teoria da responsabilidade objetiva, Silvio Rodrigues [30] afirma:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista

relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente. A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

Hoje, se discute muito a respeito da responsabilidade dos pais e instituições de ensino acerca das práticas abusivas das crianças, em relação Bullying, pois a partir do artigo 932 do Código Civil de 2002 são eles responsáveis pelos atos praticados por terceiros:

São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos.

Dentro desse contexto, deve ser analisado, com o mesmo valor, o papel dos responsáveis pelo agressor como pais, tutores, curadores, da escola onde os menores estudam bem como do Estado.

#### **4.2 Responsabilidade das instituições de ensino**

A educação é um direito fundamental previsto na Constituição para o crescimento da criança, pois em sentido amplo é considerado o processo de constituição do indivíduo, e tem como prioridade o desenvolvimento pessoal, profissional e social. Assim, vislumbrando a importância no assunto a Constituição Federal, em seu art. 227, determina que:

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

Ao Poder Público, portanto, por ter a responsabilidade de garantir a educação, implementa programas e viabiliza recursos que garantam à criança desenvolvimento integral e vida plena, de forma que complemente a ação da família.

Desta forma, verifica-se que, por estar presente na Constituição a educação é considerada de extrema importância, uma vez que esta é o ponto de partida para a evolução humana. Para isso a instituição de ensino foi criada, devendo não somente ensinar matérias escolares, mas também, juntamente com os pais, ajudar na criação educacional dos alunos, nascendo daí a responsabilidade das mesmas.

Em se tratando de responsabilidade civil, o inciso IV do artigo 932 do Novo Código Civil mesmo que não esteja de forma clara, reproduz que as instituições terão responsabilidade em determinados casos: “os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos”.

Silvio Venosa ao analisar o sentido literal do referido artigo, diz que só serão responsáveis aqueles que hospedarem para

fins de educação fazendo com que o hospedeiro responda pelos atos do educando. Mas ele quebra o paradigma, afirmando que não se deve restringir a estes estabelecimentos, mas àqueles que de qualquer forma se encontra o aluno[31].

No mesmo sentido o mesmo doutrinador afirma que o “estabelecimento é responsável não somente pela incompatibilidade física do educando, como também pelos atos ilícitos praticados por este a terceiros ou a outro educando”[32].

José de Aguiar ao referir-se sobre este assunto antes mesmo da entrada em vigor do Novo Código Civil já tinha o posicionamento de que, mesmo que o ordenamento Civil se manifeste expressamente a este respeito à responsabilidade de professores e instituições, não se pode deixar de lado esta defesa, haja vista que[33]:

A idéia da vigilância é mais ampla que a educação, devendo entender-se que essas pessoas respondem pelos atos dos alunos e aprendizes durante o tempo em que sobre eles exercem vigilância e autoridade. Os danos por que respondem são ordinariamente sofridos por terceiros, o que não quer dizer que os danos sofridos pelo próprio aluno ou aprendiz não possam acarretar a responsabilidade do mestre ou diretor do estabelecimento.

Assim pode-se afirmar que, a escola também ser responsabilizada, vez que esta já detém o dever de zelar pela dignidade física e psíquica de seus alunos enquanto eles estiverem dentro de seu estabelecimento. Diante deste contexto o doutrinador Rui Stoco[34] ao interpretar as jurisprudências referentes ao mesmo assunto, afirma:

Ao receber o estudante menor, confiado ao estabelecimento de ensino da rede oficial ou da rede particular para as atividades curriculares, de recreação, aprendizado e formação escolar, a entidade fica investida do dever de guarda e de preservação da integridade física do aluno, com

a obrigação de empregar a mais diligente vigilância, para prevenir e evitar qualquer ofensa ou dano aos seus pupilos, que possam resultar do convívio escolar. Responderá no plano reparatório se, durante a permanência no interior da escola, o aluno sofrer violência física por inconsiderada atitude do colega, do professor ou de terceiros, ou, ainda, qualquer atitude comissiva ou omissiva da direção do estabelecimento, se lhe sobrevierem lesões que exijam reparação e emerja daí uma ação ou omissão culposa.

A ideia jurídica e moral de que há obrigação de reparar os danos causados por qualquer membro da sociedade deve, particularmente, ser do conhecimento de todos aqueles que militam nas escolas.

A prática do bullying é um problema mundial que consiste na constante violência física ou moral cometida, em especial, em ambiente escolar, sendo encontrado em toda e qualquer escola, não estando restrito a nenhum tipo específico de instituição podendo ser primária ou secundária, pública ou privada. Inúmeros casos de agressões e insultos contra crianças têm sido noticiados e as vítimas, na maioria das vezes, carregam consigo os grandes efeitos psicológicos que o ato costumeiramente acarreta.

Assim, entende a importância de vigilância da entidade de ensino, pois tem como objetivo evitar qualquer dano decorrente do convívio escolar, uma vez que ela possui a atribuição no dever de prevenir atos que atinjam o físico e psicológico de todos os alunos[35].

Dessa forma, se analisa os posicionamentos dos julgados referentes à responsabilidade na ocorrência de danos ocorridos dentro das instituições, podendo ser privadas ou mesmo públicas. E, para este último estabelecimento de ensino em se tratando de educação, Clotildes Duarte[36] afirma que:

O estado tem não apenas a obrigação da prestação do ensino fundamental público e gratuito tem mais ainda, a responsabilidade de prestar tal serviço com as garantias que lhe são próprias, impostas pela Constituição Federal e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a instituição de ensino foi condenada a indenizar moralmente a criança que sofreu danos psicológicos em virtude da violência escolar praticada por determinados alunos, sendo esta a emenda do julgado:

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ABALOS PSICOLÓGICOS DECORRENTES DE VIOLÊNCIA ESCOLAR - BULLYING - OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA. 1. Cuida-se de recurso de Apelação interposto de sentença que julgou improcedente pedido de Indenização por danos morais por entender que não restou configurado o nexos causal entre a conduta do colégio e eventual dano moral alegado pelo autor. Este pretende receber indenização sob argumento de haver estudado no estabelecimento de ensino em 2005 e ali teria sido alvo de várias agressões físicas que o deixaram com traumas que refletem em sua conduta e na dificuldade de aprendizado. 2. Na espécie, restou demonstrado nos autos que o recorrente sofreu agressões físicas e verbais de alguns colegas de turma que iam muito além de pequenos atritos entre crianças daquela idade, no interior do estabelecimento do réu, durante todo o ano letivo de 2005. É certo que tais agressões, por si só, configuram dano moral cuja responsabilidade de indenização seria do

Colégio em razão de sua responsabilidade objetiva. Com efeito, o Colégio réu tomou algumas medidas na tentativa de contornar a situação, contudo, tais providências foram inócuas para solucionar o problema, tendo em vista que as agressões se perpetuaram pelo ano letivo. Talvez porque o estabelecimento de ensino apelado não atentou para o papel da escola como instrumento de inclusão social, sobretudo no caso de crianças tidas como “diferentes”. Nesse ponto, vale registrar que o ingresso no mundo adulto requer a apropriação de conhecimentos socialmente produzidos. A interiorização de tais conhecimentos e experiências vividas se processa, primeiro, no interior da família e do grupo em que este indivíduo se insere, e, depois, em instituições como a escola. No dizer de Helder Baruffi, “Neste processo de socialização ou de inserção do indivíduo na sociedade, a educação tem papel estratégico, principalmente na construção da cidadania.” (TJ-DFT - Ap. Civ. 2006.03.1.008331-2 - Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior - Julg. em 7-8-2008)

Já o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é no sentido que a escola deveria ser responsabilizada em virtude de que, tentando solucionar o caso, um grupo de mães solicitou providências à vice-diretora da escola sem, contudo, obter nenhuma resposta pedagógica ao problema. A partir desse raciocínio, o órgão julgador entendeu que o fato ocorrido não pode ser tratado como simples desentendimento entre alunos, configurando a responsabilidade da escola. Observa-se a ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO  
INDENIZATÓRIA. VIOLENCIA ESCOLAR.  
“BULLYNG”. ESTABELECIMENTO DE



ENSINO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.

I – Palavra inglesa que significa usar o poder ou força para intimidar, excluir, implicar, humilhar, “Bullying” é um termo utilizado para descrever atos de violência física ou psicológica, intencionais e repetidos;

II – Os fatos relatados e provados fogem da normalidade e não podem ser tratados como simples desentendimentos entre alunos.

III – Trata-se de relação de consumo e a responsabilidade da ré, como prestadora de serviços educacionais é objetiva, bastando a simples comprovação donexo causal e do dano;

IV – Recursos – agravo retido e apelação aos quais se nega provimento. (TJ/RJ – Apelação nº 0003372-37.2005.8.19.0208, Relator Desembargador Ademir Paulo Pimentel, j. 02 de fevereiro de 2011)

Sobre a responsabilidade da entidade escolar, destaca-se outro julgado no qual se considera que a instituição de ensino não atentou para seu papel precípua de escola fundamental para influenciar o aluno a inclusão social. Logo, fica evidente que a condenação que segue abaixo abordada no mesmo sentido dos outros julgados abordado acima.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO. O Município é responsável por danos sofridos por aluno, decorrentes de mau comportamento de outro aluno, durante o período de aulas de escola municipal. O descaso com que atendido o autor quando procurou receber tratamento

para sua filha se constitui em dano moral que deve ser indenizado. (TJ-SP – Ap. 7109185000 – Rel. Des. Barreto Fonseca – j. 11-8-2008).

Portanto, é possível afirmar que o Estado também responderá pelos danos sofridos ao aluno em decorrência de uma ação ilícita. Ainda nesse sentido Alexandre Gonçalves<sup>[37]</sup>, confirma o entendimento afirmando que “o Estado responde pelos danos sofridos pelo aluno e, consequência de ato ilícito de outro” fazendo observar, desta forma, a relação entre a responsabilidade da instituição e a dos pais.

## 5- CONCLUSÃO

Buscando identificar e esclarecer a problemática que envolve a responsabilidade civil nos casos de bullying, através do estudo de pesquisa e análise realizada neste trabalho, conclui-se que, o bullying, por ser uma prática agressiva contra determinado indivíduo, faz com que as vítimas sofram com esta violência, trazendo as mais perversas e diversas consequências, as quais atingem a dignidade do ofendido, durante o período de sua infância até a fase adulta, podendo perdurar durante toda a sua vida.

Desta forma, os agressores, denominados bullies, com a prática de seus atos violentos, causam danos às suas vítimas, violam os seus direitos, vão contra o respeito e a dignidade, causam lesão íntima ao ofendido e lesionam os direitos da personalidade, trazendo consequências irreparáveis. Assim, por gerar algum tipo de dano, as vítimas podem pedir a reparação de seus direitos violados, por parte daqueles que possuem o dever de vigilância.

A reparação deste dano se vincula a recuperação do prejuízo ocasionado ao bem juridicamente tutelado, por meio da responsabilidade civil, a qual é caracterizada pela conduta humana, através do comportamento dos praticantes, os quais têm o propósito de humilhar determinado aluno, grupo de estudantes ou até mesmo educadores, pelo resultado danoso e pelo nexos causal a qual mostram a relação entre a conduta praticada e o dano causado.

Assim, caracterizada a responsabilidade no bullying, devem os responsáveis pelos agressores, sejam os pais ou as institui es de ensino, responderem pela culpabilidade dos atos que geraram o dano moral, bem como ao ressarcimento de danos físicos causados pelas agressões, uma vez que estes possuem o dever de supervisionar, vigiar, educar e cuidar da integridade física e moral dos menores.

## 6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Afonso Teles (organizador). *Minidicionário Soares Amora da Língua Portuguesa*. 2 Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

*Bullying motivou 87% de ataques em escolas, diz estudo*. Disponível em <http://noticias.r7.com/vestibular-e-concursos/noticias/bullying-motivou-87-de-ataques-em-escolas-diz-estudo-20110416.html>. Acesso em 22 de abr. 2011

CABRAL, Bruno Fontenele. *Reflexões sobre o combate ao bullying no direito brasileiro e norte-americano*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17501/reflexoes-sobre-o-combate-ao-bullying-no-direito-brasileiro-e-norte-americano>> Acesso em: 31 mai.

CABRAL, Gabriela. *Síndrome de Burnout*. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/psicologia/sindrome-burnout.htm>> Acesso em: 29 ago. 2011.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CALHAU, L lio Braga. *Resumo de Criminologia*, 5 edi o. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COLETÂNIA, *Curso de Conselheiros do Rei: formação e atualização*. Disponível em: <[http://www.embaixadoresdorei.org/estudos/cicer\\_2010\\_bullying\\_cyberbullying.pdf](http://www.embaixadoresdorei.org/estudos/cicer_2010_bullying_cyberbullying.pdf)>. Acesso em 31 Mai. 2011.

Comissão Tripartite de Negociação do Setor eletrônico no estado de São Paulo (org). *Acidente de Trabalho* Disponível em: <[http://www.fundacentro.gov.br/dominios/ctn/anexos/cdNr10/M%20anuais/M%C3%B3dulo02/6\\_13%20-%20ACIDENTES%20DE%20ORIGEM%20ELETRICA.pdf](http://www.fundacentro.gov.br/dominios/ctn/anexos/cdNr10/M%20anuais/M%C3%B3dulo02/6_13%20-%20ACIDENTES%20DE%20ORIGEM%20ELETRICA.pdf)>. Acesso em: 04 mai. 2011.

CONSTANTINI, A. *Bullying: como combatê-lo?*. São Paulo: Itália Nova, 2004.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Dicionário Compacto do Direito*. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

*Dano material e mora I- brevíssimas explicações*. Disponível em <[http://saibamaisdireito.blogspot.com/2009\\_10\\_01\\_archive.html](http://saibamaisdireito.blogspot.com/2009_10_01_archive.html)>. Acesso em 23 de abr. 2011

DEBARBIEUX, Éric.; & BLAYA, Catherine (orgs.). *Violência nas escolas e políticas públicas*. Brasília: UNESCO, 2002.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DINIZ, Maria Helena, *Código Civil Anotado*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DUARTE, Clotildes Fagundes. *Responsabilidade por danos ocorridos em escolas públicas*. L & C - Revista de Direito e Administração Pública, Brasília, n. 25, 2000.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

FANTE, Cléo e Pedra, José Augusto: *Definição e critérios para identificação*. Disponível em: <<http://www.jornaljovem.com.br/edicao11/convidado01.php>> Acesso em: 01 set. 2011

FIUZA, César. *Direito Civil – Curso Completo*. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. Vol. III. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GANDINI, J. A. D.; SALOMÃO, D. P. da S. *A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4365/a-responsabilidade-civil-do-estado-por-conduta-omissiva/1>>. Acesso em 07 de abr. 2011.

**GONÇALVES**, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Lilian. A. M. e Rimoli, Adriana. *O. Mobbing: assédio psicológico no trabalho: uma síndrome psicossocial Multidimensional, Psicologia: teoria e pesquisa*. Vol. 22 n. 2. Brasília: Universidade Católica, 2006.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1994.

HAZLER, R. J., CARNEY, J. V. *Areas of Expert Agreement on Identification of School Bullies and Victim*. School Psychology International. Disponível em: <<http://spi.sagepub.com/content/18/1/5.abstract> >

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-Estar no Trabalho: redefinindo o assédio moral*. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

JUNQUEIRA, Fernanda. *Redes sociais são usadas como um meio para agressão*. Disponível em: <[http://bullying-ciaatoresdemar.blogspot.com/2010\\_04\\_01\\_archive.html](http://bullying-ciaatoresdemar.blogspot.com/2010_04_01_archive.html)>.

Acesso em: 13 set.2011

LAGINSKI, Flávio. *Bullying é um mal que precisa ser combatido rapidamente*, Atualizado em 31/03/2009. Artigo. Paraná on-line disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/editoria/cidades/news/363323/>> Acesso em: 30 nov. 2010.

LIMA, Raimundo de. *Bullying uma violência psicológica não só contra crianças*. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/043/43lima.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil- Fontes Contratuais das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

LOPES NETO, Aramis A. *Bullying comportamento agressivo entre estudantes*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/jped/v81n5s0/v81n5Sa06.pdf>>. Acesso em 15 de abr. 2011

MATTOS, Kathia. *Bullying: a batalha das palavras boas contra as palavras más*. Disponível em <<http://www.oabes.org.br/artigos/49/>>. Acesso em 07 de out.2011

MESQUITA FILHO, Júlio de. *O papel do professor diante do Bullying na sala de aula*. Disponível em: <<http://www.fc.unesp.br/upload/pedagogia/TCC%20Luciana%20Pavan%20-%20Final.pdf>>.

MICHAUD, Y. *A violência*. 1 ed., São Paulo: editora, Ática, 1989.

MONTEIRO, Alessandra M. e Soares, Luciana S. L. Disponível em: <<http://artigos.psicologado.com/psicopatologia/saude->

mental/a-saude-em-questao-a-sindrome-de-burnout-e-o-trabalho-docente> Acesso em: 13 set. 2011

O *que é bullying* Disponível em:  
<<http://www.cecib.edu.br/index.php/ensino-fundamental-i/315-o-que-e-bullying>> Acesso em 15 de abr. 2011

RAMIRES, F. C.. *Variação de personalidade associada na dinâmica do bullying* (agressores VS. Vítimas) São Paulo: Summus Amadora: McGraw hill, 2001.

RAMOS, Ana Karina Sartori. *Bullying a violência tolerada na escola*. Disponível em:  
<<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/802-4.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2010.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Volume IV*, ed. Saraiva, 19 Edição, São Paulo, 2002.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying: mentes perigosas nas escolas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

SANCHES, Gislene A. *Dano Moral e suas implicações no Direito do Trabalho*, LTr, 1997.

SIQUEIRA, Raquel de Arruda. *A Problemática do Bullying na prática docente*. Disponível em:<[http://artigos.netsaber.com.br/resumo\\_artigo\\_5826/artigo\\_sobre\\_bullying](http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_5826/artigo_sobre_bullying)>. Acesso em: 13 set.2011.

STOCO,Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil II – Direito das Obrigações e responsabilidade Civil*. 5 edição. São Paulo: Método, 2010.

THOMAZ, Sueli Barbosa, *Violência na escola: ética, poder, e cidadania*, Disponível em:



<[http://www.nead.unama.br/site/bibdigital/pdf/artigos\\_revistas/24.pdf](http://www.nead.unama.br/site/bibdigital/pdf/artigos_revistas/24.pdf)>. Acesso em: 31 mai. 2011.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/anexos/nt/noticia.jsp?codigoNoticia=18181>> Acesso em 11 de abr. 2011

**VENOSA**, Sílvio de Salvo. *Direito Civil IV*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WIECIORKA, Michel. *Violência hoje. Ciência e Saúde Coletiva*, vol. 11. Rio de Janeiro: Supll 2006.

#### NOTAS:

[1] ALVES, Afonso Teles (organizador). *Minidicionário Soares Amora da Língua Portuguesa*. 2. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, p.748

[2] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Dicionário Compacto do Direito*. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p.276-227

[3] MICHAUD, Y. *A violência*. 1 ed., São Paulo: ed., Ática, 1989, p.16

[4] LIMA, Raymundo de. *Escola X Violência*. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/080/80lima.htm>>. Acesso em: 31 mai. 2011.

[5] Ibidem.

[6] THOMAZ, Sueli Barbosa, *Violência na escola: ética, poder, e cidadania*, Disponível em: <[http://www.nead.unama.br/site/bibdigital/pdf/artigos\\_revistas/24.pdf](http://www.nead.unama.br/site/bibdigital/pdf/artigos_revistas/24.pdf)>, p.4. Acesso em: 31 mai. 2011.

[7] CABRAL, Bruno Fontenele. *Reflexões sobre o combate ao bullying no direito brasileiro e norte-americano*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17501/reflexoes-sobre-o-combate-ao-bullying-no-direito-brasileiro-e-norte-americano>> Acesso em: 30 mai. 2011.

[8] LIMA, Raimundo de. *Bullying uma violência psicológica não só contra crianças*. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/043/43lima.htm>>. Acesso em 11 Nov. 2010.

[9] SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying: mentes perigosas nas escolas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, pp. 25-37

[10] HAZLER, R. J., CARNEY, J. V. *Areas of Expert Agreement on Identification of School Bullies and Victim*. School Psychology International. Disponível em: <<http://spi.sagepub.com/content/18/1/5.abstract>> Acesso em: 31 mai. 2011.

[11] LOPES NETO Aramis A. *Bullying: Comportamento agressivo entre estudantes*. Jornal de Pediatria. Rio de Janeiro: Supl, 2005, p. 170.

[12] WIECIORKA, Michel. *Violência hoje*. Ciência e Saúde Coletiva, vol. 11. Rio de Janeiro: Supll 2006, p.115.

[13] CONSTANTINI, A. *Bullying: como combatê-lo?*. São Paulo: Itália Nova, 2004. p.69.

[14] RAMOS, Ana Karina Sartori. *Bullying a violência tolerada na escola*. Disponível em: <<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/802-4.pdf>>. Acesso em: 10 set.2010, p. 11

[15] CONSTANTINI, A. *Bullying: como combatê-lo?*. São Paulo: Itália Nova, 2004, p.74

[16] RAMOS, Ana Karina Sartori. *Bullying a violência tolerada na escola*. Disponível em: <<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/802-4.pdf>>. Acesso em: 31 mai.2011, p. 12

[17] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.23

[18] **GONÇALVES**, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro IV.4 ed.*São Paulo:Saraiva, 2009. p.1

[19] GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. Vol. III. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 1-2

[20] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 2

[21] *Ibidem*, p. 3

[22] AMARAL, Francisco. *Direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 531

[23] GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. Vol. III. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45

[24] **GONÇALVES**, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro IV*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.2

[25] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol.4. 3ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.13

[26] RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Volume IV*, ed. Saraiva, 19 Edição, São Paulo, 2002, p.14.

[27] DINIZ, Maria Helena, *Código Civil Anotado*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 180.

[28] SANCHES, Gislene A. *Dano Moral e suas implicações no Direito do Trabalho*, LTr, 1997, p. 91

[29] GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. Vol. III. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45

[30] RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Volume IV*, ed. Saraiva, 19 Edição, São Paulo, 2002, p.10.

[31] **VENOSA**, Sílvio de Salvo. *Direito Civil IV*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 90.

[32] *Ibidem*, p.91.

[33] DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade civil II*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 200.

[34] STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 576.

[35] MATTOS, Kathia. *Bullying: a batalha das palavras boas contra as palavras más*. Disponível em <<http://www.oabes.org.br/artigos/49/>>. Acesso em 07 de out. 2011

[36] DUARTE, Clotildes Fagundes. *Responsabilidade por danos ocorridos em escolas públicas*. L & C - Revista de Direito e Administração Pública, Brasília, n. 25, 2000, p. 26.

[37] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 115

## **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO FORMA DE EXCLUSÃO DE TIPLICIDADE NO ÂMBITO DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**GLEITON PEREIRA BARBOSA:** Bacharel em Direito no Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Analista Judiciário do Superior Tribunal de Justiça.

**RESUMO:** Este trabalho trata do princípio da insignificância como forma de exclusão de tipicidade no âmbito dos crimes contra a Administração pública. O instituto, não positivado no ordenamento pátrio, atua de forma a evitar a incidência do Direito Penal em ações que não lesem de forma relevante o bem jurídico tutelado pela norma penal, afastando a tipicidade material de determinadas ações. Analisa-se no trabalho o próprio princípio da insignificância, julgados dos tribunais pátrios, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação do princípio, com o objetivo de verificar a possibilidade de aplicação nos crimes contra a Administração Pública e quais os critérios utilizados em caso de aplicação ou quais os motivos para a negativa da aplicação do princípio.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância. Administração Pública.

---

### **1) INTRODUÇÃO**

O presente trabalho visa analisar a aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, verificando para tal o seu aspecto doutrinário, jurisprudencial e legal no âmbito do Direito Penal brasileiro, tendo como objetivo demonstrar, ao final, se há possibilidade da aplicação do princípio em crimes contra a Administração Pública.

O princípio da insignificância é instituto que atua excluindo a tipicidade material de determinadas condutas. Em muitos casos nota-se o Estado atuando em situações que, a rigor, seriam no mínimo esdrúxulas, são os chamados casos de “ladrões de galinha” onde o poder público promove a persecução penal ante a fatos aparentemente típicos que, no entanto, causam mais horror na sociedade pela punição do que pelo própria ação supostamente típica, tão desproporcional a punição hipoteticamente aplicável, em geral a privação de liberdade, em relação à ação de pouca relevância social real que lhe deu origem.

Quando há a ocorrência de tais espécies de crimes podemos ter a atuação do chamado princípio da insignificância atuando como excludente de tipicidade material.

O princípio da insignificância atua reduzindo a seara de atuação do Direito Penal, de forma a pormenorizar os males da aplicação das penas. Além disso, o princípio se mostra um verdadeiro vetor do princípio da dignidade da pessoa humana, tão em voga atualmente e expressamente previsto na Constituição Federal como Fundamento da República Federativa do Brasil. Portanto, é verdadeiro instrumento de política criminal voltado à garantia de direitos mínimos assegurados aos cidadãos, considerando-se, sobretudo, o fato do Direito Penal ser a *ultima ratio*.

Assim, a análise do princípio da insignificância reside na análise da tipicidade, sobretudo no que se denomina tipicidade conglobante. Por tal teoria tem-se que a tipicidade é formada pela tipicidade formal (previsão legal), e tipicidade conglobante. Esta última analisa se o fato (ação ou omissão) além de enquadrada ou prevista formalmente, esta ou não amparada por uma regra que retire a antinormatividade da conduta.

Apesar do amplo conhecimento sobre o princípio ainda há resistência a sua aplicação por partes de alguns juízos e tribunais e quando aplicado surgem controvérsias sobre a forma de incidência do instituto. Tais controvérsias se devem sobretudo aos critérios a

serem adotados para a aplicação do mesmo, sendo que muitas vezes restrições são impostas no sentido de lhe dar uma menor aplicabilidade. Analisaremos a aplicação no âmbito dos crimes contra a administração pública.

## 2) CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O título XI do Código Penal tipificou os chamados crimes contra a Administração Pública, dividindo-os em cinco capítulos: I - Dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral, II- Dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral, II-A- Dos Crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira, III- Dos crimes contra a Administração da justiça e IV- Dos crimes contra as finanças públicas.<sup>[1]</sup>

Tal Título visa proteger a Administração Pública contra ações que perturbem o seu regular funcionamento. No entanto, para saber a real delimitação dos bens protegidos por tais tipos penais, faz-se necessário conceituar Administração Pública. Administração Pública, para o Código Penal, deve ser compreendida em seu sentido amplo, englobando a Administração Direta e a Administração Indireta de todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).<sup>[2]</sup> Administração Pública deve ser compreendida segundo o conceito de Diogo de Figueiredo Moreira Neto para o qual Administração Pública é “o conjunto de atividades preponderantemente executórias, praticadas pelas pessoas jurídicas de direito público ou por suas delegatárias, gerindo interesses públicos, na persecução dos fins legalmente conferidos ao Estado”.<sup>[3]</sup>

Para o Código Penal o conceito de Administração Pública não fica adstrito a atividade administrativa propriamente dita já que abrange também as atividades legislativas e judiciárias, ou seja, protege-se toda a atuação estatal, todos os organismos componentes do poder público. Nas palavras de Noronha:<sup>[4]</sup>



o conceito de Administração Pública, no que diz respeito aos delitos compreendidos neste título, é tomado no sentido mais amplo, compreensivo da atividade total do Estado e de outros entes públicos. Portanto, com as normas que refletem os crimes contra a Administração Pública, é tutelada não só a atividade administrativa em sentido restrito, técnico, mas, sob certo aspecto, também a legislativa e a judiciária. Na verdade, a lei penal, neste título, prevê e persegue fatos que impedem ou perturbam o desenvolvimento regular da atividade do estado e de outros entes públicos.

Administração Pública considerada no Código Penal é tida como sendo o exercício da atividade funcional do Estado em todos os setores que exerce o poder público.<sup>[5]</sup>

O conceito de Administração Pública para o Código Penal é a “atividade funcional do Estado e demais entes públicos”.<sup>[6]</sup>

Os crimes contra a Administração Pública têm por objeto, como regra geral, o regular funcionamento das atividades estatais levando-se em conta o decoro e o prestígio da Administração Pública, evitando-se que a má gestão dos bens públicos atinjam a sociedade como um todo.

Ressalta-se que o regular funcionamento da Administração Pública não é objeto apenas do Código Penal, estando, também, presente em várias outras leis como a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.249/92), na Lei de Licitação e contratos (Lei 8.666/93), e no Decreto-Lei n.201, de 27 de fevereiro de 1967 que trata da apropriação ou desvio de verbas por parte de prefeitos municipais.<sup>[7]</sup>

É pacífico no STF e STJ a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em crimes contra a ordem tributária, no entanto nos citados crimes temos um grande diferencial que é o fato

dos crimes previstos no art. 1º e 2º da lei 8137/90 e o crime de descaminho serem crimes praticados por particulares contra a Administração Pública. Por outro lado, há crimes como o peculato que são praticados por funcionários públicos contra a Administração o que gera, além do prejuízo material, a quebra da confiança depositada no agente público.

No âmbito doutrinário há quem defenda a aplicação irrestrita do princípio da insignificância como Capez e Luis Flávio Gomes, tais autores se filiam a ideia que a aplicação principiológica não deve sofrer restrição. Por essa corrente não existiria razão para a exclusão da aplicação de tal princípio quando a lesão ao erário for de valor ínfimo, portanto faz-se uma comparação entre o peculato e outras modalidade de apropriação como o furto e a apropriação indébita.<sup>[8]</sup>

Luis Flávio Gomes condena a negação de incidência do princípio de forma genérica

O fato de o agente ser prefeito municipal não pode, por si só, já excluir de plano a incidência do princípio da insignificância. O fato de o delito atingir o erário publico não impede, por si só, a aplicação deste princípio. Tudo depende do caso concreto. Hoje a jurisprudência já construiu vetores orientadores sobre o tema (HC 84.412-SP). A denegação in genere do princípio da bagatela, só em razão da qualidade do agente ou bem jurídico contraria a lógica do razoável. Direito Penal é direito do caso concreto. O que ficou decidido pelo STF ( HC 88.941-AL rel. Min. Marco Aurélio) é uma contradição a toda jurisprudência construída por esse próprio tribunal. Não se pode negar a incidência do princípio da insignificância genericamente. Aquilo que exige uma análise detalhada de cada caso concreto não pode ser varrido do

ordenamento jurídico com bandeiras generalistas.<sup>[9]</sup>

Segundo tal corrente doutrinária e até mesmo parte restrita da jurisprudência tal posição pode sim ser adotada em alguns casos. Para tais não se deve deixar de visualizar situações em que o agente estaria perfeitamente enquadrado no tipo penal, mas a punição de tais casos seria demais gravosa ante ao real dano à Administração Pública. Exemplo citado doutrinariamente trata de agente que se apropria de objetos como folhas de papel ou um pequeno grampeador da Administração. Haveria no caso insignificância da lesão e, por conseguinte, não seria razoável que se instaure processo penal para apuração de crimes de tal monta, ou em caso de instauração de processo não se mostra razoável a aplicação de pena em tais casos, mesmo, tendo, a rigor, o agente hipoteticamente cometido um delito de apropriação indébita tendo como objeto valores patrimoniais da Administração Pública.<sup>[10]</sup>

Aliás, casos há nos tribunais pátrios em que se adotou tal posicionamento sobre o assunto. Nesse sentido, no Superior Tribunal de Justiça, em uma ação contra um prefeito ([HC 132.021-PB](#)), de relatoria do ministro Celso Limongi, a SEXTA TURMA viu-se diante de situação na qual um prefeito teria autorizado o fornecimento de 20 (vinte) litros de combustível a pessoa que não era servidor público, nem estava realizando qualquer serviço público. O ministro Nilson Naves se posicionou diante do caso concreto pela possibilidade de aplicação do princípio da insignificância afirmando categoricamente em seu voto que

[...] valho-me, no caso, do princípio da insignificância. Foram alguns litros de combustível – sem prejuízo para os cofres públicos, "porque o valor já fora restituído". Não é caso de se adentrar o Penal, que deve ser reservado para questões outras. Tem sido o meu entendimento em inúmeros momentos [...].<sup>[11]</sup>

No entanto, mesmo diante de tal posicionamento a turma, àquela época, denegou o pedido, aplicando assim a posição

majoritária segundo a qual o princípio não se aplicaria a crimes contra a Administração Pública. Tal julgado, inclusive, conta do informativo 412 do STJ:

CRIME. PREFEITO. PRINCÍPIO.  
INSIGNIFICÂNCIA.

A Turma, por maioria, denegou a ordem de *habeas corpus* por entender que a conduta do prefeito que emitiu ordem de fornecimento de combustível (20 litros) a ser pago pelo município para pessoa que não era funcionário público, nem estava realizando qualquer serviço público e, ainda, conduzia veículo privado estaria tipificada no art. 1º, I, do DL n. 201/1967. O Min. Nilson Naves concedeu a ordem aplicando, ao caso, o princípio da insignificância. Contudo o Relator entendeu que não se aplica tal princípio quando há crime contra a Administração Pública, pois o que se busca resguardar não é somente o ajuste patrimonial, mas a moral administrativa. [HC 132.021-PB](#), Rel. Min. Celso Limongi, julgado em 20/10/2009.

Assim, a maioria esmagadora da jurisprudência e doutrina soa em contrário, sobretudo devido a gravidade e objeto jurídico atingido por tais crimes. Rogério Greco afirma que no âmbito do crimes contra a Administração Pública estão “algumas das infrações penais mais nefastas e devastadoras”.[\[12\]](#)

O cometimento de crimes como o peculato, entre outros que atingem o patrimônio da Administração Pública lesam em regra a moralidade da Administração Pública e, também, o seu patrimônio.[\[13\]](#) Visa-se a proteção da Administração Pública sobre seu aspecto patrimonial e moral.[\[14\]](#) Segundo Nucci situações há que “não se deve levar em conta unicamente o que possa ser estimado pecuniariamente. Antes, cumpre ter em atenção, também o interesse moral”.[\[15\]](#) O mesmo autor afirma que “o objeto jurídico

é a Administração Pública, levando-se em conta seu interesse patrimonial e moral”.[\[16\]](#)

A moralidade administrativa é princípio previsto na Constituição Federal e é disciplinador da atividade interna da Administração Pública limitando o agir do administrador de forma que ele faça não só o que é legal, mas o que é probo. É o agir de acordo com o que for melhor e útil para o interesse público.[\[17\]](#)

É observando o princípio da moralidade administrativa que o legislador propõe meios de proteção ao patrimônio da Administração.[\[18\]](#) Dentre desse âmbito temos a tipificação de crimes contra patrimônio público. Dessa forma temos que os crimes contra a Administração Pública protegem o bem material propriamente dito e o princípio constitucional expresso da moralidade administrativa, além de princípios como a legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.[\[19\]](#)

O agente público tem por missão administrar bem o que lhe é confiado e quando age de forma a dilapidar o patrimônio público acaba por atingir indiretamente a coletividade, não podendo se precisar o real rol dos prejudicados.[\[20\]](#)

Não se aceita a aplicação do princípio em crimes contra a Administração em virtude de tais delitos terem em alguns casos uma dupla objetividade jurídica, aliás tal é também a justificativa para a não aplicação do princípio em crimes como o roubo que nas palavras de Bitencourt[\[21\]](#) “nada mais é que o furto “qualificado pela violência à pessoa”. Portanto, uma das grandes questões da aplicação do princípio da insignificância reside em aplicar ou não o mesmo a crimes com dois ou mais objetos jurídicos, principalmente quando um deles não diz respeito a aspectos puramente materiais.

O crime de peculato é em verdade uma modalidade especial de apropriação indébita cometida por funcionário público em razão de suas atividades. Ou seja, o funcionário público age com quebra de dever funcional, causando dano patrimonial a Administração

Pública e, dessa forma, prejudicando o seu regular funcionamento.<sup>[22]</sup>

O crime de peculato tem como objeto jurídico a moralidade administrativa e também o patrimônio da Administração Pública. Em tais crimes “tutela-se, principalmente, a moralidade da Administração Pública, bem como seu patrimônio. Protege-se, eventualmente, o patrimônio do particular quando este estiver sob a guarda daquela.”<sup>[23]</sup>

Justificável a negativa da aplicação do princípio da insignificância em crimes dessa natureza, pois, tem-se como objeto jurídico não só o patrimônio, mas também a moralidade administrativa. O crime de peculato, a rigor, fere a Administração em seu aspecto material e moral, ou seja, não se trata apenas da questão patrimonial, mas também da necessidade de probidade por parte do agente que lida com a coisa Pública.<sup>[24]</sup>

Como exemplo da não aplicação do princípio devido a essa dupla objetividade jurídica podem ser citados alguns julgados tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça.

No HC 85184/RS o STF, em julgamento de crime de responsabilidade de prefeito municipal, assentou que “O Decreto-Lei nº 201/67 está voltado não apenas à proteção do patrimônio público como também da moral administrativa, pelo que não há como agasalhar a óptica do crime de bagatela.”<sup>[25]</sup>

A jurisprudência do STJ também é maciça ao negar a aplicação do princípio da insignificância em crimes contra a Administração Pública, utilizando sobretudo a já citada dupla objetividade jurídica dos crimes patrimoniais contra a Administração Pública. Vejamos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO  
O REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO  
ESPECIAL. PECULATO. APROPRIAÇÃO DE  
ENCOMENDAS DA CAMPANHA PAPAÍ NOEL

DOS CORREIOS. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. VERBETE APLICÁVEL A AMBAS AS ALÍNEAS DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL.

1. Ao contrário do raciocínio defendido nas razões do agravo, segundo entendimento já pacificado nesta Corte, é possível a aplicação da Súmula 83/STJ aos recursos especiais interpostos tanto pela alínea a como pela alínea c do permissivo constitucional.

2. O entendimento adotado no acórdão impugnado encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte no tocante à inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de peculato, uma vez que a norma visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade e administrativa, insuscetível de valoração econômica (AgRg no REsp n. 1.308.038/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 29/5/2015).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 648.194/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 14/03/2016)

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO E M RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PECULATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.



INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR.

1. O aresto objurgado alinha-se a entendimento assentado neste Sodalício no sentido de ser incabível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos cometidos contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa a resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moral administrativa, insuscetível de valoração econômica.

2. Incidência do óbice do Enunciado n.º 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

3. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 572.572/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 16/03/2016)

Tal posição fica clara, por exemplo, no julgamento do Resp. 1062533/RS em que o tribunal enfrentou caso de peculato consistente na apropriação de produtos médicos da Secretaria Municipal de Saúde de Cachoeirinha-RS, avaliados em R\$ 13,00. Asseverou o tribunal que

É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas moral administrativa, o que torna inviável

afirma o do desinteresse estatal   sua repressão.<sup>[26]</sup>

Ante a dupla objetividade jurídica de crimes contra a Administra o Pública consistente na inten o de prote o ao patrimônio e a moralidade administrativa temos que o princípio da insignificância torna-se inaplicável a tais delitos, sobretudo em crimes como o peculato onde temos a quebra de confiança depositada no agente público tendente a ferir os princípios constitucionais explícitos da Administra o Pública.

Dessa forma, torna-se inaplicável o princípio da insignificância em crimes contra a Administra o Pública, pois os mesmos afetam também a moralidade administrativa e não são o patrimônio da Administra o.<sup>[27]</sup>

### 3) CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo abordar a questão da aplica o do princípio da insignificância nos crimes contra a Administra o Pública.

No que diz respeito aos crimes contra a Administra o pública, em especial aqueles contra o patrimônio, a análise da doutrina e jurisprudência pátria leva a conclusão de que o princípio da insignificância não   aplicável quando o crime   cometido com a quebra de confiança depositada no agente estatal e, sobretudo, quando fere-se o princípio da moralidade administrativa. Ou seja, não   aplicável o princípio, pois há uma dupla objetividade jurídica nos tipos que visam a proteger o patrimônio e a moralidade administrativa.

### REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Ant nio. **Legisla o penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2005.<sup>[28]</sup>

ARAUJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 2. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006-2008 (v.5)

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4. ed., rev, atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2010.  
(v.4)

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 14. ed., rev, atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.

BRUTTI, Roger Spode. **O princípio da insignificância frente ao poder discricionário do delegado de polícia**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre , v. 7, n. 41, dez. 2006/ jan. 2007, p. 7-27.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. (v.4)

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal: parte especial**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, (v.3)

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_.: parte geral. 12. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008. (v.1)

CARNEIRO, Hélio Márcio Lopes. O verdadeiro princípio da insignificância. **Revista do Tribunal**.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização**. Campinas: LZN, 2005.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (v. 3)

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 7. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

El Tasse, Adel. Legislação criminal especial. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009.

Estabelecidos pelo STF para a aplicação na visão de Claus Roxin. **Revista Magister: direito penal e processual penal**, v.6, n.31, p.23-27, ago./set., 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed., rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Crimes Tributários: Súmula Vinculante 24 do STF exige exaurimento da via**

administrativa. Disponível em <http://www.lfg.com.br> acesso em: 9 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (v. 2)

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 5. ed., rev. ampl., e atual. Niterói: Impetus, 2009. (v.4)

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009. (v.1)

\_\_\_\_\_. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4. ed., ver. e atual., Niterói: Impetus, 2009.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 17. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

ISAACSSON, Gisela Brum. **Crimes contra a administração pública: um estudo sobre a possibilidade da não propositura da ação penal face ao princípio da**. Revista brasileira de ciências criminais, v.16, n.74, p.299-338, set./out., 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte especial**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_.: parte geral. 29. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

MANAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 3. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 6. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância : interpretação jurisprudencial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROTH, Ronaldo João. O princípio da insignificância e a polícia judiciária militar. **Revista Direito Militar**. Brasília, v.1, n. 5, p. 31-34, mai./jun./1997, p. 31.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Fernando Antônio C. Alves de. **Princípio da insignificância**: os vetores (critérios)

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2006. (v.1)

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Princípios Básicos de direito penal**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 6. ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOTAS:

[1] DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 777.

[2] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte especial. 5. ed., rev. ampl. e atual., Niterói: Impetus, 2009, (v.4), p. 358.

[3] MOREITA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 7. Ed. Rio de Janeiro: forense, 1989, p.90, apud GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte especial. 5. ed., rev. ampl. e atual., Niterói: Impetus, 2009, (v.4), p. 358.

[4] NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 19. Ed. São Paulo, Saraiva, 1988, v.4, p. q 198. apud CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, (v.3), p. 385.

[5] DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 777.

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1055.

[7] DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 777.

[8] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, (v.3), p. 410.

[9] GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 149.

[10] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, (v.3), p. 410.

[11] BRASIL. (HC 132021/PB, Relator(a): Min. Celso Limongi (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 20/10/2009, DJe 30/11/2009). Disponível em <http://stj.jus.br> acesso em : 19 mai. 2010.

[12] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 5. ed., rev. Ampl. e atual., Niterói: Impetus, 2009, (v.4), p. 357.

[13] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, (v.3), p. 399.

[14] DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 778.

[15] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1056.



[16] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1058.

[17] GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

[18] ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

[19] CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, (v. 3), p. 360.

[20] GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 4. ed., ver. e atual., Niterói : Impetus, 2009, p. 357.

[21] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 69.

[22] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

[23] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, (v.3), p. 402.

[24] DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 781.

[25] BRASIL. (HC 85184/RS, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 15/03/2005, DJ 08-04-2005 PP-00026 e ment vol-02186-02 pp-00315). Disponível em <http://www.stf.jus.br/> acesso em: 19 mai. 2010.

[26] BRASIL. Resp. 1062533/RS, (Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta turma, julgado em 05/02/2009, DJe 09/03/2009). Disponível em <http://www.stj.jus.br/> acesso em: 19 mai. 2010.

[27] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 168.



## **A TUTELA JURISDICIONAL DO MEIO AMBIENTE ATRAVÉS DA AÇÃO POPULAR**

**VIVIANY CHRISTINE RODRIGUES DA SILVA:** Graduada em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) e em Comunicação Social - Habilitação Jornalismo pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Possui Especialização em Prática Judiciária pela Universidade Estadual da Paraíba (2014) e Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (2016). Atualmente exerce o cargo Técnico Judiciário no Tribunal de Justiça da Paraíba, sendo lotada na Vara Única da Comarca de Cacimba de Dentro/PB, onde exerceu a função de confiança de Chefe de Cartório no período de abril de 2012 a setembro de 2013.

**Resumo:** O meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma das recentes preocupações que envolvem o campo jurídico, sendo inclusive, direito previsto no art. 225 da Constituição Federal de 1988. Esta preocupação com o meio ambiente, que ganhou força no país a partir da Constituição Federal de 1988, acabou por revelar meios de tutelar tal direito, que ocorrem por meio das ações coletivas, visto que o direito ao meio ambiente é um direito difuso. A tutela jurisdicional do meio ambiente é realizada por meio do Processo Coletivo, que conta com a legitimidade ativa extraordinária, o que significa que alguém em nome próprio defende direito alheio, através do que conhecemos por substituição processual. A Ação Popular Ambiental, dentro do ordenamento jurídico brasileiro é meio tendente a propiciar e incentivar a participação do cidadão na proteção do meio ambiente. Como corolário pátrio à democracia social ambiental, legitima-se o cidadão a exercer a tutela jurisdicional ambiental.

**Palavras-chave:** Meio ambiente; Direitos Difusos; Tutela constitucional; Ação Popular.

---

## 1 Introdução

A complexidade nas relações sociais, de uma forma geral, que se vê na atual sociedade, reflete em diversos campos, ganhando destaque o jurídico, uma vez que tal complexidade acaba, por muitas vezes em revelar situações em que a atuação do Poder Judiciário passa a ser necessária.

Demandas que anteriormente não alcançavam o Poder Judiciário, pois não dotavam de um cunho mais complexo, onde a necessidade de prestação jurisdicional fosse enxergada de modo a atingir uma solução ao litígio, hoje não só chegam à esfera judicial, como acabam por promover um significativo aumento no número de feitos judiciais.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma das recentes preocupações que envolvem o campo jurídico, sendo inclusive, direito previsto no art. 225 da Constituição Federal de 1988, que reza em seu *caput*.

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.

Esta preocupação com o meio ambiente, que ganhou força no país a partir da Constituição Federal de 1988, acabou por revelar meios de tutelar tal direito, que ocorrem por meio das ações coletivas, visto que o direito ao meio ambiente é um direito difuso.

O meio ambiente, bem de todos, sofreu inúmeras degradações com a crescente industrialização, o aumento do mercado consumidor, a busca cada vez maior na produção de bens

e serviços sem a preocupa o relativa ao desenvolvimento sustentável.

A enorme degrada o e polui o ambiental acabaram por provocar fen menos que, obviamente, atingiram diretamente a todos, a exemplo das bruscas mudanças climáticas, do superaquecimento global, das chuvas ácidas etc.

A partir deste panorama, a preserva o ambiental passou o ser objetos de discussões e de efetivas a es que colocaram o desenvolvimento sustentável em destaque, bem como os meios de efetiva o e tutela jurisdicional do meio ambiente.

## **2 O meio ambiente**

A preocupa o com o meio ambiente veio justamente da percep o de que a polui o e a degrada o ambiental estão cada vez mais visíveis e em alguns casos, criando situa es de irreversibilidade, acarretando em perda de áreas ambientais ou extin o de espécies.

A Revolu o Industrial, que trouxe consigo um novo panorama de produ o e trabalho, acarretou em mudanças que afetaram diretamente a esfera ambiental, pois o crescimento das indústrias interferiu diretamente no meio ambiente.

A popula o da cidade passou a ser maior do que a popula o do campo e o seu crescimento acabava por alcançar áreas até então intocadas, resultando em a es que, não raro, destruíam o ambiente ao redor.

Surgiu daí, a necessidade de organizar as atividades humanas, com o objetivo de refrear suas consequências deletérias, ganhando espaço, a partir de então, um ramo do direito que iria sistematizar a prote o ambiental – o Direito Ambiental.

O Direito Ambiental constitui um conjunto de normas que regem e disciplinam as atividades humanas, mas além disso, busca

garantir o máximo de proteção possível ao meio ambiente, através do bom uso dos bens naturais.

Quando falamos em meio ambiente, nos vem à mente apenas o meio ambiente natural – fauna e flora – mas esta esfera possui outras divisões, quais sejam:

- a) Meio ambiente artificial: tudo aquilo que depende da intervenção humana. Os espaços urbanos.
- b) Meio ambiente do trabalho: a existência de trabalhos insalubres, que passou a ser percebida a partir da Revolução Industrial, é o objeto de proteção deste seguimento. Visa a saúde e proteção ao meio ambiente do trabalho.
- c) Meio ambiente natural: tudo que não depende da intervenção humana para existir.
- d) Meio ambiente cultural: as formas de identificação cultural de um povo.

Da existência de outros ramos, depreendemos que o meio ambiente não busca apenas um equilíbrio biológico, mas também no que toca ao bem-estar social, a segurança e a possibilidade de gerações futuras usufruírem dessa proteção e de seus resultados.

A proteção ambiental com vistas a permitir que gerações futuras desfrutem de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, traz à tona o que conhecemos por desenvolvimento sustentável, que é justamente o desenvolvimento não preocupado apenas com o lucro, mas atinente às questões de cunho social e biológico, patrocinando a defesa e preservação ambiental.

Tal dimensão imprime uma característica transgeracional ao meio ambiente, bem como ao ramo do direito que o tutela, sendo o homem o seu principal destinatário.

Mas o homem, neste contexto, não é considerado em sua individualidade, mas sim em uma coletividade, onde é direito de todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Passamos então, a atentar para a natureza coletiva do Direito Ambiental, visto que não está inserido na titularidade de apenas um sujeito, mas de toda a sociedade.

### **3 Os direitos coletivos**

Os direitos coletivos são justamente aqueles que não estão inseridos na titularidade de um sujeito, uma vez que pertencem a um grupo, uma classe, uma categoria ou a uma sociedade ao mesmo tempo. São subjetivamente transindividuais, ou seja, não possuem titular determinado, e materialmente indivisíveis.

Outra característica é a anterioridade fática ou jurídica, que consiste justamente na necessidade de uma relação-base tendente a reunir um grupo em torno de uma situação jurídica comum para que se configure um direito coletivo.

Os direitos coletivos se dividem em: direitos coletivos *stricto sensu*, direitos difusos e direitos individuais homogêneos, os quais passaremos a caracterizar.

Os direitos coletivos *stricto sensu* são direitos de grupo ou categorias, havendo uma determinação relativa dos titulares; são indivisíveis e sua defesa em juízo se dá por meio da substituição processual, visto que o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material.

Deve-se ter em mente, quanto aos direitos coletivos *stricto sensu*, que a existência de uma relação base é essencial para que aqueles sejam configurados. Como exemplo, temos as entidades de classe que buscam os direitos de determinado grupo de pessoas, interligado justamente por pertencerem a uma mesma categoria.

Os direitos difusos são aqueles que englobam todos. Há uma indeterminação absoluta dos titulares, o que corrobora o seu caráter

indivisível. Também é defendido em juízo por meio da substituição processual.

Por fim, temos os direitos individuais homogêneos, que diz respeito à coletividade de pessoas ligadas por um fato. São direitos individuais - vez que há perfeita identificação do sujeito-, são divisíveis – podem ser tutelados de forma individual - , ao contrário das demais espécies, admitem renúncia ou transação e geralmente são defendidos em juízo pelo seu próprio titular.

Importante salientar ainda que um mesmo fato pode gerar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

As ações coletivas são a Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos, Ação de Improbidade Administrativa, Habeas Data.

Nas ações coletivas, o Código de Processo Civil é aplicado de forma subsidiária, pois os diplomas legais que regem tais ações são o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

As vertentes dos direitos coletivos são muitas: direito consumerista, direito ambiental, direito minorista, direito urbanístico, direito administrativo, direito econômico, direito trabalhista, entre outros.

O Direito Ambiental está inserido na classe dos direitos difusos, pois o meio ambiente é direito de todos, sem a necessidade de vinculação a uma classe ou categoria.

A Constituição Federal de 1988 consolidou a proteção ao meio ambiente, trazendo inclusive, meios de tutela jurisdicional, entre eles, a ação popular, objeto do presente estudo.

#### **4 A tutela jurisdicional do meio ambiente**

A defesa do meio ambiente, dentro do Poder Judiciário, tem adquirido contornos cada vez mais amplos, visando a mior eficácia dos instrumentos de proteção.

A proteção ao meio ambiente conta com meios processuais adequados, destacando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Coletivo, aplicando-se, ainda, subsidiariamente disposições do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Processo Civil.

A tutela jurisdicional do meio ambiente é realizada por meio do Processo Coletivo, que conta com a legitimidade ativa extraordinária, o que significa que alguém em nome próprio defende direito alheio, através do que conhecemos por substituição processual.

A legitimidade também é disjuntiva, pois o legitimado para entrar com a ação coletiva não precisa do consentimento dos demais legitimados para entrar em juízo.

A legitimidade passiva abrange as Pessoas Jurídicas de Direito Público ou Privado, bem como os particulares que provoquem danos ao meio ambiente.

No que toca o Processo Coletivo, em regra, a competência é absoluta e o interesse de agir é transindividual. As sentenças produzem efeitos *ultra partes* ou *inter partes*. Os efeitos *ultra partes* (além das partes) são alcançados pelas sentenças que envolvem direitos coletivos *stricto sensu* e direitos difusos. Já o efeito *inter partes* é reservado aos direitos individuais homogêneos.

Uma particularidade da tutela do meio ambiente é que esta é imprescritível, pois, tratando-se de direito fundamental indisponível, comum a toda a humanidade, não se submete à prescrição.



Outra particularidade é a existência intrínseca de repercussão geral nos recursos extraordinários que envolvam a tutela ao meio ambiente.

A procedência do pedido de tutela do meio ambiente atinge a todos, independente de participação ou não na demanda judicial. Já a improcedência do pedido importa em outras vertentes:

- a) Improcedência por falta de provas: qualquer outro legitimado poderá intentar outra ação com o mesmo fundamento.
- b) Improcedência que não se deu por falta de provas: é reconhecida a inexistência do direito material alegado e os demais legitimados não podem mais ajuizar ação com o mesmo fundamento.
- c) Improcedência, não importando o motivo: qualquer pessoa, de maneira individual, poderá intentar ação para a reparação dos danos sofridos em decorrência da lesão ao meio ambiente.

## **5 A ação popular enquanto meio de tutela ambiental**

A Ação popular encontra fundamento na Constituição Federal e na Lei 4.717/65. O artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal dispõe que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular”.

O artigo 1º da Lei 4.717/65, dispõe, em mesmo sentido:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços

sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

A Constituição de 1988 ampliou o rol de bens jurídicos tutelados por meio da ação popular, incluindo aí, o meio ambiente.

A legitimação ativa para ajuizar ação popular é de qualquer cidadão, considerando aqui aquele que possui capacidade eleitoral ativa.

No que toca à tutela ambiental, a qualidade de eleitor para a propositura da ação pode ser alvo de discordância, pois, por tratar-se de uma ação mais abrangente, que busca proteger um bem pertencente a todos, de maneira indistinta, há quem entenda, a exemplo de Granziera (2011), que restringir o acesso ao Poder Judiciário em virtude da capacidade eleitoral ativa não é condizente com a relevância do tema.

Segundo o autor, “há que se entender mais amplo o conceito de cidadão do que aquele especificado pela Lei nº 4.717/65”, pois isto permitiria a qualquer pessoa o ajuizamento de ação popular para a defesa ambiental, independentemente de regularidade com a Justiça Eleitoral.

A tutela ambiental é prevista ainda no art. 225 da Constituição Federal, cujo caput dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. A Carta Magna impõe ainda ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente, para as presentes e futuras gerações.

O objeto da ação popular é justamente anular atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A demanda segue o rito ordinário e não se pode conceder liminar de ofício.

Sempre necessária a atuação do Ministério Público, sob pena de nulidade.

O entendimento majoritário é de que a competência para o conhecimento da ação popular é o local do dano, pois estaria mais apto à colheita de provas, devendo ser salientado que a propositura da ação torna prevento o juízo para todas as ações que foram intentadas posteriormente, envolvendo as mesmas partes e sob o mesmo fundamento.

Segundo Granziera (2011), os pressupostos para o ajuizamento da ação popular ambiental não são os mesmos exigidos para o ajuizamento da ação popular comum. Para a propositura da ação popular que vise a proteção ambiental, é necessária tão somente a existência do dano ao meio ambiente, uma vez que tal dano estará, automaticamente, inserido em uma hipótese de ilegalidade.

Este meio de efetivação da tutela jurisdicional não possui natureza apenas repressiva. A tutela preventiva, com a eliminação dos efeitos danosos também é possível por meio da ação popular.

Zavascki (2005) evidencia bem a natureza preventiva da ação popular:

O requisito da lesividade não se confunde com a efetiva ocorrência da lesão. Deve-se considerar lesivo (e, conseqüentemente, desde logo passível de nulidade) qualquer ato que produz efeitos lesivos, mesmo que

a lesão ainda não tenha se consumado. Basta, para a propositura da ação e a procedência do pedido, a demonstração da potencialidade lesiva. Ato lesivo, portanto, é não apenas o ato que já produziu efeitos lesivos, mas também o que tem potencial para produzir tais efeitos. A ação popular promovida após a ocorrência do ato mas antes da consumação dos seus efeitos tem, quanto à nulidade do ato, natureza repressiva, e, quanto aos seus efeitos, natureza preventiva: invalidando o ato, impede-se a consumação da lesão.

Na esfera ambiental, a prevenção certamente surtirá mais efeitos do que a repressão e não é por acaso que o Direito Ambiental é regido pelos seguintes princípios:

- a) Princípio da Prevenção: determina uma análise prévia dos impactos que um determinado empreendimento possa causar ao meio ambiente, adotando-se medidas compensatórias e mitigadoras, assegurando a realização do projeto, sem causar danos ao meio ambiente.
- b) Princípio da Precaução: possui um conceito mais restrito do que o princípio da prevenção e se baseia no fato de que, não havendo certeza científica de que determinado projeto causará danos ao meio ambiente, não será o mesmo autorizado. A precaução adota medidas mais drásticas que a prevenção e havendo dúvidas, melhor não efetivar o projeto em análise, promovendo, desta forma, a preservação ambiental.
- c) Princípio da reparação integral: constatada a degradação ambiental, seu autor fica obrigado a reparar o dano ocorrido, uma vez que não se admite a permanência da degradação ocorrida.

Há outros princípios que norteiam o Direito Ambiental, mas os mencionados acima demonstram mais claramente a natureza preventiva das ações que tutelam o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Ação Popular é isenta de custas, salvo a comprovação de má-fé do autor e, no que toca a tutela ambiental, é um importante meio de efetivação de direitos, visto que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado engloba todos e a tutela jurisdicional de tal direito é elemento importante para a efetiva cidadania.

A Ação Popular Ambiental, dentro do ordenamento jurídico brasileiro é meio tendente a propiciar e incentivar a participação do cidadão na proteção do meio ambiente. Como corolário pátrio à democracia social ambiental, legitima-se o cidadão a exercer a tutela jurisdicional ambiental.

É poder-dever do cidadão invocar a prestação jurisdicional para a efetivação da proteção ambiental, e, a recepção, pela Carta Magna, da Ação Popular, dotando-a, inclusive, de maior abrangência, facilitou a efetivação deste direito do cidadão.

O instrumento da ação popular ambiental visa prontamente atender a possibilidade jurídica do cidadão exercer vigilância, podendo impugnar atos administrativos – preventiva ou repressivamente, que causem dano ao meio ambiente e apurar a responsabilidade do agente agressor.

Deste modo, mediante a utilização do instrumento da ação popular ambiental o cidadão individualmente – titular deste direito, tem a possibilidade de exercer a proteção ambiental, impugnando atos que se configurem em lesão ou ameaça ao meio ambiente.

## **6 Conclusão**

Ainda há muito o que se evoluir na defesa do meio ambiente e sobretudo na reparação ambiental, mas não há de se negar que

muito se conquistou com o alcance das ações coletivas à tutela de bens metaindividuais, a exemplo do meio ambiente.

A Ação Popular Ambiental surge como um mecanismo de eficácia da defesa e proteção do meio ambiente, proporcionando aos cidadãos a busca pelo equilíbrio ambiental que é, inclusive, previsto constitucionalmente.

A importância jurídica e social da Ação Popular é ressaltada por sua natureza de meio preventivo ou repressivo da degradação ambiental.

Neste contexto, ganha força a responsabilidade de todos os cidadãos na fiscalização e repressão de atitudes que degradem o meio ambiente. Muito mais do que uma demanda coletiva, a ação popular é um traço importante para a cidadania, uma vez que tutela interesses coletivos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 01 de maio de 2013.

BRASIL. Lei nº 4.717/65, de 15 de julho de 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm). Acesso em 01 de maio de 2013.

BRASIL. Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos. Disponível em: [http://www.danitoste.com/resumos/5\\_2010/res\\_2010\\_difusos-coletivos\\_3bim.pdf](http://www.danitoste.com/resumos/5_2010/res_2010_difusos-coletivos_3bim.pdf). Acesso em 01 de maio de 2013.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas S.A., 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos.** Porto Alegre, 2005.



## O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO E OS EFEITOS DA SENTENÇA NORMATIVA

**RAFAEL MONTEIRO DE CASTRO NASCIMENTO:**  
Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e  
Analista do Ministério Público Federal.

**Resumo:** O presente artigo destina-se a analisar o poder normativo da Justiça do Trabalho, dadas as intensas divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca das condições necessárias para seu exercício, dos limites a que se sujeita e dos efeitos que pode produzir. O tema mostra-se extremamente relevante na medida em que as sentenças normativas desempenham papel fundamental de pacificação social e garantia de direitos dos trabalhadores no âmbito das negociações coletivas de trabalho.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O Poder Normativo da Justiça do Trabalho. 2.1. Evolução histórica. 2.2. A exigência de anuência das partes. 2.3. Limites do Poder Normativo. 3. Efeitos da sentença normativa. 4. Conclusão.

---

### 1. Introdução

No ordenamento jurídico brasileiro, diante da relevância histórica, social e política das relações de trabalho, erigiu-se todo um complexo normativo inteiramente dedicado a regular as relações jurídicas trabalhistas. Em razão da importância e das especificidades da matéria, decidiu-se pela criação de normas processuais distintas e pela atribuição de competência para julgamento das lides a ela relacionadas a órgãos jurisdicionais especializados, que compõem a Justiça do Trabalho. Uma das características mais peculiares da Justiça Trabalhista é precisamente o poder normativo que lhe é conferido pela Constituição Federal, o que motiva debates doutrinários e

jurisprudenciais acerca de seu conteúdo, limites e efeitos, que constituem objeto de análise do presente artigo.

## **2. O Poder Normativo da Justiça do Trabalho**

O poder normativo da Justiça do Trabalho consiste na possibilidade de o poder judiciário trabalhista emitir disposições normativas vinculantes em relação a classes determinadas de empregadores e trabalhadores, cuja negociação coletiva tenha restado infrutífera.

### **2.1. Evolução histórica**

Quanto à sua origem histórica, Carlos Henrique Horn (2006, p. 420) afirma que o poder normativo da Justiça do Trabalho deriva da Constituição Federal de 1946, estando previsto expressamente em seu art. 123, *caput*. Horn ressalta que uma posição minoritária é defendida por Pedro Carlos Sampaio Garcia, que remete a origem do poder normativo ao Decreto-Lei nº 1.237, de 1939, sete anos antes Constituição de 1946 (GARCIA apud HORN, 2006, p. 441).

Ives Gandra Martins Filho esclarece que o modelo brasileiro inspirou-se na “*Carta del Lavoro*” da Itália fascista, que, em 1926, outorgou ao poder judiciário trabalhista italiano o poder de fixar novas condições laborais, na ocorrência de conflitos coletivos de trabalho. O doutrinador afirma que, embora seja possível verificar proposições nesse sentido sendo apresentadas no Brasil desde 1932, somente com a Constituição de 1946 o poder normativo da Justiça do Trabalho consolidou sua força impositiva, a partir de sua previsão constitucional (MARTINS FILHO, 2009, pp. 12-14).

Não obstante a dissidência acerca da origem histórica, é certo que, assim que o poder normativo do judiciário trabalhista consolidou-se, viu-se condicionado por legislação ordinária, à qual competia estabelecer suas hipóteses de incidência, nos termos do § 2º do já citado art. 123 da Constituição Federal de 1946. A Constituição de 1967 manteve o dispositivo que determinava a referida subordinação, mas a lei reguladora jamais foi editada.

Ives Gandra afirma que o condicionamento do poder normativo da Justiça do Trabalho à legislação ordinária suscitou um debate hermenêutico em torno da disposição constitucional, acerca de sua aplicabilidade mesmo ante a ausência de regulamentação

por lei. Segundo o autor, o Supremo Tribunal Federal sustentava que a inexistência de lei ordinária regulamentadora impossibilitava o exercício do poder normativo pela Justiça Trabalhista - posição apenas parcialmente endossada pelo Tribunal Superior do Trabalho (MARTINS FILHO, 2009, pp. 36-37).

O doutrinador reconhece que a redação do dispositivo permitia essa interpretação, mas ressalta que “a realidade fática conduziria a conclusão diversa, uma vez que a ausência da lei especificadora não poderia impedir o exercício da Justiça do Trabalho, com o qual os tribunais trabalhistas resolvem os conflitos coletivos de trabalho” (MARTINS FILHO, 2009, p. 37). Na concepção do autor, portanto, tratava-se de uma norma de eficácia contida, de aplicação imediata, embora fosse passível de eventual restrição posterior pela regulamentação legal.

A discussão perdeu o sentido, porém, com a Constituição Federal de 1988, que alargou o âmbito de incidência do poder normativo da Justiça do Trabalho, deixando de condicioná-lo à legislação ordinária. Sobreveio o artigo 114, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que possuía, originariamente, seguinte redação:

*Art. 114. (...)*

*(...)*

*§ 2º - Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídios coletivos, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.*

Como se poder verificar, houve uma grande mudança no enfoque constitucional da limitação do exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho. Atualmente, não cabe a lei ordinária específica regulamentar o poder normativo, estabelecendo expressamente as hipóteses de sua incidência. Compete à própria Justiça do Trabalho estabelecer os limites de seu poder normativo, que deverá respeitar disposições legais e convencionais mínimas de proteção ao trabalho.

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, alterou a redação do dispositivo, que hoje vigora com o seguinte teor:

*Art. 114. (...)*

*(...)*

*§ 2º - Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, **de comum acordo**, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.*(grifo nosso)

Conforme leciona Inês Sleiman Molina Jazzar (2008, p. 75), acrescentou-se um requisito anteriormente inexistente para o ajuizamento de dissídio coletivo: o comum acordo entre empregadores e empregados. A introdução do novo requisito produziu efeitos diretos sobre o exercício do poder normativo, que tem como pressuposto o prévio ajuizamento de dissídio coletivo de trabalho.

Diante da inovação constitucional, Amauri Mascaro Nascimento explica que alguns juristas sustentam que a Constituição Federal de 1988, na verdade, extinguiu o poder normativo da Justiça do Trabalho. O raciocínio é o seguinte: se o poder normativo sujeita-se aos limites legais e convencionais e, cumulativamente, só pode ser exercido mediante o ajuizamento de dissídio coletivo, de que depende o consentimento recíproco das partes, então pode-se reputá-lo inexistente. Nascimento explica que (2009, p. 537):

A ideia inicial foi a substituição do poder normativo pela função arbitral e quando de interesse de ambas as partes, caso em que o Tribunal do Trabalho funcionaria como órgão não para criar normas e condições de trabalho, mas para arbitrar os pontos

controvertidos e que fossem colocados à sua apreciação de comum acordo.

A interpretação literal do dispositivo, portanto, conduziria à conclusão de que o poder normativo, consiste, na realidade, em uma arbitragem da Justiça do Trabalho sobre pontos controversos em uma negociação, desde que submetidos de comum acordo pelas partes. Com efeito, se a submissão ao poder normativo da Justiça do Trabalho depende do consentimento das partes, tal poder esvaziou-se, perdeu o caráter impositivo, jurisdicional. É o que leciona Georgenor de Sousa Franco Filho (FRANCO FILHO apud BARROSO e NILO, 2011):

(...) O que temos, a rigor, é, (...), uma lamentável restrição ao poder normativo da Justiça do Trabalho. Sabemos, e isso não é segredo para ninguém de bom senso, que muita gente quer acabar com esse poder excepcional do Judiciário Trabalhista. Poder atípico, é verdade, mas que, por fatores diversos, que vão desde o enfraquecimento do sindicalismo brasileiro até a demora na elaboração de leis que disciplinem as relações de trabalho, ainda é indispensável para a tranquilidade social (...)

Com efeito, a exigência de comum acordo para instauração de dissídios coletivos consiste em requisito deveras estranho à atividade jurisdicional, impositiva por natureza. Trata-se de pressuposto totalmente distinto da exigência de negociação prévia, esse sim, requisito bastante razoável, tendo em vista que o próprio exercício da jurisdição demanda a existência de interesse jurídico, uma das condições da ação, que seria preenchida com a tentativa de autocomposição infrutífera<sup>[1]</sup>.

## **2.2. A exigência de anuência das partes**

A obrigatoriedade de anuência das partes para ajuizamento de dissídios coletivos e, conseqüentemente, para o exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho, tem sido alvo de diversos

questionamentos, suscitando, inclusive a interposição de Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADIN's nº 3.392, 3.423, 3.431, 3.432, 3.520). A Corte Constitucional, entretanto, não se pronunciou sobre a matéria até a presente data.

Inevitavelmente, a discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo constitucional passa por uma análise da conveniência do próprio poder normativo da Justiça do Trabalho. Isso porque, se para alguns pode parecer exagero dizer que a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 extinguiu o poder normativo trabalhista, é inegável que o principal escopo da reforma foi o de promover uma redução desse poder.

Nesse contexto, salutar mencionar as lições de Ives Gandra Martins Filho, acerca das vantagens e desvantagens do poder normativo da Justiça do Trabalho. Após realizar análise comparativa da legislação trabalhista coletiva nos ordenamentos jurídicos de diversos países, o autor enumera as principais desvantagens do modelo brasileiro, quais sejam: enfraquecimento da liberdade negocial; desconhecimento real do judiciário trabalhista acerca das condições do setor; demora nas decisões judiciais; generalização das condições de trabalho; incompatibilidade com a democracia pluralista e representativa; e maior índice de descumprimento da norma coletiva (MARTINS FILHO, 2009, pp. 31-33).

Fazendo ressalva quanto ao fato de que “a adoção de uma ou outra forma de solução para os conflitos coletivos decorre do contexto histórico e socioeconômico de cada nação no concernente às relações de trabalho”, Martins Filho cita quais seriam as principais justificativas para a manutenção do poder normativo da Justiça do Trabalho: a ausência de um sindicalismo forte no Brasil e a necessidade social de superar o impasse na ausência de autocomposição (MARTINS FILHO, 2009, p. 33).

Enquanto o controle de constitucionalidade concentrado do dispositivo não é exercido pela Suprema Corte, tem prevalecido, no Tribunal Superior do Trabalho, a posição de que a exigência de comum acordo é constitucional e indispensável para o dissídio coletivo.



A necessidade de comum acordo para a instauração do dissídio coletivo não significa, porém, que a petição de instauração deva ser conjunta, isto é, subscrita por ambas as partes envolvidas. Nos termos da interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho ao dispositivo constitucional, seria permitida a anuência tácita, presumida diante da não oposição à instauração do procedimento. É o que preconiza o seguinte precedente<sup>[2]</sup>:

EXIGÊNCIA DE COMUM ACORDO  
PARA INSTAURAÇÃO DE DISSÍDIO  
COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA.  
CONSTITUCIONALIDADE DA INOVAÇÃO  
INTRODUZIDA PELA EMENDA  
CONSTITUCIONAL Nº45/2004.  
OPOSIÇÃO DA PARTE ADVERSA.  
EXTINÇÃO DO PROCESSO POR FALTA  
DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL. (...) V  
- Descartada a exigência de que os  
contendores, para provocação da atuação  
do poder normativo da Justiça do Trabalho,  
assim o tenha ajustado previamente, **cabe  
apenas verificar se a entidade sindical  
suscitada a ela se opôs expressamente  
ou com ela consentira explicita ou  
tacitamente, no caso de não se insurgir  
contra a instauração do dissídio de  
natureza econômica**, circunstância que  
dilucida a não-aplicação, no processo  
coletivo do trabalho, da ortodoxia do  
processo comum de se tratar de matéria  
cognoscível de ofício pelo juiz, a teor do §  
3º, do art. 267, do CPC, pelo que o seu  
acolhimento dependerá necessariamente  
da iniciativa da parte adversa. VI - **Como a  
suscitada expressamente manifestou-se  
contrária ao ajuizamento do dissídio  
coletivo, depara-se com a ausência do**



**pressuposto de válido e regular desenvolvimento do processo de que trata o art. 267, inciso IV, do CPC, indutora da sua extinção sem resolução do mérito, a teor do caput daquele artigo.** Recurso provido para julgar extinto o processo sem resolução do mérito. (grifo nosso)

### **2.3. Limites do Poder Normativo**

Como visto, a Constituição Federal de 1988 deixou de sujeitar o poder normativo da Justiça do Trabalho à regulamentação por legislação ordinária. No entanto, isso não significa que o exercício do poder normativo tornou-se livre e irrestrito. Ao contrário, dispõe o texto constitucional que devem ser “*respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente*”.

Nesse contexto, Ives Gandra sistematiza, a partir da dicção constitucional, quais seriam os limites do exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho. Em seus termos, haveria um **patamar**, um limite mínimo do exercício do poder normativo, correspondente aos direitos trabalhistas mínimos garantidos por lei ou convenção. Haveria também um **teto**, um limite máximo, equivalente à justa retribuição do capital, isto é, à manutenção da capacidade econômica da empresa, da lucratividade e consequente viabilidade da atividade empresarial. A equidade e o bom senso do magistrado, por seu turno, constituiriam os **degraus**, tudo aquilo que se situa entre o patamar e o teto, que é dado ao poder normativo regular

Os limites do poder normativo da Justiça do Trabalho, na forma como foram traçados por Ives Gandra, são passíveis de críticas. Isso porque, no mundo contemporâneo, tem se tornado cada vez mais comum a dispensa conjunta de diversos trabalhadores, denominadas demissões coletivas. O fenômeno possui especial relevância no âmbito do direito trabalhista, pois a subtração do emprego – meio de sobrevivência dos indivíduos e importante canal de acesso à cidadania – de centenas ou até

mesmo milhares de trabalhadores de uma só vez os coloca em situação de vulnerabilidade econômica, financeira e social.

Em algumas situações, especialmente de crises financeiras globais, a capacidade econômica da empresa pode não conseguir arcar com os custos de todas as garantias trabalhistas legalmente previstas, sem que, para isso, tenha que demitir parcela considerável dos trabalhadores ou inviabilizar totalmente a atividade empresarial. Utilizando a terminologia de Ives Gandra, é possível, e até comum, que o teto (capacidade econômica da empresa) se situe abaixo do patamar (disposições legais de proteção ao trabalhador).

A questão está diretamente relacionada aos limites do poder normativo da Justiça do Trabalho, pois a Constituição Federal de 1988 chancela especial proteção dos trabalhadores contra as dispensas coletivas, primando pela manutenção do emprego, ainda que mediante restrições de determinadas garantias temporariamente - a denominada **flexibilização**. A interpretação da limitação imposta pela Constituição Federal, portanto, deve compreender tão somente as garantias trabalhistas realmente **mínimas**, indisponíveis, sem as quais a própria atividade laboral tornar-se-ia inviável, arriscada, indigna.

Dessa forma, resta claro que a limitação constitucional ao poder normativo da Justiça do Trabalho não consiste em toda e qualquer garantia trabalhista, mas na proteção à dignidade humana do trabalhador. Dissertando sobre os limites à negociação coletiva de trabalho, o que, *mutatis mutandis*, pode ser importado para o poder normativo da Justiça do Trabalho, Maurício Godinho Delgado afirma a existência de normas de indisponibilidade absoluta, as quais seriam “imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e valorização mínima deferível ao trabalho” (DELGADO apud PEREIRA, 2009).

Segundo Ives Gandra, esse posicionamento é refletido na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho acerca dos limites da negociação coletiva de trabalho. Segundo o autor, pode-se

extrair dos precedentes da Corte Trabalhista os seguintes parâmetros que condicionam a autonomia negocial das partes e, analogamente, o poder normativo da Justiça do Trabalho (MARTINS FILHO, 2009, p. 49):

a) **não se admite supressão** integral de direito legalmente reconhecido;

b) **não se admite flexibilização** de normas **previdenciárias, fiscais, processuais, de medicina e segurança do trabalho** (orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST);

c) **admite-se flexibilização** de direitos ligados a **salário e jornada de trabalho** (CF, art. 7º, VI, XIII e XIV), com redução e compensação implícita, em face da teoria do conglobamento, quando, no todo, a norma coletiva é favorável aos trabalhadores (Súmulas 364 e 423 do TST).  
- grifo do autor

### 3. Efeitos da sentença normativa

Finalmente, ingressamos especificamente nos efeitos da sentença normativa trabalhista, que pode ser conceituada como a decisão proferida pela Justiça do Trabalho no exercício de seu poder normativo, criando novas condições de trabalho entre as classes participantes de um determinado dissídio coletivo.

Conforme assinala Renato Saraiva, seus efeitos serão, em regra, *erga omnes*, pois abrangem todas as entidades sindicais que suscitaram o dissídio, bem como todos os profissionais daquela categoria, sejam associados ou não às entidades. O autor salienta, contudo, que se o dissídio houver sido provocado por uma empresa, então os efeitos da sentença somente atingirão seus próprios trabalhadores, independentemente de associação sindical (SARAIVA, 2011, p. 835).

Mais adiante, o doutrinador acrescenta que “quando os efeitos da sentença normativa abranger apenas uma fração de empregados da empresa, poderá haver a extensão dessa decisão

aos demais empregados da mesma empresa e, até mesmo, a extensão a todos os empregados da respectiva categoria profissional”, conforme os artigos 868 e 869 da CLT. Saraiva explica que há outro requisito para a extensão dos efeitos da sentença: concordância de  $\frac{3}{4}$  (três quartos) dos empregadores e dos empregados (SARAIVA, 2011, p. 837).

Questão de especial relevância sobre os efeitos da sentença normativa se refere à coisa julgada, dadas as divergências encontradas na doutrina e na jurisprudência. Basicamente, são dois os posicionamentos na discussão: o primeiro, de que a sentença normativa produz apenas coisa julgada formal, e não material; e o segundo, de que a sentença normativa produz tanto coisa julgada formal quanto material.

Ives Gandra é adepto da primeira corrente. O autor defende a posição com base na possibilidade de modificação da sentença normativa no curso de sua vigência. Em suas palavras (MARTINS FILHO, 2009, p. 201):

Pelo exposto, se conclui que a sentença normativa faz apenas coisa julgada formal, quando esgotadas as vias recursais ou precluso o prazo para delas se fazer uso, operando tão somente dentro do processo, de modo a pôr-lhe fim. Não pode operar coisa julgada material, em face de sua natureza normativa, de fonte formal de direito, já que sujeita às regras de direito intertemporal. (...)

A coisa julgada material, no caso de sentença normativa, fica jungida às vantagens já recebidas pelo empregado durante sua vigência, não porém, em relação às parcelas que poderia vir a perceber durante o prazo total de sua vigência.

Renato Saraiva explica que essa posição é defendida também tendo em vista que: “a sentença normativa pode ser objeto de

cumprimento mesmo antes do seu trânsito em julgado; após um anos de vigência, a sentença poderá ser objeto de revisão, estando submetida, portanto, à cláusula *rebus sic stantibus*; a sentença normativa não comporta execução, e sim ação de cumprimento; a sentença normativa tem eficácia temporária (no máximo quatro anos)” (SARAIVA, 2011, p. 836).

Não obstante a exposição dos argumentos, Saraiva sustenta a tese oposta, de que a sentença normativa produz coisa julgada formal e material. O autor ampara-se no art. 2º, I, c, da Lei nº 7.701/1988, que prevê a possibilidade de ação rescisória contra sentença normativa. Além disso, argumenta com a proibição, contida no art. 872, parágrafo único, da CLT, de que sejam discutidas questões de fato e de direito na ação de cumprimento, o que, no seu entendimento, caracterizaria a imutabilidade da decisão (SARAIVA, 2011, p. 836).

Tanto Saraiva quanto Martins Filho, porém, são uníssonos ao afirmar que o Tribunal Superior do Trabalho tem acolhido em seus precedentes a tese de Ives Gandra, de que a sentença normativa produz coisa julgada formal e, de forma mínima, material. É o que consta do seguinte julgado, aliás, de relatoria do doutrinador<sup>[3]</sup>:

1. AÇÃO RESCISÓRIA - REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIOR, COM FUNDAMENTO ACRESCIDO - EXTINÇÃO EM RELAÇÃO AO FUNDAMENTO IDÊNTICO AO DA ANTERIOR. Verificando-se que a presente ação rescisória é, quanto a um de seus fundamentos, repetição de rescisória anterior, uma vez que concorre a tríplice identidade do art. 301, § 2º, do CPC, dado que as partes são as mesmas, o pedido é o mesmo (apontado para a desconstituição da mesma decisão rescindenda) e a causa de pedir é a mesma (violação dos mesmos dispositivos legais), correta a decisão recorrida que extinguiu o processo, quanto à invocação do inciso V do art. 485 do CPC

como causa de rescindibilidade, com lastro no art. 267, V, do CPC.

2. COISA JULGADA EM DISSÍDIO COLETIVO - INOPONIBILIDADE EM DISSÍDIO INDIVIDUAL. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido da impossibilidade de invocação da exceção de coisa julgada, formada em processo coletivo, na seara do dissídio individual. Isto porque, em dissídio coletivo, há apenas a coisa julgada formal, pelo esgotamento das vias recursais ou pelo não uso dos recursos cabíveis no momento oportuno (LICC, art. 6o, § 3o). A sentença normativa não faz coisa julgada material, uma vez que não torna imutável a solução dada à lide, pois tem natureza jurídica de fonte formal de direito, sujeita, portanto, às regras do direito intertemporal (LICC, art. 2o), sendo limitada sua vigência no tempo (CLT, arts. 868, parágrafo único, e 873), passível de revisão até mesmo antes desse período (Lei nº 7.783/89, art. 14, parágrafo único, II), bem como de cumprimento antes do trânsito em julgado (Súmula nº 246 do TST), sem a possibilidade de repetição do indébito em caso de sua reforma (Lei nº 4.725/65, art. 6o, § 3o). Recurso ordinário a que se nega provimento.

Por fim, cumpre discorrer sobre o início e o prazo de vigência das sentenças normativas. O início da vigência é regulado pelo art. 867, parágrafo único, da CLT, que preceitua que, quando ajuizado o dissídio após o prazo do art. 616, § 3º, ou, quando não existir acordo, convenção ou sentença normativa em vigor, a sentença normativa vigorará a partir da data de sua publicação. Na hipótese contrária, ou seja, se houver acordo, convenção ou sentença



normativa em vigor, a sentença normativa produzirá efeitos a partir do dia imediato ao termo final de vigência da norma anterior.

Quanto ao prazo de vigência, deve-se destacar, inicialmente, a súmula 277 do Tribunal Superior do trabalho, segundo a qual “as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”. Renato Saraiva adverte que “os tribunais, em regra, tem fixado o prazo de vigência da sentença normativa em um ano, almejando, com isso, que na data-base do ano seguinte os sindicatos participem de novas tratativas negociais” (SARAIVA, 2011, p. 835). Entretanto, nos termos do art. 868, parágrafo único, da CLT, compete ao Tribunal estabelecer o prazo de vigência da sentença normativa, podendo outro período ser fixado, desde que respeitado o limite máximo legal de 4 (quatro) anos.

#### 4. Conclusão

Como visto, o poder normativo atribuído à Justiça do Trabalho possui raízes históricas bem consolidadas no ordenamento jurídico brasileiro, o que não impede a existência de debates acerca das condições necessárias para seu exercício, dos limites a que se sujeita e dos efeitos que pode produzir. A despeito das divergências sobre a matéria, é certo que as sentenças normativas desempenham papel fundamental de pacificação social e garantia de direitos dos trabalhadores no âmbito das negociações coletivas de trabalho.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Fábio Túlio; NILO, Taciana Carolina Alípio. **A exigência do “comum acordo” para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica. (In)constitucionalidade.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9213](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9213).

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. SBDI-2, ROAR-658867/00, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. Publicado no Diário de Justiça - DJ de 15/03/02.



BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº 3609/2005-000-04-00. Publicado no Diário de Justiça - DJ de 01/06/2007.

HORN, Carlos Henrique. **Negociações coletivas e o poder normativo da Justiça do Trabalho**. *Dados*, 2006, vol. 49, nº. 2, pp. 417-445. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582006000200006>.

JAZZAR, Inês Sleiman Molina. **Mediação e conflitos coletivos de trabalho**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-15032012-090428/>.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Processo coletivo do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

NASCIMENTO, Amuri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 35ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Método, 2011.

NOTAS:

[1] Em termos processuais, é possível dizer que a exigibilidade de negociação prévia consiste, na realidade, na exigência de interesse processual para a obtenção de pronunciamento da Justiça do Trabalho. Não havendo sequer tentativa de negociação, não há interesse jurídico, não sendo possível o exercício da jurisdição e, conseqüentemente, do poder normativo da Justiça do Trabalho. Consiste em requisito bastante razoável e consonante com a história do direito processual. O requisito do comum acordo para instauração do dissídio coletivo, por seu turno, poderia se assemelhar aos requisitos específicos de alguns procedimentos específicos de jurisdição voluntária, como o divórcio consensual, sendo interessante observar que a própria

jurisdição voluntária possui seu caráter jurisdicional amplamente debatido na doutrina.

[2] TST, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº 3609/2005-000-04-00. Publicado no Diário de Justiça - DJ de 01/06/2007.

[3] TST, SBDI-2, ROAR-658867/00, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. Publicado no Diário de Justiça - DJ de 15/03/02.



**Curso de Direito**

**O DIREITO DA CONCUBINA SOBRE A HERANÇA DO CÔNJUGE**

**FLAVIANY HORTÊNCIA PONTES ARRUDA**

**SOBRAL - CE  
2016**

**Flaviany Hortência Pontes Arruda**

**O DIREITO DA CONCUBINA SOBRE A HERANÇA DO CÔNJUGE**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo do professor Esp. Victor Vasconcelos e orientação metodológica da professora Esp. Vanessa Lopes Vasconcelos.

**SOBRAL - CE  
2016**



Flavianny Hortência Pontes Arruda

## O DIREITO DA CONCUBINA SOBRE A HERANÇA DO CÔNJUGE

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo do professor Esp. Victor Vasconcelos e orientação metodológica da professora Esp. Vanessa Lopes Vasconcelos.

Apresentada em \_\_\_/06/2016

Banca Examinadora:

---

Prof. Esp. Victor Vasconcelos  
Orientador

---

Prof. Esp. Ysmênia Pontes  
1º Examinador

---

Prof. Ms. Renaud Ponte  
2º Examinador

À memória de minha avó, Maria Hortência de Aguiar Pontes, pelo exemplo de garra, força e perseverança e pela maior herança deixada aos seus: a importância da educação, do saber, e de seus valores. À minha amada mãe, Maria da Conceição Pontes Arruda, que sempre acreditou no meu potencial e não mede esforços para me ajudar a seguir na luta pela conquista dos meus sonhos. À minha filhinha, Anny Hortência Arruda, que renova as minhas forças todos os dias para que eu continue a perseguir meus ideais, de modo que não desanime no caminho das conquistas. Aos meus sobrinhos amados, Enzo Arruda e Théo Arruda, para que um dia, eu possa servir de exemplo de dedicação e inspiração para eles.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, Pai todo poderoso, agradeço pelo seu amor incondicional e por nunca ter me abandonado, por sempre ter cuidado de mim, protegendo-me, guiando, abençoando, dando sabedoria e paciência nos momentos de fraqueza, desânimo e iluminando minha caminhada.

A minha avó, Maria Hortência de Aguiar Pontes, *in memória*, pelo exemplo deixado aos filhos, netos e bisnetos, uma mulher guerreira que mesmo depois de criar seus 14 filhos, em 1984, aos 56 anos de idade, cursou a Faculdade de Filosofia Dom José de Sobral, com o título de Licenciada em Estudos Sociais, ainda, em 1987, concluiu sua Pós-graduação, em Brasília, aos 59 anos de idade, no intuito de deixar a educação como sua maior herança, sempre incentivando os filhos e netos, mesmo diante de todas as dificuldades.

De igual forma, ao Dr. Fernando Antônio Medina de Lucena, por ter me dado oportunidade de ter o primeiro contato com o encantador mundo do direito, sempre me incentivando e torcendo por minhas vitórias.

Principalmente, agradecer aos meus pais, João Batista de Aguiar Arruda e Maria da Conceição Pontes Arruda, em especial a minha mãe por ter sempre acreditado nos meus sonhos e por ter se colocado tanto à disposição para me ajudar em tudo que precisei, pois, sem ela teria sido tudo mais difícil; aos meus segundos pais, José Marlinoélio de Aguiar Pontes (Tio Zé) e Emília Jacobina de Aguiar Pontes (Tia Bia), por terem me acolhido e também me apoiado em minhas decisões sempre acreditando na minha capacidade e comprometimento.

Ao Professor Victor Vasconcelos, competente orientador, por sua dedicação e orientação em cada momento, facilitando com seus ensinamentos a elaboração desta monografia e o alcance de um sonho. E ainda à Professora Vanessa pela sua dedicação e atenção dada durante todo o período de criação deste trabalho, bem como ao Professor Renaud Ponte pela sua colaboração mesmo que de forma indireta.

A todos os professores e funcionários da Faculdade Luciano Feijão – FLF, que fizeram parte desta árdua jornada e com dedicação e muita competência tornaram-se peça chave para a minha formação.

As amigas Kássia Varanda, Patrícia Cristina, Luciana Silva e ao amigo Renato Essé pelo incentivo e amizade verdadeira, e a todos os colegas do curso de



Direito, pelo companheirismo nesses poucos anos e pela experiência que compartilhamos no dia a dia durante esse belo processo de aprendizado.

Agradeço, por fim, a todas as pessoas que, de forma direta ou indireta, motivaram-me a continuar buscando e acreditando na realização deste e de todos os meus sonhos.

“Que prevaleça a vontade de não desistir  
daquilo que faz o coração acelerar”.  
(Diego Vinícius)

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo a apresentação dos diversos tipos de relações familiares formadas por homem e mulher, atendo-se em especial às relações de concubinato impuro, ou seja, as relações paralelas ao casamento ou à união estável, seguindo-se o conceito de cada um deles e um breve histórico da evolução do direito da concubina, mostrando o progresso deste instituto, que de início, era visto como sociedade puramente patriarcal e burocrática, até a aceitação e concepção da união estável e, por conseguinte, do concubino. Posteriormente, destacam de forma breve os amparos existentes nas legislações brasileiras, observando rapidamente as legislações anteriores e atuais fazendo um pequeno contraponto, desde o Código Civil de 1916 e as legislações específicas, passando pela Constituição de 1988 e também pelo Código Civil de 2002, direcionando para o direito de família e sucessões, findando-se nos entendimentos jurisprudenciais. Pretendendo-se, desta forma, analisar requisitos de sua constituição, seus principais efeitos patrimoniais, e expondo as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aceitação ou não da relação concubinária gerar direitos hereditários à amante e, por fim, faz uma ponderação sobre o tema mostrando seus exemplos e sobre as discordâncias encontradas nos posicionamentos jurisprudenciais sobre o tema, ilustrando o atual posicionamento do Tribunal Superior de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-Chave:** Sucessões. Direito da Concubina. Herança do *de cuius*. Cônjuge. Entendimento Jurisprudencial.

## ABSTRACT

This study aims to present the various types of family relationships formed by man and woman, to attend in particular to relations impure concubinage, that is, parallel relationship to marriage or stable union, followed by the concept of each one of them and a brief history of the evolution of the law of the concubine, showing the progress of this institute, which at first, was seen as purely patriarchal and bureaucratic society, to the stable acceptance and design and therefore the concubine. Later, simplified highlights the existing protections in the Brazilian legislation, quickly noting the previous and current legislation making a small counterpoint from the 1916 Civil Code and specific laws, through the 1988 Constitution and also Civil Code of 2002, pointing to the right family and succession ending up in the jurisprudential understandings. we want it this way, analyze requirements of its constitution, its main balance sheet effects, and exposing the doctrinal and jurisprudential disagreements about the acceptance or not of the relationship concubinaria generate hereditary rights lover, and finally makes a final consideration of the issue showing their examples and on the discrepancies found in the jurisprudential positions on the theme, illustrating the current position of the Supreme Court and the Supreme Court.

**Keywords:** Succession. Law Concubine. Spouse. Testator's heritage. Jurisprudence understanding.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	11
<b>2 CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO NO DIREITO SUCESSÓRIO</b> .....	14
2.1 ORIGEM HISTÓRICA DA SUCESSÃO.....	14
2.1.1 Conceito de Sucessão .....	15
2.1.2 Sistema Sucessório e a Ordem de Vocação Hereditária .....	17
2.2 CONCEITOS .....	18
2.2.1 Conceito de Casamento .....	18
2.2.2 Conceito de União Estável .....	19
2.2.2.1 Sociedade de Fato .....	20
2.2.3 Conceito de Concubinato .....	21
2.3 DIFERENÇAS .....	23
<b>3 CONCUBINATO E SUA EVOLUÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</b> .....	26
3.1 EVOLUÇÃO DO CONCUBINATO .....	26
3.2 CÓDIGO CIVIL E OUTRAS LEIS .....	28
3.3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	29
3.4 CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO .....	30
<b>4. CONCUBINATO NO DIREITO SUCESSÓRIO</b> .....	32
4.1 DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE .....	32
4.2 DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO .....	32
4.3 DIREITO SUCESSÓRIO DA CONCUBINA .....	36
<b>5 DIREITO DA CONCUBINA SOBRE A HERANÇA DO CÔNJUGE</b> .....	37
<b>5.1 CONSEQUÊNCIAS PATRIMONIAIS</b> .....	38
5.1.1 Direito à Indenizações por Serviços Domésticos, Pensão Alimentícia e Direito Previdenciário .....	42
5.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS .....	49
5.3 POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS .....	51
<b>6. CONCLUSÃO</b> .....	54
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	56

## 1 INTRODUÇÃO

Discorrer sobre as relações de família sendo elas matrimoniais ou não matrimoniais será sempre um desafio, pois, conceituá-las e delimitar institutos tão parecidos e tão diferentes ao mesmo tempo não é uma das tarefas mais fáceis de fazer, a família merece um enorme cuidado no seu trato, por ser ela base da sociedade, bem como, pela sua importância, sobretudo no que tange às relações de matrimônio e à convivência e seus efeitos no direito sucessório.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da entrada em vigor do Código Civil de 2002, a família passou a ter seu sentido juridicamente ampliado, as relações conjugais sem o matrimônio civil passaram então a ser encarada como entidade familiar e ter proteção pelo Estado na forma da União Estável.

A evolução desse cenário propiciou quase o fim de uma época preconceituosa com as famílias que preferia não se casarem, seja por motivos de ideologia, ou ordem financeira, ou até mesmo por pretensão de vida.

Apesar de ter sido um salto bem relevante na construção de um Direito de Família atual e condizente com as estruturas familiares, ainda há preconceitos com certos tipos de arranjos familiares que são mais remotos daquilo que se convencionou ser a estrutura ideal de família.

Por equiparação ao matrimônio se exige do casal o dever de fidelidade, um dos diversos princípios que devem ser respeitados, ou seja, deverá existir a exclusividade de relacionamento. Contudo, é sabido que a infidelidade cerca o casamento e qualquer outra relação de afetividade do ser humano. O que não se sabe é até que ponto a infidelidade pode estar presente, porém, o direito não pode deixar ao desamparo algumas situações em que começam a despontar verdadeiros vínculos sociais e jurídicos.

Aceitar que todas essas relações sejam colocadas em pé de igualdade ao concubinato e de forma preconceituosa é certamente um retrocesso no desenvolvimento do próprio pensamento jurídico frente aos princípios constitucionais. Há inclusive determinadas pessoas que prefere simplesmente não exigir do companheiro essa exclusividade, mesmo sem abrir mão do objetivo de constituir uma família.

O princípio da monogamia tem seu lugar reservado no Direito e provavelmente jamais o perderá, contudo em determinados casos este princípio se

acha em verdadeiro contraponto com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, punir o indivíduo pela infidelidade, do ponto de vista do casamento ou da união estável, seria o mais fácil, porém não o mais justo.

Deixar de dar o devido amparo, baseando-se apenas em princípios morais e éticos para denegar algumas relações é caminho mais simples e cômodo para qualquer órgão julgador.

As doutrinas, no entanto, vêm enfrentando este polêmico tema com comedimento e sabedoria, neste trabalho é descrita uma comparação teórica entre os expoentes do Direito Civil brasileiro e exposto seu pensamento quanto às uniões paralelas. Será feita, bem como, uma pesquisa jurisprudencial tendo por destaque os tribunais e, mormente as instâncias superiores do judiciário STJ e STF a fim de demonstrar os caminhos traçados pela justiça no enfrentamento do tema.

No primeiro capítulo busca-se fazer um breve esboço histórico sobre a sucessão no direito brasileiro e seus conceitos, passando ao desenvolvimento no que concerne ao sistema sucessório e a ordem de vocação hereditária, seguindo-se dos conceitos dos institutos do casamento, união estável e concubinato, ao final diferenciando-os.

O segundo capítulo traz à baila os amparos existentes nas legislações brasileiras sobre o instituto do concubinato e seu trato da união estável desde o Código Civil de 1916, passando pelas legislações esparsas e em seguida o Código Civil de 2002, chegando à Constituição Federal de 1988 e, finalmente, traz a caracterização da união estável, fazendo minuciosa pesquisa quanto a seus requisitos de validação, demonstrando sua conversão em casamento amparada pela lei.

O terceiro descreve cada um dos institutos, tendo como foco a relação de concubinato dentro do direito sucessório atual, e, por conseguinte, dispõe sobre o direito sucessório do cônjuge, do companheiro, ambos pelo Código Civil de 2002 e o direito sucessório da concubina, que não está amparado por Lei, mas possui direito resguardado pela maior parte da jurisprudência.

O quarto e não mais importante capítulo deste trabalho, aborda a doutrina e a jurisprudência, a fim de analisar a aceitação do direito da concubina herdar patrimônio deixado pelo seu amásio, de modo que já existe amparo legal dando a elas o direito à pensão por morte, alimentos, e usufruto real de habitação e legal sucessório, também destacado neste capítulo.



Por fim, nas considerações finais, há o posicionamento quanto ao tema, e uma arremetida à forma de construção deste trabalho, atingindo os resultados e objetivos pretendidos. Adotamos uma metodologia de busca bibliográfica, teórica doutrinária nos livros sobre Direito Civil, em especial sobre Direito de Família e Sucessões, artigos científicos, sítios relacionados ao tema para ampliação do conhecimento, também foi feita uma busca jurisprudencial sobre os posicionamentos jurídicos de casos mais comuns sobre o assunto.

## 2 CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO NO DIREITO SUCESSÓRIO

### 2.1 ORIGEM HISTÓRICA DA SUCESSÃO

Em uma rápida visão histórica, a disciplina de direito das sucessões não é um fenômeno que decorreu de uma sistemática ocidental moderna, mas, da importância da propriedade privada como um direito a ser resguardado e que, por sua vez, precede ao surgimento do sistema capitalista, sendo evidente o seu respaldo ideológico nesse mesmo sistema.

O direito das sucessões adveio, portanto, “[...] de uma cultura de tempos imemoriais, que apenas foi modificada, e aperfeiçoada com o decurso da vida” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 40).

Torna-se necessário dizer que a ideia de sucessão aqui possui o significado de tomar o lugar, substituir, transferir, passar para frente. Portanto, quando há uma sucessão, isso significa que, ocorreu uma “transferência” patrimonial, então, basicamente é assumir o lugar daquele que não vive mais entre nós, o *de cuius*.

Em tempos antigos, a maior característica do Direito Hereditário era no sentido de que o herdeiro, normalmente primogênito masculino, substituíria o falecido em todas as suas relações jurídicas, notadamente na continuidade do culto doméstico. No Direito Romano, a aquisição da herança variava em função do tipo de herdeiro, o herdeiro necessário, natural, em função do culto doméstico e, os demais por adição, que para adquirirem a herança, precisavam praticar o ato de *additio*, assim, assumirem as obrigações da casa do falecido [...] (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 40 - 41).

Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 21, a ) ainda reforça que, “[...] foi a partir desse mesmo direito romano que o conhecimento da evolução histórica do direito das sucessões tornou-se mais nítido, quando a Lei das XII tábuas concedia a herança absoluta ao *pater familias* de dispor dos seus bens para depois da morte. “

A mudança do estado das coisas ocorreu a partir do momento da construção de um princípio que, para a maioria dos autores dos livros de direito das sucessões é tratado como o de maior peso dentre os existentes nesse âmbito, sendo ele o *Principio do Droit de Saisine*, que alude ao prestígio de uma transmissão imediata do patrimônio deixado pelo falecido aos seus herdeiros.

O sistema da *saisine* chega até nós, por sua origem germânica, através do direito francês, e adota o princípio do código de Napoleão, previsto em seu artigo 724 (VENOSA, 2015, p.17, b).

Sobre o princípio do *saisine* (transmissão da posse), Silvio Rodrigues (2007, p.13) destaca que há uma dificuldade encontrada no que diz respeito à possibilidade de transmissão ou não da posse de uma herança, por esta ser uma mera situação de fato e nem sempre ser suscetível de ser transferida por determinação legal, por isso, é por muitos, negada, por tratar-se de uma “universalidade de direito”.

Neste ponto tem-se por base o artigo 1.784, CC/02, que não determina apenas que a propriedade seja transferida, mas, põe que a posse da herança transfere-se também a título universal aos seus sucessores. Segue-se: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Destarte, o dispositivo atribui ao herdeiro, a sua condição de ser possuidor da coisa (bem), gerando desta forma efeitos importantes como, por exemplo, o deferimento do direito de entrar com recurso contra os “interditos possessórios” para defender os devidos bens por ele herdados.

### **2.1.1 Conceito de Sucessão**

Compreende-se por direito das sucessões o conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte. Portanto, trata-se da modificação da titularidade de bens que é o objeto de investigação deste especial ramo do direito civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 34).

Todavia, é fundamental mencionar o significado de Sucessão advindo da palavra *suceder*. Acontecer posteriormente; ser substituto; tomar lugar; vir em seguida; ser sucessor; ter a posse do que pertencia ao seu antecessor (DINIZ, 2005, p. 548, a).

O nobre doutrinador Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2014, p.15), descreve em seu livro “Direito das Sucessões” a importância do significado desta aludida palavra, de modo que ele explica o sentido jurídico de “vir após”, um dos significados da palavra sucessão, a qual indica a modificação subjetiva em determinada situação jurídica, tendo em vista o sujeito ativo ou passivo, isto é, o sucessor passa a ocupar a situação jurídica do antecessor.

Conforme a Doutrina de Tartuce (2016, p.2), geralmente, ou em sentido amplo, a palavra sucessão significa transmissão, podendo decorrer de atos inter vivos ou *causa mortis*. “[...] Dentro da ideia de transmissão hereditária é que surge o conceito de sucessões.”

Destarte, da posse da herança, pelos herdeiros legítimos ou testamentários, com a abertura da sucessão, tomando o lugar do *de cuius*, continuando sua posse, com os mesmos caracteres; sequência de pessoas que se substituem (DINIZ, 2005, p. 549,a ).

A Carta Magna brasileira de 1988 versou claramente quando disciplina em seu art. 5º, incisos XXII, XXIII e XXX, como direitos fundamentais, albergando o direito à propriedade privada (sob o aspecto de sua função social), e um pouco mais tarde, abarcou o direito de herança, o que demonstra respaldo Constitucional dentro do Direito das Sucessões. Segue o texto do artigo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

**XXX - é garantido o direito de herança;** (grifo nosso).

Visto os incisos acima e no intuito de deixar mais claro, entende-se que somente se pode falar em Direito das Sucessões quando a sociedade admite a propriedade individual, não havendo como se conceber a herança em situações de titularidade coletiva (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 36).

Abrindo um parêntese, é importante destacar aqui o conceito de herança, segundo Flávio Tartuce (2010), herança pode ser conceituada como o conjunto de bens, positivos e negativos, formado com o falecimento do *de cuius*.

O direito à herança é de fato um reflexo da sociedade e de suas estimas as quais, outrora, não envolvia de forma alguma a concubina no direito a suceder, de modo que esta era rechaçada pela sociedade e, ainda, pelo não reconhecimento de que tal relacionamento teria o que se chama de *Affectio Maritalis* (o amor entre os envolvidos), tampouco a intenção de permanecerem juntos no intuito de formarem uma família. A concubina era vista como uma mera realizadora dos prazeres carnavais, somente (CARVALHO, 2014, p.370).

Entretanto, há o reconhecimento de que o direito hereditário (sucessório) encontra a razão jurídica para a sua existência no *post mortem*, este ligado diretamente ao direito de propriedade privada, que como já dito, é constitucionalmente garantido.

Desta forma, verifica-se que nada mais é do que “[...] a própria manifestação da autonomia privada do indivíduo, direcionada ao âmbito das relações jurídicas constituídas ou derivadas do seu falecimento” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 37).

### 2.1.2 Sistema Sucessório e a Ordem de Vocação Hereditária

Fundamentalmente, o sistema sucessório adotado pela legislação brasileira é o chamado Sistema de Divisão Necessária, podendo este ser observado nos artigos 1.845 e 1.846 do Código Civil vigente, cita-se:

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Como se pode observar, com este modelo, o autor da herança teria apenas uma relativa margem de disponibilidade de seus bens, caso existissem herdeiros considerados necessários. Vale dizer, havendo sucessores desta categoria, parte da herança, obrigatoriamente lhes tocaria, não sendo permitido ao seu titular, mesmo em vida, dispor da cota reservada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 38).

Finalmente, faz-se entender que, a intenção do legislador era resguardar o direito desses herdeiros acima citados, para que, não obstante, o autor da herança não dispusesse totalmente daquele patrimônio que lhe pertencia, desta forma, houve uma preocupação precisamente em dar amparo patrimonial àqueles.

A ordem de vocação hereditária em nossa legislação tem por principal base a sucessão legítima advinda desde a legislação romana, essa sucessão possui uma ordem preferencial para esses herdeiros legítimos, os quais se dividem em classes, ou seja, critério de preferência, onde a lei determina o quinhão destinado a cada herdeiro.

Tal ordem respeita ao princípio “[...] de que os membros da classe mais próxima excluem os da mais remota, observando-se, entretanto, que dentro da mesma classe, os membros de geração mais próximos ao *de cuius* excluem os mais

remotos [...]” (CARVALHO, 2014, p. 313). Observando-se, portanto, o artigo 1.829 do Código Civil torna-se mais compreensível:

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

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

II- aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III- ao cônjuge sobrevivente;

IV- aos colaterais

Contudo o direito à sucessão também dependerá de qual tenha sido o regime de casamento, sendo o regime de comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente será considerado meeiro, e terá direito a recolher tão somente a herança legal deixada pelo *de cujus*, ou seja, aquilo que faz parte da sua meação, e eventualmente, alguns bens particulares.

## 2.2 CONCEITOS

### 2.2.1 Conceito de Casamento

Pode-se entender por casamento a união de duas pessoas as quais não possuem impedimentos, perante a lei e aos homens, ou seja, podendo ser o casamento pela Lei Civil e/ou pela Lei de Deus, com o intuito de formarem uma família, reproduzirem criando sua prole juntos e ajudando uns aos outros, de modo a respeitarem os princípios e deveres do casamento.

Luiz Sergio do Carmo (2003, p.16), conceitua o casamento como, “[...] o matrimônio como a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos”.

Por conseguinte, Venosa (2015, p. 26-27) entende que “não há, por consequência uniformidade nas legislações e doutrinas” que possam ajustar esse conceito de casamento.

Sob a visão jurídica, ou melhor, do direito, o casamento como um negócio cria um vínculo jurídico entre as partes contratantes, quando manifestam a sua vontade de contratar por um ato solene.

De acordo com a visão de Maria Berenice (2015, p.146-147), o legislador não trouxe qualquer definição de casamento, nem tenta conceituá-lo, “[...] apenas, limita-se a estabelecer requisitos para a sua celebração, elencando direitos e deveres aos nubentes e, por conseguinte, disciplina diversos regimes de bens.”.

### 2.2.2 Conceito de União Estável

Pode-se dizer que o conceito de União estável está descrito no diploma legal nº 9.278/96 que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, pois ergue o sentido da União Estável, quando dispõe em seu art. 1º: “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Uma parte da jurisprudência que afirmou nos pretórios, inicialmente que a união estável em nível de uma sociedade de fato, e como tal considerada, sob a inspiração do direito comercial, afasta, por completo, o sujeito sócio afetivo indissociável de tais reações, com solução artificial em prejuízo da verdadeira entidade familiar que, decorre delas, se constituída (CARMO, 2003, p. 24-25).

O projeto de lei 2.285/2007, que traz o estatuto das famílias, mantém o texto original, porém, acrescenta um ponto importante no parágrafo único:

Art. 63. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Parágrafo único. **A união estável constitui estado civil de convivente, independentemente de registro, o qual deve ser declarado em todos os atos da vida civil.** (grifo nosso).

No entanto, o art.1.723, do Código Civil de 2002, traz em sua redação o que se denomina união estável, sendo: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. E de acordo com o entendimento do Ministro Luiz Fux:

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. **O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva**



**proteção constitucional** (ADPF 132 e ADI 4.277, voto do Ministro Luiz Fux, p. 13-14, grifo nosso).

Desta forma, é possível verificar que aquela definição do Código Civil é bastante semelhante com a anteriormente citada e prevista no art. 1º da Lei 9.278/96. Portanto, como aduz VENOSA (2015, p. 446, a), “trata-se de um conceito aberto de união estável, sem amarras temporais do passado”.

### 2.2.2.1 Sociedade de Fato

A sociedade de fato, originalmente, está associada ao direito das obrigações, entendendo-se como algo que é constituído entre pessoas através de contribuições financeiras ou não, formando assim um patrimônio.

Porém, ao considerar a falta de amparo do Estado perante as uniões constituídas fora das regras legais e diante das nítidas injustiças cometidas pelo próprio Poder Judiciário, a doutrina, influenciando a jurisprudência, deu início à formação de entendimentos no sentido positivo para que os envolvidos na relação não amparada pela lei passassem a ter direitos no tocante à aquisição do patrimônio formado por eles, sendo essa contribuição de caráter financeiro ou pessoal, de modo que configurasse uma sociedade de fato; portanto, dava o direito à divisão dos bens construídos, quando houvesse a dissolução dessa sociedade de modo proporcional (NASCIMENTO, 2013, p.9). Assim como no entendimento jurisprudencial que se segue:

AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. DURAÇÃO MÍNIMA DA UNIÃO ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DO INTUITO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. INTUITO PRESENTE NA ESPÉCIE DOS AUTOS. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE AS PARTES PATENTEADAS. NECESSIDADE, NO ENTANTO, DE INSTRUÇÃO DO FEITO PARA FINS DE DEFINIÇÃO DO TEMPO EXATO DA CONVIVÊNCIA E DISPOSIÇÃO SOBRE A PARTILHA DE BENS. APELO PROVIDO. (TJ-SP - CR: 5501774800 SP, Relator: Donegá Morandini, Data de Julgamento: 17/02/2009, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/03/2009).

A sociedade de fato entre os concubinos, via de regra, é vista como uma união estável entre homem e mulher, sem vínculo matrimonial, ou seja, sem impedimentos para este, porém, observando sempre o dever de lealdade recíproca e ânimo societário, e conseqüentemente, com a junção de esforços materiais e ou pessoais, para conseguirem suas finalidades ou objetivos comuns.

Silvio Rodrigues (2004, p. 263) faz parte do posicionamento doutrinário majoritário, quando descreve: “Realmente ao se estabelecer a união entre os concubinos, o que prevalece é o amor e não o propósito de lucro, porém, com o passar do tempo, os interesses passam a ser comuns [...]”.

### 2.2.3 Conceito de Concubinato

De antemão é importante frisar que o legislador do Código Civil de 2002 decidiu por diferenciar de forma clara o que se entende por união estável e por concubinato, de modo que estes não possam ser utilizados como expressão sinônima como anteriormente o era.

Com base na doutrina de Vieira de Carvalho (2015, p. 367):

Antes da Constituição de 1988, concubina, era pessoa que vivia uma união de fato por um longo período com outra pessoa, de sexo diverso, por inexistência de impedimentos matrimoniais entre os membros do casal, denominado de concubinato puro ou então proibido pelo ordenamento, presentes tais impedimentos, denominada de concubinato impuro. **(grifos do autor)**

O atual Código Civil de 2002 utilizou-se da expressão “concubino” para denominar a pessoa que vive numa relação íntima, proibida, condenada pelo direito por razões morais e eugênicas, fora do conceito de família (art. 1727 do CC), sem que daí nasça para a pessoa de direitos familiares, por exemplo, regime de bens, sucessórios, securitários, previdenciários, concedidos aos integrantes da união estável (CARVALHO, 2014).

Por muito tempo, a União de um homem e uma mulher por um período de longa duração, sem ter firmado o contrato do casamento, foi chamado de concubinato (GONÇALVES, 2015).

Apesar da rejeição social e do repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram (DIAS, 2015). A rigor, a velha expressão concubinato, tem por seu sinônimo a União livre.

Por outro lado, pela doutrina, não são somente concubinos, os que mantêm uma vida conjugal sem serem casados, pois, entende-se também para efeitos legais, os que contraem casamento somente no “religioso”, ou mesmo fora do país e que não sejam válidos pela nossa legislação (GONÇALVES, 2015).

A união que seja considerada livre não tem a obrigação de cumprir direitos e deveres, destarte, nota-se que há uma instabilidade no relacionamento, podendo

ambos os companheiros ficar desamparados diante da ruptura deste (GONÇALVES,2015, p. 616).

Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 256) esclarece que “[...] já entendia o legislador que o conceito de concubinato pressupunha a fidelidade da mulher ao seu companheiro”.

Ainda o mesmo autor destaca que aos poucos a justiça começou a observar que a ruptura de um concubinato de longa duração, sendo o concubinato por consentimento mútuo, ou mesmo unilateralmente, causava alguns prejuízos para um dos amantes, ocorrendo assim, situação de grande injustiça, posto que, em boa parte dos casos, existira o esforço comum; todavia, o que fora adquirido para acrescentar ao patrimônio estaria disposto somente em nome do varão (GONÇALVES, 2015, p.256).

No entanto, a concubina poderá comprovar a existência de esforço comum para obter a partilha dos bens adquiridos onerosamente durante a sociedade de fato, conforme a Súmula 380 do STF:

Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido **pelo esforço comum, não cabendo, na espécie, indenização por serviços domésticos** (grifo nosso).

Seguindo-se ainda do voto do Relator Ministro Massama Uyedda, do Superior Tribunal de Justiça:

A inexistência da prova de patrimônio adquirido pelo esforço comum é circunstância suficiente para afastar a configuração de sociedade de fato, porque é pressuposto para seu reconhecimento. Desse modo, a simples convivência sob a roupagem de concubinato não confere direito ao reconhecimento de sociedade de fato, que somente emerge diante da efetiva comprovação de esforço mútuo despendido pelos concubinos para a formação de patrimônio comum. Isso porque a existência de sociedade de fato pressupõe, necessariamente, a aquisição de bens ao longo do relacionamento, para que se possa ter por caracterizado o patrimônio comum. (STJ. AgRg no REsp 1170799/PB, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. P/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 06/12/2010)

## 2.3 DIFERENÇAS

Aqui far-se-á um breve apanhado sobre as diferenças do que vêm a ser o Concubinato e suas variações, bem como, a Sociedade de Fato, e a União Estável, fazendo uma breve comparação destes com o casamento.

Depois do advento da Constituição de 1988, o legislador constituinte se utilizou da expressão “companheiro” para designar a pessoa que vive em união estável (substitutiva do concubinato puro), uma vez que foi a partir daí alçada à categoria de entidade familiar, portanto, protegida pelo Estado e geradora de importantes direitos familiares, sucessórios e previdenciários, reservada a doutrina e infraconstitucionalidade à expressão concubino nas suas três modalidades: concubinato adúltero, incestuoso e desleal (CARVALHO, 2015. p. 368).

Confira adiante os diferentes tipos de concubinato, de acordo com a doutrina de Vieira de Carvalho, quais sejam: Concubinato adúltero: o exemplo mais comum de concubinato impuro, em que é a pessoa casada que convive com seu cônjuge, porém mantém uma relação extraconjugal duradoura, em quebra continuada do dever de fidelidade recíproca que está previsto no art. 1.566, inciso I do Código Civil de 2002. Concubinato incestuoso: se configura através de relação íntima e prolongada sem possibilidade de ser convertida em casamento por virtude de incesto, sendo como tal considerada a relação íntima entre parentes próximos.

O Código Civil de 2002, faz um destaque do rol de impedimentos do casamento, sendo este:

**Art. 1.521. Não podem casar:**

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

**VI - as pessoas casadas;**

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (grifos nossos).

**Concubinato Desleal:** ocorre quando alguém mantém comunhão de vida íntima e prolongada, simultaneamente, com duas ou mais pessoas.

União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei nº 9.728/96.

1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido.”

2. Sua possibilidade, se a companheira desconhece que seu companheiro mantém vida dupla e se relaciona com outra mulher anterior e com ela mantém a vida marital, sem desfazê-la, para estabelecer a união posterior com exclusividade. Aplicação por analogia do art. 221 do Código Civil de 1916. Prova dos autos a denotar, que o finado mantinha união concomitante com duas mulheres, a ensejar o reconhecimento da união estável, com os efeitos jurídicos daí decorrentes, em favor das duas. Recurso provido"STJ, 3ª TURMA, RECURSO ESPECIAL Nº 789.293 - RJ (2005/0165379-8, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 16.02. 2006 ).

Já na sociedade de fato, em comparação com a União estável, a diferença está no elemento, no qual, na sociedade de fato, existe o *affetio societatis*, e na união estável ou casamento, existe o *affectio maritalis*.

Fica evidente com a súmula 380 do STF que a jurisprudência admite que exista a sociedade de fato entre os concubinos, confira-se: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo **esforço comum**” (grifo nosso).

Na União Estável um dos primeiros requisitos para seu reconhecimento é o não impedimento de casarem-se os companheiros, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 deixa clara que será facilitada por lei a sua conversão em casamento, portanto, observa-se:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, **devendo a lei facilitar sua conversão em casamento** (grifo nosso).

Nessa trilha, Alexandre de Moraes (2005, p. 2.217–2.218):

A Constituição Federal de 1988, para efeito da proteção do Estado, reconheceu juridicamente a união estável entre homem e mulher, garantindo-lhe a proteção e determinando ao Legislador infraconstitucional a edição de lei que facilitasse sua conversão em casamento.

Portanto, não é correto afirmar que a união estável foi igualada ao casamento, por tratar-se de institutos jurídicos diversos, mas que houve o reconhecimento da juridicidade da união fática, com a finalidade de evitar a continuidade das injustiças sociais.

Aqui, devem-se observar algumas questões concernentes à União Estável, sendo que, a União Estável pressupõe que haja a publicidade do relacionamento, bem como o “não impedimento de casarem-se”, e lógico quando quiserem os envolvidos, pois, se se tratar de relacionamento às escondidas, apenas como objetivos sexuais, diga-se de “eventuais”, não poderá de forma alguma ser considerada estável a relação; desta forma, será evidentemente tratada de

concubinato, tendo em vista o respeito ao princípio da monogamia e ao princípio da lealdade, conforme decisão abaixo, sobre o não reconhecimento da União Estável:

O relacionamento afetivo da apelante com o seu amado não se enquadra no conceito de união estável, visto que o princípio da monogamia, que rege as relações afetivas familiares, impede o reconhecimento jurídico de um relacionamento afetivo paralelo ao casamento. (TJMG - Apelação Cível 1.0183.12.015480-6/001, Relator (a): Des.(a) Fernando Caldeira Brant, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/06/2014, publicação da sumula em 16/06/2014).

Ainda, numa apelação Cível no Tribunal do Rio Grande do Sul, houve o não reconhecimento de uma união estável, em defesa ao princípio da monogamia:

A monogamia constitui princípio que informa o direito matrimonial, não se podendo reconhecer a constituição de uma união estável enquanto uma pessoa estiver casada (e mantendo vida familiar) ou conviver em união estável com outra pessoa. Constituiu concubinato adúlterino a relação entretida pelo falecido com a autora, pois ele mantinha vida conjugal com a esposa. (Apelação Cível Nº 70063902027, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/04/2015).

Esta foi uma das decisões mais recentes do Tribunal e que vem sendo seguida pela maioria dos outros Tribunais, em defesa aos princípios que regem o casamento.

### **3 CONCUBINATO E SUA EVOLUÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

#### **3.1 EVOLUÇÃO DO CONCUBINATO**

O atual Código Civil de 2002 utilizou-se da expressão "concubino" para denominar a pessoa que vive numa relação íntima, proibida, condenada pelo direito por razões morais e eugênicas, fora do conceito de família (art. 1727 do CC), sem que daí nasça para a pessoa os direitos familiares (por exemplo, regime de bens, sucessórios, securitários, previdenciários, concedidos aos integrantes da união estável (CARVALHO, 2015. p.368 ).

Por muito tempo, a União de um homem e uma mulher por um período de longa duração, sem ter firmado o contrato do casamento, foi chamado de concubinato (GONÇALVES, 2015, p.615,a).

Apesar da rejeição social e do repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram (DIAS, 2015, p.238).

A rigor, a velha expressão concubinato, tem por seu sinônimo a União livre, por outro lado, pela doutrina, não são somente concubinos, que mantêm uma vida conjugal sem serem casados, pois, entende-se também para efeitos legais, os que contraem casamento somente no "religioso", ou mesmo fora do país e que não sejam válidos pela nossa legislação (GONÇALVES, 2015, p.616, a ).

A união que seja considerada livre não tem a obrigação de cumprir direitos e deveres, destarte, nota-se que há uma instabilidade no relacionamento, podendo ambos os companheiros ficar desamparados diante da ruptura deste, pois, "[...] já entendia o legislador que o conceito de concubinato pressupunha o dever de fidelidade da mulher aos seu companheiro [...]" (GONÇALVES, 2015, p.256, a).

O Código Civil, no intuito de proteger a família constituída pelos laços matrimoniais, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais. E foi além. Restou por puni-las. Vedou doações e a instituição de seguro em favor da concubina, que também não podia ser beneficiada por testamento. Até 1997 não existia o divórcio, portanto, a única forma à época, de separação era o desquite, que não dissolvia a sociedade conjugal e impedia novo casamento (DIAS, 2015, p. 238).

Por mais reprovável que sejam as uniões afetivas extramatrimoniais nunca deixaram de existir, mesmo sem a permissão legal, mostrando desta forma, que



ninguém, absolutamente ninguém, nem os seres humanos, nem as leis, podem impedir as pessoas de buscarem a própria felicidade.

Tais vínculos afetivos, sem o sinete do casamento, acabaram por serem denominadas de concubinato. No entanto, o poder judiciário, começou a ser invocado, quando essas relações eram partidas por decisão do próprio casal, por morte de um deles, ou por qualquer que fosse o motivo.

Então, assim sendo, o judiciário começou a despontar com decisões que tratavam tão somente do direito sobre o patrimônio daquele relacionamento especificamente, tentando desta forma, não trazer prejuízos nem injustiças.

A partir disto, com o passar dos anos, foram surgindo mais e mais decisões judiciais sobre tal assunto. Contudo, veio o surgimento da sociedade de fato, anteriormente conceituada, que foi reconhecida judicialmente, considerando os companheiros como sócios. Portanto, fazia-se assim a divisão de forma justa, do patrimônio que fora adquirido na constância da sociedade de modo que aquele não ficasse exclusivamente com um deles.

Posteriormente às reiteradas decisões, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 380, nesse sentido: “Comprovada a existência da sociedade de fato, entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Então, a partir do instante em que uma pessoa passa a conviver “maritalmente” com outra como se casado fosse, completando os requisitos no *caput* do art. 1.723 CC, haverá união estável, nos termos do parágrafo primeiro do artigo supracitado, o qual segue-se:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Porém, se se tratar de relações casuais entre as partes envolvidas, as quais são impedidas de casarem-se, neste caso, será compreendida como uma relação de concubinato, conforme descreve o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.727: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

### 3.2 CÓDIGO CIVIL E OUTRAS LEIS

O Código Civil de 2002 na parte do livro de direito de família, em especial o que antecede o da tutela e curatela que trata sobre a união estável (arts. 1.723 a 1.726) e, por conseguinte, o concubinato (art.1.727) é muito curto.

Para tanto, vale ressaltar que esse instituto da União estável, apenas, foi reconhecido constitucionalmente pela nossa Carta Magna de 1988, evidentemente, quando o mesmo código estava na etapa de elaboração, e desta forma, permaneceu limitado, de modo a reproduzir apenas o que já estava resguardado pela Constituição, apesar de já existirem legislações infraconstitucionais que regulamentavam tal instituto, sendo elas a Lei 8.971/94, que regulava o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão e a Lei 9.278/96, que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Observando que esta última possui uma abrangência mais relevante do assunto.

A maior diferença entre ambas é que na Lei 8.971/94 não há o reconhecimento da união estável se a relação formada se der por pessoas separadas de fato. Já a outra, Lei 9.278/96, por ser mais abrangente, permite o reconhecimento da união estável composta por pessoas separadas de fato e ainda não estipulou prazo algum para que houvesse um prazo de convivência entre os companheiros para que se configurasse tal instituto.

A primeira Lei que seguiu os preceitos destacados pela Constituição foi a Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Ela tinha por objetivo regulamentar os direitos dos companheiros referentes à prestação de alimentos e à sucessão, mas, sem estabelecer uma definição clara sobre a União Estável, indicando tão somente alguns preceitos para sua caracterização, fixando um prazo de convivência de 5 anos para que houvesse o reconhecimento das Uniões Estáveis, ou a existência de prole comum.

A Lei 9.278/96, em seu art. 1º, trazia a definição da união estável como: “a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”, deste modo, omitiu os requisitos de ordem pessoal e derogou o rígido prazo de cinco anos, previsto no art. 1º da Lei 8.971/94. O art. 5º a Lei 9.278/96, incluiu ainda o direito à meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da União Estável, presumindo a existência do esforço comum de forma relativa. Também, em seu art. 7º, citava os

alimentos entre os conviventes, embora sem conjecturar a hipótese de culpa para a concessão desse direito.

Diante destas evidências, percebeu-se que o concubinato impuro não possui respaldo em lei, apenas, o Código Civil/ 02 em vigor, que singelamente, determina o que se configura como tal, em seu artigo 1.727, descreve: “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, **constituem concubinato**” (grifo nosso).

Na doutrina de Maria Berenice (2015, p. 243), ela realça que o vocábulo “concubinato”, termo utilizado pelo Código Civil no artigo acima citado, foi usado de forma errônea e infeliz, pois, ressalta que a palavra concubinato “[...] carrega consigo o estigma do preconceito, o qual sempre traduziu a relação escusa e pecaminosa, quase que uma depreciação moral.” E que a utilização daquele vocábulo foi uma preocupação do legislador, na tentativa de diferenciar o concubinato da união estável.

### 3.3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para que se possa entender e explicar os diversos tipos de relacionamentos conjugais que serão dispostos no decorrer deste trabalho, é interessante e elementar que se entenda o conceito de família na Legislação em vigor, a começar pela Constituição Federal de 1988, pois, os aspectos constitucionais, têm o intuito de demonstrar a proteção do Estado nas famílias reconhecidas constitucionalmente, tanto na forma da interpretação *ipsis litteris* positivada, quanto na forma doutrinária e jurisprudencial.

A nossa Carta Magna de 1988 em seu artigo 226, aduz o conceito de família e de que forma esta é amparada pelo estado:

Art. 226. **A família**, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, **é reconhecida a união estável** entre o homem e a mulher **como entidade familiar**, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (grifos nossos)

Nota-se que o parágrafo terceiro acima, exigiu que o casamento fosse facilitado quando os conviventes optarem por ele, deixando então de constituir união estável tornando-o matrimônio.

Por isso o surgimento da Constituição Federal de 1988 foi um importante passo na evolução do Direito de Família, no que concerne às uniões paralelas ao

casamento, estas, porém, passaram a ser aceitas na sociedade, passando a figurar a União Estável como forma reconhecida de constituição familiar.

#### 3.4. CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

A União Estável é relevante entidade familiar, substancialmente protegida e regulada pelo Estado, com direitos e deveres fundamentais conferidos aos seus membros e que devem ser aparentemente idênticos aos das pessoas casadas.

Este tema será tratado sem aprofundamento e está previsto no art. 1.726, do Código Civil, porém, não apresenta qualquer facilidade para tal procedimento, *in textu*: Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

O Código Civil, por omissão, contraria expressamente a previsão do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, que reza: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”.

A possibilidade de converter a união estável em casamento, como supracitado, é um direito constitucionalmente assegurado (art.226, §3º, CF/88) e ainda amparado pela lei civil, porém, apenas limitando que o pedido da conversão deverá ser formulado em juízo, e posteriormente assentado no registro civil.

Zeno Veloso *apud* Carvalho (2014, p. 372) vem explicar sobre o que de fato a constituição quis dizer a propósito da conversão da união estável em casamento: “[...] a Constituição, ao sinalizar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, não está estabelecendo hierarquia, precedência ou preferencia entre essas formas de família [...]”. Ou seja, ela expõe que, se porventura os companheiros quiserem casar-se, deverá de forma objetiva ser facilitada a conversão desta no instituto do casamento.

O Estado tem o interesse na conversão da união estável em casamento, dando amparo, que haja a concessão, o que depreende o art. 1726 da Lei 10.406/02: “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil” (CARMO, 2003, p.37).

Na verdade o que se tem percebido é a existência de uma grande dificuldade diante da referência feita de forma inadequada, quanto ao pedido dos companheiros

a ser feito ao juiz, pois, não esclarece qual é o juízo competente para tal conversão, nem mesmo o procedimento correto a ser seguido.

Todavia, essas dúvidas são sanadas pelo que está disposto no art. 8º da Lei nº 9.278/96, que destaca em seu texto ser exigível tão somente o requerimento administrativo ao Oficial de Registro Civil do domicílio dos companheiros, para que ocorra a respectiva conversão. Por isso, é justificável a não atuação de um juiz de paz nesse procedimento, tendo em vista, não ser um ato solene, mas, um mero registro seguido da habilitação dos conviventes, portanto, a isso explica a justificativa para o termo “facilitar sua conversão”.

Contudo, a Autora Maria Berenice Dias (2015, p.154) discorda desse termo, “facilitada”, pois, segundo ela: “[...] a exigência de intervenção judicial afronta a própria recomendação constitucional de que seja “facilitada” a conversão da união estável em casamento.” Havendo a necessidade de processo judicial, implicará a contratação de advogado, pagamento de custas e, até mesmo, produção de provas, que é fator complicador.

União Estável. Ausência de configuração. Ausência de prova. Concubinato impuro. **Caracterizada a ausência de prova relacionada a determinado período da união**, evidencia-se que **esta não pode ser configurada como estável e amparada pelo ordenamento**, principalmente **se demonstrada ser uma relação paralela ao casamento**, correspondente ao **denominado concubinato impuro**, o qual não se enquadra dentro dos parâmetros exigidos pelo ordenamento. (TJ-RO - Apelação : APL 00051201320118220014 RO 005120-13.2011.822.0014, Relator: Desembargador Marcos Alaor Diniz, 2ª Câmara Cível, julgado em 09/04/2014.

## 4. CONCUBINATO NO DIREITO SUCESSÓRIO

Não há dúvida de que a evolução da família construída fora do casamento foi um dos aspectos marcantes do direito brasileiro, na segunda metade do século XX. Desta forma, por consequência de tal evolução é notável a grande influência e necessidade de mudanças ocorridas no direito sucessório brasileiro (RODRIGUES, 2007, p. 116).

Antes de abordar o direito sucessório do concubino, será feita uma rápida referência das espécies de direito sucessório existentes.

### 4.1 DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE

O direito sucessório do cônjuge sobrevivente foi marcado por avanços no Código Civil de 2002, mas, ainda precisando de algumas modificações. Dentre alguns avanços trazidos pela Legislação nova, dentro da sucessão *causa mortis*, foi a de que o cônjuge sobrevivente, que casado com o falecido ainda ao tempo da abertura da sucessão, portanto, no momento da morte do autor da herança, terá direito de parte dela ou de sua totalidade. “[...] Assim sendo, óbvio que o convivente que vivia em *união estável* com aquele que morreu não possui a qualidade de cônjuge.”. (MIGUEL, 2007, p.1).

Art. 1.830. **Somente é reconhecido direito sucessório** ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, **não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente** (grifos nossos).

### 4.2 DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO

Torna-se relevante comentar de forma breve sobre esse direito sucessório que fora conquistado pelo companheiro, ou seja, a sucessão no contexto da união estável.

Conforme cita Luiz Sérgio do Carmo (2003, p.31), digna-se de apreciação no direito brasileiro “[...] o direito do dos companheiros em participar da sucessão do companheiro falecido, o que já não sem tempo, se já existe nas normas

infraconstitucionais que alicerçam várias “faculdades de agir” dos companheiros porque não participar da sucessão.”.

A proteção aos companheiros em decorrência de união estável, segundo a doutrina de Orlando Gomes (2015, p.69) iniciou-se como proteção excepcional a título de sociedade de fato entre concubinos, tornou-se objeto de norma legal de direito sucessório depois que a Constituição de 1988 colocou sob a proteção do estado não somente a família decorrente do matrimônio, mas também a extramatrimonial, conforme já consta anteriormente citado no enunciado o art. 226 e seu § 3 da CF/88:

Antes, a posição do antigo Código Civil de 1916, era a de franca hostilidade com relação às famílias extramatrimoniais, que, entretanto, pouco a pouco, mas de forma inevitável, vieram ganhando amparo e reconhecimento, até a Constituição de 1988, em que se proclama como tantas vezes foi dito, que a União estável entre homem e mulher está sob a proteção do Estado, devendo a lei facilitar-lhes a conversão em casamento (RODRIGUES, 2007, p. 116).

Essa tendência solidificou-se com a já referida Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “comprovada a existência da sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Deste modo, a quebra da união *more uxória* passou a ter reconhecimentos de ordem patrimonial, no intuito de evitar o locupletamento sem causa de um companheiro ou de outro companheiro, ou de seus herdeiros, quando da ruptura da convivência, sendo ela pura e simples ou mesmo pela morte. Entretanto, a expressão “esforço comum”, constante naquela súmula, passou a ser objeto de discussões no meio jurídico.

Mesmo diante de decisões singulares e isoladas, algum tempo antes do nosso Código Civil de 2002, decisões estas dadas pelos tribunais do nosso país, foi com a chegada e promulgação da Lei 10.406/2002 que o legislador apreciou e julgou ser de grande relevância que fosse reconhecido o direito dos companheiros dentro do direito sucessório.

A Lei 8.971/94 determinou que os bens deixados pelo consorte falecido fossem concedidos por direito ao consorte sobrevivente. Posto que, “[...] a existência da união estável colocou o companheiro, sob a égide da referida lei, na ordem de



sucessão dos herdeiros antes dos colaterais, afastando-os da sucessão.”. (GOMES, 2015, p. 69).

A Lei 9.278/96 estabelece o direito real de habitação em favor do companheiro sobre o imóvel residencial da família, porém, este mesmo direito não foi reconhecido no nosso Código Civil de 2002, estando ele, portanto, omissos sobre o assunto.

Ambas as leis continuaram em vigor de modo que uma não revogasse a outra, tendo em vista que, só ocorrerá implicitamente a revogação da lei 8.971/94, se por ventura sua matéria tivesse sido abordada de forma diferente pela lei 9.278/96 (GOMES, 2015, p.69).

Pela lei 8.971/94, os direitos à sucessão foram deferidos a título de usufruto, caso houvesse concorrência com o companheiro, com os descendentes ou ascendentes do *de cujus*, recolhendo desta forma a totalidade da herança, apenas, na inexistência de parentes sucessíveis nessas duas classes:

Art. 2º. As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições:

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

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

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

Em seu art. 3º, a lei supra referida concedia ainda ao companheiro supérstite o direito à meação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união:

Art. 3º. Quando os bens deixados pelo (a) autor (a) de a herança resultar de atividade em que haja colaboração do (a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Percebe-se por esses dispositivos que há a clara intenção do legislador de ampliar à união estável os mesmos benefícios jurídicos que são conferidos às pessoas unidas pelo matrimônio: “Art. 1725 do CC/02: “Na **união estável**, salvo contrato escrito entre companheiro sobrevivente, **aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens**”. (grifos nossos).

Destarte, a nova legislação civil, Código Civil de 2002 revoga as leis de 1994 e 1996, regulando inteiramente em seu art. 1.790, a sucessão dos companheiros:

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

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

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

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

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

A regulamentação da sucessão dos companheiros, pelo Código Civil de 2002, se deu no sentido de estabelecer a participação daquele na sucessão do falecido, quando dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Há alguns autores que defendem a tese de ser inconstitucional esse artigo 1790 do CC/02, por estar mal alocado, introduzido de forma errônea no capítulo de direito das sucessões.

Como defende Flávio Tartuce (2015, p.238):

Isso se deu pelo fato do tratamento relativo à união estável ter sido incluído no CC/2002 nos últimos momentos de sua elaboração. Pelo mesmo fato, o companheiro não consta da ordem de vocação hereditária, sendo tratado como um *herdeiro especial* [...] para o reconhecimento do direito sucessório do companheiro ou companheira, o *caput* do comando enuncia que somente haverá direitos em relação aos *bens adquiridos onerosamente* durante a união.

Desse modo, continua o autor acima, “[...] comunicam-se os bens havidos pelo trabalho de um ou de ambos durante a existência da união estável, excluindo-se bens recebidos a título gratuito, por doação ou sucessão.” reafirmado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Maranhão a seguir:

**TJ-MA - Apelação APL 0518392014 MA 0014979-57.2013.8.10.0001 (TJ-MA)** Data de publicação: 17/11/2015 EMENTA **CIVIL. PROCESSO CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTOS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE DA CARACTERIZAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO SOMENTE APÓS O TÉRMINO DA RELAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL ANTERIOR. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS DURANTE A VIDA EM COMUM. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.**

1-A união estável entre as partes deve ser reconhecida a partir do ano de 2010 até abril de 2013, devendo ser desconsiderado o período anterior, devido a existência de uma união estável reconhecida e pública anterior a ora analisada, visto que uma relação extraconjugal, sem caráter público sem *affectio maritalis*, ou seja, **sendo um mero concubinato sem**

**caracterização de uma sociedade de fato, não podendo ser considerada como união estável, inclusive não sendo aplicável a súmula nº 380 do STF ao presente caso.**

2- Também entendo que deve ser retirada da meação a casa de alvenaria, com 06 (seis) cômodos, situada no Residencial Cinco Estrelas, perante a Rua Paulo Coelho em Santa Rita/MA, visto que não existem provas suficientes nos autos que tal bem integrou o patrimônio do apelante, não existindo nos autos qualquer Registro de Imóveis ou mesmo Procuração de Poderes do mesmo, somente um recibo de pagamento, mas não existe sequer prova da integralização de pagamento do bem.

3- No período de reconhecimento da união estável, ou seja, do ano de 2010 a abril e 2013, **seus efeitos jurídicos deverão ser considerados, em especial a divisão do patrimônio comum adquirido na constância da relação com o objetivo de constituir família. O artigo 1725 do Código Civil estabelece que na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, o regime da comunhão parcial de bens, inclusive as benfeitorias realizadas no bem que integrava o patrimônio individual do apelante.**

4- Conhecimento e provimento parcial do apelo, reconhecendo a união estável entre as partes a partir de 2008 até o ano de abril de 2010, bem como retirando da meação a casa de alvenaria, com 06 (seis) cômodos, situada no Residencial Cinco Estrelas, perante a Rua Paulo Coelho em Santa Rita/MA, e por sua vez mantenho os demais termos da sentença incólumes. Outrossim, **destaco que a partilhas dos bens benfeitorias que foram reconhecidamente adquiridos e realizadas na constância da união estável deve ser feita mediante liquidação de sentença.** (grifos nossos).

#### 4.3 DIREITO SUCESSÓRIO DA CONCUBINA

A concubina por sua vez, não possui direito sucessório regulado em Lei, portanto, não há que se falar em direitos à herança, mas apenas a jurisprudência vem se posicionando nesse sentido, sendo observados de antemão a boa-fé por parte dela, o esforço comum quando houver e ainda a durabilidade do relacionamento, para que seja entendido como sociedade de fato e assim possa ser feita a divisão do patrimônio construído de acordo com o percentual do esforço de cada um.

Alguns entendem ser possível a divisão por pensão por morte, a depender do caso *in concreto*, pois, conforme já dito, vai depender da boa-fé por parte da concubina, e por mais que esta tenha dependência financeira do falecido, não significará que terá adquirido o direito à pensão ou mesmo a requerer alimentos.

Ainda há alguns casos onde a maioria da jurisprudência entende não ser devido o direito à indenização por serviços domésticos prestados, porém, este assunto será mais bem abordado no próximo capítulo.

## 5 DIREITO DA CONCUBINA SOBRE A HERANÇA DO CÔNJUGE

Até o presente momento ficou claramente demonstrada pelo legislador brasileiro sua aversão à existência de relacionamentos concubinários, pois é evidente os inúmeros direitos que são vedados às uniões extramatrimoniais.

Diante disto, torna-se visível a sobreposição do princípio da monogamia dentro do direito de família e também de sucessões no direito brasileiro, visto que, há obstáculos na legislação aplicada para que se possa transferir ou comunicar patrimônios entre as relações concubinárias.

Portanto, ao que está descrito no artigo 1.727 do Código Civil de 2002, em que o mesmo não prevê regulamentação alguma na relação de concubinato, deve-se utilizar, desta forma, das normas próprias da sociedade de fato, com divisão de patrimônio que porventura tenha sido construído pelo esforço comum dos concubinos, ficando ressalvadas as normas específicas que tratam ocasionalmente sobre os filhos em comum dos mesmos.

Nesta relação, quando os envolvidos constroem um patrimônio, entende-se caracterizada uma sociedade de fato, conforme já decidido jurisprudencialmente pelo STJ, inclusive são levados em consideração os casos em que apenas um dos concubinos contribui para a construção ou ampliação do patrimônio, é o chamado esforço comum indireto ou para alguns, contribuição indireta.

Para melhor entendimento, o exemplo mais corriqueiro dessa contribuição indireta é o da concubina, que permanece apenas nas atividades do lar, de modo a administrá-lo e cuidar dos eventuais filhos existentes entre eles.

Diante disto, fica demonstrado que já é cediço na jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

RESP. PROCESSO CIVIL. CIVIL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CONCUBINATO IMPURO. SÚMULA 380 DO STF. SÚMULA 7 DO STJ.

1. O afastamento por qualquer motivo do Juiz responsável pela colheita da prova oral em audiência autoriza, a teor da letra do art. 132 do Código de Processo Civil, seja a sentença proferida pelo seu sucessor que decidirá acerca da necessidade ou não da repetição do ato. Atenuação legal do princípio da imediação.

**2. Admite o entendimento pretoriano a possibilidade da dissolução de sociedade de fato, ainda que um dos concubinos seja casado, situação, aliás, não impeditiva da aplicabilidade da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal que, no entanto, reclama haja o patrimônio, cuja partilha se busca, tenha sido adquirido "pelo esforço comum".**

3. A negativa pelas instâncias ordinárias da existência deste "esforço comum", inclusive quanto à prestação de serviços domésticos, inviabiliza o trânsito do especial pela necessidade de investigação probatória, com incidência da súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Recurso especial não conhecido. (RECURSO ESPECIAL Nº 257.115 - RJ (2000/0041687-8), Relator Exmo. Sr. Ministro FERNANDO GONÇALVES, JULGADO: 18/11/2003), (grifos nossos).

É sabido que, mesmo havendo algumas consequências negativas, oriundas dessas relações extraconjugais, elas ainda existem, e em número bem considerável.

A título de curiosidade segue abaixo uma pesquisa feita no Brasil, e que, aliás, foi noticiada pelo programa televisivo Globo Repórter, mostrando o índice de infidelidade no país:

As mulheres avançam, é verdade. Mas homens ainda reinam absolutos. A traição é em dobro: para cada mulher que trai, há dois homens sendo infiéis. Uma pesquisa do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas de São Paulo mostra que um dos índices menores é o do Paraná, mas é onde 43% dos homens já traíram. Em São Paulo, 44%. Em Minas Gerais, 52%. No Rio Grande do Sul, 60%. No Ceará, 61%. Mas os baianos são os campeões: 64% dos homens se dizem infiéis. Música e sensualidade formam uma mistura que, em Salvador, é sempre bem apimentada (CHAPELIN, 2008).

No *site* oficial do Ministério da Saúde, há uma pesquisa no mesmo sentido, veja:

Os baianos são os campeões quando o assunto é traição. Já os paranaenses se dizem os mais fiéis. Entre as mulheres, as fluminenses são as que mais assumem ter casos extraconjugais. Quando se trata de frequência de relações sexuais por semana, os homens de Mato Grosso do Sul e as mulheres de Pernambuco lideram a lista. Os dados são resultado de uma pesquisa liderada pela psiquiatra Carmita Abdo, coordenadora do Projeto Sexualidade (ProSex) do Hospital das Clínicas de São Paulo (BRASIL, 2009).

Como se pode ver, há elevado número de casos existentes, e estes em sua grande maioria são duradouros e, portanto, habituais e públicos, acabam constituindo um patrimônio durante o relacionamento, passando a depender financeiramente um do outro, e havendo muitas vezes a transferência de patrimônio.

## 5.1 CONSEQUÊNCIAS PATRIMONIAIS

Neste assunto, faz-se necessário destacar alguns pontos importantes para o melhor entendimento dessas consequências patrimoniais.

Considerando a incidência do concubinato e sua forma constitucional, que por vezes ocupa vários anos e gera relação de dependência econômica entre os

concubinos, as consequências patrimoniais do concubinato são definidas ao bel entender do julgador (CERQUEIRA, 2011, p.15).

Desta forma, tornou-se corriqueira a existência desses processos no judiciário, envolvendo a concubina na briga pelo patrimônio deixado, seja pela separação dos concubinos ou, seja pela morte de um deles.

E como anteriormente dito, a lei não confere direitos nem efeitos aos relacionamentos concubinários, fica a pergunta: Como se resolve esse conflito de interesses?

Inicialmente, faz-se necessário conferir os dispositivos do Código Civil de 2002, que tratam das restrições impostas aos concubinos e seus direitos:

Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

I - praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecidas no **inciso I do art. 1.647**;

II - administrar os bens próprios;

III - desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial;

IV - demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto **nos incisos III e IV do art. 1.647**;

V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou **transferidos pelo outro cônjuge ao concubino**, desde que **provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum** destes, **se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos**;

VI - praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente **(grifos nossos)**.

No inciso V, *in fine*, do art. 1.642, é uma exceção, a qual descaracteriza o concubinato, simplesmente por haver a separação de fato do casal há mais de cinco anos.

Por mais que o casamento seja mais privilegiado do que o concubinato, o que é óbvio, a Jurisprudência contrapõe a hipótese, ocorrendo a coexistência de ambos (concubinato e casamento), com decurso de longa duração da relação concubinária.

**TJ-PE - Agravo AGV 2376258 PE 0009704-09.2011.8.17.0000 (TJ-PE)**

**Ementa:** CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO DE AGRAVO. **CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO**. RECONHECIMENTO COMO UNIÃO ESTÁVEL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. RECEBIMENTO DE PENSÃO POR MORTE. ARTIGO 226 , § 3º DA CF/88 C/C ARTIGO 27 , I , § 2º DA LEI COMPLR Nº

28 /2000, COM REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 56 /2003. RECURSO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Da análise dos depoimentos constantes nos autos, constata-se que a parte agravada manteve **um longo relacionamento com ex-servidor estadual morto em serviço quando exercia suas funções de policial militar, relação esta que foi pública, contínua e duradoura com o claro *animus* de constituir família, e que dessa união, que durou 17 anos até o advento da morte do ex-segurado**, tiveram uma filha em comum que já consta como beneficiária do *de cuius*. 2. O **concubinato impuro de longa duração** deve ser, **no caso concreto, também reconhecido em união estável, não indo de encontro com a Lei, pois a própria Norma Fundamental do Estado Federativo tem dentre os seus pilares o Princípio da Dignidade Humana, e nada mais digno do que amparar quem vivia amparada pelo ex-segurado, através da pensão por morte, devendo esta ser dividida entre a agravada e sua filha**. 3. Comprovação de que o ex-segurado ficou viúvo de sua ex-esposa, momento em que ele passou a conviver, unicamente, com a agravada por dois anos antes de falecer, o que transmuta o pretense **concubinato impuro** para união de fato. 4. A recorrida se insere nas disposições do artigo 27 , I , § 2º da Lei Complementar nº 28 /2000, com redação alterada pela Lei Complementar nº 56 /2003, o que a enquadra como companheira do ex-servidor, levando-se em conta o fim do vínculo matrimonial deste com sua esposa em virtude do falecimento desta última, fazendo, jus, portanto, ao recebimento da pensão perseguida. 5. Recurso de Agravo não provido por unanimidade dos votos. (grifos nossos)

Ainda, a jurisprudência prima pela preservação dos bens da viúva, conforme decisão abaixo:

Direito civil. Família. Recurso especial. Concubinato. Casamento simultâneo. Ação de indenização. Serviços domésticos prestados. 1- Se com o término do casamento não há possibilidade de se pleitear indenização por serviços domésticos prestados, tampouco quando se finda a união estável, muito menos com o cessar do concubinato haverá qualquer viabilidade de se postular tal direito, sob pena de se cometer grave discriminação frente ao casamento, que tem primazia constitucional de tratamento; ora, se o cônjuge no casamento nem o companheiro na união estável fazem jus à indenização, muito menos o concubino pode ser contemplado com tal direito, pois teria mais do que se casado fosse. 2- A concessão da indenização por serviços domésticos prestados à concubina situaria o concubinato em posição jurídica mais vantajosa que o próprio casamento, o que é incompatível com as diretrizes constitucionais fixadas pelo art. 226 da CF/88 e com o Direito de Família, tal como concebido. 3- A relação de cumplicidade, consistente na troca afetiva e na mútua assistência havida entre os concubinos, ao longo do concubinato, em que auferem proveito de forma recíproca, cada qual a seu modo, seja por meio de auxílio moral, seja por meio de auxílio material, não admite que após o rompimento da relação, ou ainda, com a morte de um deles, a outra parte cogite pleitear indenização por serviços domésticos prestados, o que certamente caracterizaria locupletação ilícita. 4- Não se pode mensurar o afeto, a intensidade do próprio sentimento, o desprendimento e a solidariedade na dedicação mútua que se visualiza entre casais. O amor não tem preço. Não há valor econômico em uma relação afetiva. Acaso houver necessidade de dimensionar-se a questão em termos econômicos, poder-se-á incorrer na conivência e até mesmo estímulo àquela conduta reprovável em que uma das partes serve-se sexualmente da outra e, portanto, recompensa-a com favores. 5- **Inviável o debate acerca dos efeitos patrimoniais do concubinato**



**quando em choque com os do casamento pré e coexistente, porque definido aquele, expressamente, no art. 1.727 do CC/02, como relação não eventual entre o homem e a mulher, impedidos de casar; a disposição legal tem o único objetivo de colocar a salvo o casamento, instituto que deve ter primazia, ao lado da união estável, para fins de tutela do Direito. (grifos nossos)**

No entanto, a lei em seu artigo 1.801, inciso III, CC/02, deixa clara a ausência de direitos entre os concubinos. Assim, entende-se que o objetivo do legislador foi impedir que parte do patrimônio do cônjuge que foi traído fosse diminuído. (DINIZ, 2005, p.390, b). Vejamos, o artigo 1.801, inciso III, CC/02: “Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: III - **o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;**” (grifo nosso).

Depois de vistas algumas das “limitações legais”, sobrevêm os dois aspectos importantíssimos que precisam ser novamente pontuados, para ampliar o estudo das consequências patrimoniais na relação concubinária.

Um deles é a construção do patrimônio no que concerne à participação econômica de um dos concubinos, ou seja, uma forma de contribuir diretamente para a construção ou aumento do patrimônio, e o segundo aspecto é o que se chama de contribuição indireta, citado anteriormente, ou pela participação moral de um ou de ambos os concubinos.

No que tange à participação econômica dos concubinos, o entendimento dominante está no sentido da possibilidade de comunicação dos bens entre os concubinos, desde que reste comprovada a efetiva contribuição direta na aquisição dos bens (CERQUEIRA, 2011, p.15):

**EMENTA- Sociedade de fato - Caracterização - Concubino casado e não separado de fato da mulher - Irrelevância - Reconhecimento - Contribuição indireta da companheira para a formação do patrimônio - Prova nesse sentido - Direito reconhecido - Sentença mantida - Recurso improvido. "A jurisprudência do STJ acolhe entendimento no sentido de que, se a concubina, direta ou indiretamente, contribui para a formação do patrimônio, a este faz jus" (REsp. 120.335/RJ - Terceira Turma - Rei. Min. Waldemar Zveiter - dec. 21.05.98 - DJ 24.08.98, p. 71). (grifos nossos)**

Cristiane Gomes (2011, p. 9), em seu artigo “Consequências Patrimoniais do Concubinato Adulterino”, aduz que, se houver uma colaboração dos concubinos para a aquisição de patrimônio de forma direta, dever-se-á equiparar a relação de concubinato a uma sociedade de fato, portanto, equipará-la a uma sociedade constituída sem o atendimento de formalidades legais, no âmbito econômico, por pessoas com interesses comuns.

UNIÃO ESTÁVEL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, PARA FINS DE PARTILHA DOS BENS DEIXADOS PELO *DE CUJUS*, DE QUEM A AUTORA ALEGA TER SIDO COMPANHEIRA - CONVIVÊNCIA INICIADA EM 1.974 E ENCERRADA EM 1.995, EM RAZÃO DA MORTE DO CONVIVENTE - DURANTE TODO O PERÍODO O FALECIDO TAMBÉM VIVEU COM A ESPOSA LEGÍTIMA, DE QUEM JAMAIS SE SEPAROU NEM DE FATO E NEM DE DIREITO - PROVAS DE QUE OS CÔNJUGES LEGÍTIMOS NUNCA SE SEPARARAM DE FATO - CONFIGURAÇÃO DE CONCUBINATO ADULTERINO, ART. 1.727 DO CC - PERÍODO DE CONCUBINATO IMPURO IMPRESTÁVEL PARA CÔMPUTO DE UNIÃO ESTÁVEL - AUSÊNCIA DE PROVA DE CONTRIBUIÇÃO DIRETA DA AUTORA PARA CONSTITUIÇÃO DE PATRIMÔNIO - AÇÃO IMPROCEDENTE MANTIDA RECURSO IMPROVIDO. (TJ-SP - APL: 90955266020088260000 SP 9095526-60.2008.8.26.0000, Relator: Coelho Mendes, Data de Julgamento: 14/05/2013, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/05/2013).

Ante o exposto, vale ressaltar que a despeito da Súmula nº 380 do STF, criada inicialmente para regular a união estável, esta vem sendo aplicada para tratar principalmente as hipóteses de partilha de patrimônio nas relações de concubinato se houver comprovada a colaboração direta de ambos os concubinos.

Reiterando, segue o teor da Súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal: "comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

### **5.1.1 Direito à Indenizações por Serviços Domésticos, Pensão Alimentícia e Direito Previdenciário**

Há muitos anos, não era possível a existência da menor possibilidade de ser exigido o direito à pensão alimentícia a ser pago ao companheiro pela existência de relações em decorrência do concubinato.

O Código Civil de 1916, nos artigos 1.216 e 1.218, já apresentava o enriquecimento ilícito como principal fundamento para barrar essa possibilidade do não pagamento da pensão, dando margem ao pedido desta indenização que foi entendida devida à concubina para compensar os seus serviços domésticos prestados.

Art. 1.216. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

Art. 1.218. Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade.

Por conta desse problema gerado, que na maioria das vezes causava prejuízo, surgiu, então, a indenização por serviços domésticos prestados pela

concubina, em decorrência da relação concubinária, entendendo ser esta indenização a única forma de compensar a concubina pelo rompimento da relação.

Mesmo não havendo formação de patrimônio em conjunto, para alguns doutrinadores como Maria Berenice e Pablo Stolze, a indenização fica sendo devida, para que não haja alegação de enriquecimento ilícito, justificando que a atividade exercida no lar pela mulher gera certa tranquilidade para o homem que trabalhe e construa seu patrimônio.

Para Maria Berenice (2015, p. 261), quando findado o período de convívio e “inexistindo patrimônio a ser partilhado e estando a mulher fora do mercado de trabalho e sem condições para prover sua subsistência, para evitar que se quedasse em situação de miserabilidade, remunerava-se pelos serviços domésticos prestados”.

Portanto, no entendimento dela, os anos de dedicação da parceira do lar ao seu amásio deveriam ser compensados em forma de indenização, assim, sucedeu o Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial, a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. ART. 6º, § 1º, DA LICC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 7 DO STJ. INAPLICABILIDADE. **PARTILHA DE BENS. CONTRIBUIÇÃO INDIRETA. LEI N. 9.278/96. NÃO-INCIDÊNCIA. PERCENTUAL COMPATÍVEL. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STJ.**  
1. É inviável o conhecimento de suposta ofensa à norma infraconstitucional se não houve prequestionamento nem a oposição de embargos declaratórios para provocar o seu exame pelo Tribunal de origem.  
**2. Afasta-se o óbice da Súmula n. 7 do STJ quando não se está a perquirir as circunstâncias fáticas do feito, mas tão-somente saber se a maternidade, criação e formação dos filhos pela concubina, bem como a dedicação por ela proporcionada ao réu para o exercício de suas atividades – como reconhecidamente albergado no aresto de origem –, mostram-se aptas, bastantes por si sós, para embasar a meação dos bens arrolados na peça preambular.**  
3. Demonstrado no acórdão recorrido, de forma incontestada, que a contribuição da concubina-autora para formação do patrimônio comum dos conviventes ocorreu de forma indireta, impõe-se o afastamento da meação, por sucumbir frente à prevalência da partilha dos bens que, a par das circunstâncias dos autos, não há que ser em partes iguais.  
4. Inaplicabilidade, ainda que por analogia, das disposições prescritas na Lei n. 9.278/96.  
5. Incidência de normas legais e orientações jurisprudenciais que versam sobre concubinato, especialmente a Lei n. 8.971/94 e a Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, delimitando que a atribuição à companheira ou ao companheiro de metade do patrimônio vincula-se diretamente ao esforço comum, consagrado na contribuição direta para o acréscimo ou a aquisição de bens mediante o aporte de recursos ou força de trabalho.  
6. Levando-se em conta a moderação e o bom senso recomendados para a hipótese em apreço, o arbitramento, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor dos bens adquiridos na constância do concubinato e apurados na instância ordinária, apresenta-se compatível

com o caso em apreço, por encontrar amparo nos sempre requeridos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. 7. **Recurso especial conhecido e parcialmente provido.** (REsp 914.811/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 21/11/2008). (grifos nossos)

Porem, decidiu em sentido contrário o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

**STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL  
AgRg no AREsp 249761 RS 2012/0231402-6 (STJ)**

**Data de publicação: 03/06/2013**

**Ementa:** AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO CONCUBINÁRIA ENTRE A AUTORA E O FALECIDO. PARTILHA DE BENS. **NÃO COMPROVAÇÃO DE ESFORÇO COMUM PARA A AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO. INDENIZAÇÃO. SERVIÇOS PRESTADOS. ESCABIMENTO.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE

**NEGA PROVIMENTO COM APLICAÇÃO DE MULTA. 1. Não** caracteriza omissão quando o tribunal adota outro fundamento que **não** aquele defendido pela parte. Destarte, **não** há que se falar em violação do art. 535, do Código de Processo Civil, pois o tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Além disso, basta ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, **não** sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. 2. O Tribunal de origem erigiu seu entendimento totalmente calcado nas provas dos autos, valendo-se delas para afastar a existência de união estável, bem como a ausência de contribuição direta da agravante, com o objetivo de meação dos bens. Rever os fundamentos que ensejaram esse entendimento exigiria reapreciação do conjunto probatório, o que é vedado em recurso especial. Incidência do enunciado da Súmula 7/STJ. 3. **Inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência eleva o concubinato a nível de proteção mais sofisticado que o existente no casamento e na união estável, tendo em vista que nessas uniões não se há falar em indenização por serviços domésticos prestados, porque, verdadeiramente, de serviços domésticos não se cogita, senão de uma contribuição mútua para o bom funcionamento do lar, cujos benefícios ambos experimentam ainda na constância da união.** 4. Agravo regimental a que se nega **provimento** com aplicação de multa. (grifos nossos).

Percebem-se algumas divergências quanto ao entendimento de ser ou não devido à indenização por serviços domésticos prestados, pois, para alguns, o trabalho do lar não necessariamente serve para beneficiar o concubino que trabalha fora, mas serve em benefício de todos, inclusive da própria mulher, por se tratar de deveres inerentes à vida comum e, por isso, entende-se ser um benefício para ambos, o que não justifica a indenização.

Nesse sentido, a grande maioria dos Tribunais entende que:

RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO C/C PARTILHA DE BENS E INDENIZAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL CONFIRMADA PELO RÉU. DIVISÃO DE BENS. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA AQUISIÇÃO DE PATRIMÔNIO DURANTE A SOCIEDADE CONJUGAL. ENCARGO DA AUTORA NOS TERMOS DO ART. 333, I, DO CPC. INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS DOMÉSTICOS PRESTADOS. DESCABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO. **Não tendo a autora produzido provas da aquisição de patrimônio por esforço mútuo, na constância da união estável, o pedido de partilha de bens não pode ser acolhido. Reconhecida a união estável, não há falar em indenização por serviços prestados durante o período da convivência.** Nem mesmo a inexistência de bens adquiridos na constância da união autoriza a fixação da indenização pleiteada.” (TJ-SC - AC: 277461 SC 2008.027746-1, Relator: Edson Ubaldo, Data de Julgamento: 10/06/2010, Câmara Especial Regional de Chapecó, Data de Publicação: Apelação Cível n., de Dionísio Cerqueira), (grifo nosso).

Porém, este tipo de litígio ainda chega corriqueiramente aos tribunais, pois resta a cobrança desses serviços domésticos, de modo a evitar o enriquecimento ilícito do varão, vislumbrando que o mesmo não se livre do relacionamento paralelo sem responsabilidade alguma.

Sobre o dever de alimentos no concubinato, a jurisprudência normalmente nega esse direito, porém, ainda não se chegou a um consenso, as turmas do próprio STJ são divergentes.

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE EXONERAÇÃO DO PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO ALIMENTAR. ALEGAÇÃO DE UNIÃO CONCUBINÁRIA MANTIDA PELA CREDORA DOS ALIMENTOS. MATÉRIA RELEVANTE PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA, TENDO EM VISTA O DISPOSTO NO ART. 1.708 DO CÓDIGO CIVIL ATUAL. OMISSÃO CONFIGURADA. RECURSO PROVIDO. 1. Nos termos do art. 1.708 do Código Civil de 2002, cessa o dever de prestar alimentos com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor. Nesse contexto, a análise da alegação do promovente no sentido de que a recorrida mantém relação concubinária há mais de sete anos é imprescindível para a apreciação de pedido de modificação de cláusulas com a exoneração do pagamento de pensão alimentícia. 2. A colenda Corte estadual, no entanto, deixou de se pronunciar sobre a matéria, tanto no acórdão da apelação como no proferido em sede de embargos de declaração, apesar de instada a fazê-lo, restando configurada a violação ao art. 535, II, do Estatuto Processual Civil. 3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1226565/CE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 01/08/2011).

Na hipótese abaixo é possível perceber configurado o concubinato impuro, relação pela qual um ou ambos os amásios possuem impedimentos por já constituírem uma união estável ou uma relação matrimonial, conforme se observa:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL. CONCUBINATO. CASAMENTO. AUSÊNCIA DE SEPARAÇÃO DE FATO. IMPEDIMENTO MATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER A UNIÃO ESTÁVEL E O CONSEQUENTE DIREITO A ALIMENTOS. 1. Estabelece o**

**artigo 1.723 do Código Civil** que: "**É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.** § 1º - A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente". 2. Não se pode falar em união estável se apesar do relacionamento extraconjugal os litigantes não deixaram suas famílias legítimas. 3. A relação entre as partes não passa de mero concubinato adúlterino ou impuro (concomitante ao casamento), que não recebe a tutela do Estado, e, por isso, não garante aos seus partícipes os direitos garantidos em uma união estável, a exemplo, o direito aos alimentos. 4. Recurso conhecido e não-provido. (TJ-PR - AC: 3638366 PR 0363836-6, Relator: Fernando Wolff Bodziak, Data de Julgamento: 23/05/2007, 11ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7391) (grifos nossos).

Nesta decisão, nota-se que o julgador prima pelo princípio da monogamia como o mais importante fundamento dentro das entidades familiares, de modo que quando os requisitos de lealdade e fidelidade não estiverem presentes não há por que a relação ser protegida pelo Estado.

Assim o concubino do artigo 1.727 do Código Civil, que é o concubino impuro, não poderá por força da lei ter algum privilégio, os direitos inerentes à companheira seriam dados tão somente àqueles que estejam enquadrados no concubinato puro, que na sua essência nada mais é do que a união estável sem impedimentos.

De acordo com Arthur Amaral, em seu artigo "Famílias Paralelas - União Estável Putativa" (p.5), "este posicionamento tem como base fundamental os princípios inerentes ao casamento, colocando a União Estável de forma paritária com este, e vislumbrando assim, a monogamia".

**UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. AFFECTIO MARITALIS. NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO. BOA-FÉ DA COMPANHEIRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. DESCABIMENTO.** 1. Descabe juntar com a apelação documentos que não sejam novos ou relativos a fatos novos supervenientes. Inteligência do art. 397 do CPC.

2. Tendo o relacionamento perdurado até o falecimento do varão e se assemelhado a um casamento de fato, com coabitação, claro comunhão de vida e de interesses, resta indúvidosa a *affectio maritalis*.

3. **Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o de cujus, é cabível o reconhecimento de união estável putativa, quando fica demonstrado que a autora não sabia do relacionamento paralelo do varão com a mãe da ré.** Recurso provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70025094707, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 22/10/2008), (grifos nossos).



Na decisão acima, pode-se notar configurada uma união estável putativa, conforme o voto do Relator, o Desembargador Sérgio Fernando, da sétima câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Houve a comprovação da união estável putativa quando analisado o caso concreto, as partes demonstraram total desconhecimento sobre o homem ser impedido pelo fato de já existir matrimônio, que mesmo sem estar separado de fato da esposa, sustentou uma relação com uma convivente, e que estando a mulher de boa-fé, esta faz jus ao amparo da justiça, já que fora comprovada a intenção do *de cujus* de constituir família com a companheira, conseqüentemente sendo reconhecida esta relação.

DIREITO DAS FAMÍLIAS. **UNIÃO ESTÁVEL CONTEMPORÂNEA A CASAMENTO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO** FACE ÀS PECULIARIDADES DO CASO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva – pública, contínua e duradoura - um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. **Isso é família.** O que no caso é polêmico é o fato de **o apelado**, à época dos fatos, **estar casado civilmente.** Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. **Ela não é concubina - palavra preconceituosa - mas companheira.** Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro (grifos nossos).

Neste voto da Desembargadora Maria Elza é notável sua grande preocupação quanto ao preconceito que cerca esses assuntos polêmicos no âmbito do Direito de Família. É perceptível que se refere ao modo de viver em família destes conviventes, de modo que fica claramente demonstrado a enfática presença do *affectio maritalis*, a intenção de constituir família sempre presente na relação do casal, e que além da convivência pública, como se casados fossem, ainda possuem filhos em comum.



Neste sentido, Cleber Couto (2008, p. 2) descreve em seu artigo “Famílias Paralelas e Poliafetivas” que:

[...] essa preocupação de atender ao chamado das mudanças na estrutura da família frente à sociedade vai muito além do combate ao preconceito contra a mulher, historicamente subjugada, almejando a manutenção e defesa da dignidade humana.

Vale ressaltar que não há a intenção de equiparar o concubinato à união estável, pelo contrário, há tão somente a intenção de reconhecê-lo perante o caso concreto e em sua excepcionalidade. No entanto, poderá o Juiz, usando da sua técnica de avaliação de interesses, necessidade/possibilidade, reconhecer os efeitos jurídicos nas relações familiares, bem como no direito sucessório, referentes às uniões afetivas paralelas.

É de bom alvitre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça ao reconhecer um concubinato de longa duração, reconheceu também o dever de prestar alimentos do concubino casado à concubina já idosa que dependia economicamente dele, justificando a decisão do caso concreto com a prevalência do princípio da dignidade e solidariedade humana sobre o princípio da monogamia, segue:

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA. 1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo. 2. **Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos.** 3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas - **ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova inconteste da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda -, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida.** Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial. 4. Não se conhece da

divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas. 5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido. (STJ. REsp 1185337/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 31/03/2015), (grifos nossos).

Recentemente e sem pôr fim absolutamente à controvérsia no âmbito do Direito de Família, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Resp. número 397.762-8, negou à concubina de homem casado (com quem manteve relação afetiva por 37 anos) o direito de dividir pensão previdenciária com a viúva:

O ministro Marco Aurélio (relator) afirmou em seu voto que o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição diz que a família é reconhecida como a união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. **Segundo o ministro, o artigo 1.727 do Código Civil prevê que o concubinato é o tipo de relação entre homem e mulher impedidos de casar. Neste caso, entendeu o ministro, a união não pode ser considerada estável.** É o caso também da relação de Santos e Paixão. Os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski acompanharam o relator. **Lewandowski lembrou que a palavra concubinato — do latim, *concubere* — significa compartilhar o leito.** Já união estável é "compartilhar a vida", salientou o ministro. Para a Constituição, a união estável é o "embrião" de um casamento, salientou Lewandowski, fazendo referência a um julgamento da semana anterior, sobre pesquisas com células-tronco embrionárias" (grifos nossos).

Todavia, para provar a intensidade do tema, a divergência acirrou-se no voto do Ministro Carlos Ayres Britto:

Já para o ministro Carlos Ayres Britto, ao proteger a família, a maternidade, a infância, a Constituição não faz distinção quanto a casais formais e os impedidos de casar. Para o ministro, "à luz do Direito Constitucional brasileiro **o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois**". O ministro votou contra o recurso do estado da Bahia, por entender que as duas mulheres tiveram a mesma perda e estariam sofrendo as mesmas consequências sentimentais e financeiras (grifos nossos).

Observar-se que este último julgador possui em seu voto a influência de grande maioria da doutrina do Direito de Família, ressaltando a complexidade do tema e a clara ausência consensual.

## 5.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Inicialmente abre-se um parêntese para o principal questionamento deste trabalho: a concubina tem ou não tem direito a herança deixada pelo seu amásio? No que tange ao direito a sucessões, há grandes divergências doutrinárias. A maior parcela dos doutrinadores possui o entendimento no sentido de verificar se há ou

não o merecimento do Direito Sucessório por parte da concubina, o tipo de relacionamento que era mantido, se a relação era considerada pura (união estável) ou impura (concubinato *stritu sensu*), bem como, se a concubina contribuiu com seu esforço direto ou indireto (financeiro ou pessoal) para que seu “companheiro” construísse algum patrimônio.

Importante observar a distinção demonstrada pelo professor Arnaldo Wald, entre a companheira, ou seja, quando não há impedimento para casar, e a concubina, que é a mulher com quem o homem adúltero possui encontros fora do lar (WALD, 2009, p. 189).

Sobre o assunto, temos o Acórdão relatado pelo Ministro Antônio Neder, do Recurso Especial n. 83.930/SP, no Supremo Tribunal Federal:

[...] em jurídica linguagem é de se admitir a diferenciação, porque, na verdade, o cônjuge adúltero pode manter convívio no lar com a esposa e, fora, ter encontros amorosos com outra mulher, como pode também separar-se de fato da esposa, ou desfazer desse modo a sociedade conjugal, para conviver *more uxório* com a outra. Na primeira hipótese o que se configura é um concubinato segundo o seu conceito moderno, e obviamente a mulher é concubina; mas, na segunda hipótese, o que se concretiza é uma união-de-fato (assim chamada por lhe faltarem as justas *nuptiae*) e a mulher merece **havida como companheira; precisando melhor a diferença, é de se reconhecer que, no primeiro caso, o homem tem duas mulheres, a legítima e a outra; no segundo, ele convive apenas com a companheira, porque se afastou da mulher legítima, rompeu de fato a vida conjugal** (grifo nosso).

Desta forma, fica evidente a diferença entre o significado da expressão “companheira” que é a relação que configura uma união estável, quando o homem está separado de fato e “concubina”, oportunidade em que o homem tem de uma duplicidade de relacionamento.

Em relação ao concubinato puro e impuro, de acordo com Maria Helena Diniz (2005, p. 257), temos dois ditames:

[...] o concubinato pode ser: puro ou impuro. Será puro se se apresentar como uma união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. Assim, vivem em concubinato puro: solteiros, viúvos, separados judicialmente e divorciados (RT, 409:352). Ter-se-á concubinato impuro se um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar. Apresenta-se como: a) adúlterino (RT, 38:201; RT, 458:224), se se fundar no estado de cônjuge de um ou ambos os concubinos, por exemplo, se o homem casado mantém, ao lado da família legítima, outra ilegítima, e b) incestuoso, se houver parentesco próximo entre os amantes.

Porém, se não comprovada a participação na aquisição do patrimônio pela concubina, esta não poderá exercer o direito à meação ou sucessório, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que assim decidiu:

STF. Recurso Extraordinário. N. 964000- PR.  
CONCUBINATO E SOCIEDADE DE FATO. Para se reconhecer a qualidade de sócia à concubina não basta apenas a existência do concubinato. Torna-se imprescindível a comprovação da real existência de uma sociedade de fato, derivada de esforço ou contribuições da concubina na formação do patrimônio comum. No caso não ficou comprovada a existência de sociedade de fato, com a formação de um patrimônio comum. Desde que a concubina prestou serviço doméstico, revelando dedicação ao trabalho do lar, durante o período da vida em comum, tornou-se merecedora de indenização conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Diante do que foi exposto, percebe-se que o assunto ainda gera muita polêmica, pois era visto como ilícito perante a legislação antiga, e, atualmente, é visto como algo possível de ser regulado legalmente.

No entanto, os maiores defensores do Direito da Concubina à herança, são os doutrinadores Maria Berenice Dias e Pablo Stolze, que atentam ao princípio da Dignidade da Pessoa humana, previsto na Constituição Federal; ambos salientam que ninguém pode deixar de ser amparado pela lei. Maria Berenice ressalta por fundamento o afeto existente entre o casal, mesmo que a relação seja impura, há uma doação mútua de afeto e por muitas vezes prolongada no tempo e, portanto, há que se compensar a concubina pelos anos dedicados, caso haja a separação do casal ou a morte do amásio.

Já para Pablo Stolze (2008) em seu artigo “direito da(o) amante” , há uma defesa desse direito à herança para a concubina, mas ele ressalta a questão da boa-fé por parte da amante, ou seja, quando esta não souber da relação matrimonial do seu “companheiro”, juntamente com o esforço comum por parte da “amante” e, pelo visto, é o que segue a maioria da jurisprudência conforme exemplos dos casos já citados durante o trabalho.

Finalmente, apesar de existirem posicionamentos opostos, fica evidente que há uma dependência financeira existente na relação de concubinária, comumente, por parte da segunda família, em relação ao *de cuius*. Desse modo, cada caso deverá ser analisado de forma separada, levando-se em consideração o Princípio da Imparcialidade e da Dignidade da Pessoa Humana, ante os costumes no que diz respeito à fidelidade.

### 5.3 POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Os posicionamentos sobre o tema aqui estudado oscilam entre os tribunais, gerando insegurança e instabilidade jurídica, conforme se pode ver logo a seguir.

Conforme exposto anteriormente, que se um homem e uma mulher mantiverem relações não eventuais e impedidos estes de casarem-se, restará configurada uma relação de concubinato.

Importante frisar que o concubinato não se confunde com a União estável *stricto sensu*, por não se encaixar nos requisitos desta, *ex vi*, Código Civil, artigo 1723.

Voto n.º 12.440 Reconhecimento de união estável. Autora não comprovou convivência efetiva. Pretenso convivente se casara com outra mulher no alegado período de vida em comum. Prova oral se limitou a mencionar relacionamento esporádico. Requisitos da união estável ausentes. Situação fática não está caracterizada por publicidade, continuidade e notoriedade que demonstrassem constituição de família. Questão previdenciária não fora objeto do pedido. Apelo desprovido. (TJ-SP - APL: 994080290881 SP, Relator: Natan Zelinschi de Arruda, Data de Julgamento: 25/02/2010, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/03/2010).

Portanto, pode-se perceber que não se configurará união estável por ausências de requisitos, conforme foi destaque na jurisprudência disposta acima, que sem a aplicação do *ipso facto* das normas que tratam sobre o direito dos companheiros ou para alguns conviventes.

E quando o patrimônio é resultante do esforço comum de ambos os amásios e são adquiridos somente em nome do varão, ficando a concubina desamparada na dissolução do concubinato?

EMENTA- PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL - RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO - PARTILHA PROPORCIONAL DOS BENS ADQUIRIDOS DURANTE A VIDA EM COMUM - CONTRADIÇÃO - BENS A SEREM APURADOS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS - CONDENAÇÃO DO RÉU AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS - VALOR DA VERBA HONORÁRIA - OMISSÃO - FIXAÇÃO EM PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO.

1 - Havendo contradição no acórdão embargado acerca dos bens amealhados na convivência marital, convém esclarecer que os bens adquiridos durante a vida em comum devem ser apurados em procedimento específico, a saber, liquidação de sentença e, portanto, podem não coincidir com aqueles mencionados na petição inicial da ação.

2 - Inexiste omissão em relação às custas e despesas processuais, em razão da inversão dos ônus sucumbenciais.

3 - Não tendo sido arbitrado pelas instâncias ordinárias o *quantum* devido a título de honorários advocatícios, deve a omissão ser suprida, fixando-o em 10% (dez por cento) do valor da condenação, a ser apurado em liquidação de sentença, considerando as peculiaridades da espécie, em especial, o patrimônio em discussão, observado o disposto no art. 20, 3º, a, b e c, do CPC (EDcl no REsp nº 456.470/SP, Rel. Ministro JOAO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 4.10.2004).

4 - Ambos os embargos declaratórios acolhidos, para sanar contradição e omissão, nos termos acima explicitados.

Essa situação da existência de sociedade de fato e a possibilidade e a partilha proporcional de bens adquiridos na vida em comum foi principalmente a que despertou outros Tribunais, gerando discussões, e visando estes solucionar ou ao menos remediar a injustiça, apresentaram duas soluções.

A primeira é a que atribui à concubina direito à indenização por serviços domésticos prestados:

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO. AUSÊNCIA DE PATRIMÔNIO COMUM. PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTES STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Inexistindo acréscimo patrimonial e, por conseguinte, quaisquer bens a serem partilhados, entende esta Corte Superior possível o pagamento de indenização ao convivente que se dedicou exclusivamente aos afazeres domésticos, a título de indenização por serviços prestados. Precedentes.

2. Recurso conhecido e provido.

A segunda é a que atribui à concubina o direito à participação no patrimônio adquirido pelo esforço comum, em razão da existência da sociedade de fato entre os concubinos.

**EMENTA** - CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. RELAÇÃO CONCUBINÁRIA. HOMEM CASADO. DISSOLUÇÃO. INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

**A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a relação concubinária, mantida simultaneamente a matrimônio, não gera, após seu encerramento, direito à indenização patrimonial ou direita hereditária. Recurso especial conhecido e desprovido. (grifo nosso)**

Portanto, pode-se concluir que a concubina, diga-se, concubinato impuro, diante do entendimento da maioria dos tribunais, em sentido amplo, não possui direito à herança, de modo que há entendimentos contrários dos tribunais inferiores como os do Rio Grande do Sul e São Paulo, independente do esforço comum, no sentido de não haver o enriquecimento ilícito por parte de um deles.

## 6. CONCLUSÃO

A Constituição Brasileira ampliou o direito à família como instituto, colocando-a como base da sociedade e do Estado Democrático de Direito, igualando os poderes dos cônjuges e companheiros desburocratizando esses institutos.

Ao se analisar a evolução do instituto da União estável, percebeu-se visivelmente que a família apresentou muitos aspectos positivos, apesar de ainda ter bastante a progredir.

No caso do concubinato, no que diz respeito à sucessão, não ocorre diferente. Apesar de já ter sido regulado pelo novo Código Civil, ainda sofre grande discriminação por parte do legislador, que tratou de diferenciar a sucessão no âmbito do matrimônio da sucessão do concubinato puro, leia-se união estável, favorecendo o primeiro.

Posteriormente a pesquisa, preferiu-se seguir a corrente, que trata do concubinato puro, por entender que a boa-fé e o esforço comum dos conviventes devem ser levados em consideração quando analisado o caso concreto, pois, há diversas nuances neste sentido, e a pessoa que simplesmente demonstra desconhecimento sobre o estado de casado ou já em união estável de outra não poderia ser punida por sua ignorância.

O mero desconhecimento, como forma de punição à pessoa que tem um relacionamento com outra já comprometida, não é visto com bons olhos, e é entendido como um retrocesso diante do pensamento jurídico contemporâneo. Conforme ressalta o Desembargador Rui Portanova, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, "O contrário disso é fechar os olhos a uma realidade que cada vez mais tem batido à porta do judiciário, não sendo possível o Estado deixar de dar a devida tutela a toda uma história de vida das pessoas envolvidas no litígio, sob pena de causar uma grave injustiça" (Apelação Cível n. 70056494776).

Portanto, privilegiar aquele que está de boa-fé é perfeitamente adequado, contudo, abrir margem a relacionamentos os quais não há qualquer comprometimento é ameaçador para a ordem jurídica, há que se ter um mínimo de cautela, não descartando os casos em que existem nos dois ou mais relacionamentos o *affectio maritalis*, o ânimo de constituir família, pois, em alguns



casos, os conviventes das uniões paralelas optam por unicamente deixar de lado o dever de fidelidade para constituir uma união livre.

A mera escolha de não possuir sexualmente uma exclusividade, ou seja, uma única parceira, por si só não poderia motivar efeitos jurídicos, seria indispensável um algo a mais que evidenciasse que essa opção não afetaria a estrutura deste núcleo familiar.

Ao destacar a possibilidade de aparecerem relações de má-fé, sob a ótica de aproveitadores que poderiam vir a simular vários relacionamentos com as mais variadas intenções de enganar um dos companheiros, e a flexibilidade total dos relacionamentos familiares, poderia, então, estar atenuando a própria base da sociedade.

Ainda resta indispensável a comprovação do objetivo de constituir família entre os conviventes, que será a prova de que um deles desconhece o estado de impedimento do outro, e assim se tornando mais seguro e menos susceptível a fraudes.

Enquanto este assunto não é regulamentado, a polêmica continuará subsistindo. Em 2010, foi aprovado na Comissão de Constituição de Justiça o Estatuto das Famílias que segue em tramitação no Congresso Nacional, o qual tem disposto em seu artigo 61, § 1º, o seguinte: “A união formada em desacordo aos impedimentos legais não exclui os deveres de assistência e a partilha de bens.”

O avanço deste texto legal no campo das relações paralelas é evidente, e este artigo deixa clara a visão do legislador frente às mudanças sociais de nossa época, mas há que se destacar que esta regulamentação não dá o direito a alimentos e a partilha de bens como regra, mas como caso excepcional, pois se trata de mero direito concedido às amantes concomitante ao reconhecimento formal das famílias paralelas como entidades familiares legítimas.

Entretanto, continuar-se-á a defender seus direitos como regra para dirimir estas controvérsias, priorizando os núcleos familiares, sem penalizar ou privilegiar a amante, mas sim buscando atingir a dignidade da pessoa humana por meio da boa fé.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Arthur Rafael De Resende. Famílias Paralelas – União Estável Putativa. Publicado em: 24 de abril de 2014. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=13165](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13165). Acesso em: 28 de maio de 2016

ARNALDO, Rizzardo. **Direito De Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União Estável. **Revista do Advogado**, nº 58, AASP, São Paulo, março/2000.

BARRETO, Fabiana Fuchs Miranda. **O Tratamento Jurídico do Concubinato**. 2006. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=892&idAreaSel=5&seeArt=yes>. Acesso em: 24 de março de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado Federal, 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei 10406. Código civil, 1916 Código Civil:** e normas correlatas. Brasília, DF, Senado Federal, coordenação de Edições Técnicas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 15 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. **Código Civil de 2002, Lei 10.406**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 23 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. JUSBRASIL.STF. Jurisprudência. **Recurso Extraordinário 96400- PR** Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14689860/recurso-extraordinario-re-96400-pr>. Acesso em: 16 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. JUSBRASIL, Jurisprudência do STJ, **Recurso Especial n. 789.293**, Disponível Em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173239/recurso-especial-resp-789293-rj-2005-0165379-8/inteiro-teor-12903550>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saude, **Pesquisa Revela como os Brasileiros Fazem Sexo**, 2005. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/noticia/pesquisa-revela-como-os-brasileiros-fazem-sexo>. acesso em : 01 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. JUSBRASIL,STJ, jurisprudência, **Recurso Especial 57115- RJ**. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19355880/recurso-especial-resp-57115-rj-2000-0041687-8/inteiro-teor-19355881>. acesso em : 01 de junho de 2016

\_\_\_\_\_. JUSBRASIL, STJ, jurisprudência, **RECURSO ESPECIAL Nº 257.115 RJ**.

Disponível: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CONCUBINATO+IMPURO+DE+LONGA+DURA%C3%87%C3%83O>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 83.930**. São Paulo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=178464>>. Acesso em: 10 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. nº 1424071**. Brasília. DF. 21 de ago de 2012 BRASIL, Código Civil. Disponível em: <<http://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8359528/apelacao-apl-994080290881-sp>>. Acesso em: 10 de junho de 2006.

\_\_\_\_\_. **Apelação Cível, nº 994080290881**, SP, Reconhecimento de União Estável. Disponível em: <<http://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8359528/apelacao-apl-994080290881-sp>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. JUSBRASIL. Jurisprudência, **Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 239234** - São Paulo. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7147402/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-239234-sp-1999-0105745-0/inteiro-teor-12865348>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. JUSBRASIL, STJ, Jurisprudência, **Recurso Especial n. 8930663** –RS. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930663/recurso-especial-resp-323909-rs-2001-0060198-5/inteiro-teor-14095654>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. JUSBRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação cível n. 70056494776**.

Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113629631/apelacao-civel-ac-70056494776-rs/inteiro-teor-113629641> Acesso em: 12 de junho de 2016.

BELFORT, Christianne Grazielle Rosa de Alcântara. **Os Efeitos Patrimoniais do concubinato adúltero**. Disponível em:

<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8767](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8767)>.

Acesso em : 12 de junho de 2016.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: ATLAS, 2014.

CARMO, Luiz Sergio do. **Do Concubinato à União Estável- Sob a Luz do Novo Código Civil- Doutrina-Legial**. Leme-SP: Edijur, 2003.

CERQUEIRA, Manuela Passos. **Consequências jurídicas do concubinato adúltero**. Publicado em: 05/jan/2011. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6144/Consequencias-juridicas-do-concubinatio-adulterino>>. Acesso em: 15 de junho de 2016.

CHAPELIN, Sérgio. **Mapa dos relacionamentos**. 2008. Disponível em: <<http://globoreporter.globo.com/Globoreporter/0,19125,VGC0-2703-16395-4-265921,00.html>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

COUTO, Cleber. **Famílias Paralelas e Poliafetivas**. Publicado em: junho de 2015. Disponível em: <http://professorclebercouthusbrasil.com.br/artigos/211581301/familias-paralelas-e-poliafetivas>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 10ª ed. Revista Dos Triunais, 2015

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 6 vol. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, (a).

\_\_\_\_\_. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, (b).

FERNANDES, Luciana Vidal. **A Família Matrimonializada e o Concubinato Adúltero**: Londrina: 2003. Disponível em: <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/viewFile/1379/1320>> Acesso em: 25 de janeiro de 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona; Novo Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões 7. 3 ed. Revista e atualizada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Cristiani Trani. **Consequências Jurídicas do Concubinato Adúltero**. Publicado em: 04 de março de 2011. Campos-SP. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/conseq%C3%BC%C3%A4ncias-patrimoniais-do-concubinatio-adulterino>. Acesso em: 17 de maio de 2016

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 12. ed. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2015, (a).

\_\_\_\_\_. Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. 12 ed vol. 7, São Paulo: Saraiva, 2015, (b).

GUEDES, Beatriz Cunácia. Concorrência Sucessória na União Estável: Uma Análise Sociológica e Jurídica sobre a Inconstitucionalidade do Artigo 1.790 Do Código Civil. **Revista Pesquisas Jurídicas**. Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=GUEDES.+Beatriz+Cun%C3%A1cia%2C+Concorr%C3%A4ncia+Sucess%C3%B3ria+Na+Uni%C3%A3o+Est%C3%A1vel%3A>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed: São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIGUEL, Frederico de Ávila. **A sucessão do Cônjuge Sobrevivente no Novo Código Civil**. Publicado, 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9848/a-sucessao-do-conjuge-sobrevivente-no-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

MADALENO, Rolf. **Direito de Famílias - Aspectos Polêmicos**. 2. Ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. Rolf. **O Novo Direito Sucessório Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=42>>. Acesso em: 29 de maio de 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Vol 2. Campinas: Brooseller, 2001.

NASCIMENTO, Fernanda Santos. **Unões Estáveis Paralelas**. Publicado em: disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,unioes-estaveis-paralelas,42707.html>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2016

PETSA, Renata Simionato. **União Estável: Direitos e Deveres dos Companheiros**. Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads//2013/07/UNIAO-ESTAVEL-DIREITOS-E-DEVERES-DOS-COMPANHEIROS>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

PROJETO DE LEI 2.285/07 (Estatuto da Família). Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=A5D87F047AA30AA52323D968C45D4508.proposicoesWeb1?codteor=517043&filename=PL+2285/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A5D87F047AA30AA52323D968C45D4508.proposicoesWeb1?codteor=517043&filename=PL+2285/2007)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Belo Horizonte: Delrey, 2004.

PIRES, Iza Naiara de Barros; FARIAS, Yasmin Guanaes Silva Carvalho. **A Concubina no Direito de Sucessório**. Disponível em: <[file:///C:/Users/Samuel/Downloads/3262-12504-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Samuel/Downloads/3262-12504-1-PB%20(2).pdf)>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito das Sucessões**. Vol. 7. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Décio Luiz José, **Divórcio, União Estável e Concubinato – Doutrina e Prática**. Leme: Imperium, 2016.

RIZARDO, Arnaldo, **Direito Das Sucessões**, 5 ed., GEN/FORENSE, 2009, Rio De Janeiro

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Concubinato e Sociedade de Fato**, 1992, São Bernardo do Campo. Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=SANTOS.+Regina+Beatriz+Tavares+da+Silva+Papa+dos&oq=SANTOS.+Regina>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

STOLZE, Pablo. Direitos da(o) Amante. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1841, 16 jul.2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11500>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2016.

SOUZA, Stela Maris Vieira de. **Tratado de Direito de Família e Sucessões**. 1 ed. Campo Grande: Contemplar, 2011.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito das Sucessões v. 6. 9 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016.

\_\_\_\_\_, Flávio. Sucessão do Companheiro: O Polêmico art. 1.790 do CC e suas Controvérsias. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2681, 3 nov. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17751>>. Acesso em: 25 de abril de 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Diretor das Sucessões. Vol. 6. 15. ed. São Pulo: Atlas, 2015, (a).

\_\_\_\_\_. Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Diretor das Sucessões. Vol. 7. 15. ed. São Pulo: Atlas, 2015, (b).

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado: Direito de Família, Alimentos, Bem de Família, União Estável, Tutela e Curatela: arts. 1.694 a 1.783, volume XVII**. (Coord.) Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: Direito de Família**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAMATARO, Yves. **Consequências do Concubinato Adulterino perante o Direito Brasileiro - Amante tem Direitos Adquiridos?** Disponível em: <<http://blog.angelicoadvogados.com.br/2013/12/13/consequencias-do-concubinato-adulterino-perante-o-direito-brasileiro-amante-tem-direitos-adquiridos/>>. Acesso em: 20 de maio 2016.