

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 811

(Ano IX)

(22/07/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017



## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF)** -  
Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo  
Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional  
Universidade de Granda/Espanha.

**MARCELO FERNANDO BORSIO (MG):** Pós-  
doutor em Direito da Seguridade Social pela  
Universidade Complutense de Madrid. Pós-  
Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ.  
de Milão. Doutor e Mestre em Direito  
Previdenciário pela Pontifícia Universidade  
Católica/SP.

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

**RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina):** Doutor  
em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad  
del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ):** Mestre  
em Direito Público e Evolução Social u,  
Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO**  
(Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10  
anos de experiência. Especialista em Direito  
Processual Civil Internacional. Professor  
universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço:  
SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*.  
Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

**COLUNISTA DA SEMANA**



19/07/2017 Eduardo Luiz Santos Cabette  
» Tentativa irreal ou supersticiosa

**ARTIGOS**

21/07/2017 Gisele Leite

» Precedentes judiciais no Brasil

21/07/2017 Arthur Régis Frota Carneiro Araújo

» Direito civil constitucional: análise crítica sobre a aplicação da teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo no Código Civil de 2002

21/07/2017 Gilberto Alves de Azerêdo Júnior

» A hermenêutica como resolução de conflito aparente quando a norma não explicita seu objetivo real e primeiro

21/07/2017 Thais Cristina Muniz Blanco

» O Saneamento Básico como responsabilidade da União, do Estado e dos Municípios

21/07/2017 JordaAnna Maria Lopes Gusmão

» Justiça gratuita

21/07/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» Declaração de SEUL sobre o turismo nas cidades e áreas históricas da Ásia

20/07/2017 Karine Azevedo Egypto Rosa

» A (in)constitucionalidade de prolação de sentença condenatória diante de pedido de absolvição do Ministério Público

20/07/2017 Sílvia Maria de Paula Nascimento

» Revisão contratual no CODECON

20/07/2017 Thais Cristina Muniz Blanco

» Da Atipicidade do Crime de Desacato

20/07/2017 Gilberto Alves de Azerêdo Júnior

» Ética aplicada ao exercício da advocacia

20/07/2017 Jose Francisco Britto Fraga

» Princípios aplicados à Administração Pública.

20/07/2017 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» Art. 966, §4º, do NCPD: da anulabilidade dos acordos de colaboração

19/07/2017 Karine Azevedo Egypto Rosa

» A (in)constitucionalidade da disposição cênica das salas de audiências brasileiras: a malfadada prerrogativa de assento DO MP.

19/07/2017 João Gabriel Cardoso

» A (in) elasticidade do conceito de Improbidade Administrativa na visão do Superior Tribunal de Justiça

19/07/2017 Silvia Maria de Paula Nascimento

» Evolução histórica da cláusula rebus sic stantibus.

19/07/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» Declaração de Hoi an sobre a conservação de distritos históricos da Ásia

19/07/2017 Hugo Menezes Peixoto

» Responsabilidade da Administração Pública Na terceirização de serviços

19/07/2017 Gilberto Alves de Azerêdo Júnior

» Princípio da dignidade da pessoa humana e a ficção legal da igualdade: afinal, o que é isto - direitos humanos?

19/07/2017 JordaAnna Maria Lopes Gusmão

» O surgimento da advocacia

18/07/2017 Lucas Martins Sanson

» O princípio constitucional do não confisco e sua aplicabilidade no Direito Tributário

18/07/2017 Carlos Eduardo Dantas de Oliveira Lima

» [Incidente de demanda repetitiva não impede a concessão de tutela de urgência nas demandas de medicamentos](#)

18/07/2017 Silvia Maria de Paula Nascimento

» [Personalidade Cibernética](#)

18/07/2017 Belchior Franklin Amaral Leite

» [Da ausência de sanção por doação efetuada por pessoa jurídica para campanha eleitoral, com o advento da Lei nº 13.165/15.](#)

18/07/2017 JordaAnna Maria Lopes Gusmão

» [Honorários advocatícios](#)

18/07/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Comentários às Servidões Minerais](#)

17/07/2017 Gustavo Nobuhico Kasaoka

» [Ensaio sobre a estrutura normativa das "tutelas de urgência" - abordagem a partir da perspectiva semântica, sintática e pragmática](#)

17/07/2017 Ricardo Benevenuti Santolini

» [A influência dos elementos filosóficos da oratória e sabedoria para os julgamentos dos crimes dolosos contra a vida](#)

17/07/2017 Ana Luiza Rangel Nogueira

» [Armas de pressão e a legislação brasileira atual](#)

17/07/2017 Aníbal de Castro Passos Ramos

» [Uma análise da inconstitucionalidade do artigo 3º, VII, da Lei nº 8.009/90.](#)

17/07/2017 Luiza Helena da Silva Guedes

» [Teoria da perda de uma chance](#)

17/07/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Servidão Cultural em Pauta: Uma análise da intervenção do Estado na Propriedade Envoltória do Patrimônio Cultural Tombado](#)

## TENTATIVA IRREAL OU SUPERSTICIOSA

**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:** Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal

Dentre as várias abordagens teóricas sobre a punição da tentativa, destacam-se as duas mais citadas, quais sejam, a objetiva e a subjetiva. Para a teoria objetiva, não bastaria, para fundamentar a punição do delito tentado, o elemento subjetivo congruente do agente com a descrição típica, mas seria necessário aferir a colocação objetiva do bem jurídico em perigo. Por isso, inclusive, a pena da tentativa teria de ser menor do que a do crime consumado. Para a teoria subjetiva, o elemento subjetivo congruente já seria o suficiente para a punição, de modo que, inclusive, há entendimento de que a tentativa deveria ser punida nos mesmos moldes do crime consumado.

No Brasil e na maioria dos ordenamentos jurídicos, adota-se a teoria objetiva (inteligência do artigo 14, Parágrafo Único, CP) (BITTENCOURT, 2014, p. 537).

Nesse contexto, adotada a teoria objetiva, surge o problema do chamado “crime impossível”, o qual não pode ser punido e é considerado “fato atípico” nos estritos termos do artigo 17, CP. O crime se torna impossível quando sua consumação não se dará jamais por “ineficácia absoluta do meio” ou por “impropriedade absoluta do objeto” (JESUS, 2012, p.l 393 – 395). São exemplos clássicos, a tentativa de envenenamento com uso de substância, em verdade, inócua (ineficácia absoluta do meio) e o desferir de tiros em um cadáver com o intuito de “matar o morto” (impropriedade absoluta do objeto).

Se o Brasil adotasse a teoria subjetiva, pouco importaria se o crime não se poderia consumir. O que seria levado em conta seria tão somente o elemento volitivo do agente para a prática do crime, o qual, inclusive, seria tratado como o consumado. Adotando a teoria objetiva, em sua modalidade “temperada,

moderada ou matizada”, se o meio é *absolutamente* inidôneo ou o objeto é *absolutamente* impróprio, configura-se o crime impossível e não há possibilidade de punição, nem mesmo por crime tentado com pena diminuída. Há que lembrar que existe a chamada “teoria objetiva pura”, a qual não faz distinção entre meio ou objeto *absolutamente ou relativamente* inidôneo. Havendo inidoneidade, *absoluta ou relativa*, a tentativa se tornaria impunível. No entanto, tal teoria tem sido rechaçada pela maioria da dogmática e também não foi acolhida em terras brasileiras (GRECO, 2014, p. 63).

Acontece que a doutrina menciona a chamada “tentativa irreal ou supersticiosa”, a qual é uma espécie do gênero “crime impossível” ou “tentativa inidônea”.

A “tentativa irreal ou supersticiosa” é

“aquela em que o agente tenta alcançar a sua finalidade delituosa através de **meios sobrenaturais**(rezas, feitiçarias, invocação dos deuses ou dos mortos, fórmulas mágicas etc.” (DIAS, 2007, p. 717) (grifos no original).

Nestes casos a inviabilidade da consumação é elevada a um grau paroxístico, de modo que “a inaptidão do meio é **absolutamente manifesta**”, não sendo possível pensar em sua tentativa, nem mesmo num contexto dogmático informado por teoria subjetiva (DIAS, 2007, p. 717) (grifos no original).

Assim sendo, a chamada “tentativa irreal ou supersticiosa” seria um exemplo de “crime impossível” em seu grau máximo, de forma a inviabilizar a punição sequer da tentativa, seja diante da adoção de uma teoria objetiva (como faz nosso ordenamento), seja diante da opção por uma teoria subjetiva do crime tentado.

#### REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. Niterói: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 1. 33ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



## PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

**GISELE LEITE:** Professora universitária, pedagoga, bacharel em Direito UFRJ, mestre em Direito UFRJ, mestre em Filosofia UFF, Doutora em Direito USP. Pesquisadora-Chefe do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas. Articulista e colunista dos sites

Reconhecemos que são duras e ferinas as críticas dirigidas ao judiciário brasileiro e, estudos recentes demonstram que o sistema de resolução de litígios padece de sérias patologias, mas, não é um caso tupiniquim, é mesmo no mundo todo.

Existem três grandes variáveis básicas, a saber, o tempo, o custo e a isenção das decisões, pois a verdade é que no mundo todo, é raro haver um judiciário que demonstre ter relação equilibrada entre tais variáveis durante a solução de litígios.

Se, por sua vez, o Judiciário brasileiro é duramente criticado por sua morosidade e enorme quantidade de recursos. Por outro lado, o Judiciário norte-americano, é ícone usado como referência e marco de eficiência, mas também é criticado por seus altos custos e pelo exagero em estimular a frugal formalização de acordos.

Desde 1985 as estatísticas apontam que somente 1,8 por cento das ações propostas, chegaram finalmente a serem julgadas pelas cortes judiciais norte-americanas. Salienta mesmo que existam inevitáveis delays e que a sociedade não pode restar indiferente, quando o custo e o atraso chegam a proporção tal que compromete a justiça como um todo.

O mesmo autor traça comparação entre os países do civil law, tais como Itália, Alemanha e França com os demais países componentes do sistema common law, tais como Reino Unido e os EUA e, é forçado a concluir que existem sérias imperfeições em ambos os sistemas.

Aliás, também em França há uma explosão no volume de litigância e um substancial atraso nas soluções.

Enfim, a crise do judiciário é de fato mundial e ainda faz ressurgir a demanda por métodos alternativos de resolução de disputas. Tendo como um dos mestres inspiradores Mauro Cappelletti que trouxe um clássico estudo sobre o acesso à justiça, destacando a atuação dos métodos alternativos de solução de disputas com êxito na pacificação dos conflitos.

Os chamados autocompositivos métodos na solução das disputas são utilizados, sem a necessidade de judicialização. E nos remetem a antiquíssimos institutos que já eram usados fartamente em Roma bem como nos grandes centros de comércio desde a Idade Média.

Carreira Alvim, citando Moreira Alves, nos relata a evolução metodológica para a resolução dos conflitos, notadamente sem a interferência direta do Estado.

Lembremos que inicialmente inexistia o Estado instituído como poder político, mas os conflitos de interesses já existiam e eram resolvidos pelos próprios litigantes, ou mesmo pelos grupos a que pertenciam, exatamente quando ocorrera a transposição da justiça privada para justiça pública, deu-se uma lenta e segura evolução que se dividiu em quatro etapas.

A primeira etapa, os conflitos entre os particulares, em geral, eram resolvidos pela força física, e o Estado, então bem incipiente, intervinha somente nas questões ligadas à religião; e os costumes vão estabelecendo, aos poucos, as regras capazes de diferenciar a violência legítima da violência ilegítima;

A segunda fase registra o surgimento do arbitramento facultativo, quando a vítima ao invés de utilizar-se da vingança individual ou mesmo coletiva contra seu ofensor, preferia, de acordo com este, receber uma indenização que ambos entendessem ser justa e correta, ou ainda, concordavam em escolher um terceiro que seria chamado de árbitro para fixá-la de forma adequada;

Na terceira etapa, nascia o arbitramento obrigatório ou compulsivo. Pois o facultativo somente era usado quando os litigantes assim o desejassem e, como esse acordo, nem sempre se materializava, resultando a perpetuação da violência para a defesa do interesse violado; por isso o Estado, não só passou a obrigar os litigantes a escolherem o árbitro para que determinasse a indenização devida pelo

ofensor, mas igualmente para assegurar-lhe a execução de sentença, no caso do réu condenado não quisesse voluntariamente cumpri-la;

Por derradeiro, na quarta fase, o Estado afasta diretamente o emprego da justiça privativa e, por meio de funcionários e serventuários, vem a resolver os conflitos de interesses que aparecem, executando e até utilizando a força se fizer necessário, para o respeito e fiel cumprimento da decisão judicial.

Observa-se que mesmo assim, se as partes concordassem, era lícito dirimir o conflito mediante a designação do árbitro.

No direito romano, encontram-se os exemplos típicos de cada uma dessas quatro fases, da primeira, temos a lei de talião, bem traduzida por olho por olho e dente por dente... Fixada na Lei das Doze Tábuas; da segunda fase, quando já se admitia que os conflitos individuais fossem resolvidos por árbitros escolhidos pelos litigantes e sem a interferência do Estado;

Da terceira fase, temos os dois primeiros sistemas de processo civil romano, a saber: o das legis actiones e o per formulas; e na quarta e final fase, surgiu a cognitio extraordinaria.

Situam-se entre os métodos alternativos de solução de conflitos de interesses, a arbitragem e a mediação. A arbitragem consiste no método pelo qual as partes outorgam a uma pessoa ou um grupo de pessoas a tarefa de pacificar um litígio.

São pessoas escolhidas livremente pelas partes que proferem as decisões com o mesmo conteúdo e da mesma força das sentenças judiciais.

Em outras palavras, as partes buscam pessoas de confiança delas e que entendem da matéria correspondente ao objeto do conflito e que decidem permitir que esta parte venha compor o litígio existente entre elas.

A doutrina especializada não se cansa em apontar enfaticamente os principais benefícios da arbitragem à celeridade, a confidencialidade, o conhecimento técnico da matéria que corresponde ao objeto do litígio pelo árbitro que decidirá o litígio, a informalidade do procedimento e o custo, este último questionado por muitos.

A mediação é um método pelo qual um terceiro imparcial ajuda aos litigantes a encontrarem a solução aceitável e amigável para ambas. O mediador não julga, não compõe o litígio. Somente estimula as partes a chegarem a um acordo.

A mediação, além de apresentar alguns benefícios comuns à arbitragem, como a celeridade na pacificação do litígio e a confidencialidade, possui ainda outras vantagens como o fato de ser, também, a aumentar a possibilidade de as partes manterem uma relação mesmo após o surgimento do conflito, ao passo que nos métodos de heterocomposição, normalmente, fomentam a litigiosidade entre os litigantes.

É preciso frisar que a arbitragem no Brasil não é novidade, pois que já era prevista na Constituição do Império em 1824, apesar de que as constituições brasileiras seguintes não a tenham expressamente consagrado.

A arbitragem foi mantida pela legislação infraconstitucional, com destaque para o Decreto 3,084 de 1898 e os CPCs de 1939 e de 1973. Sendo revigorada no CPC de 2015;

O instituto de arbitragem somente retorna a ser consagrado na ordem jurídica brasileira através da Constituição Federal de 1988 que o prevê expressamente nos primeiro e segundo do art. 114. Mas, somente em 1996 foi promulgada a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, quando a arbitragem passou a ser usada de forma efetivada por método alternativo de resolução de conflitos.

Não há organização aleatória que os conceitos de segurança jurídica, liberdade e igualdade que são normalmente ligados em uma estreita trama feita pela doutrina.

Alerta Humberto Ávila que a segurança jurídica, de outro lado, pode ser considerada como instrumento assecuratório de outros direitos que envolvam a autonomia individual. Cogita-se, por essa razão, em vida, liberdade e, em propriedade e na segurança, pelo papel estabilizador e garantidor das condições necessários ao exercício da liberdade.



Evidentemente o exercício de autonomia individual pressupõe o conhecimento de normas existentes e válidas bem como a sua estabilidade no tempo, pois sem esses elementos os homens deixam de ser capazes de planejar o futuro.

Sem a conexão com os interesses do cidadão, não haverá igualdade, liberdade, de asseguração, probatório, estabilidade e de continuidade.

O problema central presente em toda ordem jurídica é saber como ocorre a vinculação ao Direito? E, mais, como as decisões judiciais são formadas e com qual conteúdo são prolatadas?

Em verdade, esses dois problemas formam o programa da teoria do direito e da filosofia jurídica principalmente nas sociedades preocupadas em proteger a liberdade individual.

Herbert Hart adverte que essa preocupação em proteger a liberdade individual chega a ser uma obsessão vinda a eclipsar outras questões.

Afinal, como é sabido, numa sociedade com forte ênfase na liberdade, nada é mais importante que saber como é concretamente exercido o poder e, como é possível prever o conteúdo das decisões judiciais e, como é possível promover a permanente vinculação ao direito.

Conclui-se que para o Direito seja realmente capaz de proporcionar uma sociedade livre, justa e igualitária é preciso solucionar o problema central sobre a vinculação do exercício do poder à ordem jurídica.

Tal solução se torna possível quando a sociedade é pautada justamente na segurança jurídica. Sem o ambiente jurídico capaz de proporcionar segurança entre as pessoas, é impossível conceber um espaço para que se possam fazer escolhas juridicamente orientadas.

Sem um ambiente juridicamente seguro é impossível reconhecer o direito vigente e que deve ser aplicado de forma uniforme.

A segurança jurídica é uma das condições pelas quais o Direito se torna possível, ou seja, para conceber a própria existência do Direito.

Lembremos que a segurança jurídica é um meio de promoção da liberdade e da igualdade, também é instrumento que serve à dignidade da pessoa humana e à obtenção de justiça.

A segurança jurídica envolve o problema de racionalidade do Direito principalmente em razão da sua natureza referencial na história do pensamento jurídico.

Pode-se decompor a segurança jurídica em: cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade da ordem jurídica.

É indispensável que o sistema jurídico viabilize certeza a respeito de como as pessoas devem se comportar, sem o que não se pode saber exatamente o que é seguro ou não.

Sem a cognoscibilidade não há como existir segurança de orientação, isto é, segurança a respeito daquilo que nos é exigido pela ordem jurídica diante de dada situação concreta.

A segurança jurídica depende igualmente da ideia de estabilidade (continuidade, permanência e durabilidade) porque uma ordem jurídica sujeita as variações abruptas não provê condições mínimas para que as pessoas possam se organizar e planejar suas vidas.

Uma ordem jurídica segura constitui ainda uma ordem confiável, ou seja, que é capaz de reagir contra surpresas injustas e proteger a firme expectativa naquilo que é conhecido, e naquilo com que se concretamente planejou.

A segurança jurídica depende, por fim, da capacidade de efetivamente normativa. A segurança jurídica depende, por fim, da capacidade de efetivamente normativa.

Cabe mencionar de segurança de realização. Isso porque só é seguro aquilo que tem a capacidade de se impor acaso, ameaçado ou efetivamente violado.

Isso explica a razão pela qual a noção de segurança jurídica também é normalmente associada à noção de inviabilidade normativa.

Lembremos que o tratamento isonômico depende antes de tudo do prévio reconhecimento de qual é o Direito aplicável. Afinal, não é aplicável uniformemente o direito que não se conhece.

Portanto, a autodeterminação está ligada à prévia cognoscibilidade normativa, porque sem conhecer o Direito não é possível fazer escolhas juridicamente orientadas.

Sem conhecer, afinal, não é possível conhecer os atos que se pretende praticar, nem os efeitos jurídicos decorrentes.

Mas o que deve ser efetivamente ser considerado seguro, o que o Direito deve ser seguro não aponta com precisão o que deve ser cognoscível, estável, confiável e efetivo.

A segurança jurídica possui natureza essencialmente referencial, na medida em que depende de certo elemento, ou partir do qual pode ser construída.

Essas foram as soluções seguidas pela tradição ocidental, a primeira foi a promoção da segurança jurídica pelo juiz e, a outra, a tentativa de promoção pelo legislador.

Porém, ambas tentativas falharam posto que se alimentaram por dois mitos, a saber: o mito dos juízes como living oracles (oráculos vivos) e dos juízes como seres inanimados (êtres inanimés).

A tradição inglesa se edificou sobre a ideia de que os juízes constituíram oráculos do Direito e suas decisões significavam provas vivas da existência do common law.

Já a experiência francesa originária da Revolução Francesa concebia juízes como seres inanimados que exerciam um poder inexistente.

Ambos os casos partiram de pressupostos de que a interpretação judicial era meramente declaratória de norma preexistente consubstanciada no common Law, ou então, a loi écrite (no caso francês) de que sua aplicação se resolvia por um juízo meramente lógico-dedutivo.

Ressalve-se que a interpretação cognitivista e aplicação logicista representam duas verdadeiras marcas do pensamento jurídico oitocentista e, representam também relevante interseção de influências advindas das tradições de civil law e de common law.

Em suma, são duas tendências culturais já esboçadas justamente para promover segurança jurídica. Aliás, curiosamente, a tese declaratória da jurisdição serviu simultaneamente para outorgar e para negar a força vinculante às decisões dos juízes inseridos nessas duas diferentes tradições.

Tais duas pressuposições tornavam possível o nobre sonho tanto da segurança pelo juiz como pelo legislador, cuja prática do direito se tornou um autêntico pesadelo.

Quais as figuras mitológicas atribuídas aos juízes operou o deslocamento do tema do plano de conhecimento para o plano da crença.

É sintomático o fato de a doutrina enfatizar a necessidade de se entender a tradição do common law e, mais especificamente, o direito inglês a partir da perspectiva histórica.

A prova gritante da alteração semântica do conceito de precedente. É pacífico entendimento de que o precedente judicial alterou-se profundamente principalmente ao longo de seu desenvolvimento desde suas origens medievais até os dias atuais.

Sua evolução pode ser ilustrada por três expressões, a saber: ilustração, persuasão e vinculação.

Inicialmente, no direito inglês, o precedente começava formar-se case to case, o que notabilizou a tradição do common law. Já se havia juízes medievais britânicos que decidiam com base em precedentes.

Bracton disse (tradução minha) se alguma nova e não desejadas circunstâncias – deve nascer, então se alguma coisa análoga que tenha acontecido antes, deixe que o caso seja julgado ab julgado numa forma metódica.



A invocação do precedente pelos juízes, porém, dava-se a título de ilustração ou explicação do significado do Direito aplicado ao caso concreto.

Muito diferente do que ocorre contemporaneamente, nenhuma corte que o fizesse imaginava encontrar-se juridicamente vinculada ao precedente.

Figurava o precedente com função ilustrativa situado na origem do case of law. Desta forma, o direito inglês se formou a partir do caso e dos precedentes, servindo para explicar o Direito nas decisões judiciais, assumindo logo em seguida, o papel de fonte auxiliar, porém relevante para o ensino jurídico.

A formação do método indutivo e de seu desenvolvimento mais tarde, o que tem sido apontado como grande mérito do common law, embora seus resultados atualmente sejam questionados pela doutrina contemporânea.

O precedente ilustrativo serviria como recurso demonstrativo do Direito citado pelos juízes em suas decisões, mas não funcionavam como critérios decisórios, como normas, mas como elementos vindos da experiência judicial.

Naquele momento da história, justificava-se o motivo pelo qual toda e qualquer decisão judicial em certo caso concreto é tomada precedente, bastava a inserção dos pleas rolls (tipo registro de causas).

Não se encontra mesmo o precedente apenas no case law, mas também a suposição de que o common law deve ser descoberto e declarado pelos juízes, no caso concreto, a partir dos costumes imemoriais do homem inglês.

Desde suas origens há interconexão dos precedentes e a teoria declaratória da jurisdição com o case law, o que faz supor que o direito inglês seja formado por costumes imemoriais e, que o precedente apenas declara o common law preexistente.

A doutrina se conscientiza dessa interconexão, mas somente nos séculos XVI e XVII os precedentes incorporam um papel concernente ao procedimento para formação da decisão judicial.

A passagem do precedente ilustrativo para o precedente persuasivo é política e constituiu uma forma de afirmação do Direito diante da pretensão absolutista do poder real.

A primeira utilização documentada do termo precedente registra-se no século XVI, em 1557, conforme Carleton Kemp Allen, *Law in the Making* (1927) 3.ed., Oxford University Press, p. 192.

s precedentes adquirem uma função persuasiva, servindo para a decisão do caso concreto, desde que não sejam contrários ao Direito e passem a ser recolhidos nos named reports (informativos nominados ou relatórios jurisprudenciais).

Essa doutrina enfim marcou o início do precedente e que foi enriquecida por Edward Cook, Matthew Hale e William Blackstone.

O precedente sob essa perspectiva é considerado com a mais autorizada evidence (visto como prova no common law) e não para o Direito propriamente dito.

Na doutrina clássica do precedente é um equívoco entender que nessa época havia propriamente a criação do direito pelos juízes ingleses.

É segundo a doutrina setecentista inglesa, os juízes apenas provavam a existência, de um direito preexistente (juízes – oráculos de lei).

A percepção que os juízes criavam o direito (judge made-law) apenas apareceu posteriormente com Jeremy Bentham.

Em sendo oposto afirmando que o common law inglês viveu no século XVIII a era de ouro do direito dos juízes, quando se comungava a ideia de que a criação do direito deveria ser atividade do Judiciário.

A doutrina que melhor retrata o período clássico como precedente é a de Blackstone que se situa no meio da disputa teórica mais abrangente sobre as relações entre o precedente e a razão.

Blackstone aduzia que os precedentes e as regras devem ser seguidas, a menos que sejam evidentemente absurdos ou injustos.

Os juízes tinham que se convencer de que o precedente não era absurdo ou injusto para aplicá-lo. Assim se fosse absurdo ou injusto poderia o precedente ser descontado como norma para solução do caso.

Pelas suas razões, o precedente deveria convencer a respeito da bondade da sua solução para o caso.

A missão pública dos juristas na Inglaterra exigia habilidade contextual para a compreensão e manejo.

Os juízes que não perceberam que o precedente não era a lei incorriam em *mistake the law*. A solução nesse caso não era Direito, encarnando apenas uma solução equivocada.

Relevante perceber além da conexão entre o *case law* da decisão judicial, o uso da teoria cognitivista da interpretação e da teoria logicista da aplicação como meios que tornaram possível a concepção dos juízes como oráculos da lei, que apenas declaravam as soluções já onipresentes no céu da *common law*.

Os juízes só podem ser vistos como que evidenciavam a existência do *common law* em suas decisões porque se partia do pressuposto de que a interpretação judicial constituía apenas uma atividade cognitiva, que não envolvia qualquer valoração e decisão entre possíveis significados concorrentes, e de aplicação de normas se consubstanciava simplesmente, em uma atividade lógico-dedutiva, em que, uma vez assentadas as premissas do Direito e de fato, e de fato, a conclusão é necessariamente a única resposta correta para o caso.

É claro que para se compreender a interpretação e aplicação do Direito não oferecia um grau adequado de segurança para o apropriado funcionamento do sistema jurídico, ou melhor, oferecia apenas uma segurança ilusória, um nobre sonho, restrito apenas ao *law in books* a inequivocamente distante do *law in action*.

Isso se justifica porque a precedente persuasivo não chegava a se constituir efetivamente uma norma propriamente dita, na medida em que estavam nas

mãos de juízes posteriores mesmo reconhecendo que o precedente se amoldava ao caso concreto, negar a sua aplicação para a solução do caso.

É evidente que o precedente é norma jurídica e, portanto, tem força vinculante e vale independentemente de suas boas razões, ou é um simples exemplo, que obriga apenas nos limites em que a experiência anterior persuade o seu destinatário.

A doutrina conclui que o precedente persuasivo se resume a uma oferta de uma escolha totalmente livre ao juiz. Portanto, o precedente persuasivo resolve-se na abertura de amplo juízo de conveniência do juiz.

Uma das causas decisivas de mais uma mudança do papel do precedente no direito inglês por força das críticas de Austin, o precedente passa da persuasão para a vinculação ao logo do século IX.

E então, converte-se em efetiva norma jurídica. Ao lado da doutrina de Bentham e de Austin, a reforma do advento Judicature Act de 1873-1875 são igualmente vistos como elementos centrais para o efetivo reconhecimento do precedente vinculante.

Jeremy Bentham alerta para o fato de que o direito inglês não constituiria um direito preexistente às decisões judiciais, formado a partir dos costumes imemoriais do home inglês e pacientemente revelado através dos séculos pela experiência dos juízes.

No fundo, o common law não seria nada além de atos judiciais autocráticos particulares que as pessoas em geral estariam dispostas a atribuir algo semelhante ao efeito legal.

Para Jeremy Bentham, o direito inglês seria um direito judiciário (Judiciary law) integralmente criado pelos juízes, sendo por essa razão um direito irremediavelmente retroativo.

#### Ratio decidendi e Obter dicta

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que a ratio decidendi não é fenômeno estranho ao direito pátrio, sendo mesmo considerada pelos Tribunais superiores



como expressiva frequência e aparece ora sob a denominação de motivos determinantes, ora chamada apenas de razões de decidir.

A ratio decidendi chamada de holding no direito norte-americano que corresponde ao núcleo do precedente judicial seus fundamentos determinantes, sendo exatamente o que vincula.

Distingue-se da fundamentação obter dicta que são prescindíveis ao resultado do julgamento, ou seja, são fundamentos que mesmo que fossem em sentido invertido, pois não alterariam o resultado do julgamento.

São considerações de passagem, de forma paralela e necessárias para o julgamento como ocorre com manifestações alheias ao objeto do julgamento, apenas hipoteticamente. Justamente por não serem essenciais ao resultado do precedente obter dicta não vinculam.

Houve no Projeto do NCPD aprovado na Câmara dos Deputados contribuía, ainda que de forma simplista e incompleta, para a definição da ratio decidendi:

I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;

II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

O texto infelizmente não foi mantido na versão final e que foi publicada como o Código de Processo Civil de 2015.

Afirma-se que a ratio decidendi do precedente vincula o que não ocorre com a fundamentação obter dicta, é indiscutível e, a parte fácil de se compreender a eficácia vinculante dos precedentes.

O mais problemático é a distinção entre estas, no caso concreto, já que o conceito de ratio decidendi não é tranquilo, mesmo em países de muito maior tradição em seu exame do que o Brasil, havendo estudo que aponta setenta e quatro formas de ratio decidendi.

De acordo com a corrente doutrinária, o ideal é a adoção do método eclético sugerido por Rupert Cross. A técnica da inversão defendida por Eugene Wambaugh que defende a identificação de ratio decidendi com a razão jurídica que se invertida, resultaria em julgamento diferente e a técnica defendida por Arthur Goodhart<sup>[1]</sup>, pela qual a identificação da ratio decidendi parte dos fatos materiais (categorias de fatos relevantes para o Direito) e da decisão jurídica neles embasada o julgamento final.

Um mesmo precedente pode ter mais de uma ratio decidendi, sendo que nesse caso, todas elas têm eficácia vinculante.

Não se admite, portanto, uma eficácia vinculante fatiada, já que o que vincula no precedente é a ratio decidendi, pois havendo mais de uma ratio decidendi, todas tenham a mesma eficácia vinculante.

Não existe um dever de os tribunais identificarem a ratio decidendi, cabendo ao intérprete o julgamento de tal tarefa. E mesmo não havendo a referida identificação não se cria um impedimento para que o intérprete como tal precedente, permitindo sua aplicação como razão do decidir de futuros julgamentos.

Não basta ser um fundamento determinante para o resultado do julgamento para que se projete a eficácia vinculante. Só há ratio decidendi vincula, mas nem sempre haverá tal eficácia vinculante.

Somente o fundamento determinante acolhido pela maioria dos julgadores tem eficácia vinculante, lembrando-se que o julgamento nem sempre é determinado pela opinião majoritária dos julgadores sobre os mesmos fundamentos, mas pela combinação de entendimentos minoritários que levem a um determinado resultado.

Basta imaginar a existência de diferentes causas de pedir fundamentando um mesmo pedido, será possível que ele seja acolhido pela maioria que, entretanto, se vale de forma minoritária, de cada causa de pedir para chegar ao resultado de julgamento.

Aponta a melhor doutrina, a mudança na forma do julgamento colegiado, que atualmente se dá por adesão à conclusão e que deve passar a ser realizado por adesão à fundamentação.

Os julgadores não poderão se limitar ao voto do relator, cabendo expressar sua concordância de forma expressa sua concordância de forma expressa aos seus fundamentos, cabendo também, e em especial, ao magistrado por expor sua discordância com tais fundamentos, ainda que concorde com a conclusão do voto condutor.

Por sua vez, se for difícil a identificação da ratio decidendi do precedente seja por ser sua fundamentação insuficiente ou por não estar a questão jurídica decidida bem delineada, afasta-se sua eficácia vinculante.

O significado do precedente não é alcançado somente através de sua diferenciação dos conceitos de decisão e súmula. Mas, a partir de seu conteúdo e, especialmente, das partes seu conteúdo que, em seu interior, o que identifica o que o tribunal realmente pensa sobre certa questão jurídica.

É curial saber usar o precedente judicial posto que deva orientar as pessoas e, mais particularmente, os juízes e, também não imobiliza as relações sociais e nem impede a jurisdição de produzir um direito consentâneo com o caso concreto, a realidade e os novos tempos.

Embora todo o conteúdo, seu poder pode estar limitado ou entendido conforme as necessidades de casos concretos, permitindo que o direito se aperfeiçoe à medida que novas situações litigiosas surjam e cheguem ao Judiciário.

Há também de se lembrar que nenhum precedente tem a pretensão de ser válido eternamente posto que existam critérios que permitem a sua revogação.

O precedente obrigatório visa realizar o direito e tutelar a segurança jurídica. É indispensável antecipação da revogação do precedente judicial e de modulação de efeitos da decisão revogatória, de modo ao se evitar a aplicação injusta de precedente judicial desgastado e, ainda na segunda hipótese, visa proteger aquele que acreditou na decisão judicial.

Nem toda decisão judicial é um precedente, pois este significa uma decisão dotada de certas características, basicamente a potencialidade de se afirmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.

É possível afirmar que se todo precedente reside numa decisão judicial, mas nem toda decisão constitui um precedente.

Percebe-se que o precedente constitui decisão sobre matéria de direito, ou conforme os termos do common law, de um point of law e não de matéria de fato, enquanto que a maioria das decisões judiciais se referem às questões de fato.

Quando são abordados os pontos de direito, as decisões judiciais muitas vezes, se restringem a indicar o que está previsto em lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de dar solução que, ao menos, dê uma interpretação da norma jurídica positivada. De modo, a decisão judicial interpreta a lei porém segue julgado que a consolidou, apenas por isso, não constitui precedente judicial.

Não basta para ser precedente que a decisão judicial seja a primeira a interpretar a norma sendo necessário que enfrente todos os princípios e argumentos relacionados com a questão de direito que passa por diversos casos concretos.

Desta maneira, é possível que a decisão não contenha as características essenciais à configuração de precedente, por não tratar de questão de direito, ou se limitar a afirmar e confirmar a letra da lei.

Um precedente judicial requer, a análise de principais argumentos pertinentes à questão de direito, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser finalmente traçado.

Precedente não é somente uma decisão que disciplinou certa questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão com qualidades externas que escapam ao seu conteúdo.

O precedente judicial é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente delinea, deixando clara e cristalina.



As súmulas<sup>[2]</sup> no direito brasileiro inicialmente serviram para identificar e delimitar o entendimento de dado tribunal acerca da questão jurídica. As súmulas jamais tiveram eficácia prática posto que não eram obrigatórias, nem mesmo aos juízes do mesmo tribunal, que as produziram e nunca contaram com a devida dogmática, daí a dificuldade de seu uso e revogação.

As súmulas se mantinham em vigor mesmo quando não visadas ou negadas na prática do tribunal. O que notabiliza a súmula é a circunstância sobre as suas decisões, e não uma decisão que se qualifica como precedente. A súmula é metalinguagem voltada a enunciar algo que já integra a linguagem da decisão judicial. O enunciado sobre as decisões judiciais não tem as mesmas garantias de um precedente;

Para existir o precedente não basta apenas ter um enunciado acerca da questão jurídica, mas o imprescindível em respeito à adequada participação de um contraditório dos litigantes e, assim, tenha obtido o resultado legitimado pelo debate entre as partes.

Mas, a súmula é diferente, o que a faz carecer de legitimidade quando se cogita na sua observância obrigatória ou a incidência na esfera jurídica dos jurisdicionados.

Na produção da súmula não estão presentes as partes que deram origem à formação da tese jurídica. Não se pode confundir a legitimidade da coisa julgada com a legitimidade do stare decisis ou do precedente obrigatório.

O precedente judicial obrigatório apesar de se relacionar com pessoas que não participaram do processo tem sua legitimidade condicionada por ter sido proferido em processo com adequada participação das partes em contraditório, o que zelam para que a tese jurídica não seja desfigurada.

Portanto, a preocupação com os efeitos da decisão, e mais especificamente, com a coisa julgada, confere legitimidade à eficácia do precedente obrigatório em relação aos terceiros.

Para se compreender os precedentes judiciais, quando a tese jurídica proclamada na decisão judicial é necessariamente relacionada às circunstâncias

do caso concreto, as quais, quando não presentes no caso concreto em julgamento podem levar a um distinguished, ou seja, uma diferenciação, o que acarreta logicamente a não aplicação do precedente judicial.

Não obstante, as súmulas simplesmente neutralizam as circunstâncias do caso concreto ou dos casos concretos que levaram à sua edição. As súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico.

É incontestável que no Brasil não há cultura e nem método para a formação de súmulas. As súmulas não constituem meros enunciados ou simples consolidação de interpretação da lei, mas reflete algo diferente, uma tese jurídica que é inseparável das circunstâncias concretas que a motivaram.

A súmula vinculante<sup>[3]</sup> é igualmente um enunciado externo à decisão judicial. A decisão judicial, no civil law, consideram-se os fatos e fundamentos jurídicos (causa de pedir) expostos pelo autor, analisa-se os fatos que foram demonstrados e, enfim, verifica-se se os fatos afirmados e provados se amoldam à norma jurídica alegada.

Desenvolve raciocínio dirigido para a formação da convicção aliado a outro destinado ao enquadramento dos fatos à moldura positivada da norma jurídica.

O juiz em sua decisão é obrigado a narrar os fatos e os fundamentos jurídicos, narra o conteúdo da defesa e sobre as provas requeridas e produzidas. Ainda deve expor as razões pelas quais entende as alegações de fato foram ou não demonstradas, bem como concluiu-se os fatos demonstrados geram, ou não, os efeitos jurídicos pretendidos pelo demandante.

Derradeiramente, na fundamentação da decisão judicial define a procedência ou improcedência do pedido. E, considerando a tutela de direito a espécie de sentença pleiteada.

Reporte-se ainda aos requisitos essenciais da sentença que são: o relatório, os fundamentos onde analisará os fatos e o direito e, por fim, o dispositivo, onde o julgador resolve as questões que as partes lhe submeteram.

Na fundamentação da sentença são avaliadas as questões de fato e de direito, onde o juiz irá demonstrar seu raciocínio probatório e a convicção que

firmou sobre os fatos, bem como as razões pelas quais acolheu ou não a tese jurídica sustentada pelo autor, ou seja, os motivos pelos quais entendeu que dos fatos evidenciados decorrem, ou não, os efeitos jurídicos pretendidos.

Sustenta-se, com razão, que deve existir a pertinência lógica entre a fundamentação e o dispositivo.

A coisa julgada material no direito pátrio incide apenas sobre o dispositivo da sentença, não abarcando os fundamentos.

Assim mesmo que os fundamentos, sejam relevantes para boa compreensão do dispositivo, não são coberto pelo manto da coisa julgada material. Através da fundamentação, surge a possibilidade de negação e a rediscussão dos motivos da sentença em outra ação (aponta Marionini, vide RTJ, 143/600 e RTJ 150/269).

#### Referências:

RODRIGUES, Bruno Sousa. Breve Estudo sobre os Métodos de Identificação da Ratio Decidendi dos precedentes judiciais. Disponível em: [http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30830291/BREVE\\_ESTUDO\\_SOB](http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30830291/BREVE_ESTUDO_SOB_Acesso_em_01.07.2017) Acesso em 01.07.2017.

MARINONI, Luiz Guilher; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Danoec Novo Código de Processo Civil Comentado. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC Código de Processo Civil. Inovações. Alterações. Supressões Comentadas. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MITIDIERO, Daniel Precedentes Da Persuasão à Vinculação. 2ª edição. São Paulo: RT. 2017.

#### NOTAS:

[1] A principal diferença entre a doutrina de Goodhart, Wambaugh e Cross sendo supostamente normativa se refere à ruptura com a ideia de ratio como algo intrinsecamente essencial à decisão. A ratio seria aquilo visto com ratio pelo magistrado, não um passo intrinsecamente necessário a se chegar a uma dada conclusão jurídica.

[2] O direito sumular corresponde ao resumo da jurisprudência sedimentada em incontáveis e uniformes decisões das Cortes Superiores do país, que visam a rapidificação de causas no Judiciário. A se dar seguimento ao inconformismo das partes, manifestado em peça recursal, em total colidência com texto de súmula do Tribunal, estar-se-ia a instaurar um regime anárquico, que afronta o princípio de uniformização das decisões.

Prevalência do entendimento contido no direito sumulado, que traduz a manifestação de um colegiado, para negar provimento ao agravo regimental. (STJ, AgRg-REsp 3.317/BA, 1ª T., Rel. Min. Pedro Acíoli, unânime, Pub. 26.11.1990; ADV Jurisprudência 52.533).

De conformidade com o art. 103-A da Constituição da República de 1988, o qual traz em seu bojo a regulamentação constitucional acerca do instituto, são requisitos para a elaboração da súmula vinculante: 1) a matéria objeto de súmula vinculante deverá ser de patamar constitucional; 2) deve haver reiteradas decisões sobre a matéria; 3) existência de controvérsia atual entre órgãos do Judiciário (portanto não só internamente, entre as Turmas ou Pleno do STF), ou entre esses e a Administração Pública; 4) tal controvérsia deve acarretar grave insegurança jurídica e, concomitantemente, relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, quanto à matéria, ocasionando o fatídico inchaço no Judiciário; 5) decisão de dois terços dos membros do STF pela aprovação da súmula vinculante; 6) publicação na Imprensa Oficial.

[3] A Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, adiciona legitimados em seu art. 3º, nos termos do permissivo constitucional transcrito anteriormente, sendo que tal legislação apenas poderia adicionar ou manter os legitimados, porém nunca reduzi-los. São os seguintes legitimados adicionados por tal instrumento normativo para propor a edição, a revisão ou o cancelamento da súmula vinculante: 10) o Defensor Público-Geral da União; 11) os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

## **DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ESTATUTO JURÍDICO DO PATRIMÔNIO MÍNIMO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

**ARTHUR RÉGIS FROTA CARNEIRO ARAÚJO:**  
Advogado. Procurador do Estado do Maranhão;  
Graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus  
(2014);

**RESUMO:** A Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, formulada pelo professor Luiz Edson Fachin, explicita a legitimidade do mínimo patrimonial como assegurado da dignidade inerente à condição humana do indivíduo. Realizando análise sobre o texto do Código Civil e a influência da Constituição Federal de 1988 sobre seus institutos, percebe-se a hodierna tendência de humanização nas relações privadas, onde subsiste, harmoniosamente com a proteção ao patrimônio, a tutela aos valores pessoais inalienáveis do particular. O Direito Civil Constitucional faz surgir, portanto, uma maior influência da Carta Política sobre as relações privadas, devendo dar-se uma interpretação e aplicação da legislação privada conforme os ditames da Lei Maior. Pela teoria, surge a necessidade de tutela do Estado, por todas suas três esferas de atuação, sobre o patrimônio mínimo assecuratório de direitos e valores imprescindíveis à vida digna. A Metodologia de abordagem utilizada foi a dedutiva, combinada com o procedimento comparativo e com as técnicas bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** Patrimônio Mínimo. Dignidade da Pessoa Humana. Princípios Constitucionais. Direito Civil Constitucionalizado.

**Sumário:** 1 Introdução 2 Referencial teórico 2.1 Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2.2 Princípios constitucionais no Código Civil de 2002. 2.2.1 Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III, CF/88). 2.2.2 Direito à Propriedade (art. 5º, Caput, CF/88). 2.2.3 Boa-fé objetiva (art. 422, CC/02). 2.3 A tendência de humanização das relações privadas do Direito Civil brasileiro. 3 Metodologia. 3.1 Método de abordagem. 3.2 Método de procedimento. 3.3 Técnicas de pesquisa. 4 Análise de Resultados. 4.1 Direito Civil Contemporâneo e Patrimônio mínimo: a garantia da dignidade patrimonial 5 Conclusão. 6 Referências.



## 1 Introdução

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana perfaz chave hermenêutica na leitura e na interpretação de toda a legislação pátria. Os direitos fundamentais previstos pela Carta Política estabelecem limites para a legislação infraconstitucional, devendo esta guardar consonância com a ordem constitucional e os direitos individuais por ela consagrados. Sobre esse prisma, a teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo busca garantir ao particular o mínimo existencial de modo a resguardar sua dignidade enquanto pessoa humana, tratando das tendências de personalização das relações jurídicas do Código Civil de 2002, examinando, ainda, a influência dos princípios constitucionais sobre a referida lei.

O presente estudo busca analisar os institutos do novel Código que guardem relação com a teoria ora delineada, analisando sua compatibilidade com determinados princípios constitucionais e com a recente tendência de humanização por que passa o Direito brasileiro.

Percebe-se, daí, que o patrimônio não pode mais ser observado por sua mera natureza existencial, estando ele vinculado a uma finalidade social maior, devendo considerar-se a relação que o bem guarda com seu proprietário e com toda a coletividade.

Pretende-se aqui analisar a conduta do Estado frente ao particular insolvente, partindo da ideia que o Poder Público deveria, em tese, garantir o mínimo patrimonial capaz de lhe proporcionar o exercício de seus direitos fundamentais. Cediço, portanto, que o ordenamento jurídico deve regular as relações jurídicas de modo a assegurar o mínimo digno ao particular.

Por fim, far-se-á uma análise sobre a possibilidade da aplicação da teoria do mínimo patrimonial para pessoas jurídicas, sobre o espectro da função social, partindo da inegável interdependência existente entre a atividade de certas empresas e a existência digna de setor da sociedade, dando enfoque ao procedimento de execução patrimonial e sua correlação com a ordem constitucional brasileira.

Para alcançar tal desiderato, a metodologia utilizada nesse trabalho compreendeu a abordagem dedutiva, por meio da qual partimos do raciocínio geral desde a própria definição da teoria que fundamenta o presente estudo até a influência do texto constitucional sobre as relações privadas, buscando analisar ainda as possibilidades de aplicação da tese aqui estudada em todas as searas do Poder Público. O procedimento utilizado foi o comparativo, pelo qual confrontamos o pensamento de diferentes doutrinadores, analisando-os criticamente. As técnicas de pesquisa foram a documental e a bibliográfica.

## 2 Referencial Teórico

### 2.1 Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo

A teoria desenvolvida pelo professor Luiz Edson Fachin trata da obrigação relativa ao Estado de garantir ao particular, por meio de todas as suas esferas de atuação, o mínimo patrimonial, de modo a assegurar-lhe a dignidade inerente à sua condição imperecível de pessoa humana. Trata-se, tal direito à dignidade, de Princípio constitucional estruturante da República brasileira, consoante disposto pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

O princípio em comento constitui a base da república brasileira, prestando de ponto de partida para a concepção de tantos outros princípios e direitos fundamentais. Consoante Luís Roberto Barroso: "... merece destaque em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade da pessoa humana [art. 1º, III], que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais."<sup>[i]</sup>

Entendemos, portanto, que o princípio ora delineado perfaz guarida para a teoria ora analisada.

De princípio, incumbe estabelecer algumas considerações acerca da proposta trazida pelo professor Fachin. Primeiro, há de se ter clara a ideia que a presente tese não busca impor obstáculo aos direitos do credor, nem tampouco favorecer o inadimplemento do devedor; **o desiderato a que**

**almeja a teoria é proporcionar uma situação de equilíbrio nas relações privadas**, imprimindo um juízo de proporcionalidade ao caso concreto, desde sempre sob o amplo prisma da dignidade da pessoa humana. Consoante elucida o autor da tese em análise em trecho de sua obra, *verbis*:

Destaque-se, nesse passo, não se tratar de interesses opostos ou excludentes. Não há, pois, defesa da ilegitimidade do crédito em si mesmo. Cogita-se, tão-somente, do estabelecimento de limites à pretensão creditícia e não sua impugnação ontológica. E diante de um dano injusto, cuja reparação busca o credor em face do autor do ato, a tutela patrimonial buscará equilíbrio no juízo de proporcionalidade entre os interesses envolvidos.<sup>[iii]</sup>

Há, portanto, que se visualizar a relação obrigacional levando em conta os direitos pessoais inerentes às condições das partes. Não é razoável, consoante o presente momento da ordem jurídica brasileira, tratar da mesma forma, na condição de devedores, um trabalhador que percebe um salário mínimo para sustentar toda sua família e uma grande empresa de telefonia, por exemplo. Nesse sentido, frise-se:

essa maneira, para Pontes de Miranda, a obrigação permanece com seu caráter pessoal, jurídico e oneroso, no entanto sendo influenciada pelas garantias que cada polo da obrigação detém enquanto pessoa. Assim, necessária foi a diferenciação entre débito, situação em que o devedor pode sofrer a cobrança forçada (execução judicial) por parte do credor, e obrigação, a relação obrigacional *per se*. Para ele, a relação obrigacional tem por base uma pretensão do credor em relação ao devedor, e não um implacável crédito daquele perante este.<sup>[iiii]</sup>

O segundo ponto crucial que deve atentar-se é que **o estudo em testilha parte do prisma da recente tendência de repersonalização das**

**relações privadas**, tendência essa representada pela aplicação de princípios constitucionais sobre a seara do Direito Civil, de forma a resguardar os direitos fundamentais do indivíduo em certas relações creditícias. Tem-se, portanto, uma evolução na hermenêutica do direito civil brasileiro, caracterizada pela necessidade da interpretação conforme a Constituição.

Ao passo que a teoria se desenvolve, o autor assinala institutos que possuem a interferência clara da superioridade da condição humana digna frente a certos institutos previstos pelo Código Civil de 2002, como claramente verificado nas hipóteses limitação à execução do bem de família, a cláusula de inalienabilidade testamentária, a incapacidade relativa dos pródigos, dentre outros.

Anote-se, nesse passo, o disposto pelo professor sobre a tendência em comento, a seguir:

É certo que essa ‘repersonalização’ do Direito Civil somente encontrou explícita guarida na Constituição Federal de 1988, não só porque explicitou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares da República, mas também porque a matéria cível foi diretamente constitucionalizada.<sup>[iv]</sup>

Por fim, faz-se necessário esclarecer **não haver um conceito objetivo do que seria o mínimo a se garantir**, premissa de que parte o criador da teoria ao buscar explicar a impossibilidade de determinação acerca do instituto. A simples ideia de mensurar o mínimo patrimonial encontra limite claro nas diferenças sociais existentes no Brasil. Não há, portanto, critério objetivo para determinar o que seria o mínimo a ser tutelado pela ordem jurídica, causa pela qual sublinha-se a importância dos *conceitos jurídicos indeterminados* na legislação pátria, conferindo, no mais das vezes, um viés genérico à norma, buscando garantir a aplicação mais próxima da justa, observando-se as peculiaridades e divergências dos casos concretos.

Sobre a dificuldade da mensuração do mínimo examinado pela tese, sublinha-se trecho da obra de Fachin, que se lê:

Não pretende a tese em apresentação eliminar todos os paradoxos que cercam temas jurídicos polêmicos, como é este, aqui deduzido. Trabalha sobre eles e procura, a partir deles, construir, na utilidade possível, através de tamanha complexidade que marca o cenário jurídico e social do país, espaço e tempo que circunscrevem tais reflexões. O mínimo é, com efeito, conceito complexo.<sup>[v]</sup>

Inequívoco, portanto, que a tese aqui delineada realiza ampla análise sobre os limites e possibilidades da tutela estatal acerca do mínimo patrimonial, buscando, assim, estabelecer propostas para o alcance o objetivo maior, definido pela tutela do Estado patrimônio mínimo, a fim de promover a dignidade do particular.

## 2.2 O Código Civil de 2002 à luz dos Princípios Constitucionais

A Constituição Federal de 1988, comumente apontada como “Constituição Cidadã”, atribuiu novo espectro à ordem jurídica de nosso país. A ideia de Princípios Positivos afasta a ultrapassada ideia de que o texto da Carta Política serviria unicamente como norte a ser seguido pela legislação ordinária.

A ideia hora traçada encontra fundamento na própria Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro [Dec. Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942], que no caput de seu artigo 4º<sup>[vi]</sup> confere aos princípios gerais do Direito status de fonte do direito. Temos hoje, portanto, um ordenamento jurídico diretamente vinculado ao texto constitucional, fato confirmado diariamente quando percebemos o crescimento do poder vinculante do Tribunal Constitucional.

Sobre o tema, Paulo Bonavides assevera:

Estabelecendo originalíssima distinção entre normas primárias, que são os princípios, e normas secundária, que são aquelas baseadas nos

‘princípios’, nos costumes e nas convenções, Quadri, citado por Pergolesi, denomina princípios ‘as normas que são expressão imediata da vontade do corpo social’. Para Quadri, o princípio, sendo uma norma primária, se acha em direta relação com a *autoridade* que está na base do sistema.<sup>[vii]</sup>

Como comentado anteriormente, o Direito Civil Constitucional propõe que a interpretação de normas infraconstitucionais deve dar-se em plena consonância com o texto constitucional. Aponta-se, nesse sentido, passagem de artigo científico dos autores Priscilla Raphaella Oliveira Lopes de Araújo e Saullo Pereira de Oliveira, que destacam:

Analisando esse novo contexto jurídico, constata-se que o Direito Civil, dito ‘constitucionalizado’, tem o desejo de superar lógica patrimonial pelos valores existenciais da pessoa humana, uma vez privilegiados pela Constituição. O intérprete, ao realizar seu trabalho, tem de reler a legislação civil sob a ótica constitucional, de modo a priorizar os valores não-patrimoniais, o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, de sua dignidade, os direitos sociais e a justiça distributiva. Hodiernamente, não há como o Direito Civil ficar imune aos valores e aos princípios constitucionais.<sup>[viii]</sup>

Dada a amplitude do texto da Carta Magna, o desiderato a que aqui se almeja suplica por uma análise do texto do Código Civil de 2002, de forma a examinar a influência certos princípios constitucionais no texto da Lei Substantiva Civil, buscando examinar sua atuação no Direito Privado e sua relevância para o tema em análise.

#### *2.2.1 Dignidade da Pessoa Humana [Art. 1º, III, CF/88]*

Como já comentado, trata-se de Princípio basilar do sistema Republicano brasileiro, por força do próprio artigo 1º <sup>[ix]</sup> da Carta Política, caracterizando-se como o mais importante mandado de otimização do texto constitucional. Lançando-se um olhar sobre a Código Civil de 2002,



nota-se claramente influência do Princípio sobre o seu texto, conferindo maior caráter humanista às relações privadas no Direito brasileiro.

Alexandre de Moraes reflete, em sua obra, lúcido pensamento acerca da importância da máxima em análise, *verbis*:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que **traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais**, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (grifos nossos)[x]

A influência desse princípio sobre o texto da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 faz-se perceptível em variados institutos por ela regulados. Partindo da vertente do presente estudo, observa-se que há diversos exemplos em que o caráter patrimonial das relações obrigacionais ira restar mitigado frente à superioridade de um bem maior, qual seja a garantia da plena dignidade do particular, sendo exemplos citáveis: execução sobre os bens de família, doação universal, a cláusula de inalienabilidade testamentária, entre outras.

Percebe-se ainda que é de vital importância para a tese do professor Fachin o princípio em análise. Vislumbra-se do texto da Carta Magna que o presente princípio é o ponto gênese de todos os direitos pessoais advindos

da Ordem Jurídica brasileira. Leia-se, nesse sentido, trecho da obra do professor supracitado:

A tese encontra-se conexionada ao princípio da dignidade humana, de foro constitucional, diretriz fundamental para guiar a hermenêutica e a aplicação do Direito, e para nortear o rumo do presente trabalho. A reflexão sobre o patrimônio pode (e deve) estender-se em dois horizontes complementares: o primeiro, aquele que supere o limite individual da guarida e abrace a coletividade; o segundo, aquele que voe do presente para alcançar o futuro, mesmo que em incerta e improvável utopia.<sup>[xi]</sup>

O presente princípio configura, portanto, base hermenêutica para análise dos demais valores subjetivos de que trata a Carta Política, como restará evidenciado da leitura dos próximos tópicos.

### *2.2.2 Direito à Propriedade [art. 5º, Caput, CF/88]*

Hodiernamente, torna-se inegável o fato de que vivemos em uma sociedade plenamente capitalista. Nesse sentido, a propriedade possui um papel garantidor de uma série de direitos fundamentais do indivíduo. Faz-se uma análise, a título de exemplificação do pensamento ora delineado, dos direitos que devem ser amparados pelo Salário Mínimo; de acordo com o texto do inciso IV, artigo 7º<sup>[xii]</sup>, da CF/88, o salário mínimo deve garantir ao receptor do piso salarial e para sua família o acesso a *moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*.

Gilmar Mendes ensina, de maneira clara, a atual abrangência do direito constitucional à propriedade, alertando para a nova perspectiva conceitual do instituto, que engloba não apenas a propriedade privada, mas também tutela uma série de relações de caráter patrimonial, leia-se:

“Já sob o império da Constituição de Weimer passou-se a admitir que a garantia do direito de propriedade deveria abranger não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os

demais valores patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial, decorrentes de relações de direito privado ou não.

(...)

Essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só à propriedade privada em sentido estrito, mas, fundamentalmente, às demais relações de índole patrimonial. Vê-se que esse conceito constitucional de propriedade contempla as hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participações societárias, direitos de patente e de marcas etc. Teria esse entendimento validade no ordenamento constitucional brasileiro? A resposta há de ser afirmativa.”<sup>[xiii]</sup>

Percebe-se que, diante das novas influências do texto constitucional sobre as normas de direito privado, as relações privadas encontram novos limites baseados na proteção ao indivíduo. Nota-se, portanto, que o novo Direito Civil fundamenta-se com cerne na pessoa humana, e não mais sobre o patrimônio. Nesse sentido, leia-se:

Desde o direito romano difundiu-se a ideia de bipartição do direito em dois ramos: direito público e direito privado. Essa dicotomia sobreviveu às intempéries do tempo e às críticas de substancial parte da doutrina jurídica. No entanto, esse paradigma clássico não mais reflete a hodierna lógica do sistema jurídico, nem o atual contexto econômico-social, os quais são frutos da pós-modernidade.

Ora, com a Constituição Federal de 1988 -, que tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa -, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores

existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, que de modo tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito.[xiv]

Diante do novo ângulo que se observa o Direito Privado, percebe-se uma clara mudança de perspectiva, não sendo mais o patrimônio o principal objeto de tutela das codificações privadas, e sim o particular e suas direitos irrenunciáveis. Do próprio texto constitucional infere-se, portanto, a importância da propriedade enquanto direito fundamental do cidadão, em todas as suas perspectivas, e da necessidade de sua tutela por parte do Estado.

### *2.2.3 Boa-fé objetiva [art. 422, CC/02]*

O novel Código Civil guarda consonância com várias previsões da lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor. Nota-se, nesse último diploma, a importância e imprescindibilidade da boa-fé nas relações jurídicas do direito privado, em especial nos artigos 4º, inciso III; 6º, incisos I a V, e no artigo 51, inciso IV.

Trata-se de conceito jurídico indeterminado, que impele os contratantes a agirem de forma honesta, clara, sem buscar obtenção de vantagens ilícitas em detrimento alheio. A indeterminação do conceito permite à doutrina que restrinja o espectro de atuação do instituto, delimitando, por meio de conceitos concretos, a real intenção do legislador. Lê-se na doutrina, nesse sentido, o seguinte:

Sobre a amplitude do conceito da boa-fé objetiva, ORLANDO GOMES a sintetizava em três termos – lealdade, confiança e colaboração. TARTUCE, auxiliado por TERESA NEGREIROS, formulou seis palavras-chave para a compreensão do instituto emergente, a partir daquelas apontadas por GOMES, a saber: **lealdade, confiança, equidade, razoabilidade, cooperação e colaboração.**[xv](grifos originais)

Inequívoco, portanto, que os contraentes devem conhecer da totalidade dos possíveis resultados da relação jurídica que se instaura, resguardando, desde logo, seus direitos diante de possíveis obstáculos ao cumprimento do acordo referentes ao estatuto ora estudado. Inadmissível seria, a título exemplificativo, que uma instituição financeira fornecesse contrato de financiamento de imóvel com parcelas a que o particular não comprovasse ser possível cumprir, sob pena de deparar-se com os limites aqui esposados.

O mais conhecido dos limites à execução do Estado para cumprir dívidas pecuniárias, sejam elas provenientes de relações jurídicas públicas ou privadas, é o bem de família. Nessa linha de raciocínio, assevera Gilmar Mendes:

A lei n. 8.009 de 1990, estabeleceu a impenhorabilidade do bem de família assim entendido o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados, excluídos os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.<sup>[xvi]</sup>

Conclui-se, desse modo, que a boa-fé objetiva representa elemento de validade da relação jurídica no direito privado, devendo esta ainda guardar sintonia com os bons costumes relativos à solidariedade social, observados, desde sempre, os limites estabelecidos pelo estatuto do patrimônio mínimo.

### 2.3 A tendência de humanização das relações privadas do Direito Civil brasileiro

A tese desenvolvida por Luiz Edson Fachin propõe uma nova concepção sobre o patrimônio, sugerindo que este não deva ser o cerne das relações privadas, mas sim a pessoa humana e seus valores personalíssimos. O autor mostra que, diante da nova ordem constitucional, não há espaço para a prevalência de interesses patrimoniais frente a

sucumbência da própria plenitude e dignidade inerente à vida do particular, devendo o direito tutelar as relações sociais de modo a impedir tais excessos. Em sua obra lê-se:

Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência.<sup>[xvii]</sup>

Não se propõe aqui a necessidade de uma nova codificação, tendo em vista que a própria Lei substantiva civil compõe-se de conceitos gerais, podendo adaptar-se à ordem constitucional vigente. O que se busca na realidade é a humanização das relações sociais hodiernas em consonância com os ditames constitucionais de dignidade, solidariedade e igualdade.

A tendência a que se aponta provém da recente evolução de perspectiva sobre o Direito Privado, conceito imprescindível para a teoria do Direito Civil Constitucional. Nesse sentido, leia-se:

Assim, amparados na feição civilista, os defensores do chamado 'Direito Civil Constitucional' sustentam que o direito privado deve ser lido em consonância com os ditames constitucionais, haja vista que a concepção jurídica moderna, na qual o patrimônio era a razão de ser do ordenamento, cede lugar para o viés pós-moderno, que prega a socialização do direito, cujo cerne é a pessoa humana.<sup>[xviii]</sup>

Inegável influência dos ideais provenientes do Direito Civil Constitucional, de tal forma que, cada vez mais, observa-se doutrina e jurisprudência caminhando no sentido de tutelar as relações privadas em busca de proteção aos direitos personalíssimos e do mínimo em discussão. Nesse sentido, anota Fachin:



Na inegável transformação que abre portas, sob a crítica dos paradigmas tradicionais, ao Direito Civil contemporâneo, abre-se espaço para dar um passo adiante. A garantia pessoal de um patrimônio mínimo, do qual ninguém pode se assenhorar forçadamente, sob hipótese legítima alguma, pode ser esse novo horizonte.<sup>[xix]</sup>

Dessa nova perspectiva que surge sobre o Direito Privado, no estudo em andamento visto discutir a importância de tutela do patrimônio mínimo, dado seu papel essencial na concretização da vida digna do indivíduo e de sua família. Busco, no próximo tópico, estabelecer pontos fáticos e jurídicos capazes de caracterizar o patrimônio mínimo como instituto básico da dignidade almejada.

#### 2.4 Direito Civil Contemporâneo e Patrimônio mínimo: a garantia da dignidade patrimonial

A evolução da relação credor-devedor é de fácil constatação quando da análise da história do Direito Privado. Partindo da intervenção mínima do Estado, quando o credor poderia constranger o devedor em seus próprios direitos de personalidade, tornando-o, por vezes, seu escravo, como meio de satisfazer o débito; passando pela proteção à honra do devedor, onde restaram somente penas civis patrimoniais; até a hodierna tendência de proteção ao patrimônio mínimo, como forma de garantia a dignidade inerente à condição humana.

O direito civil contemporâneo denota uma série de novas perspectivas relativas às relações jurídicas privadas de nosso País. A humanização dos institutos jurídicos refletem a atual influência do texto da Constituição Cidadã sobre o direito privado, restando claro, portanto, que os valores pessoais devem ser objeto de tutela nas relações obrigacionais particulares.

O que se vê são mudanças na perspectiva de atuação dos modos de cobrança judicial de créditos obrigacionais. O estatuto em exame não busca desconstituir a legitimidade dos contratos, nem tampouco das formas judiciais de execução; o que se almeja é tão somente **clarear a**

## **inegável realidade que o patrimônio deve superar o limite individual da relação obrigacional e abraçar sua função para a coletividade.**

Daí surge a ideia, guardada de tudo o que aqui fora delineado, de que o mínimo patrimonial é um dos garantidores da dignidade humana a que tanto se ambiciona. Os limites impostos pelo Estado sob as relações privadas devem convergir no sentido de garantir o fim que aqui se discute, buscando, por meio de seus três poderes atuantes, limitar os abusos e as ilegalidades no campo do Direito Privado.

Os limites da legitimidade da atuação do Poder Público nesse sentido devem ser objeto de estudo e de nova normatização, devendo discutir-se qualquer possibilidade de defesa ao bem de família, inclusive a possível aplicação da teoria em estudo sobre as Pessoas Jurídicas, nas hipóteses facilmente encontradas em nosso país de famílias que dependam de sua existência para garantir o seu sustento mínimo.

### **3 Conclusão**

A presente análise da teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo e a influência do texto constitucional sobre o novo Código Civil e sobre as relações de direito privado permitem concluir que a tendência de humanização do direito patrimonial é uma realidade inegável no Direito Brasileiro.

A Carta Magna amplia seu espectro de atuação e eficácia no sentido que influi nas relações obrigacionais para tutelar valores personalíssimos frente aos débitos patrimoniais, como a dignidade humana, o direito à propriedade e a proteção ao bem de família.

O texto do novo Código Civil apresenta influência incontestável das máximas da Carta Política, motivo pelo qual encontra-se em certos institutos, como requisito de validade, valores constitucionais, como a boa-fé e o respeito ao direito de propriedade. Nesse sentido, destaca-se ainda a inexistência de critério objetivo para fixar o mínimo patrimonial, daí a importância da atividade discricionária do aplicador da norma, que, fazendo uso de conceitos abertos que a legislação lhe oferece, deve resguardar, desde logo, o direito ao mínimo aqui delineado, atentando para as peculiaridades que o caso concreto lhe apresenta.

Trata-se, portanto, de evolução na perspectiva e nos ideais do direito privado brasileiro, que caminha no sentido de uma aplicação mais justa e humana da legislação pátria, mediante a atuação dos três poderes do Estado, que devem atuar em harmonia buscando garantir, desde sempre, a aplicação e efetivação do texto constitucional.

#### **4 Referências**

ARAÚJO, Priscilla Raphaella Oliveira Lopes e OLIVEIRA, Saullo Pereira de. A constitucionalização do direito obrigacional. In MARQUES JÚNIOR, William Paiva. (Coord.). **Presente em Mutações do direito civil das obrigações na perspectiva da constitucionalização das relações privadas**. Fortaleza: DINCE, 2012, v. 1.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUIMARÃES, Ana Renata de Freitas e CUNHA, Isaac Rodrigues. Do conceito de obrigação: para além do direito civil. In MARQUES JÚNIOR, William Paiva. (Coord.). **Presente em Mutações do direito civil das obrigações na perspectiva da constitucionalização das relações privadas**. Fortaleza: DINCE, 2012, v. 1.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Maria José Mais. O Direito Civil Constitucional e os Princípios Norteadores do Novo Código Civil como Pilares Fundamentais do Moderno Direito Privado: a Boa-Fé Objetiva e a Função Social. **PGE.AC**. Disponível em: Acesso em: 24 abr. 2012.

NOTAS:

[i] BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 377.

[ii] FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, P. 68.

[iii] GUIMARÃES, Ana Renata de Freitas e CUNHA, Isaac Rodrigues. Do conceito de obrigação: para além do direito civil. In MARQUES JÚNIOR, William Paiva. (Coord.). **Presente em Mutações do direito civil das obrigações na perspectiva da constitucionalização das relações privadas**. Fortaleza: DINCE, 2012, v. 1. p. 61.

[iv] Ibid., P. 92.

[v] Ibid., P. 273-274

[vi] Decreto Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro) - Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

[vii] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2009, p. 246.

[viii] ARAÚJO, Priscilla Raphaella Oliveira Lopes e OLIVEIRA, Saullo Pereira de. A constitucionalização do direito obrigacional. In MARQUES JÚNIOR, William Paiva. (Coord.). **Presente em Mutações do direito civil das obrigações na perspectiva da constitucionalização das relações privadas**. Fortaleza: DINCE, 2012, v. 1, p. 78.

[ix] Constituição Federal - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

[x] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 24

[xi] FACHIN. op. cit., P. 287-288

[xii] Constituição Federal - Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

[xiii] MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 424, 425.

[xiv] NASCIMENTO, Maria José Mais. O Direito Civil Constitucional e os Princípios Norteadores do Novo Código Civil como Pilares Fundamentais do Moderno Direito Privado: a Boa-Fé Objetiva e a Função Social. **PGE.AC**. Disponível em: Acesso em: 24 abr. 2012, p. 108

[xv] Ibid., p. 113

[xvi] MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 398.

[xvii] FACHIN. op. cit., p. 68.

[xviii] NASCIMENTO. op. cit., p. 107-108

[xix] FACHIN. op. cit., p. 284

## **A HERMENÊUTICA COMO RESOLUÇÃO DE CONFLITO APARENTE QUANDO A NORMA NÃO EXPLÍCITA SEU OBJETIVO REAL E PRIMEIRO**

**GILBERTO ALVES DE AZERÊDO JÚNIOR:**  
Advogado. Bacharel em Direito pela  
Universidade Federal da Paraíba - PB.

**RESUMO:** O Direito no Brasil – assim como na maior parte dos países da América do Sul – é visto e exercido de modo essencialmente positivista, dando-se uma maior ênfase à norma em si e muitas vezes ignorando as suas entrelinhas. Desse modo, embora a hermenêutica seja um dos pilares do Direito enquanto campo do saber produtor de conhecimento é pouco utilizada exatamente por ser multifacetada; aspecto que incomoda bastante os profissionais que encaram as Ciências Jurídicas como uma técnica já pronta sem que haja espaço para discussões epistemológicas. Esse ponto de vista – lamentavelmente majoritário – está sendo derrubado aos poucos devido à nova perspectiva de construção social experimentada pelas Ciências Humanas nesse século XXI; e o Direito certamente não ficará fora desse cerco.

**Palavras-chave:** Hermenêutica – Direito – Interpretação Jurídica.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Hermenêutica Jurídica: considerações gerais; 2. Distinção entre Hermenêutica e Interpretação; 3. Problema hermenêutico no cenário atual; Conclusão; Referências.

---

### **Introdução**

Todos aqueles que se dedicam ao estudo das Ciências Jurídicas irão se deparar – em um momento ou outro – com a hermenêutica e a interpretação das normas, especialmente nas obras que tratam dos princípios norteadores de tal campo do saber. No entanto, grande parte dos estudiosos não trata com a devida atenção este tipo de recurso e acaba por dedicar seus maiores esforços para memorizar as normas em si, esquecendo-se que o legislador – assim como todos nós – é um ser humano capaz de errar e, obviamente, incapaz de prever todos os acontecimentos que se desenrolarão na sociedade ao longo do tempo. É por isso que a hermenêutica e a interpretação são tidos como pilares do Direito, e é



necessário que aquele que se dispuser a operar tal ciência esteja aberto às discussões de cunho epistemológico sobre *dignidade da pessoa humana, função social, boa-fé e ética*, por exemplo, buscando sempre pensar no viés social das normas, afinal, devemos sempre partir do pressuposto que o Direito é uma forma de tornar a nossa convivência em grupo viável, e para tanto precisa de regras e princípios que sirvam para nortear o comportamento dos indivíduos em suas mais diversas interações sociais.

### **1. Hermenêutica Jurídica: considerações gerais**

A hermenêutica é a teoria ou a arte da interpretação<sup>[1]</sup>, é a tentativa de compreender uma questão em sua raiz mais profunda: seu ser, sua existência. Mais do que uma simples filosofia, a hermenêutica – a partir do século XX e a conseqüente modificação na abordagem do conhecimento – é uma *ciência* em ascensão e vem emprestar ao Direito o seu viés subjetivo na análise da linguagem; análise esta que vai muito mais além do que o significado gramatical dos vocábulos, estendendo-se até a sua unidade e genuinidade, com o intuito maior de provocar rupturas no conhecimento científico já estabelecido e pouco questionado.

Assim como tudo que se relaciona com a linguagem, a hermenêutica não escapa da *temporalidade* e da *historicidade*, o que a torna *relativa* e – principalmente – *transitória*. Essa última característica é o que contribui para que as visões positivistas ainda sejam largamente defendidas, pois tudo que é relativo acaba por gerar *insegurança jurídica*, porém deve ser ressaltado que é impossível viver em uma sociedade que está em constante modificação tanto na estrutura quanto nos valores e desejar que seu ordenamento e os princípios que o sustentam permaneçam intactos. Quando – e se – tal fenômeno ocorre, experimentamos uma *anomia*; ou seja: uma sociedade que possui controle social esmagador já que o mesmo não corresponde ao seu próprio ideal de padrão de comportamento.

É imprescindível ainda chamarmos a atenção para o motivo pelo qual não utilizamos definições clássicas da hermenêutica aplicada ao Direito, como as apresentadas pelos sábios Miguel Reale, Maria Helena Diniz e Paulo Nader. Nossa maior intenção é mostrar um novo viés para a hermenêutica, separando-a – quando necessário – da interpretação e para tanto nos utilizamos de novas fontes e estudos que estão sendo

desenvolvidos na atualidade, pois os mesmos estão mais próximos das mudanças sociais e da aplicação epistemológica da hermenêutica a tais.

## **2. Distinção entre Hermenêutica e Interpretação**

Embora a finalidade tanto da hermenêutica quanto da interpretação seja a mesma, é necessário que se mostre – mesmo que de modo tênue – a distinção entre ambas, já que em várias obras estes termos são utilizados como se sinônimos fossem[2].

A interpretação ocorre quando o aplicador do Direito entra em contato direto com a norma e, utilizando-se de técnicas bastante específicas, tem como objetivo atribuir qual o conteúdo e o seu verdadeiro significado. Já a hermenêutica é uma ciência muito mais abrangente de métodos e técnicas interpretativos. Em suma, a interpretação está contida na hermenêutica, sendo desta o viés técnico, enquanto que a hermenêutica – em seu misto de ciência e filosofia – possui uma abordagem muito mais profunda da linguagem e seus signos[3].

## **3. Problema hermenêutico no cenário atual**

O maior problema da hermenêutica jurídica na atualidade é a forma com que a mesma é abordada ou, mais especificamente, o deixa de ser. Nossa sociedade ainda preza por fundamentações positivistas no tocante à justiça e suas motivações. Desse modo, exige-se que haja uma previsão legal para todos os fenômenos sociais que nos deparamos. Obviamente tal coisa seria impossível e transformaria o Direito em uma técnica, e não um campo que permite e convida à produção social do saber, de modo a incluir os indivíduos na escolha de seu destino. A hermenêutica existe para resolver tais conflitos que fogem à normalidade da lei. Todavia, faz-se mister lembrar que a utilização da hermenêutica como mecanismo de resolução de conflito não implica dizer que a decisão judicial será livre sem que precise haver motivação concreta.

Embora este seja um método de cunho subjetivo, não poderia deixá-lo ser tão livre a ponto de fugir da própria *função social* da norma. A grande questão é que poucos aplicadores do Direito conseguem ver, ou melhor, são capazes de encontrar e seguir essa linha tão delicada entre a utilização da hermenêutica e a decisão judicial impregnada de *autotutela*, e desse modo utilizam-se da vertente positivista: mais segura e mecânica, impregnada em nossa tradição.[4]

## **Conclusão**

Estamos em uma sociedade em constante modificação de valores e paradigmas e, logicamente, a lei propriamente dita não pode acompanhar de perto tais mudanças, pois acabaria por gerar *insegurança* nos indivíduos quanto ao correto modo de agir. No entanto, o simples fato de não estar positivado não significa que um princípio não possa ser utilizado quando estamos diante de um caso concreto que não encontra apoio na norma escrita. Cabe ao aplicador do Direito o olho clínico e analítico para observar as entrelinhas das normas já existentes a fim de buscar o seu sentido primeiro, a sua contribuição para o bem-estar social. Desse modo, necessitamos de uma maior utilização da hermenêutica – especialmente quando nos detemos ao estudo da nossa tão nova Constituição Federal – como dispositivo capaz de resolver conflitos. Tal mecanismo, observe, não se confunde com a *vontade* ou a *consciência* do aplicador do Direito, já que todas as decisões necessitam ser motivadas solidamente.

É por isso que precisamos de uma nova perspectiva sob a hermenêutica, mostrando todo o seu viés filosófico e as possibilidades que guarda em sua abrangência mista de filosofia e ciência. Para alcançarmos tanto precisamos nos desvincular mais do positivismo e da concepção clássica de hermenêutica como simples interpretação da norma (seja ela gramatical, teleológica, etc) e partir para uma visão mais independente e voltada para a efetiva aplicação social.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução a Ciência do Direito*. 21ª edição. Editora Saraiva, 2010.

GERA, Renata Coelho Padilha. *HERMENÊUTICA JURÍDICA: Alguns aspectos relevantes da hermenêutica constitucional*. Disponível em: <http://www.panoptica.org/dezembro2006pdf/2HermenuticaConstitucional.pdf> Acesso em: 03/09/2010.

KUMPEL, Vitor Frederico. *Hermenêutica Jurídica*. Coleção SOS – Sínteses Organizadas Saraiva. Editora Saraiva. 32ª edição

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª edição. Editora Forense, 2007.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 32ª edição. Editora Forense, 2010

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª edição. Editora Saraiva, 2009

TEIXEIRA, Thiago Pinheiro. *Hermenêutica*. Portal Universo Jurídico. Disponível

em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1009> Acesso em: 05/09/2010.

ZANIN, Fabrício Carlos. *O que é hermenêutica?* Instituto da Hermenêutica Jurídica Disponível em: <http://www.ihj.org.br> Acesso em: 31/08/2010.

NOTAS:

[1] ZANIN, Fabrício Carlos. *O que é hermenêutica?* Disponível em:

[2] Um exemplo desse equívoco é a magnífica obra *Lições preliminares de Direito*, de autoria de Miguel Reale. Maria Helena Diniz, por sua vez, também não apresenta uma distinção em seu capítulo dedicado à hermenêutica jurídica.

[3] Signo aqui representa algo que está ali representando um outro elemento. As palavras, imagens e sons são exemplos de signos.

[4] Miguel Reale dedica importantes considerações sobre tal aspecto em sua obra supracitada, embora o mesmo pudesse ter se estendido mais em suas deliberações. No entanto, Paulo Nader em seu livro *Introdução ao Estudo do Direito*, faz uma interessante ponte entre Miguel Reale e Maria Helena Diniz, e portanto apresenta anotações mais concisas sobre tal tema.

## **O SANEAMENTO BÁSICO COMO RESPONSABILIDADE DA UNIÃO, DO ESTADO E DOS MUNICÍPIOS**

**THAIS CRISTINA MUNIZ BLANCO:** Graduação em Direito na UERJ. Pós Graduação em Direito Administrativo na UCAM.

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como direitos fundamentais a saúde, a moradia digna e o meio ambiente equilibrado, implicando na necessidade de implementação de políticas públicas de saneamento básico. Com isso, torna-se relevante a discussão acerca da repartição de competências entre os entes federativos, especialmente no que tange aos Municípios. Procura-se demonstrar que todos os entes possuem responsabilidade para promover o saneamento básico, incluindo a limpeza, desassoreamento e conservação dos rios e lagos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Saneamento Básico. Direito Fundamental à saúde, moradia e meio ambiente. Competência da União, Estados e Municípios.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Desenvolvimento 3. Conclusão 4. Referências Bibliográficas.

---

### **1. Introdução**

O saneamento básico pressupõe um conjunto de ações integradas que envolvem as diferentes fases do ciclo da água, compreendendo a sua captação, tratamento, adução e distribuição, concluindo com o esgotamento sanitário e a efluência industrial<sup>[1]</sup>.

Logo, a água é o elemento primário do saneamento. De tanto defluiu a importância de se analisar a distribuição constitucional do domínio das águas entre os Estados membros da Federação como meio de se identificar o ente primariamente incumbido das ações de saneamento básico em uma dada localidade.

### **2. Desenvolvimento**

#### **2.1.O Direito Fundamental ao Saneamento Básico.**

Não se pode negar que o saneamento básico está estreitamente ligado ao direito à saúde (art. 6º da CRFB/88), à moradia digna (art. 6º da CRFB/88) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CRFB/88). Dessa forma, o saneamento básico não pode mais ser considerado como uma simples prestação de serviço público, já que se mostra como política pública hábil à concretização de direitos sociais.

## **2.2. A responsabilidade da União, Estado e Municípios**

A Lei nº 11.445/07, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, traz em seu art. 3º, I a definição do que se considera saneamento básico. Destacamos a sua alínea d:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;

**d) drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de**



**transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas; (Redação dada pela Lei nº 13.308, de 2016)**

Observem-se as seguintes normas da Constituição Federal:

“Art. 20. São bens da União:

(...)

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

(...)

VI – o mar territorial;”

“Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;”

Da leitura das normas relacionadas, vê-se que a ordem constitucional vigente distribuiu o domínio das águas entre a União e os Estados membros, deixando os Municípios de fora da partilha[2].

Com isso, poderia-se supor que a distribuição do domínio das águas se deu da citada forma devido à complexidade e importância do ciclo da água, um bem cujas diferentes formas de uso (consumo, insumo, matéria-prima, etc.) dificilmente têm seu âmbito de afetação restrito às fronteiras de uma dada Municipalidade. Isso porque importa à vida e ao meio ambiente de uma maneira muito mais ampla, a exigir, de modo frequente, uma atuação articulada – tanto do ponto de vista financeiro quanto do técnico – das três esferas da Federação.

Deve-se ter em mente que o estado de conservação de um rio raramente diz respeito apenas a ele próprio, podendo afetar toda a bacia em que esteja inserido. No campo dos usos da água – e, particularmente, no do saneamento básico – ressoa evidente a necessidade de atuação articulada entre os entes federados, cabendo, por razões de ordem técnica e financeira, a atuação primária dos entes maiores, ainda que devam contar com a colaboração dos Municípios nas questões de âmbito local.

No entanto, não se pode excluir a atuação dos Municípios, tendo em vista que os três entes federativos têm o poder-dever de proteger o Meio Ambiente e controlar a poluição, e, ainda, a previsão do Art. 23, IX da CRFB/88 que estabelece a competência comum para promover programas de melhorias na área de saneamento básico. *In verbis*:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios:

(...)

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

(...)

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.”

Ao lado desta atuação comum, foram criadas regras exclusivas de competência a cada ente federativo. Assim, a norma constitucional referente à prestação de serviço de saneamento encontra-se no Art. 30, V da CRFB/88, estabelecendo que todos os serviços de interesse local podem ser prestados pelos Municípios.

“Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;”

Os direitos e garantias fundamentais consignados constitucionalmente devem estar contemplados dentre os objetivos a serem alcançados pelo Estado. Para a concretização mostra-se imprescindível a implementação de políticas públicas pelos três entes federativos, sendo de suma importância a participação dos Municípios na implementação do saneamento básico no seus territórios, tendo em vista direto interesse local.

### **3. Conclusão**

Portanto, não se pode negar que todos os entes federativos possuem competência constitucional para promover a limpeza, desassoreamento e conservação dos rios e lagos localizados dentro das fronteiras estaduais, não havendo que se falar em exclusão dos Municípios.

### **4. Referências Bibliográficas**

BARROSO, Luis Roberto. In *Saneamento Básico: Competências Constitucionais da União, Estados e Municípios*. Disponível em

NOTAS:

[1] Barroso, Luis Roberto. In *Saneamento Básico: Competências Constitucionais da União, Estados e Municípios*. Disponível em Acesso em 06 set. 2010.

[2] Neste sentido, mais uma vez Luís Roberto Barroso, op. cit.

## JUSTIÇA GRATUITA

**JORDAANNA MARIA LOPES GUSMÃO:**  
Procuradora da Fazenda Nacional.

**Resumo:** A assistência judiciária gratuita e a justiça gratuita encontram-se disciplinadas no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), bem como na Lei nº 1.060/1950 e arts. 98/102 do Novo Código de Processo Civil. O seu objetivo é materializar o postulado constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV), e, também, o princípio da isonomia (caput do art. 5º), assegurando que todos possam buscar a tutela jurisdicional. Como nem todos tem condições de custear as despesas processuais, é de fundamental importância que o Estado preste assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, assegurando que as mazelas oriundas da desigualdade econômica dêem lugar à igualdade processual.

**Palavras Chave:** Justiça Gratuita. Histórico. Brasil. Mundo. Isenção. Despesas processuais.

**Abstract:** Free legal aid and free legal aid are regulated in art. 5, item LXXIV, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB / 1988), as well as Law No. 1,060 / 1950 and arts. 98/102 of the New Code of Civil Procedure. Its objective is to materialize the constitutional postulate of the infeasibility of judicial control and access to justice (Article 5, subsection XXXV), and also the principle of isonomy (caput of Article 5), ensuring that everyone can seek protection Jurisdiction. Since not all of them are able to pay for procedural expenses, it is of fundamental importance that the State provides full and free legal assistance to those who prove insufficient resources, ensuring that the problems arising from economic inequality give rise to procedural equality.

**Sumário:** Resumo. Palavras Chave. Abstract. 1.Introdução. 2. Justiça Gratuita: Breves considerações históricas no mundo 3. Breve histórico no Brasil. 4. Assistência Judiciária no Direito Comparado. 4.1 Alemanha. 4.2 França. 4.3 Grécia. 4.4 Itália. 4.5 Portugal. 5. Distinção entre Justiça Gratuita *versus* Assistência Judiciária Gratuita. 6. A Justiça Gratuita na CRFB/1988. 7. Beneficiários. 8. Despesas abrangidas pela Lei 1.060/1950. 9. Conclusão. 10. Referências.

---

### 1. Introdução – Noções Gerais

O Brasil é um dos países com acentuada desigualdade econômica. Assim, grande parte das suas riquezas está concentrada nas mãos de uma pequena parcela da população.

Nesse contexto, como nem todos possuem condições financeiras de arcar com os custos das demandas judiciais, a concessão da justiça gratuita se torna fundamental para permitir o acesso ao Poder Judiciário aos hipossuficientes.

Entretanto, como também os recursos financeiros do Estado são finitos, a Constituição preceitua que será prestada assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Dessa forma, aqueles que tiverem condições financeiras de arcar com as despesas processuais, deverá pagá-las. Por outro lado, quem não puder suportar os custos do judiciário, será franqueado o acesso mediante a isenção das despesas processuais para não inviabilizar o direito de acesso à justiça.

Assim, o tema em comento é muito importante e abaixo será destacado sobre um breve histórico da justiça gratuita no Brasil e mundo, seu tratamento no direito comparado, bem como o seu regramento no ordenamento jurídico brasileiro, juntamente com seus beneficiários e despesas abrangidas.

## **2. Justiça Gratuita : Breves considerações históricas no mundo**

Vale ressaltar que neste primeiro momento não serão levadas em consideração as diferenças de nomenclatura entre justiça gratuita e assistência judiciária, sendo certo que essa diferenciação será tratada em momento oportuno.

A necessidade de prestação de assistência judiciária aos que não tiverem condições de custeá-la remonta aos tempos antigos, pois desde essa época já se tinha a preocupação com o justo, de se assegurar que todos pudessem buscar proteção aos seus direitos.

Assim, desde os tempos remotos “percebeu-se que, sem serem oferecidas condições mínimas para os carentes, para que pudessem atuar em Juízo, a Justiça restaria letra morta, pois não poderiam fazer valer seus direitos por falta de meios” (GIANNAKOS, 2008, p. 20).

Sobre o aspecto histórico do tema proposto, Alexandre Lobão Rocha faz uma importante colocação:

Impossível fixar com precisão quando teria surgido o primeiro esboço da assistência judiciária pública como instrumento de defesa do cidadão carente, já que sua origem se perde no tempo. Contudo, é importante lembrar alguns referenciais históricos para que se tenha uma idéia da dimensão temporal do problema. (ROCHA, 2014)

Nesse sentido, apesar de não se saber o momento exato em que surgiu a preocupação com a prestação de assistência judiciária gratuita, por meio de uma análise histórica do próprio direito, ela pode ser sintonizada no tempo.

Na Babilônia, no Código de Hamurabi, por exemplo, já existia previsão de não deixar que o fraco fosse oprimido pelo mais forte.

Em Atenas também é encontrado antecedentes históricos dessa preocupação com a defesa dos hipossuficientes em Juízo, uma vez que “eram anualmente nomeados dez advogados para defender os pobres”. (Marcacini, 2001, p.5, *apud* GIANNAKOS, 2008, p. 20)

Vale ressaltar que, de acordo com Angelo Maraninchi Giannakos, ocorreu em Roma a primeira inserção em texto legal, por obra do Imperador Constantino, para se conceder advogado a quem não o tivesse, sendo depois incorporada, pelo Imperador Justiniano, ao Digesto, em seu Livro I, Título XVI, § 5º, do Ofício de Procônsul e de Legado. (GIANNAKOS, 2008).

Alexandre Lobão Rocha menciona que “foi Justiniano quem incorporou definitivamente ao Direito Romano a prática de dar advogado às partes que não o tivessem, transformando a assistência judiciária em um dever do Estado” (ROCHA, 2004)

Nesse passo, o que se percebe é que a gratuidade de justiça “existe desde os primórdios da humanidade dita civilizada, entendendo-se aqui a que dispunha de normas escritas ou tradição consagrada através dos tempos, para reger suas atividades jurídico-sociais” (GIANNAKOS, 2008, p.21)



Noutro giro, registra-se que o acesso à justiça foi ampliado com o cristianismo, tendo em vista os preceitos de caridade por ele propagados.

Outro referencial histórico que não se pode deixar de mencionar foi a publicação na França, em 22 de janeiro de 1851, do primeiro Código de Assistência Judiciária no mundo.

Em linhas gerais, essas são as breves considerações históricas pertinentes sobre o tema. Agora, resta abordar sobre a sua ocorrência no Brasil.

### **3. Breve histórico no Brasil**

No Brasil, o surgimento da assistência judiciária ocorreu com as Ordenações Filipinas em 1603, com Dom Filipe II.

Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub preceitua:

Oriundo das Ordenações Filipinas, o princípio da gratuidade dos serviços advocatícios, nas causas cíveis e criminais, veio a garantir a igualdade de condições dos pobres em juízo. Contudo, esse amparo legal aos necessitados não era de cunho processual, ou seja, como pressuposto de um devido processo legal. A assistência estava pautada em princípios cristãos de caridade. (WEINTRAUB, 2000)

Assim, de acordo com o mencionado autor, nesse período, a concessão do benefício não estava condicionada a critérios legais, como atualmente, mas voltada a critérios humanísticos de caridade.

Segundo Alexandre Fernandes Dantas “naquela época, para que a pessoa deixasse de pagar as custas de então, bastava jurar e rezar em favor do rei”. Feito isso, era concedido. Relata ainda que nas ordenações filipinas “o réu penal pobre era isento de pagar os feitos, até que estivesse em condições de fazê-lo” (DANTAS, 2011).

Dessa forma, em períodos pretéritos não havia um limite temporal de cinco anos como hoje.

Nesse contexto, desde os tempos passados, ainda que de maneira simplória, já havia a preocupação de se assegurar às pessoas carentes de recursos o acesso à justiça.

Com relação à sua previsão normativa em constituições anteriores, a expressão assistência judiciária apareceu pela primeira vez na CRFB/1934, disciplinando em conjunto a criação de órgãos especiais e a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

Conforme os ensinamentos de Pedro Lenza, a assistência judiciária no Brasil só adquiriu *status* de garantia constitucional expressa a partir do advento da Constituição de 1934, art. 113, todavia, esse direito foi retirado do texto de 1937. Posteriormente, reapareceu na Constituição de 1946, em seu art. 141, § 35, bem como na de 1967 (art. 150, § 32) e na EC n. 1/69 (art. 153, § 32). E, finalmente, no inciso LXXIV do art. 5.º da CRFB/1988 de modo mais amplo (LENZA, 2013).

#### **4. Assistência Judiciária no Direito Comparado**

Nesse momento será feita uma abordagem da assistência judiciária nos demais países europeus a fim de se comparar com o sistema encontrado no Brasil. Vale ressaltar que tal explanação será feita tendo por base a obra de Angelo Maraninchi Giannakos denominada Assistência Judiciária no Direito Brasileiro (2008).

Nesse passo, será realizada uma breve análise do tema na Alemanha, França, Grécia, Itália e Portugal.

##### **4.1. Alemanha**

O Código de Processo Civil alemão (ZPO) de 1887, em seus §§ 114 a 127, trazia a possibilidade de concessão de isenção do pagamento de custas processuais, em alemão *armenrecht*, para o autor e réu que provasse a sua condição de hipossuficiência. (GIANNAKOS, 2008).

Para a concessão de tal benefício era necessário o preenchimento de duas condições, quais sejam: a) Pressuposto intrínseco: a viabilidade de êxito da demanda ou defesa, com a comprovação do fundamento objetivo a ser alcançado e b) Pressuposto extrínseco: ligado à capacidade financeira do pretenso

beneficiário de que não disponha de recursos para arcar com os custos processuais.

Preenchidos os requisitos legais acima, o benefício era concedido. Do contrário, era negado o pedido.

A partir de 18 de dezembro de 1919, introduziu-se o sistema *judicare* no qual estabelece o pagamento pelo Estado de remuneração aos advogados pela prestação de assistência judiciária.

Posteriormente, a Lei Fundamental, editada em 23 de maio de 1948, da República Federativa da Alemanha não conferiu de forma explícita o direito à assistência jurídica aos hipossuficientes, todavia, essa situação mudou e a partir de 1981 passou a vigorar a *Gesetz uber die Prozesskostenhilfe*. “Com isso, passou-se a não falar mais em assistência judiciária (*Armenrecht*), mas sim ‘ajuda de custas’ (*prozesskostenhilfe*), fazendo-se valer, inclusive, de tabela de valores correspondentes à aferição da real necessidade da parte postulante do benefício” (GIANNAKOS, 2008, p. 50).

Essa isenção poderia ser total ou parcial a depender da capacidade econômica. O interessante é que havia possibilidade de os pagamentos das despesas processuais serem realizadas de forma parcelada em até 48 meses. Além disso, pode o Magistrado alemão fixar para a causa um valor menor ao real conferido, sobre o qual serão calculadas as custas e honorários, para fins de enquadramento à condição econômica do necessitado.

De acordo com Roberto O. Berizonce *apud* Angelo Maraninchi Giannakos, a Lei Federal Alemã da advocacia trata-se de um encargo para o advogado privado aceitar prestar a assistência jurídica em favor dos carentes, individualmente ou em “oficinas de consulta”, que não pode se exonerar, salvo no caso de motivo relevante. (Berizonce, 1987, p.170, *apud* GIANNAKOS, 2008, p.50-51).

Assim, são tidos “como nulos todo e qualquer contrato de honorários advocatícios pactuados diante de tais circunstâncias entre o postulante do benefício da gratuidade judiciária, seja de cunho judicial ou extrajudicial, e o defensor por ela designado para desempenhar o referido trabalho” (GIANNAKOS, 2008, p. 51).

Vale destacar que se a parte vencida tiver de pagar ao beneficiário da assistência judiciária despesas processuais, os honorários legais deverão ser pagos ao Estado.

Por fim, Adrian A. S. Zuckerman *apud* Angelo Maraninchi Giannakos faz uma importante colocação sobre a Alemanha:

A Alemanha encontra-se destacada entre os melhores países quanto à prestação de serviços jurídicos civis, especialmente por se valer de incentivos à efetividade jurisdicional proporcionada, uma vez que atinge bons resultados mediante o controle estatal atinente a verba honorária atribuída nas demandas judiciais, que ora são arbitradas basicamente por ínfima fração concernente ao valor da demanda judicial. (Zuckerman, 2000, *apud* GIANNAKOS, 2008, p.51)

Essas são as considerações pertinentes sobre o sistema de assistência judiciária na Alemanha.

## 4.2 França

Os fundamentos da gratuidade de justiça na França estão previstos no *Code de l' Assistance Judiciaire* de 22 de janeiro de 1851. Tal sistema consistia no auxílio jurídico, baseado na ideia de caridade, e vigorou até a Lei nº 72-11, de 03 de janeiro de 1972, ocasião em que foi substituído o auxílio pela assistência, “passando-se a conceder um serviço gratuito sob uma postura moderna de *securité sociale*, no qual o custo dos honorários advocatícios são suportados pelo próprio Estado, o oposto do que ocorria antes, já que o sistema era fundado na caridade e no favor” (GIANNAKOS, 2008, p.52).

Ainda de acordo com os ensinamentos do autor, o sistema atual busca não só o acesso à justiça, mas principalmente o acesso ao direito, sendo regulamentados pela Lei nº 91-647/1991 e suas alterações. No seu art. 1º destaca que o auxílio jurídico compreende o auxílio jurisdicional, ao acesso ao direito e à intervenção de advogado em caso de prisão temporária ou em matéria de mediação ou composição penal.

O benefício é concedido tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas que preencham os requisitos da lei, podendo ser total ou parcial e concedido em qualquer momento. “O auxílio se aplica em matéria contenciosa ou não contenciosa, em todas as jurisdições, sejam civis, penais ou administrativas” (GIANNAKOS, 2008, p.53),

No art. 4º da Lei 91.647/91 estão previstas as condições para se obter o benefício, quais sejam: “o requerente deve comprovar que a média de seus recursos mensais auferidos no ano civil anterior foi inferior a um certo valor, que variará conforme se trate de ajuda total ou parcial. A cada ano o valor é alterado, conforme prevê o art. 1º do Decreto n.º 91-1266/91.” (GIANNAKOS, 2008, p. 53)

Além disso, o referido autor destaca que, de modo excepcional, o auxílio poderá ser concedido às pessoas que superem os patamares estabelecidos na lei, quando a situação for digna de particular interesse.

#### 4.3 Grécia

Segundo Angelo Maraninchi Giannakos, na Grécia não existia nenhuma forma de assistência jurídica, seja de consulta jurídica gratuita ou de representação gratuita por parte de um advogado nos casos em que se pretendia interpor um recurso contra um ato administrativo.

As únicas possibilidades existentes eram no âmbito de litígios entre particulares, em que o interessado podia requerer a isenção do pagamento de custas do processo quando demonstrasse não dispor de recursos financeiros suficientes, ou relativamente a questões penais, em que se podia requerer ao tribunal local que nomeasse um advogado de defesa. (GIANNAKOS, 2008, p. 58)

Entretanto, posteriormente, entrou em vigor a Lei nº 3.226/04 que disciplinou a prestação de ajuda jurídica aos cidadãos de baixa renda. De acordo com o seu art. 1º, os seus beneficiários são “os cidadãos de países-membros da União Européia, bem como os nacionais de baixa renda de países terceiros ou sem nacionalidade que residem legalmente na União Européia.” (GIANNAKOS, 2008, p.58)

Preceitua o autor que os cidadãos de baixa renda são definidos como aqueles cuja renda familiar anual não exceda a 2/3 (dois terços) do rendimento individual anual previsto pelo Contrato Coletivo de Trabalho em nível nacional, e no caso de conflito de interesses entre os membros de uma mesma família, a renda daquele com o qual existe o conflito não é considerada para efeitos de deferir ou não a ajuda jurídica.

Para que a ajuda jurídica seja prestada é necessário ainda que o beneficiário relate de modo resumido o objeto da ação ou ato e os dados que certifiquem o preenchimento dos requisitos legais para receber as benesses, devendo ser anexados os documentos comprobatórios que a lei exige.

No caso de nomeação de advogado, a escolha é feita com base nas listas organizadas pela Ordem dos Advogados local (GIANNAKOS, 2008).

Outro ponto que merece destaque trazido pelo autor é que a lei grega também prevê que, anualmente, seja inscrito crédito especial no Orçamento do Ministério da Justiça para a cobertura dos honorários de advogados e demais profissionais que prestem ajuda jurídica. Sendo fixados por decisão dos Ministérios da Fazenda e da Justiça o montante dos honorários dos advogados, o modo e o procedimento de seu recebimento.

#### 4.4 Itália

A Constituição Italiana de 1948, com alterações posteriores, traz proteção aos hipossuficientes, todavia, cabe a uma comissão o recebimento e análise dos pedidos de concessão de assistência judiciária, sendo estes formais e exigem, ainda, a possibilidade de êxito na demanda. (GIANNAKOS, 2008).

Vale ressaltar que há inclusive a participação da parte contrária que pode apresentar contestação por escrito, tudo isso de modo prévio anterior ao processo.

Sobre os honorários advocatícios, Angelo Maraninchi Giannakos dispõe:

o advogado que presta o serviço ao hipossuficiente só receberá os honorários advocatícios se for vencedor do processo, pois o patrocínio da causa dos pobres seria um



dever honorífico e obrigatório da classe de advogados, e não do Estado, o que estaria contrariando preceitos internacionais. Nesse aspecto, o sistema italiano é arbitrário, pois não permite o acesso aos pobres ao Poder Judiciário, deixando a Justiça desacreditada aos homens e levando os mesmos à solução pela autotutela. (GIANNAKOS, 2008, p.64-65)

Ressalta ainda o mencionado autor que vigora na Itália o sistema de patrocínio gratuito, introduzido no ano de 1965 e que até hoje permanece substancialmente inalterado. Entretanto, em 1968, o governo apresentou à Câmara um projeto de lei que prevê a prestação da assistência por profissionais liberais, cabendo ao Estado recompensá-los pelo trabalho prestado aos hipossuficientes. Tal projeto tem sido objeto de comentários e representa grande avanço no sistema vigente.

#### 4.5 Portugal

Em Portugal, a proteção jurídica “se reveste das modalidades de consulta jurídica e apoio judiciário” (GIANNAKOS, 2008, p. 66).

De acordo com o autor, faz jus à proteção jurídica as pessoas que comprovarem não dispor de recursos econômicos suficientes para pagarem ao advogado ou custear as despesas do processo, de modo total ou parcial.

O pedido é feito no próprio processo, ouvida a parte contrária e verificada a hipossuficiência alegada. Preenchidos os pressupostos legais, o juiz defere o pedido.

Apesar de inexistir em Portugal o serviço de assistência judiciária a cargo do Estado, esta é exercida por “advogados livremente nomeados pelas Cortes de Justiça, dentre profissionais inscritos na Ordem dos Advogados e pela Câmara dos Solicitadores, abrangendo todas as áreas de atuação profissional”, recebendo a sua remuneração pelo Estado. (GIANNAKOS, 2008, p. 67).

Outro ponto interessante descrito é que na sistemática adotada em Portugal o beneficiário, terminado o processo, fica constituído em dívida não só dos

honorários do seu advogado, mas também em relação às custas, quando resulte vencido, ou, excepcionalmente, segundo as disposições gerais, as deva como vencedor. Entretanto, tal débito só lhe será exigível no caso de superveniência de bens que lhe possibilite o pagamento.

## 5. Distinção entre Justiça Gratuita *versus* Assistência Judiciária Gratuita

Antes de adentrar no mérito de quem sejam os beneficiários das benesses da Lei 1.060/1950, cabe neste momento trazer à baila as diferenças entre justiça gratuita e assistência judiciária, bem como o tratamento do tema na Constituição Federal de 1988.

Por Justiça gratuita deve se entender a gratuidade das despesas relacionadas com o desenrolar do processo, bem como dos atos necessários à defesa dos direitos do beneficiário judiciais ou extrajudiciais. Por meio dela, a parte fica dispensada provisoriamente do pagamento de tais despesas.

De acordo com Angelo Maraninchi Giannakos, “a isenção processual é uma permissão do Estado, com o qual o mesmo deixa de recolher as custas e as despesas processuais, tanto as que lhe são devidas como as que são créditos de terceiros”. (GIANNAKOS, 2008, p.29)

Augusto T. Rosa Marcacini *apud* **Walquer Mendes de Azevedo**, preceitua da seguinte forma sobre o tema:

Por Justiça Gratuita, deve ser entendida a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo. O benefício de justiça gratuita compreende a isenção de toda e qualquer despesa necessária ao pleno exercício dos direitos e faculdades processuais, sendo tais despesas judiciais ou não. Abrange, assim, não somente as custas relativas aos atos processuais a serem praticados como também todas as despesas decorrentes da efetiva participação na relação processual. (AZEVEDO, 2014)

Dessa forma, percebe-se que o instituto da Justiça Gratuita está relacionada com a isenção ligada a aspectos processuais, necessários ao exercício do direito em Juízo ou fora dele.

Por outro lado, a assistência judiciária consiste em um serviço público organizado para a defesa jurídica dos necessitados. Não é exercida com exclusividade pelo Estado através das defensorias públicas, mas também pode ser feita através de entidades não estatais conveniadas ou não com o poder público que tenham por objetivo assistir os carentes na defesa de seus direitos. Assim, está relacionada de modo mais específico com a prestação de serviços advocatícios, todavia, de maneira não onerosa.

#### Sobre a Assistência Judiciária:

Apesar da possibilidade desse tipo de assistência poder ser prestada por órgãos não-estatais, é imprescindível que essa obrigação seja do Estado. Deve estruturá-la e concedê-la gratuita e integralmente aos hipossuficientes, o que se realiza pela Defensoria Pública, seja da União ou dos Estados, que está constitucionalmente previsto no art. 134 da Magna Carta, como uma instituição de essencial função jurisdicional do Estado (GIANNAKOS, 2008, p. 26)

Assim, não obstante a colaboração dos particulares e núcleos de prática jurídica das Faculdades de Direito, tal função cabe precipuamente ao Estado, conforme preceitos constitucionais insculpidos no art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134, ambos da CRFB/1988

Com relação à distinção entre os dois institutos, Walquer Mendes de Azevedo a sintetiza de maneira clara:

A assistência judiciária não se confunde com justiça gratuita. A primeira é fornecida pelo Estado, que possibilita ao necessitado o acesso aos serviços profissionais do advogado e dos demais auxiliares da justiça, inclusive os peritos, seja mediante a defensoria pública ou da designação de um profissional liberal pelo Juiz. Quanto à

justiça gratuita, consiste na isenção de todas as despesas inerentes à demanda, e é instituto de direito processual. Ambas são essenciais para que os menos favorecidos tenham acesso à Justiça, pois ainda que o advogado que se abstenha de cobrar honorários ao trabalhar para os mais pobres, faltam a estes condições para arcar com outros gastos inerentes à demanda, como custas, perícias, etc. Assim, freqüentemente, os acórdãos, ao tratar da justiça gratuita, ressaltam seu caráter de Direito Constitucional. **(AZEVEDO, 2014)**

É muito comum no cotidiano verificar essa confusão terminológica entre os operadores do direito. A própria Lei nº 1.060/1950, em diversos dispositivos legais, faz essa confusão. Exemplo disso é o seu art. 3º que dispõe que “a assistência judiciária compreende as seguintes isenções” quando, na verdade, o correto seria “a Justiça gratuita”.

Desta feita, o que se percebe é que apesar de haver distinções, ambos os institutos se completam na concretização do acesso à Justiça aos hipossuficientes, assegurando que estes possam ingressar no Poder Judiciário para lutarem por seus direitos.

Superada essa distinção, cabe agora falar sobre o tema na atual Constituição.

## **6. A Justiça Gratuita na CRFB/1988**

A CRFB/1988 assegurou a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inciso LXXIV) de maneira ampla, compreendendo tanto a assistência judiciária como também a justiça gratuita. Vale ressaltar que essa função foi outorgada ao Estado que cabe tomar as providências necessárias para efetivar esse direito fundamental.

Por outro lado, não há que se falar em violação do princípio da isonomia por conferir esse benefício somente a alguns (classe dos necessitados), uma vez que tal postulado deve ser interpretado de maneira mais abrangente e a igualdade deve ser vista sob o seu aspecto material.

Nesse sentido, são os ensinamentos de **Walquer Mendes de Azevedo**:

Nesse diapasão, a assistência jurídica integral e gratuita é, na verdade, a medida da igualdade material, pois quando o Estado oferece aos juridicamente necessitados, isto é, aqueles que não podem litigar sem prejuízo do sustento próprio ou da família, quando têm que pagar os honorários advocatícios e as custas do processo é, na verdade, uma devolução do equilíbrio de forças para que o pobre possa litigar com paridade de armas no processo com os afortunados e com os poderosos. **(AZEVEDO, 2014)**:

Essa gratuidade visa justamente assegurar o princípio da isonomia, permitindo que ricos e pobres possam lutar em paridade de armas em Juízo, fazendo com que o desequilíbrio econômico dê lugar ao equilíbrio processual.

A legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria é a Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, elaborada sob a égide da constituição de 1946 e recepcionada pela atual Constituição, bem como o Novo Código de Processo Civil (NCPC) nos arts. 98 a 102.

## **7. Beneficiários**

Segundo a Constituição Federal, gozará dos benefícios da justiça gratuita todo aquele que comprovar insuficiência de recursos (art. 5º, inciso LXXIV, da CRFB/1988).

O NCPC assim estabelece sobre os beneficiários da Gratuidade de Justiça no art. 98, caput: “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”.

Realizando uma interpretação teleológica da norma, depreende-se que o objetivo do constituinte não foi assegurar a gratuidade de justiça a todos, mas apenas aqueles que efetivamente necessitem, pois, via de regra, cabem as partes adiantar as despesas processuais.

Dessa forma, mostra-se razoável que o Juiz exija a comprovação da alegada hipossuficiência financeira.

Além disso, o Estado não tem condições de assegurar a gratuidade de justiça a todos. A exigência de comprovação da hipossuficiência serve para não onerar demasiadamente os cofres públicos, bem como para evitar a má-fé de aventureiros que, ante a ausência de riscos e custos, venham a litigar utilizando de forma inadequada e irresponsável o acesso à justiça.

Dessa forma, mostra-se legítima a exigência de comprovação da suposta incapacidade financeira à luz da CRFB/1988.

Com relação aos seus beneficiários, o rol de direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º não tem como destinatários exclusivos apenas as pessoas físicas, mas aplica-se também as pessoas jurídicas naquilo que com elas forem compatível.

Ora, não seria justo restringir o acesso à justiça à pessoa jurídica que não tivesse condições de custear as despesas processuais sem prejuízo do desenvolvimento da sua atividade empresarial.

Nesse sentido, a justiça gratuita é concedida tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas, para isso, basta cada uma, de acordo com as suas peculiaridades, comprovar conforme o preceito constitucional a insuficiência de recursos.

Assim, o magistrado deve analisar no caso concreto cada situação, a fim de se averiguar a real situação financeira do pretense necessitado, para que este não se aproveite das benesses de forma temerária.

Quanto ao seu momento de concessão, “o estado de pobreza pode ser revelado e reconhecido no curso do processo, depois de ajuizada e sentenciada a ação, já na fase recursal”. (Monteiro Filho, p.57, *apud* GIANNAKOS 2008, p. 122),

Nesse passo, o benefício da Justiça Gratuita pode ser concedido a qualquer momento, independentemente da fase processual, basta que a parte postulante prove não dispor de meios para custear as despesas necessárias.



De acordo com o art. 99 do NCPC, o pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

Vale dizer que não é exigida prova de miserabilidade absoluta ou que a parte não possua nenhum bem, mas apenas a comprovação de que não dispõe de condições financeiras para custear as despesas processuais sem prejuízo do seu sustento.

Tanto é verdade que uma pessoa que possua um vasto patrimônio, mas que não possui o poder de disponibilidade sobre ele, *v.g.* por estar penhorado ou com muitas dívidas, poderá também gozar do benefício, provada a necessidade.

Por oportuno, também vale registrar que a decisão que concede a justiça gratuita pode ser revista. Consoante dispõe o art. 101 do NCPC, contra a decisão que indeferir a gratuidade ou a que acolher pedido de sua revogação caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação.

Tal revogação poderá, inclusive, ocorrer de *ex officio* pelo Magistrado, ouvida a parte interessada (art. 8º, do mesmo diploma legal).

## **8. Despesas abrangidas pela Lei 1.060/1950**

Com o fito de concretizar o mandamento constitucional de acesso à justiça, várias são as despesas abrangidas pela Justiça Gratuita.

O NCPC, em seu artigo 98, § 1º, assim estabelece, *in verbis*:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

### **§ 1º A gratuidade da justiça compreende:**

#### **I - as taxas ou as custas judiciais;**

#### **II - os selos postais;**

**III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;**

**IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;**

**V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;**

**VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;**

**VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;**

**VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;**

**IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.**

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos

subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 4º A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.

§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 7º Aplica-se o disposto no art. 95, §§ 3º a 5º, ao custeio dos emolumentos previstos no § 1º, inciso IX, do presente artigo, observada a tabela e as condições da lei estadual ou distrital respectiva.

§ 8º Na hipótese do § 1º, inciso IX, havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrares, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6º deste artigo, caso em que o beneficiário será citado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento.

Depreende-se do dispositivo legal que o benefício compreende não somente as despesas devidas ao Estado, como também as verbas devidas a terceiros.

## 9. Conclusão

A concessão da justiça gratuita tem por objetivo materializar o postulado constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV), e, também, ao princípio da isonomia (caput do art. 5º), assegurando que os hipossuficientes possam buscar a tutela jurisdicional, quando houver violação dos seus direitos. Como grande parte da população não tem condições de custear as despesas processuais, é de fundamental importância que o Estado preste assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, assegurando que as mazelas oriundas da desigualdade econômica dêem lugar à igualdade processual.

Ressalte-se que andou muito o constituinte ao prever tal benesse.

Por outro lado, cabe ao Judiciário a análise de cada caso concreto para verificar a presença dos requisitos necessários para a concessão do benefício da justiça gratuita.

A exigência de comprovação da hipossuficiência serve para não só para não onerar demasiadamente os cofres públicos, bem como para evitar a má-fé de aventureiros que, ante a ausência de riscos e custos, venham a litigar utilizando de forma inadequada e irresponsável o acesso à justiça.

Portanto, mostra-se legítima a exigência de comprovação da suposta incapacidade financeira à luz da CRFB/1988, sendo o benefício muito relevante para propiciar o acesso à justiça a todos.

## 10. Referências

**AZEVEDO, Walquer Mendes de. A justiça gratuita, a assistência judiciária, a diferença entre assistência judiciária e a justiça gratuita, e a assistência jurídica integral e gratuita.** Disponível em: [http://clampadvogados.com.br/artigos/walquer\\_azevedo.html](http://clampadvogados.com.br/artigos/walquer_azevedo.html). Acesso em 02 de abril de 2017.

**BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. Quem pode ser beneficiário da assistência jurídica gratuita?. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2211, 21 jul. 2009.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13193>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

BARONI, Robson. **Cartilha de Ética Profissional do Advogado**. 4ª Ed. São Paulo (SP): LTR, 2001.

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 3 ed. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2007.

BRASIL. **Constituição (1988)**. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 26 de junho de 2017.

BRASIL. **Lei Nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm). Acesso em 26 de junho de 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.. Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1045](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1045)> Acesso em: 26 de junho de 2017.

BRASIL. **Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm) > Acesso em: 10 de março de 2014.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Deontologia Jurídica. Ética das Profissões Jurídicas**. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2002.

**DANTAS, Alexandre Fernandes**. Acesso à Justiça e assistência jurídica gratuita no Brasil. Disponível em: . Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

**FERRAZ, Sergio; MACHADO, Alberto de Paula**. **Ética na Advocacia**. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2000.

**FIGUEIREDO, Laurady**. **Honorários Advocatícios: Cobrança e Formas de Execução**. Jornal Carta Forense, 2012. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/honorarios-advocaticios-cobranca-e-formas-de-execucao/8360>>. Acesso em 05 de abril de 2017.

GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. **Assistência Judiciária no Direito Brasileiro**. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2008.

**LENZA, Pedro**. Direito Constitucional Esquematizado. **São Paulo (SP): Saraiva 2013**.

MACHADO, Rubens Approbato. **Advocacia e Democracia**. Brasília (DF): OAB Editora, 2003.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 13ª. Edição. Rio de Janeiro (RJ): Lúmen Júris, 2010.

ROCHA, Alexandre Lobão, **A Garantia Fundamental de acesso do Necessitado à Justiça**. Artigo publicado em 2004. Disponível em: < [http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo\\_alexandre.pdf](http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_alexandre.pdf)>. Acesso em 01 de abril de 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 47ª ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2005.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. **500 Anos de Assistência Judiciária No Brasil**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67467/70077>. Acesso em 01 de abril de 2017.



## **DECLARAÇÃO DE SEUL SOBRE O TURISMO NAS CIDADES E ÁREAS HISTÓRICAS DA ÁSIA**

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

### **1. PREÂMBULO<sup>[1]</sup>**

Reunidos em Seul, Coréia, de 30 de Maio a 1º de Junho de 2005, para participar na Conferência Regional de ICOMOS de 2005 em Seul: Gerenciamento de Turismo em Cidades Históricas e Áreas da Ásia.

Com base na experiência e no contexto de muitas cidades históricas e áreas na Ásia, particularmente aqueles inscritos na Lista do Patrimônio Mundial, o encontro refletiu sobre a Recomendação nº 3 da Declaração de Hoi An de 2003, relativa à Conservação do Patrimônio Histórico dos Distritos da Ásia: Integração e Desenvolvimento do Turismo e Preservação da Herança Cultural, que afirma que:

“A preservação do patrimônio cultural e desenvolvimento do turismo não são fundamentalmente opostos e devem ser vistos como atividades que podem ser mutuamente apoiados. Particularmente na Ásia, o turismo é uma atividade econômica em rápido crescimento que pode fornecer uma forte motivação para a preservação dos bairros históricos. Isso também dá oportunidades muito importantes para as pessoas de diferentes culturas para atender, compreender melhor e respeitar a história, a cultura e as expressões de uma região. Ainda

como mencionado na Carta de Turismo Cultural, adotada pelo ICOMOS, em 1999, essa atividade econômica tem de ser gerida de forma adequada, para evitar danos ao patrimônio cultural, que permanecem frágeis em suas dimensões material e imaterial, bem como seus arredores. Representantes do setor do turismo devem trabalhar com as autoridades de conservação para estabelecer maneiras de conseguir o desenvolvimento do turismo sustentável sem esgotar os recursos culturais não-renováveis, como o patrimônio”.

Notando que as cidades históricas e áreas constituem uma parte importante do patrimônio cultural vivo de países asiáticos. Estes são muitas vezes a expressão de uma história rica e frutuosa de intercâmbio cultural entre as várias regiões da Ásia e seus vários povos ao longo dos séculos. Seus valores tecidos e intangíveis são ativos não-renováveis, nem capazes de ser replicados e devem ser identificados e respeitados para garantir a sustentabilidade cultural, que, por sua vez, apoia o turismo sustentável,

Considerando que o “patrimônio cultural” é uma composição sociocultural completa variando de sítios reconhecidos como de importância do Patrimônio Mundial aos sítios patrimoniais que dão identidades locais em cidades e áreas em toda a Ásia,

Reconhecendo a ampla diversidade de bens do patrimônio em relação ao turismo (evidências de bens, recursos arqueológicos, edifícios, sítios, paisagens culturais, objetos de arte, escultura, equipamentos e instalações, tais como filmes, livros, arquivos e objetos de museu e do patrimônio imaterial como música, canto e dança, costumes, conhecimentos, rituais, patrimônio vivo criado pelo homem, as configurações de parques de edifícios históricos, comida e bebida tradicionais, etc.),

Reconhecendo o contexto útil proporcionada pela Convenção do Patrimônio Mundial como um instrumento de apoio à cooperação internacional e melhor a consideração de todo o patrimônio de países asiáticos, em vez de apenas os poucos sítios já inscritos na Lista do Patrimônio Mundial,

Observando também a importância da interpretação e apresentação de informações precisas e autênticas para o turismo em sítios, bem como a

relevância dos princípios de desenvolvimento atuais e orientações com os seus parceiros, como o Centro Ename, Bélgica, em uma carta para a Interpretação dos Lugares de Patrimônio Cultural,

Agradecer sinceramente as autoridades coreanas, ICOMOS – Coreia e todos os organizadores para os seus esforços em proporcionar uma oportunidade para a partilha de conhecimento e troca frutífera entre especialistas, gestores e pesquisadores da China, Índia, Indonésia, Iraque, Japão, Coreia, Mongólia, Filipinas, Sri Lanka, Tailândia, Vietnã, bem como Austrália, Canadá e outros países representantes de organizações internacionais,

Os participantes da reunião regional ICOMOS em Seul adotam a seguinte declaração de princípios e recomendações, apresentando-a as autoridades nacionais e locais; também como a Assembleia Geral ICOMOS em Xi'an em Outubro de 2005.

## **2. QUESTÕES**

Experiências como as apresentadas na Conferência trarão ensinamentos úteis e exemplos que devem ser compartilhadas entre operadoras de turismo, autoridades e profissionais das várias disciplinas envolvidas na gestão das cidades históricas e distritos na Ásia. As questões a serem consideradas incluem:

### **2.1 Estabelecer um equilíbrio entre o turismo e a conservação**

Os impactos e benefícios do turismo estão sendo sentidos cada vez mais no tecido e na identidade de muitas cidades históricas e áreas da Ásia, através da gentrificação e substituição de funções de comunidade com serviços de turismo. Estes benefícios e impactos são particularmente sentidos como Patrimônio Mundial da UNESCO, onde é dado maior incentivo para a gestão adequada e conservação, bem como maiores interesses do turismo e pressões. Considera-se que é importante para disseminar amplamente e adaptar o turismo cultural como orientações de gestão regionalmente relevantes, tais como a Carta de Turismo Cultural do ICOMOS para ajudar comunidades, governos e operadores turísticos, quando trabalham em locais de patrimônio.

### **2.2 Respondendo ao surgimento do turismo experimental**

A conferência constatou o surgimento de ecoturismo e turismo vivencial, mais focado na experiência do turista do turismo de massa. Turismo vivencial deixa o turista revigorado fisicamente, mentalmente rejuvenescido, culturalmente enriquecido e espiritualmente elevado. É particularmente relevante para assegurar a introdução de respeitoso e autêntico turismo cultural nos sítios patrimoniais.

### **2.3 Integrando a interpretação em curso do planejamento da conservação e do turismo**

Interpretação e apresentação do significado das cidades históricas e áreas, bem como os outros tipos de sítios do patrimônio são uma parte integrante dos resultados do processo de conservação e fundamental para a conservação positiva e, portanto, precisam ser incorporados ao planejamento, financiamento e gerenciamento de todos os projetos de desenvolvimento do turismo.

### **2.4 Manutenção da autenticidade das cidades e áreas históricas**

A necessidade de manter a autenticidade do patrimônio dos sítios dentro do contexto de mudança de desenvolvimento é central para a conservação e é particularmente relevantes para os locais de herança vernacular, que constituem uma importante expressão da diversidade cultural e influências de cidades e áreas asiáticas. Muitas vezes imbuídos de valores intangíveis e, ainda, em grande parte não reconhecida como “herança”, eles são vulneráveis a mudanças sutis, como a gentrificação e mudanças dramáticas, como a substituição de atividades tradicionais, com infraestrutura artística. Eles precisam a ser reconhecidos e respeitados tanto quanto os monumentos e sítios. Iniciativas de turismo devem respeitar e garantir o lugar, as práticas culturais e a dignidade dos moradores locais e comunidades associadas.

### **2.5 O monitoramento dos impactos do turismo**

Cada cidade e área histórica tem uma capacidade de carga para o turismo, que precisa ser avaliada e utilizada como mecanismo de controle. Os impactos do turismo sobre os sítios patrimoniais podem ser súbitos ou cumulativos, sutis e fatais. É essencial para monitorar os impactos do turismo em lugares e comunidades desde a fase do pré-planejamento para o curso, implementação e

gestão de qualquer projeto de turismo. Esse acompanhamento não deve ser limitado aos fatores quantificáveis isoladamente e deve abordar questões mais qualitativas, tais como o significado, o caráter ou a vida das cidades e áreas históricas.

### **3 ESTRATÉGIAS E ABORDAGEM**

#### **3.1 Envolvimento das Comunidades**

As comunidades de cidades e áreas históricas devem ser reconhecidas como as principais partes interessadas e os participantes em gestão de turismo eficaz, desde a decisão inicial de interpretar e promover um local, através das fases de planejamento, desenvolvimento, implementação e avaliação de qualquer projeto de turismo.

Sensibilizar a comunidade, a proteção de informação acessível, consultas significativas e participação efetiva de toda a ajuda da comunidade para entender, compartilhar e cuidar dos valores patrimoniais da cidade histórica ou região, em relação aos interesses do turismo. Deve-se notar que as medidas de conservação necessárias podem incluir restrição às iniciativas de turismo, nos quais os valores patrimoniais estão ameaçados.

Atividades de turismo cultural devem procurar disponibilizar equitativamente benefícios econômicos, sociais e culturais para a comunidade de acolhimento em todos os níveis através da educação, formação, desenvolvimento de recursos humanos e na criação de oportunidades econômicas. Para esse fim, a formação e o emprego dos trabalhadores de turismo e intérpretes do patrimônio da comunidade de acolhimento deve ser encorajado.

#### **3.2 Relação com uma multiplicidade de partes interessada no desenvolvimento e implementação dos planos de gestão de conservação e turismo**

Embora as comunidades de acolhimento sejam as mais afetadas pelo desenvolvimento turístico, elas fazem parte de uma cadeia de intervenientes, cada uma com um direito e uma responsabilidade de apreciar e conservar sítios patrimoniais. As partes interessadas incluem governos, empresários/operadores

de turismo, ONG's como o ICOMOS, profissionais, pesquisadores e estudantes, comunidades de acolhimento e as futuras gerações e, claro, os próprios turistas. Uma abordagem estruturada para a consulta e o planejamento é essencial quando se lida com interesses tão diversos. Considerações sobre estas questões devem ser incluídas no desenvolvimento de um Plano de Gestão de Turismo para as cidades e áreas do patrimônio, onde o turismo é uma questão emergente.

### **3.3 Inclusão das configurações de monumentos e locais na conservação e planos de gestão de turismo**

Planejamento turístico para uma cidade histórica ou área deve incluir uma consideração especial sobre qualquer impacto das atividades do turismo sobre o ambiente e os arredores dos locais do patrimônio e, particularmente, associada à sua infraestrutura para evitar danos ou perda de valores e lugares de patrimônio cultural. A paisagem circundante, o ambiente natural e as configurações culturais e geográficas são todas partes integrantes e importantes e um sítio e, como tal, devem ser consideradas na sua gestão.

### **3.4 Garantir a sustentabilidade na gestão do turismo**

A sustentabilidade social, econômica e ambiental a longo prazo deve estar entre os objetivos centrais de projetos de turismo. Os efeitos potenciais de infraestrutura turística e números de visitantes sobre o valor cultural, características físicas, integridade e ambiental natural do local e da comunidade devem ser plenamente considerados na avaliação de estudos e de impacto sobre o patrimônio.

### **3.5 Partilha de experiências par melhorar a prática**

É importante estabelecer uma rede de intercâmbio em curso e diálogo entre interesses de conservação de turismo. A rede regional de ICOMOS é uma oportunidade.

## **4 CONCLUSÕES**

Em conclusão, os participantes da Conferência Regional do ICOMOS, em Seul, em 2005, desejam reafirmar o valor de tais encontros regionais no



desenvolvimento de uma melhor prática de conservação e redes profissionais na Ásia.

Eles chamam atenção para a divulgação ampla e discussão da Declaração de Seul para que as questões, as estratégias e as abordagens que ela expressa possam contribuir para a melhoria da gestão do turismo nas cidades e regiões da Ásia e para o desenvolvimento de um diálogo em curso entre os interesses de conservação e de turismo. Recomendamos Nacionais e Comitês Internacionais do ICOMOS acompanharão a divulgação da declaração e o impacto.

Eles pedem para que a declaração seja apresentada à Assembleia Geral do ICOMOS em Xi'an, China, em outubro de 2005, para que as suas recomendações sejam compartilhadas com a mais ampla rede das comissões e parceiros do ICOMOS, e que possa ajudar a incentivar a cooperação entre os Comitês Nacionais e Internacionais sobre este assunto universal do turismo em cidades e áreas históricas.

Adotada em Seul, Coreia, 31 de Maio de 2005.

---

## **THE SEOUL DECLARATION ON TOURISM IN ASIA'S HISTORIC TOWNS AND AREAS [2]**

### **1. PREAMBLE**

Meeting in Seoul, Korea, from the 30th of May to the 1st of June 2005, to take part in the 2005 ICOMOS Regional Conference in Seoul: Managing Tourism in Historic Towns and Areas in Asia,

Drawing on the experience and context of many historic towns and areas in Asia particularly those inscribed on the World Heritage List, the meeting reflected upon Recommendation 3 of the Hoi An Declaration of 2003 on the Conservation of Historic Districts in Asia: Integrating Tourism Development and Preservation of Cultural Heritage, which states that:

“The preservation of cultural heritage and tourism development are not fundamentally opposed and should be seen as activities that can be mutually

supporting. Particularly in Asia, tourism is a fast growing economic activity that can provide a strong motivation for the preservation of historic districts. It also gives very important opportunities for people from different cultures to meet and understand and better respect the history, culture and arts of an area. Yet, as mentioned in the Cultural Tourism Charter adopted by ICOMOS in 1999, such economic activity has to be adequately managed, to avoid damage of cultural heritage sites that remain fragile in their material and intangible dimensions, and their surroundings. Tourism sector representatives must work with conservation authorities to establish ways to achieve sustainable tourism development without exhausting non-renewable cultural resources such as heritage”.

Noting that historic towns and areas constitute a major part of the living cultural heritage of Asian countries. These are often the expression of a rich and fruitful history of cultural exchange between the regions of Asia and their various peoples over centuries. Their fabric and intangible values are non-renewable assets, nor able to be replicated, and must be identified and respected to ensure cultural sustainability, which in turn supports tourism sustainability.

Considering that “cultural heritage” is a complete socio-cultural composition ranging from sites recognized as being of World Heritage significance to heritage sites that give local identity in towns and areas throughout Asia,

Recognising the broad diversity of heritage assets in relation to tourism (immovable evidence, archaeological resources, buildings, sites, cultural landscapes, art objects, sculpture, equipment and installations such as films, books, archives and museum objects and non material heritage like music, song and dance, customs, knowledge, rituals, living heritage such as living human-made heritage, parks settings of historic buildings, traditional food and drink, etc.).

Recognising the useful context provided by the World Heritage Convention as an instrument to support international cooperation and improve consideration of the entire heritage of Asian countries rather than only the few sites already inscribed on the World Heritage List.

Noting also the importance of accurate and authentic interpretation and presentation of heritage places for tourism, and the relevance of the current

development principles and guidelines with its partners such as the Ename Centre, Belgium on a charter for the Interpretation of Cultural Heritage Places,

Sincerely thanking the Korean authorities, ICOMOS-Korea and all the organizers for their efforts in providing an opportunity for the fruitful sharing of knowledge and exchange amongst specialists, managers and researchers from China, India, Indonesia, Iraq, Japan, Korea, Mongolia, the Philippines, Sri Lanka, Thailand, Vietnam as well as Australia, Canada and other countries and representatives of international organizations,

Participants of the regional ICOMOS meeting in Seoul adopt the following Declaration of principles and recommendations, addressing them to national and local authorities; as well as to the ICOMOS General Assembly in Xi'an in October 2005.

## **2. ISSUES**

Experiences such as those presented at the conference provide useful lessons and examples that should be shared amongst tourism operators, authorities and professionals of the various disciplines involved in the management of historic towns and districts in Asia. Issues to be considered include:

### **2.1. Establishing a balance between tourism and conservation**

The impacts and benefits of tourism are being felt increasingly on the fabric and identity of many historic towns and areas of Asia, through gentrification and replacement of community functions with tourism services. These benefits and impacts are particularly felt with World Heritage Sites where greater incentive for adequate management and conservation is given, as well as greater tourism interests and pressures. It is felt that it is important to disseminate widely and adapt as regionally relevant cultural tourism management guidelines such as the ICOMOS Cultural Tourism Charter to assist communities, governments and tourist operators when working in heritage places.

### **2.2. Responding to the emergence of experiential tourism**

The conference noted the emergence of ecotourism and experiential tourism, more focused on the tourist's experience than mass tourism. Experiential

tourism leaves the tourist physically invigorated, mentally rejuvenated, culturally enriched and spiritually elevated. It is particularly relevant to ensure the introduction of respectful and authentic cultural tourism to heritage sites.

### **2.3. Integrating interpretation in on-going conservation and tourism planning**

Interpretation and presentation of the meaning of historic towns and areas as well as other types of heritage places is an integral part of the conservation process and fundamental to positive conservation outcomes, and hence needs to be incorporated into the planning, financing, and management of every tourism development project.

### **2.4. Maintaining authenticity of historic towns and áreas**

The need to maintain the authenticity of heritage places within the context of changing development is central to conservation and is particularly relevant to places of vernacular heritage, which constitute a major expression of the cultural diversity and influences of Asian towns and areas. Often imbued with intangible values, and still largely unrecognized as “heritage”, they are vulnerable to subtle changes such as gentrification and dramatic changes such as replacement of traditional activities with tourism infrastructure. They need to be recognized and respected as much as the monuments and sites. Tourism initiatives should respect and safeguard the place, cultural practices and the dignity of local residents and associated communities.

### **2.5. Monitoring the impacts of tourism**

Each historic town and area has a carrying capacity for tourism which needs to be assessed and used as monitoring mechanism. The impacts of tourism on heritage places can be sudden or cumulative, subtle and fatal. It is essential to monitor the impacts of tourism on places and communities from the preplanning stage to the ongoing implementation and management of any tourism project. Such monitoring should not be limited to those quantifiable factors alone and should also address more qualitative issues such as the meaning, character or life of historic towns and areas.

### **3. STRATEGIES AND APPROACH**

#### **3.1. Involving communities**

The communities of historic towns and areas should be recognized as key stakeholders and participants in effective tourism management, from the initial decision to interpret and promote a place, through the planning, development, implementation and review phases of any tourism project. Raising community awareness, the provision of accessible information, meaningful consultation and effective participation all help the community to understand, share and care for the heritage values of the historic town or area, in relation to tourism interests. It must be noted that the necessary conservation measures may include restrictions on tourism initiatives where heritage values are threatened. Cultural tourism activities should aim to provide equitable economic, social, and cultural benefits to the host community at all levels, through education, training, human resource development and the creation of economic opportunities. To that end, the training and employment of tourism workers and site interpreters from the host community should be encouraged.

#### **3.2. Engaging with a multiplicity of stakeholders to develop and implement conservation and tourism management plans**

Whilst host communities are most affected by tourism development, they are part of a chain of stakeholders each with a right and a responsibility to appreciate and conserve heritage places. Stakeholders include governments, entrepreneurs/tourism operators, NGOs such as ICOMOS, professionals, academics and students, host communities, future generations and of course, tourists themselves. A structured approach to consultation and planning is essential when dealing with such diverse interests. Consideration of these issues should be included in the development of a Tourism Management Plan for heritage towns and areas where tourism is an emerging issue.

#### **3.3. Including settings of monuments and sites in conservation and tourism management plans**

Tourism planning for an historic town or area should include special consideration about any impact on the setting and surroundings of the heritage

places of tourism activities and particularly of its associated infrastructure to prevent damage or loss of cultural heritage values and places. The surrounding landscape, natural environment and the overall 4 cultural and geographical settings are all integral parts of a site's significance, and, as such, should be taken into account in its management.

**3.4. Ensuring sustainability in tourism management social, economic and environmental sustainability in the long term must be among the central goals of tourism projects.**

The potential effects of tourism infrastructure and visitor numbers on the cultural value, physical characteristics, integrity, and natural environment of the site and the community must be fully considered in Heritage Impact Assessment studies.

**3.5. Sharing experiences to improve practice**

It is important to establish an ongoing exchange network and dialogue between conservation interests and tourism. The regional ICOMOS network is one such opportunity.

**4. CONCLUSIONS**

In conclusion, participants in the 2005 ICOMOS Regional Conference in Seoul, wish to reaffirm the value of such regional meetings in developing better conservation practice and professional networks in Asia.

They call for the wide dissemination and discussion of the Seoul Declaration so that the issues, strategies and approaches it expresses can contribute to the improvement of the management of tourism in towns and areas of Asia and to the development of an ongoing dialogue between conservation and tourism interests. We recommend National and International Committees of ICOMOS follow up on the declaration's dissemination and impact.

They call for the declaration to be presented to the ICOMOS General Assembly in Xi'an, China in October 2005 so that its recommendations can be shared with the wider network of ICOMOS committees and partners, and that it



can help encourage cooperation between National and International Committees on this universal subject of tourism and historic towns and areas.

Adopted in Seoul, Korea, 31 May, 2005

NOTA:

[1] Texto traduzido por **Tauã Lima Verdan Rangel**. Bolsista CAPES. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especializando em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental. E-mail: [taua\\_verdan2@hotmail.com](mailto:taua_verdan2@hotmail.com)

[2] Versão original disponível em: [http://www.icomos.org/centre\\_documentation/tourism-seoul2005.pdf](http://www.icomos.org/centre_documentation/tourism-seoul2005.pdf). Acesso em 19 out. 2015.

## **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA DIANTE DE PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**KARINE AZEVEDO EGYPTO ROSA:** graduada em Direito, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro- UFRJ, pós-graduada pela Universidade Candido Mendes em Direito Penal e Processual Penal e aprovada nos concursos para defensor público na Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso e Defensoria Pública do Estado da Bahia.

**RESUMO:** Este trabalho tem por objetivo discutir a validade do artigo 385 do Código de Processo Penal, que permite ao juiz proferir sentença condenatória diante do pronunciamento ministerial pela absolvição. Primeiramente, será analisado o contexto sociopolítico do advento do Código, o que será seguido por breve exposição acerca do Poder Punitivo Estatal. Posteriormente, serão apresentados os direitos e garantias trazidas pela Constituição de 1988, que conduzem à adoção do Sistema Acusatório. Em seguida, os ditames constitucionais serão confrontados com a redação do referido artigo 385. Nessa ocasião, a delimitação dos papéis exercidos pela acusação e pelo órgão julgador receberão especial atenção. Por fim, será apresentada conclusão pela incompatibilidade da norma em análise com o ordenamento jurídico brasileiro. A título de ilustração, além do enfoque bibliográfico, serão apresentadas decisões judiciais tratando do tema.

**Palavras-chave:** Processo Penal; Sistema Acusatório; Artigo 385; Código de Processo Penal; Invalidez.

---

### INTRODUÇÃO

Embora a Constituição Brasileira assegure um processo pautado em direitos e garantias do acusado, no ordenamento infraconstitucional, ainda subsistem disposições que versam em sentido oposto.

O tema que se pretende investigar é a possibilidade jurídica de uma condenação em processo no qual o Ministério Público pugne pela absolvição do réu.

O Código de Processo Penal em vigor admite que a condenação se dê nos referidos moldes, ao prever o seguinte:

Art. 385 - Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (BRASIL. 1941, p. 19.688)<sup>[1]</sup>

Datados de 1941, os dizerem indicam um contexto sociopolítico autoritário e de supressão de garantias processuais hoje contempladas na Carta Magna.

O trabalho visa apontar as intepretações que devem ser buscadas à luz do novo modelo processual penal traçado pela Constituição, deixando de lado os contornos de normas processuais antiquadas que não mais expressam a finalidade de proteção dos bens jurídicos assumida pelo Direito.

O objetivo da presente pesquisa é desconstruir a presunção de validade desta norma, demonstrando que não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988, por manifestamente violar seus princípios e, principalmente, o Sistema Acusatório.

Uma vez eleitos os ditames constitucionais como pano de fundo do presente estudo, serão confrontadas as estruturas processuais do Sistema Acusatório e do Sistema Inquisitório.

Dessa forma, a argumentação será construída visando defender a tese de que uma vez ausente a formulação da pretensão acusatória ministerial, incabível será a condenação do réu, pois situação diversa não encontra amparo constitucional.

A escolha do tema foi pautada na relevância com que as garantias do Processo Penal vêm sendo tratadas na doutrina e na jurisprudência atuais.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o marco da modificação do sistema processual penal adotado no Brasil. O texto constitucional trouxe consigo um sistema de direitos e garantias que rompeu com grande parte dos paradigmas existentes. Surgiu, no horizonte normativo pátrio, uma fonte de mudanças e evolução do sistema vigente.

Com o desabrochar de uma nova era, o processo penal passou a ter o desígnio não mais de alcançar uma condenação a qualquer custo, mas de conduzir uma persecução previamente traçada e respeitadora dos limites impostos ao Estado. Nas palavras de Luigi Ferrajoli:

O escopo justificador do processo penal se identifica com as garantias das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro. (FERRAJOLI, 2002. p. 439.)<sup>[2]</sup>

O Direito não deve mais ser vislumbrado apenas como um instrumento para a solução de conflitos sociais, ao contrário, deve servir de mecanismo de freio das arbitrariedades cometidas pelo Estado – inclusive pelo próprio legislador. Em meio à moderna concepção da ciência jurídica de alocar o indivíduo em patamar superior ao do direito posto, é inaceitável que uma norma suprima direitos e garantias fundamentais.

Diante da nova ótica constitucional, a legislação vigente deve ser analisada e criticada, a fim de que seja resguardado o Estado Democrático de Direito com todas as suas características, entre elas, a de garantir ao cidadão um julgamento por indivíduo imparcial e equidistante das partes.

Nesse contexto, a relevância de discutir as normas que regem o processo penal ultrapassa a esfera do campo jurídico, recaindo sobre o interesse de toda a sociedade, que espera por parte do Poder Judiciário a máxima efetividade na defesa dos valores constitucionais.

Por isso, é deveras pertinente demonstrar a inaplicabilidade do artigo 385 do Código de Processo Penal nos dias atuais.

Uma vez que o Ministério Público pugne pela absolvição do réu, caso sobrevenha sentença penal condenatória, o juiz estará atuando em substituição à figura do acusador. A relação entre os sujeitos processuais não deve pautar-se em subordinação ao magistrado, da forma como é apresentada a pela doutrina clássica; ao contrário, deve reger-se pelos Princípios da Cooperação e da Participação, de modo que a decisão judicial deve ser fruto das alegações apresentadas pelas partes. A moderna doutrina não mais apresenta a relação processual com hierarquia entre o magistrado e as partes; e sim, aponta para um horizonte igualitário, onde há direitos e deveres recíprocos, sendo a busca da solução justa o principal ponto de convergência. Portanto, diante da manifestação Ministerial pela não condenação, não restará ao julgador outra conduta que não a de absolver o agente.

O posicionamento ao qual o trabalho deseja direcionar o leitor será construído em diversas etapas, pensadas para que a conclusão não derive de afirmações sem as devidas fundamentações; e sim da releitura do texto normativo à luz da Constituição da República.

Primeiramente, **será questionada a compatibilidade do artigo 385 do Código de Processo Penal com os valores ditados pela Constituição da República de 1988**. É exatamente este ponto que se pretende negar. Será desenvolvida argumentação para demonstrar que a resposta deriva da interpretação axiológica da Carta Magna, que preceitua a divisão das funções julgadora, defensiva e acusatória no processo penal.

Ultrapassada tal questão, e como desdobramento desta, surgirá **a discussão acerca da atuação do juiz** ao proferir sentença condenatória quando o órgão acusador entende pela absolvição: **estaria, nesse caso, exercendo a dupla função de julgador-acusador, caracterizando uma atuação nos moldes inquisitoriais?**

Uma vez postas à baila as controvérsias que cercam a possibilidade do juiz condenar o réu diante da formulação do pedido de absolvição pelo Ministério Público, com o objetivo de enriquecer o debate, cumpre mencionar a existência de opiniões antagônicas.

De um lado, estão aqueles que entendem que o magistrado não está obrigado a atender ao pedido e, por consequência, absolver o réu. O argumento

se firma com base no Princípio da Íntima Convicção do Juiz sobre o mérito da causa, o que não se subordinaria a qualquer pedido anterior. No mais, afirmam que deve ser observado o Princípio da Indisponibilidade da ação, por meio do qual deve prevalecer a persecução penal, o que atenderia o interesse público. Para esta corrente, em caso de descontentamento com a sentença, restaria ao parquet apenas recorrer em favor do réu. Afirmam ainda que, pelo próprio Princípio Acusatório, o fato de acusador, defensor e julgador exercerem funções independentes faria com que o juiz pudesse decidir sem se vincular a qualquer manifestação das partes, pois, entender pela obrigatoriedade da absolvição afastaria qualquer possibilidade do julgador divergir do Ministério Público, o que elevaria tal órgão a uma escala superior, de modo a contrariar a isonomia processual.

Em sentido oposto, está a corrente que se pretende defender: a que afirma que caso o Ministério Público peça a absolvição, estará o magistrado vinculado a tal pedido, pois diante da ausência da acusação, em preservação dos postulados constitucionais, seria exigido do juiz que proferisse sentença absolutória. Diante disso, não havendo pretensão acusatória por parte do Ministério Público, seria incabível prolação de sentença em sentido contrário. Desse modo, para essa parte da doutrina, não haveria mais a aplicabilidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, face às garantias que pretendeu trazer a Constituição da República de 1988.

Embora a tese que se almeja corroborar seja de adesão ainda minoritária na doutrina, todos os questionamentos que surgirão no decorrer da produção serão sanados com base não só nos julgamentos dos tribunais, mas também na argumentação teórica de pensadores e juristas que vão de encontro ao atualmente disposto no Código de Processo Penal, que autoriza o juiz a condenar o réu não obstante o Ministério Público, órgão responsável pela acusação, tenha se manifestado pela absolvição.

Terão enfoque a bibliografia e a jurisprudência, bem como o procedimento de investigação histórica, que terá objetivo de relacionar o regime ditatorial à elaboração do Código de Processo Penal.

Entendimento em contrário à ideia que se pretende consagrar será analisado à luz de diversas perspectivas que conduzem ao mesmo resultado: a



incompatibilidade do artigo 385 do Código de Processo Penal com o Estado Democrático de Direito.

## 1 PRINCIPAIS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS VIGENTES: ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO – CARACTERÍSTICAS, DIFERENÇAS E AVALIAÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

### 1.1 Sistema inquisitório

O Processo Penal pode ser apresentado sob óticas claramente distintas, sendo elas o Sistema Inquisitório e o Sistema Acusatório. Primeiramente, é importante mencionar que essa divisão trata de concepções puras ideais, que não são mais encontradas atualmente, pois os sistemas jurídicos adotam normas em que as características de ambos coexistem. Para que seja possível classificá-los em determinado modelo, é necessário aferir os aspectos predominantes de cada um. Os limites normais desse trabalho impedem que temas correlatos ao objeto principal sejam abordados forma a esgotá-los; ao contrário, trata-se de breve apresentação com enfoque nos pontos diretamente relacionados à pesquisa.

O estudo a seguir será dedicado a avaliar os meios pelos quais os instrumentos coercitivos e supressores de liberdade oferecidos pelo Direito podem ser manuseados. A partir dessa visão, é possível formular pensamento crítico para que não recaiamos em erros cometidos no passado, de modo que a solução dos conflitos jurídico-penais não se torne instrumento de tortura. É preciso conferir às penas não só o caráter retributivo do mal cometido à sociedade, mas também ressocializador, conservando, para isso, a dignidade e os direitos do indivíduo. À medida que evolui a sociedade, deve com ela evoluir o Direito, não só para que atenda seus anseios, mas para que resguarde seus valores.

Cumprido iniciar o tema com a abordagem sobre o Sistema Inquisitório. Sobre a inquisição, cabe ressaltar o seguinte trecho, da obra de João Bernardino Gonzaga:

As censuras apresentadas contra a inquisição giram, invariável e incansavelmente, em torno das ideias de intolerância, prepotência, crueldade; mas, ao assim descrevê-la, os críticos abstraem, ou referem muito de leve,

o ambiente em que ela viveu. Forçam por trata-la quase sempre como um acontecimento isolado, e medida pelos padrões da atualidade, se torna incompreensível e repulsiva para o espectador de hoje. Sucede porém que esse fenômeno foi produto de sua época, inserido num clima religioso e em certas condições de vida, submetido à força dos costumes e de toda uma formação cultural e mental, fatores que forçosamente tiveram de moldar o seu comportamento.(GONZAGA, 1994.)<sup>[3]</sup>

Uma vez salientado que o Sistema Inquisitório foi o principal instrumento de manifestação do poder punitivo durante a idade média, não causa espanto que suas características se debrucem sobre a premissa de que todo acusado era, de fato, culpado e de que a prisão deveria ser a regra durante a (curta e tendenciosa) investigação.

Inquisitivo é: “relativo ou que envolve inquisição; antigo tribunal eclesiástico instituído com o fim de investigar e punir crimes contra a fé católica; Santo Ofício.” (grifo nosso) (FERREIRA, 1986, p.950)<sup>[4]</sup>

O processo não tinha qualquer função senão a de meramente encenar um julgamento. O acusado era não mais que simples objeto, não sendo tratado como sujeito de direitos.

Havia prévia valoração da prova, de modo que cada instrumento probatório tinha sua importância fixada independente das circunstâncias narradas nos autos. Pode-se dizer que, por isso, o processo penal se distanciava da realidade do caso concreto.

O processo não era público, e, por ser mantido às escondidas, não era objeto de controle de legalidade. Questiona Beccaria: “Quem pode defender-se da calúnia quando ela é armada pelo mais forte escuro da tirania, o segredo?”(BECCARIA, 2005)<sup>[5]</sup>

Após o julgamento, os réus não eram protegidos pela segurança da coisa julgada, podendo ser processados novamente pelo mesmo fato.

Ademais, é óbvia a conclusão de que não havia a presunção de inocência, tampouco direito ao contraditório e à paridade de armas. À acusação era dado o benefício da dúvida, cabendo ao réu fazer prova de sua inocência.

Comumente, estavam reunidas no juiz as funções de acusar, julgar e defender, sendo lícito a esse mesmo juiz iniciar o processo criminal *ex officio*. Em outras palavras: órgão que investigava era o mesmo que punia, pois o magistrado assumia as vestes da acusação. A confusão entre o acusador e o julgador, por óbvio, impedia a equidistância entre as partes e comprometia a imparcialidade da decisão. O julgador podia, ainda, se substituir à atividade das partes para a apresentação das provas. Cabe ressaltar que, muitas vezes, o convencimento judicial era formado antes de iniciado o processo, bastando sua íntima convicção para que o réu fosse condenado.

Em resumo: o Sistema Inquisitório concentrava nas mãos do magistrado um poder quase sem limites

Em evidente confronto com modelo Inquisitório está o modelo Acusatório, que, conforme será demonstrado, é o único em conformidade com a Constituição brasileira.

## 1.2 Sistema acusatório e sua adequação à Constituição da República de 1988

O constituinte originário não positivou todos os princípios que regem as relações jurídicas, de modo a não conferir-lhes um rol taxativo – e não o fez por absoluta impossibilidade, sob pena de ser leviano, e, por mero formalismo, suprimir garantias individuais.

A Carta Magna, embora não adote expressamente o Sistema Acusatório, consagrou-o em seu texto. Diante dos ditames do artigo 5º, não é possível outra conclusão. Pode-se dizer que a eleição do Sistema Acusatório é consequência natural do regime democrático. Vejamos.

Seguindo o fluxo oposto do Sistema Inquisitório, o Sistema Acusatório é marcado por uma série de garantias que objetivam proteger o réu dos abusos do poder punitivo.

Primeiramente, e, como regra geral que desencadeia todas as demais, passou a ser conferido tratamento igualitário às partes, não existindo, para qualquer delas, vantagens processuais sobre a outra - da forma como outrora ocorria em relação aos privilégios da acusação. Ao contrário: só será permitido tratamento desigual para beneficiar o réu, a fim de minimizar sua óbvia hipossuficiência técnica e probatória em relação ao Estado. Isso quer dizer que, diante do juízo de incerteza, não ficando provadas a existência e autoria do delito, será o acusado declarado inocente. Com advento da nova sistemática constitucional, em que acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, foi assegurado o Devido Processo Legal e a Ampla Defesa.

Nesse contexto, o réu disporá dos mesmos meios de prova facultados ao órgão acusador (materializado na figura do Ministério Público). É também garantido o Contraditório, podendo ambas as partes influenciar no teor da decisão, uma vez que o convencimento judicial não será prévio à instauração do processo, sendo formado no decorrer dele, baseando-se nos elementos trazidos aos autos pelas partes.

Para possibilitar o pleno exercício do direito à defesa, sua manifestação, em regra, será precedida da manifestação da acusação, para que o réu tenha inteiro conhecimento dos fatos e fundamentos apresentados em seu desfavor.

O processo será eminentemente público, estando aos olhos de qualquer pessoa do povo e podendo ser objeto de controle de legalidade exercido pelas próprias partes. Eventuais casos de segredo de justiça só serão admitidos quando expressamente previstos em lei, mediante decisão fundamentada. Do mesmo modo, a liberdade do réu deve ser resguardada, ressalvados os casos em que deve ser mantido em cárcere, determinado por juiz competente, devendo ser expostas suas razões. Com escopo de segurança jurídica, uma vez transitada em julgada a decisão, não haverá novo processo narrando os mesmos fatos.

O maior e mais importante desdobramento da igualdade entre as partes é a separação entre o órgão acusador e o julgador. Com isso, torna-se possível um julgamento imparcial, onde haverá garantia não apenas de que o magistrado estará equidistante das pretensões das partes, mas também de que os sujeitos processuais serão tratados de forma equânime, estando em igualdade de condições na busca por um provimento judicial que lhe seja favorável. Note-se

que a imparcialidade só é garantida pelas concepções do Sistema Acusatório; no Sistema Inquisitório, ao contrário, é sacrificada por sua própria essência.

Dessa forma, as figuras processuais são bem delimitadas e suas atividades não se confundem, sobre pena de nulidade absoluta por violação aos preceitos constitucionais.

O Sistema Acusatório destaca a separação das funções de julgar e de acusar. Clara demonstração dessa tomada de posição pela Carta Magna de 1988 são as regras de titularidade da ação penal pública, que é conferida exclusivamente ao Ministério Público (art. 129, I). Ao juiz, portanto, não cabe outra tarefa diferente de julgar.

Além da ação penal ser iniciada por estímulo estranho ao órgão responsável por seu julgamento, o indivíduo ocupa o primeiro plano, devendo o Estado, não obstante sua função de coibir os delitos, atuar na promoção da dignidade da pessoa humana, estando a seu serviço.

Os elementos que caracterizam o Sistema Acusatório e o distinguem do Sistema Inquisitório não são poucos.

Embora as características inquisitoriais tenham perdido espaço, não desapareceram completamente. Cumpre recordar que, conforme mencionado nos capítulos anteriores, o Código de Processo Penal Brasileiro é fruto de um período da história em que vivíamos as repressões de um regime político totalitário. Desse modo, não obstante findos os tempos em que a sociedade se subjugava à tortura como manifestação estatal, sua herança permaneceu em nosso ordenamento.

Diversos são os exemplos capazes de ilustrar o caráter inquisitório do CPP, entre eles estão a possibilidade do juiz produzir prova *ex officio* antes mesmo de iniciada a ação penal (art. 156), a possibilidade do juiz ouvir testemunhas, e também o ofendido quando não arrolados pelas partes (art. 209 c/c 201), bem como determinar a busca e apreensão independente de provocação (art.242). Em meio a tantas outras circunstâncias, a que mais chama atenção é a ditada pelo artigo 385, que assim dispõe:

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (BRASIL, 1941, p. 19.688.) [6]

Trata-se de evidente confronto com o modelo constitucionalmente eleito, ao possibilitar ao magistrado proferir sentença penal condenatória sem que a acusação tenha se manifestado nesse sentido - remetendo a uma volta às premissas inquisitoriais por violar a separação de funções, uma vez que o magistrado, nessa situação, estaria se investindo da atribuição de acusar.

Uma vez que o Sistema Acusatório foi reverenciado pelo legislador constituinte, a conclusão lógica é que todo o processo penal deve ser analisado à luz de suas premissas. Desse modo, faz-se necessária uma releitura de seus institutos, a fim de que, a partir da adaptação do intérprete, sejam compatibilizados com a nova ótica constitucional.

Desse modo, qualquer norma que sugira o modelo Inquisitório deve ser tida como materialmente inconstitucional. Isto porque, para assegurar a supremacia da Lei Maior, o ordenamento jurídico deve passar pelo filtro que distinguirá as normas válidas das inválidas.

Como ensina Ferrajoli (1999), o erro está em confundir os planos da existência e da validade. O mero fato de uma norma existir não necessariamente implica sua validade. Dessa forma, embora vigentes, só serão aptas a produzir efeitos aquelas que estejam em consonância com o sistema jurídico e o Estado Democrático de Direito. Caso contrário, serão reputadas inválidas (quer seja em sede de controle difuso; quer seja em sede de controle concentrado), de modo que não devem ser aplicadas ao caso concreto por não terem sobrevivido ao filtro constitucional de aferição de validade.

O que se pretende demonstrar é que não há mais espaço para manifestações inquisitoriais tais como as preceituadas pelo artigo 385 do Código de Processo Penal, de modo que este teria sofrido os efeitos do fenômeno da *não-recepção*<sup>[7]</sup>.



Conforme afirma Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, A adaptação do Código de Processo Penal à Constituição da República é algo que já se espera há mais de duas décadas.

Cada um deverá ocupar seu lugar originalmente demarcado e o juiz não mais fará o papel da acusação buscando provas contra os acusados, para poder manter a sua imparcialidade (equidistância dos pedidos das partes) até a decisão final de acertamento do caso penal. Tal papel, como se sabe, é da acusação, e caberá ao Ministério Público, hoje preparado para tanto. (COUTINHO, 2010. p. 2)<sup>[8]</sup>

Embora inexista expressa previsão constitucional, é dela que se extrai a ideia de que o direito brasileiro abraçou o modelo Acusatório. Considerar a possibilidade de coexistência do modelo inquisitório através de normas infraconstitucionais com o modelo acusatório implica negar a vigência da Constituição como lei maior. No Estado Democrático, não há outro sistema capaz de originar decisões juridicamente válidas senão o Acusatório, já que não restam dúvidas de que trata-se da ótica processual que mais avançou em direção à tutela dos direitos e garantias do réu. Na mesma linha, Lopes Jr.: "o sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado." (LOPES JUNIOR, 2012. p. 214)<sup>[9]</sup>

## 2 INCOMPATIBILIDADE DO ARTIGO 385 DO CPP COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### 2.1 Limitações ao Poder legislativo

Os princípios constitucionais não limitam apenas o Judiciário, mas também as outras duas esferas de poder: o Executivo e o Legislativo. Quanto à atuação do Poder Executivo, não cabe tecer maiores comentários nesse estudo, que não pretende esgotar o tema da atuação estatal. Quanto ao poder legislativo, vejamos:

O legislador infraconstitucional não tem carta branca para livremente delimitar as condutas que devem ser penalizadas, tampouco as consequências jurídicas que dela serão derivadas na ocasião do processo penal. Ao contrário, sua

atuação se subordina aos Princípios trazidos pelo poder constituinte. (Nessa seara, cumpre fazer breve menção à discussão em torno da interpretação do termo “ilimitado” quando utilizado para caracterizar o Poder Constituinte Originário. De um lado, estão os que, conferindo valor literal ao vocábulo, afirmam que eventual nova constituição, emanada de nova assembleia constituinte, não se vincularia a resguardar os atuais direitos e garantias constitucionalmente dispostos. Infelizmente, este é o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Do outro lado, está a parcela da doutrina que, de modo mais restritivo, confere interpretação diversa ao termo “ilimitado”, adotando a ideia de que, embora não esteja preso à redação do texto da constituição em vigor, o legislador responsável por elaborar nova Carta deve assegurar os direitos fundamentais anteriormente existentes, em obediência ao que denominaram “Superprincípios”).

Além de ser subordinado aos ditames constitucionais, o legislador deve observar as diretrizes emanadas de princípios penais, tais como a Intervenção Mínima, que resulta em dois subprincípios: Fragmentariedade e a Subsidiariedade. Através deles, impõe-se a necessidade de que não estejam sob a proteção do Direito Penal toda a universalidade de bens jurídicos; ao contrário, serão objeto de tutela penal aqueles bens consagrados pelo ordenamento como sendo de maior importância. Serão assim considerados os que não podem ter sua proteção garantida através de simples sanção civil. Já que a pena é um meio extremo, o Direito Penal só atuará em caso de grave ataque a bens jurídicos importantes, considerando-se, portanto, a necessidade e a eficiência da sanção a ser cominada.

Ao lado das normas de direito material, figuram as normas de caráter processual. Essas, por óbvio, também têm suas disposições subordinadas à Constituição da República, devendo estar em conformidade com os princípios dela emanados. Tal afirmação pode gerar grande paradoxo em razão da já exposta inclinação essencialmente inquisitória e autoritária do Código de Processo Penal. Diante disso, deve haver adaptação da legislação anterior a 1988 à nova realidade jurídica, pois haverá incoerência normativa – uma vez entendendo princípios como normas – sempre que o Estado atuar fora dos limites trazidos pela Constituição.

Além de traduzirem parâmetros para aferição da compatibilidade de normas anteriores à promulgação da Carta Magna, os princípios constitucionais servem como limitadores da vontade do legislador infraconstitucional, que deve atuar de

modo a resguardar o Contraditório, a Ampla Defesa, a Isonomia Processual, e todos os preceitos necessários ao desenvolvimento de um processo equilibrado.

Das precedentes reflexões surge a conclusão de que não há lei capaz de se tornar juridicamente válida se confrontar com o Sistema Acusatório, que é o único compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, conforme anteriormente anotado.

## 2.2 Sujeitos processuais à luz do Sistema Acusatório:

### 2.2.1 Papel do acusador

Um dos elementos necessários ao desenrolar de um processo legítimo é a acusação. Esta não atua apenas em prol da garantia de que ninguém será levado a juízo sem que haja uma imputação formal e prévia, mas também tem escopo de informar ao acusado o fato e todas as suas circunstâncias, de modo assegurar seu pleno exercício do direito de defesa. Não se trata, então, de mera formalidade, mas de possibilitar o exercício do Contraditório.

Nos crimes de ação penal pública, o Ministério Público é o único encarregado de exercer o direito de perseguir a condenação, o que não pode ser conferido a nenhum outro sujeito.<sup>[10]</sup>

Para que possa ver satisfeita sua pretensão condenatória, o Parquet moverá ação penal por meio de oferecimento de denúncia. As afirmações nela contidas deverão ser inequívocas, descrevendo, com exatidão, o fato típico e todas as suas circunstâncias. Não há espaço para imputações genéricas e abstratas, que impossibilitem o direito da defesa de impugnar objetivamente o teor das acusações. Caso contrário, não havendo exposição clara de suas razões, a peça será reputada defeituosa, e, por consequência, inapta a originar uma condenação juridicamente válida. Isto porque, uma acusação formulada de maneira vaga não permite uma contra argumentação eficiente, representando cerceamento ao exercício do Contraditório. Em resumo, uma acusação imperfeita contamina a legitimidade de todo o processo.

Assim, o julgador somente poderá debruçar-se sobre as menções fáticas do órgão acusador expostas na denúncia. Eventual sentença condenatória deve estar adstrita aos limites do que foi descrito, de modo que a acusação exercerá função de limitar o âmbito em que será exercida a jurisdição. Não serão considerados,

portanto, fatos não expostos pelo Parquet. Para que isso ocorra, é necessário que haja o aditamento da denúncia.<sup>[11]</sup>

Contudo, nas situações em que a instrução não demonstra dinâmica fática diversa da descrita, mas conduz à capitulação jurídica do fato típico diversa da mencionada pelo Ministério Público, pode o julgador alterá-la sem que a denúncia seja aditada, uma vez que não gera prejuízo à defesa, pois o réu refuta os fatos a ele imputados, independentemente da descrição típica a que a conduta será subsumida.<sup>[12]</sup>

O Ministério Público se intitula “fiscal da lei desinteressado em um resultado processual favorável”, mas, claramente, não o é. Isto porque, quanto ao órgão ministerial ser uma das partes do processo penal, não há divergências doutrinárias.

O conceito de “parte” traduz o desejo por um provimento jurisdicional que lhe agrade, afastando, por óbvio, a ideia de desinteresse.

Diante disso, o que se apresenta duvidoso é a ideia de que o Ministério Público seria “parte desinteressada e imparcial”, pois tal afirmação é contrária à própria essência do conceito de partes.

É inadmissível, por ser evidente antagonismo, que a mesma figura possa, simultaneamente, ser tida como parte e atuar imparcialmente. O Ministério Público não é desinteressado; ao contrário: é parte interessada em obter um provimento judicial favorável à sua pretensão: a de ver condenado o réu nos moldes da denúncia por ele oferecida.

Utilizando-se de sua prerrogativa de fiscalizar a lei, o Ministério Público acaba por intervir no processo utilizando-se do suposto manto da imparcialidade, o que, de fato, lhe gera oportunidades superiores às da defesa de formar o convencimento judicial, de modo a macular a paridade de armas que deveria reger o caminhar processual. Isto porque, ainda que veladamente, o magistrado é levado a crer que o órgão ministerial é mais digno de credibilidade do que a posição ocupada pela defesa – quando, em realidade, ambos deveriam ser compreendidos igualmente, como partes que são. Caso contrário, uma vez que o processo esteja maculado pelas convicções pessoais do julgador, estará

comprometida sua imparcialidade, e, com isso, a validade de todos os atos por ele praticados.

Assim sintetiza de Maria Lúcia Karam:

O Ministério Público não é o único que pode se apresentar como ‘fiscal da lei’. O réu e seu advogado também têm de fiscalizar, controlar, requerer, exigir que a lei seja cumprida. (...) Cumprir a lei não é apenas acusar e condenar, mas é também - e antes de tudo – garantir o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo. (KARAM, In: PRADO; MALAN, 2009, p. 405) <sup>[13]</sup>

Embora exista o rigor da lei, é preciso que haja profissionais capazes de interpretá-las, não se deixando levar pelo desejo de castigar simplesmente. Na esfera do processo penal, o Estado não tem como único interesse a punição do culpado, mas também a tutela da liberdade do inocente. No momento de expor suas alegações finais, o Ministério Público tem o dever de atuar com objetividade, valorando a prova produzida na instrução, de modo a requerer a aplicação de uma pena consoante ao que foi demonstrado nos autos, ou, a absolvição.

Uma vez que o Ministério Público é o titular da pretensão acusatória quando a vítima não é legitimada a exercê-la, não há outro modo capaz de instituir uma condenação juridicamente válida senão por meio da atuação desse órgão. Por isso, pode-se dizer que o exercício do poder punitivo está diretamente ligado à invocação condenatória formulada pelo parquet. Eventual pedido de absolvição equivale, em seu resultado prático, ao não exercício desse ofício, de modo a não ser admissível qualquer pronunciamento judicial diverso do absolutório. Caso assim não entendêssemos, estaríamos sujeitando o réu a uma sentença que o condenará sem que tenha havido acusação - prática incompatível com o Estado Democrático de Direito.

### 2.2.2 Papel do julgador e os limites do livre convencimento:

A nova concepção de igualdade entre as partes exige que superemos a antiga dogmática de conferi-las tratamento igualitário. Para que a igualdade seja efetiva, transpondo a mera formalidade, é necessário dispensar tratamentos

desiguais, de maneira a, verdadeiramente, equilibrar as forças dos sujeitos processuais. A igualdade material é aquela que se apresenta real, substancial.

Para isso, torna-se imprescindível a figura de um julgador que atue como garantidor da ordem constitucional no caso concreto. A essa necessidade de maior participação do juiz no processo foi atribuída a denominação “ativismo judicial”.

A realidade jurídica atual exige que magistrado desempenhe suas atividades não mais como mero operador do direito, mas como agente capaz de suprir as lacunas geradas pela omissão do poder legislativo e promover o controle de constitucionalidade das normas a serem aplicadas. O juiz deixa de ser apenas expectador das atividades das partes, passando a ter consigo a função de aplicar a norma que melhor se harmonize com os ditames da Lei Maior.

As decisões judiciais devem ter sua direção determinada pelos Direitos Fundamentais, que apontam um núcleo a ser resguardado, do qual o magistrado não pode desviar. Figurando como principal objeto de tutela pelo Poder Judiciário está a Dignidade da Pessoa Humana, que serve de parâmetro para a compreensão dos demais institutos do ordenamento jurídico.

Uma vez que o magistrado deve atuar em prol das garantias trazidas pela Constituição Federal, por óbvio, seus poderes não lhe permitem surpreender as partes com o teor de suas decisões. Isto quer dizer que os pronunciamentos judiciais não podem ser fundamentados em questões (ainda que de direito ou de ordem pública) sobre as quais as partes não foram chamadas a se manifestar. Trata-se do verdadeiro sentido do Princípio do Contraditório, que, somente quando for assim considerado, será, de fato, respeitado.

Sob essa ótica, deve o magistrado, não apenas proporcionar o exercício do Contraditório, mas torna-lo substancial, garantindo que seja efetivamente exercido, de modo que as partes possam atuar em seu convencimento, que não estará formado antes do fim da instrução processual. Dessa forma, para que o Contraditório não fique reduzido ao plano da formalidade, as alegações das partes devem ser consideradas na formação do conteúdo decisório. Assim, ao juiz não é facultado julgar além do que foi pedido pelas partes, sob pena da sentença extra ou ultra petita ser tida como nula.



O princípio do *ne procedat iudex ex officio*, é originalmente atrelado ao processo civil. Com a superação do sistema inquisitório, passou a ser também aplicável ao processo penal. Dele pode ser extraída a norma que veda ao julgador o exercício do direito de ação, cabendo-lhe apenas a função de julgar. Em outras palavras: o magistrado não pode prover sem que haja pedido formulado pelas partes, e sua atuação está a ele limitado. O papel do juiz é julgar a acusação de acordo com a fase de instrução desenvolvida no processo. Ficam à margem de sua apreciação questões não trazidas aos autos e imputações não formuladas pela acusação.

Quando o Ministério Público, em alegações finais, pugna pela absolvição do réu, está, em verdade, formulando nova pretensão – aquele resultado que deseja ver concretizado ao final do processo. Sustentar o posicionamento segundo o qual a opinião ministerial se exaure com o oferecimento da denúncia equivale a esvaziar as funções processuais de promover o convencimento, tornando o processo nada além de um procedimento inútil e meramente formal, inapto a realizar qualquer modificação na situação jurídica do réu.

Além disso, anuir com a possibilidade de condenação em razão da vontade exclusiva do magistrado é permitir o julgamento além do que foi requerido pelas partes, violando a regra da inércia da jurisdição.

Em caso de pedido de absolvição pelo órgão acusador, o julgamento deve estar a ele vinculado. Entender que o magistrado pode, discordando da formulação ministerial, por sua própria consciência, condenar o réu, implica reconhecer que o *jus accusationis* não é de titularidade do Ministério Público, mas sim do Estado, passível, portanto, de se materializar na figura de qualquer de seus agentes. Essa possibilidade violaria a distinção que deve haver entre a figura da acusação e do organismo que deverá sentenciar, o que, como consequência, macularia diretamente o Princípio da Imparcialidade.

O juiz será o responsável por, na ocasião da sentença, valorar a tese apresentada pela acusação e a antítese oferecida pela defesa, sendo necessária a apreciação do que foi trazido aos autos – e somente isto, de modo que não lhe cabe o julgamento conforme seus valores pessoais e suas convicções prévias à ação penal.

Conforme nos ensina o mestre Geraldo Prado, cuja transcrição é de inteiro rigor:

Uma atividade decisionista do juiz, baseada na sua credibilidade social, mas intangível pelas partes, na medida em que se apresenta como exercício de sua potestade, máxima representação da sua vontade pessoal, não é legítima, mesmo quando parece mais eficiente porque atende às pautas de repressão penal. (PRADO, 2001, p.42.)<sup>[14]</sup>

Em síntese, as razões dos provimentos judiciais devem ser fundadas nos elementos trazidos aos autos e restritas às pretensões formuladas pelas partes. É necessário, também, que haja motivação. Em outras palavras: a decisão deve conter a exteriorização do raciocínio que conduziu o julgador a determinada conclusão.

As decisões judiciais devem ser motivadas como forma de garantir não apenas às partes, mas a toda a sociedade que o órgão julgador exerceu cognição suficiente para a prolação de uma decisão específica para o caso concreto. Trata-se do mecanismo pelo qual é assegurada a efetiva apreciação pelo juiz das questões de fato e de direito apresentadas pelas partes.

Não devem ser considerados motivados aqueles provimentos judiciais que poderiam ser aplicados genericamente para qualquer situação, como o recorrente “indefiro por ser contrário às provas nos autos.” Também não são consideradas motivações idôneas aquelas que se limitam a reproduzir texto de lei. Note-se que a falta de motivação não ocorre apenas diante da completa omissão, mas também da apresentação de argumentos vagos, de exposições que nada dizem e que são contraditórias entre si. Portanto, não só o silêncio do discurso é capaz de comprometer a *ratio decidendi*.

Apenas com motivações consistentes o ato judicial será dotado de validade e legalidade. Caso contrário, será reputado nulo, por ser contrário a princípio constitucional e à norma de ordem pública. A motivação não deve ser avaliada apenas sob o critério formal; ao contrário, a formação do convencimento deve ser

demonstrada à luz do caso concreto, pois se trata de efetivação das garantias constitucionais.

Dessa forma pode-se dizer que a motivação das decisões judiciais exerce dupla função. Nas palavras de Geraldo Prado e Diogo Malan:

(...) de um lado, ela serve para verificar – pelo acompanhamento do raciocínio desenvolvido pelo juiz para chegar a um eventual provimento restritivo daqueles direitos – se foram efetivamente obedecidas as regras do devido processo; por outro, será igualmente por intermédio da fundamentação que será visível constatar se a decisão aplicou validamente as normas que permitiam a restrição e se foi apreciado, de maneira correta, o contexto fático que a autorizava. (PRADO; MALAN, 2009.)<sup>[15]</sup>

O conhecimento pelas partes do mecanismo utilizado pelo julgador para a formação de seu convencimento é essencial ao Estado Democrático de Direito, devendo, também, ser objeto de controle pelos órgãos superiores em eventual recurso. Caso os interessados não soubessem claramente as razões que conduziram o magistrado a determinado provimento, restaria impossível a identificação de vícios, de modo que não poderiam, concretamente, impugnar sua decisão, tampouco o juízo ad quem poderia exercer o controle formal e material da decisão anteriormente prolatada. A consequência processual da não observância da necessidade de motivação dentro dos moldes acima apresentados é a nulidade absoluta. Isto porque, frustra o interesse público de condução de um processo segundo os ditames constitucionais, dispensando a demonstração de prejuízo às partes.

Diante do acima exposto, pode-se dizer que, muitas vezes, é adotada equivocada concepção do que seja “livre convencimento do juiz”. A liberdade para apreciação das provas consiste na não obrigatoriedade de conferi-las valor previamente estabelecido. Isso não se confunde com a possibilidade violar a legislação – quer seja material, quer seja processual. A decisão judicial está subjugada aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, ou seja: pode o juiz decidir livremente, de acordo com seu convencimento, desde que motivando sua

decisão e prolatando-as em conformidade com as provas trazidas nos autos e com as regras e princípios jurídicos.

O juiz deve analisar todo o conjunto probatório disponível nos autos, de modo a esgotar a cognição dos fatos e fundamentos discutidos no processo. Dispor sobre o valor atribuído a cada prova, bem como sobre a admissibilidade destas é indispensável a uma decisão legítima. Embora, por óbvio, nem todas as provas apresentadas pelas partes sejam essenciais ao convencimento do julgador, essas devem ser analisadas em sua totalidade, não cabendo, por parte dele, seleção arbitrária e aleatória dos elementos a serem considerados. Caso contrário, estaria sendo violado o direito ao Contraditório e à possibilidade de influência na decisão. Contudo, isso não significa uma necessidade que o julgador refute ou acolha, expressamente, todos os argumentos apresentados; e sim, que não deixe de apreciar aqueles possíveis de influenciar em seu convencimento – ou seja: aqueles que não sejam inúteis, como, por exemplo, a prova relativa a fato notório e ao que já está comprovado nos autos.

Em resumo, a motivação é instrumento de controle da efetividade das garantias constitucionais, pois a adequada justificação das operações intelectuais busca evitar o risco de arbitrariedades que imponham às partes decisão baseada unicamente em impressões pessoais. Seria inútil facultar às partes participação ativa durante o iter processual, e, em contrapartida, permitir ao magistrado que desprezasse as provas e argumentos por elas trazidos, julgando apenas conforme suas convicções e íntimo convencimento, que, diga-se, já poderia estar formado desde o início da instrução probatória. Nesse caso, a marcha processual não passaria de mera formalidade. O Princípio do Contraditório deve ser compreendido de forma a não esgotar-se na participação das partes nos atos do processo, mas de modo que sua atividade não seja em vão, e sim, realmente capaz de influenciar na decisão de mérito a ser prolatada.

### 2.3 Atual disposição do artigo 385 do CPP e sua consequência prática

O artigo 385 do Código de Processo Penal contém a seguinte disposição:

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério

Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (BRASIL, 1941, p. 19.688.)<sup>[16]</sup>

A controvérsia em torno do tema se propõe a discutir se o posicionamento do Ministério Público sobre a absolvição é vinculante; ou se o juízo está habilitado a proferir sentença em sentido oposto, de modo a conduzir o réu ao cumprimento de uma pena.

O Poder de punir deve apoiar-se na obra do legislador, havendo, contudo, necessidade de interpretação da lei, para que melhor de adequue aos ditamos da carta constitucional.

São máximas do direito que a sentença deve mostrar-se congruente com o pedido (*sententia debet esse conformis libello*), que a sentença não pode versar sobre o que não se pediu (*non valetsententia lata de re non petita*), e que a sentença não pode ser proferida fora dos limites do pedido (*ne eat iudex ultra et extra petitum partium*).

A partir de tais premissas, nota-se o necessário liame entre a sentença e a pretensão formulada pelas partes. Tais noções basilares advindas da Teoria Geral do Processo também agasalham o processo penal – e, porque não dizer, principalmente ele, que pode impor a mais grave das sanções: a perda da liberdade.

Não é possível que, através da utilização do argumento de independência, sejam cindidas as noções de acusação e sentença; ao contrário, deve ser guardada sua fidelidade estrita.

Para exprimir a referida interdependência, o direito processual consagrou o termo “correlação”, de modo que, no processo penal, seu uso expressa a vinculação que deve haver entre a voz da acusação e o disposto na sentença.

No sistema processual penal brasileiro, a violação da regra de correlação e sentença não se encontra entre as hipóteses expressamente previstas de nulidade, mas sua consequência como nulidade absoluta é óbvia.

A acusação é formada pela sucessão de atos complementares que, concluídos, originam a pretensão punitiva.

Num primeiro momento, o Ministério Público elabora requerimento ao juízo, expondo a existência de indicativos capazes de instaurar a persecução penal. Trata-se do oferecimento de denúncia, que terá por base indícios mínimos de autoria e materialidade do delito. Nessa ocasião, o órgão acusador apenas aponta para a possibilidade de existência de fatos penalmente relevante. Frisa-se que se trata de mera suposição, ainda baseada em dados preliminares, obtidos em *procedimento prévio à acusação com função de fundamentá-la*.

Num segundo momento, após a instrução probatória, e diante das manifestações da defesa, o Ministério Público, ao apresentar suas alegações finais, requer a condenação e a aplicação da sanção cabível, caso entenda pertinente. Isto porque, após o início da ação penal, esta será regida pelo Contraditório, com objetivo de discutir se as razões apresentadas pela acusação são idôneas à provocação de um juízo condenatório.

Por obvio, o processo penal não pode ser reduzido a um único momento - em que o órgão acusador deva formular sua pretensão de modo definitivo e imutável. Desse modo, o oferecimento da denúncia não esgota a pretensão acusatória. O poder de punir do Estado é condicionado ao pleno exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público - como exercício pleno, deve ser compreendido não apenas o oferecimento da peça acusatória com descrição do fato típico e todas as suas circunstâncias, mas também o pedido final de imposição de sanção ao indivíduo.

Contudo, há quem entenda que a acusação se aperfeiçoa com a formulação da denúncia perante o juízo. Segundo esse posicionamento, o mero exercício da ação penal seria capaz de, por si só, permitir a prolação de uma sentença condenatória, de modo que a pugnação pela absolvição posteriormente formulada pelo Ministério Público não vincularia a decisão final. Isto porque o pedido do Ministério Público não estaria previsto em lei como causa determinativa da cessação da pretensão punitiva.

O que se busca nesse trabalho é desconstituir tal assertiva, apontando para um caminho que traduz a pretensão punitiva não como derivação de um único ato



processual, mas de uma conclusão que somente se formará ao final do processo, como resultado de toda a fase probatória.

Após a instrução, haverá maior riqueza de elementos capazes de formar o convencimento não só do magistrado, mas também do órgão que anteriormente formulou a denúncia. A cognição, então, não terá como objeto apenas alegações iniciais advindas da fase pré-processual; mas sim vasto elemento probatório, capaz de possibilitar a avaliação de questões mais profundas não suscitadas anteriormente.

Uma vez que a cognição se dará de forma exauriente, não será mais juridicamente válido que o magistrado fundamente sua decisão em meras suposições, devendo haver o juízo de certeza que a instrução criminal proporciona.

Por assim ser, a mera formulação de pedido condenatório contida na denúncia não é apta a justificar uma condenação – que deve ser fundamentada em ampla análise probatória, o que, obviamente, não era possível no momento do início da ação penal. Em outras palavras, a denúncia tem serventia à inauguração do debate, exercendo a função de limitar o teor da decisão, não sendo instrumento legítimo a, por si só, ensejar a condenação, uma vez que para seu oferecimento e posterior recebimento, basta que haja justa causa para o início da ação penal, ou seja: indícios mínimos de autoria e materialidade.

É durante o desenrolar processual que será verificada a veracidade dos elementos inicialmente apresentados como indiciários. Para que isso ocorra, é necessário que tais elementos sejam submetidos ao Contraditório, que não se esgota na possibilidade de manifestação das partes; ao contrário, impõe a necessidade de que as alegações trazidas à baila possam influenciar no convencimento do julgador.

Diante da possibilidade de surgimento de novos dados que alterem a imputação anteriormente formulada, deve-se dar ao debate sua verdadeira importância, de modo que só é possível, tanto ao juiz quanto ao membro do Ministério Público, formularem seu convencimento após esgotadas as argumentações.

Sustentar o posicionamento segundo o qual a opinião final ministerial é a narrada na denúncia equivale a esvaziar por completo a função do processo, e, principalmente, da fase instrutória. Estar-se-ia diante de mera formalidade condenatória, com objetivo de formalizar um resultado jurídico fundado em impressões superficiais dos fatos e que já estaria previamente determinado, restando apenas definir o quantum da pena a ser aplicada.

Ao manifestar o entendimento sobre a inocência do réu, o Ministério Público se posiciona de forma contrária ao pedido formulado na denúncia, transmutando o caráter de sua pretensão de acusatória para absolutória.

Como pretensão, pode ser entendido aquele provimento que se deseja obter ao fim do processo. Se o juiz deixar de proferir sentença nos moldes da pretensão formulada pelo acusador, violará os Princípios da Correlação entre acusação e sentença e da Inércia da Jurisdição (em razão de prover além do que foi requerido pelas partes), o que tornará nulo o provimento, por *error in procedendo*. Diante da interposição de recurso, será necessária a prolação de nova decisão pelo órgão que prolatou a anterior, nos limites da pretensão ministerial – ou seja, absolvendo o réu.

O pedido formulado em alegações finais da acusação além de delimitar concretamente as possibilidades do pronunciamento judicial, assegura a plenitude de defesa, conforme será a seguir demonstrado.

O requerimento de condenação pelo Ministério Público é necessário para que, através de seu conteúdo, possa ser produzido um debate válido, tendo ambas as partes delimitado seu alcance. Uma vez que todos os fundamentos da sentença devem ter sido objeto do debate, pode-se dizer que a regra de correlação entre acusação e sentença emana dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. Entender que o magistrado pode proferir sentença condenatória extrapolando o pedido ministerial é aceitar que a decisão se produza tendo como base fundamentos que não foram exaustivamente discutidos pelas partes.

Quando, em alegações finais, o Ministério Público pede a absolvição do acusado, por óbvio, não suscita argumentos em prol da condenação. Logo, não há o que ser contraditado pela defesa. Isto quer dizer que se após a instrução criminal o Ministério Público representa pela absolvição, em resposta, a defesa

não se colocará em posição de resistência, o que faz com que determinadas questões escapem ao debate. Estas, por esse motivo, não podem ser valoradas na sentença, sob pena de infringir o Princípio do Contraditório.

Eventual condenação, portanto, não terá oportunizado à parte a paridade de armas, uma vez que, não havendo imputações ministeriais às quais se opor, o réu não evidenciará argumentos concretos capazes de conduzir o magistrado à decisão que lhe seja favorável.

Ao formular suas alegações finais, o Ministério Público valora a prova (assim como o faz o magistrado) para verificar se os elementos trazidos aos autos sustentam a imputação contida na denúncia. Caso o acusador entenda pela inexistência de circunstâncias que conduzam à condenação, não está o julgador habilitado a editar uma sentença em sentido diverso. Em outras palavras: diante do posicionamento da acusação pela absolvição, não há norma constitucional que permita sustentar que o magistrado tenha legitimidade para condenar, uma vez que o Ministério Público é único titular da pretensão punitiva.

Para que haja uma condenação juridicamente válida, há necessidade de um exposto pedido de condenação após a instrução criminal. Se o Ministério Público não o faz, o julgador não está autorizado a condenar. O pedido de absolvição equivale à retirada da acusação, uma vez que esta não está sendo sustentada por seu titular privativo. O juízo que, nessa situação, prola sentença penal condenatória está agindo sem a necessária provocação ao acolher imputação não mais existente. Um julgamento condenatório sem pedido final nesse sentido estará fundado em uma pretensão punitiva que deixou de ser veiculada em juízo, sendo nulo em razão do *nullum iudicium sine accusatione*.

No dizer de Américo Bedê Freire Júnior,

(...) deve-se ir além. Mais do que simplesmente a separação entre acusação e julgamento há, para efetivação do jus puniendi, a necessidade de que a acusação e o julgador se entendam quanto à existência de crime. Na verdade há uma relação de prejudicialidade entre o convencimento do promotor e do magistrado, melhor explicando: entendendo o Ministério Público pela não

existência de crime, não cabe ao magistrado exercer qualquer juízo de valor sobre a existência ou não do crime, uma vez que a partir desse momento o magistrado estaria atuando de ofício, ou seja, sem acusação e em flagrante desrespeito ao sistema acusatório.( FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 19.)<sup>[17]</sup>

Portanto, pode-se dizer que diante da formulação ministerial pela absolvição, não cabe ao julgador outro acerto senão a declaração da inocência, sob pena de nulidade da sentença. A conclusão final do Ministério Público representa sua opinião acerca da acusação, gerando efeito vinculante para o julgador.

A única conclusão compatível com as garantias constitucionais conduz à declaração de invalidade da condenação nos casos em que o Ministério Público assim não tenha requerido após a instrução processual. Caso contrário, restaria ao acusado ter como adversário não apenas o Ministério Público, mas também o julgador.

Portanto, viola o sistema acusatório constitucional a regra prevista no art. 385 do CPP, que prevê a possibilidade de condenação ainda que o Ministério Público peça a absolvição, uma vez que, substituindo-se ao acusador, o juiz faz ressurgir a pretensão por ele abandonada. A confusão entre as funções de acusar e de julgar traduz o mais claro retrocesso ao modelo inquisitório.

Diante da ausência de acusação – entendida como a pretensão final do Ministério Público, eventual decisão condenatória transformará o juiz em parte, afastando-se da missão que lhe reserva a Constituição no art. 5º, incisos XXXVII e LIII. O juiz é um garantidor, e jamais um acusador que se insurgirá contra o réu diante do convencimento do Ministério Público sobre sua inocência.

### 3 CONCLUSÃO

Chegado o momento de concluir a exposição, torna-se evidente a necessidade de adaptação do processo penal à função a qual se destina: conter abusos durante a persecução penal.

O processo é servil à promoção dos Direitos Humanos, devendo assegurar que indivíduos tenham acesso a um provimento jurisdicional amparado por todas as garantias asseguradas pela Constituição da República. Entre essas garantias está o de submeter-se a sentença fundada em acusação prévia e indubitável, que contenha expresse pedido de condenação ao final da instrução probatória, sob pena de, não entendendo o Ministério Público pela força probatória dos elementos contidos nos autos, ser o réu declarado inocente. Sem uma perfeita acusação, não há sentença capaz de sustentar-se como válida.

A finalidade do processo é promover a paz jurídica, sendo instrumento da tutela do direito material. Contudo, em patamar acima da função instrumental está a função protetiva dos direitos fundamentais do acusado e da sociedade como um todo, que tem como interesse comum o freio a abusos por parte dos agentes estatais.

Um sistema processual tirânico é ineficiente por não atender à necessidade de respeito às garantias constitucionais e às liberdades civis.

Para que uma decisão esteja em consonância com o Estado Democrático de Direito deve atentar-se às circunstâncias do caso concreto, e, por isso, basear-se nos elementos trazidos pelas partes, em pleno respeito ao Princípio do Contraditório.

Se virtude das provas produzidas no debate, o Ministério Público modificar sua opinião acerca da autoria ou materialidade do delito, entendendo pela absolvição do acusado, seu pleito deve prevalecer. Isto porque o pronunciamento final do juízo deve ser fundado em uma contundência argumentativa exposta pelas partes, e não em um grau de superioridade que emane do julgador.

O artigo 385 do CPP caracteriza-se como resquício do Sistema Inquisitório que ainda permite que o juiz exerça o papel do Ministério Público quando sustenta, por si só, a pretensão condenatória, em nome de uma suposta “verdade” real, só a ele *revelada*.

Trata-se de exercício indevido e simultâneo de papéis que a Constituição reservou a órgãos distintos, como fator de garantia do devido processo legal.

Efetiva construção de uma realidade democrática exige a diminuição do abismo existente entre os ditames constitucionais e o Código de Processo, que teima em manter consigo ranços de um contexto político ditatorial.

Quando a legislação estiver em desconformidade com a Constituição da República, não poderá ser aplicada. Situação análoga ocorre figurando o Código de Processo Penal como personagem principal, que, diante da violação a preceitos constitucionais, não deve prevalecer.

As disposições da Lei Maior não sucumbem às normas jurídicas que lhe sejam avessas; ao contrário, atuam como orientadoras para a interpretação destas, que devem ser lidas à luz do dos mandamentos emanados do legislador constituinte.

Em resumo, as leis devem ser interpretadas de acordo com a Carta Magna, sendo inaceitável delimitar a extensão das garantias nela contidas tomando por base a legislação infraconstitucional.

Sobre o caráter normativo dos princípios, assevera BADARÓ:

(...) os princípios processuais poderão impor uma releitura ou trazer novo conteúdo a um dispositivo da legislação infraconstitucional. É necessário 'revisitar' o nosso sistema processual penal. (BADARÓ, 2013. p. 140) <sup>[18]</sup>

Nos moldes do que foi apresentado, não é possível que seja conferida aplicabilidade ao artigo 385 do Código de Processo Penal, por ser claramente incompatível com o sistema acusatório.

O artigo 385 do CPP, portanto, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, por não sobreviver à filtragem que tem como parâmetro o Princípio Acusatório, caracterizado pela separação absoluta entre as funções de acusar e julgar.

Em nenhum caso, é tolerável a assunção da acusação pelo juiz, como ocorre na situação descrita no art. 385 do CPP. A radical separação entre juiz e acusação é o mais importante de todos os elementos do modelo acusatório.



Logo, embora o referido artigo disponha de modo diverso, à luz da Constituição da República de 1988, não restam dúvidas de que o juiz não pode condenar sem tomar por base a acusação, sob pena de ser nula a sentença.

*“Quem tiver um juiz por acusador, precisa de Deus como defensor.”<sup>[19]</sup>*

O autoritarismo se mascara sob muitas faces. Para isso, utiliza-se da falsa crença de que é necessária a ampliação do poder punitivo estatal.

Enganosa é pretensão de fazer do direito penal um instrumento de transformação social à custa do enfraquecimento dos direitos fundamentais. Acaba por ser, em verdade, troca de uma estrutura democrática por uma opressora.

Mais perigosos que os delitos penais podem ser os excessos do poder punitivo.

## FONTES

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação Entre Acusação e Sentença**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 140

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Quartier Latin. Clássicos Quartier. 2005. Tradução: Alexis Couto de Brito. P. 57.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais no Brasil**. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Escritos de direito e processo penal ao Prof. Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 140

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 439.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, 2ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1986. p.950

KARAM, Maria Lúcia. **O direito à defesa e à paridade de armas**. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). **Processo Penal e Democracia: estudos**

em homenagem aos 20 anos da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pag. 405

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 9 ed. 2012. p. 214.

PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo Penal e Democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação Entre Acusação e Sentença**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 140

\_\_\_\_\_. **Correlação Entre Acusação e Sentença**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 232

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BATISTA, Nilo. **Apresentação** In: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade Constitucional das Leis Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2 ed. 2001. p. xi - xiii

\_\_\_\_\_. **Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2011, p. 21

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Quartier Latin. Clássicos Quartier. 2005. Tradução: Alexis Couto de Brito. P. 57.

BONATO, Gilson. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRITO, Alexis Couto de; **Execução Penal**, 3ª Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Bookseller, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **O juiz de garantias na reforma do Código de Processo Penal**. In: BONATO, Gilson (org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais no Brasil**. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Escritos de direito e processo penal ao Prof. Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 140

\_\_\_\_\_. **Legibus Solutio**: a sensação dos que são contra a reforma global do CPP. Boletim IBCCRIM. n. 210, v. 18, 2010. P. 2

\_\_\_\_\_. **Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial**. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.27.

FELDENS, Luciano. **Ministério Público, Processo Penal e Democracia: Identidade e desafios**. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Vinte anos de Constituição e o Processo Penal**. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 439.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, 2ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1986. p.950

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público.** São Paulo: Boletim do IBCCrim, nº 152 – julho 2005, p. 19

GONZAGA, J. Bernardino Apud PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório.** 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

\_\_\_\_\_; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance, **As Nulidades no Processo Penal.** 12ª Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2011.

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso do Deputado Ulysses Guimarães ao presidente da Assembléia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal.** 2010. Disponível em: <[http://www.pmdb-rs.org.br/memoria/fl\\_adm/uploads/arquivos/arquivo\\_20.doc](http://www.pmdb-rs.org.br/memoria/fl_adm/uploads/arquivos/arquivo_20.doc)> Acesso em 30 jun. 2014. pg 4-6

KARAM, Maria Lúcia. **O direito à defesa e à paridade de armas.** In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pag. 405

LANZÓN, Román P.. **La Pretensión Desincriminante del Ministerio Público Fiscal en el Proceso Penal.** 1 ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 9 ed. 2012. p. 214.

MALAN, Diogo. **Direito ao confronto no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. Campinas: Millenium, 2000.

MARTÍNEZ, Santiago. **La Acusación Como Presupuesto Processual y Alegato Absolutória**. 1 ed. Buenos Aires: Fabían J. Di Plácido, 2003.

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

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Penais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, 2ª edição. Notas do autor à 2ª edição. p. xxiii.

\_\_\_\_\_. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_; MALAN, Diogo. **Processo Penal e Democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito Processual Penal**. 11ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005. pg.38-39

TORNAGHI, Hélio. **A Relação Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VICENTINO, Cláudio e DORIGO, Gianpaolo. **História do Brasil**. 1ª Edição 7ª Impressão. São Paulo. Scipione.2004. pg. 364

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Carta E. Raúl Zaffaroni a Sua Santidade o Papa Franciso, em 03 de junho de 2014**. São Paulo: Boletim IBCCRim, Ano 22, n. 260, 2014.

\_\_\_\_\_. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro:

NOTAS:

[1] BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, nº238, 13 OUT. 1941. Seção I, p. 19.688.

[2] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 439.

[3] GONZAGA, J. Bernardino Apud PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

[4] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, 2ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1986, p.950

[5] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Quartier Latin. Clássicos Quartier. 2005. Tradução: Alexis Couto de Brito

[6] BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, nº238, 13 OUT. 1941. Seção I, p. 19.688.

[7] Nesse caso, não há que se falar em inconstitucionalidade material superveniente. Como consequência da não recepção, conforme já decidido pelo STF (ADI de n. 3833), normas anteriores à Constituição de 1988 apenas podem ser tocadas pelo fenômeno da revogação, pois o advento de uma nova constituição não tem o condão de tornar inconstitucional uma norma que estava em consonância com o ordenamento jurídico anterior.

[8] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Legibus Solutio**: a sensação dos que são contra a reforma global do CPP. Boletim IBCCRIM. n. 210, v. 18, 2010. P. 2

[9] LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 9 ed. 2012. p. 214

[10] Em alguns casos, há exceção à titularidade do Ministério Público de buscar a condenação. Trata-se de situações em que o legislador conferiu à vítima (ou a seu representante legal) a faculdade de promover a ação penal por meio de queixa-crime. Cumpre mencionar que, embora o Estado confira ao particular o direito de perseguir a condenação (*jus accusationis*), continua a manter exclusivamente o direito de punir (*jus puniendi*).



[11] Trata-se de *mutatio libelli*, tema sobre o qual não cabem maiores exposições nesse trabalho.

[12] Trata-se do instituto denominado *emendatio libelli*, sobre o qual também não cabem maiores exposições.

[13] KARAM, Maria Lúcia. **O direito à defesa e à paridade de armas**. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pag. 405

[14] PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.42.

[15] PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[16] BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, nº238, 13 OUT. 1941. Seção I, p. 19.688.

[17] FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público**. São Paulo: Boletim do IBCCrim, nº 152 – julho 2005, p. 19.

[18] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação Entre Acusação e Sentença**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 140

[19] Trata-se de brocardo do Direito Penal que jamais deve ser esquecido

## REVISÃO CONTRATUAL NO CODECON

**SILVIA MARIA DE PAULA NASCIMENTO:**

Bacharel pela Faculdade de Direito de Franca. Pós-graduada pela Universidade Católica Dom Bosco. Procuradora Municipal de São Carlos/SP.

**Resumo:** Trata-se de artigo que visa discutir as relações contratuais consumeristas com foco nas cláusulas protetivas, visando a possibilidade de revisão contratual. Destaca-se a efetivação do sistema protetivo consumerista visando a manutenção dos contratos desde que de forma a preservar a boa-fé e a proteção da confiança.

**Palavras-chaves:** consumidor; revisão; proteção; boa-fé; confiança; cláusulas consumeristas.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Cláusulas abusivas no direito do consumidor. 2.1. A cláusula de não-indenizar; 2.2. A cláusula de renúncia ou disposição de direitos; 2.3. A cláusula limitativa de indenização; 2.4. A cláusula de subtração da opção de reembolso da quantia paga; 2.5. A cláusula de transferência de responsabilidade a terceiros; 2.6. A cláusula de inversão prejudicial do ônus da prova; 2.7. A cláusula em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; 2.8. A cláusula de opção exclusiva à conclusão do contrato; 2.9. A cláusula de modificação unilateral do contrato; 3. Princípio da Paridade do CDC frente ao Código Civil de 2002; 4. Conclusão.

---

### 1 Introdução

A relação contratual pode ser conceituada como o acordo de vontades que produz a relação jurídica obrigacional, produzindo efeitos jurídicos. No campo do direito do consumidor, há uma “relação jurídica especial existente entre consumidor e fornecedor, tendo por objeto aquisição ou a utilização de produto ou serviço pelo consumidor”<sup>[1]</sup>. No art. 2º do CDC, é tido como consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Há duas correntes que definem destinatário final. Segundo a corrente finalista, consumidor será aquele que retira do comércio determinado

produto ou serviço. Já na corrente maximalista é necessário para a caracterização de consumidor que este não o adquira para a revenda ou para o uso profissional, pois assim ele seria novamente um instrumento de produção, cujo preço seria repassado ao mercado de consumo.

A seção II do Código de Defesa do Consumidor equipara a consumidor no art. 17, todos aqueles que foram vítimas de eventos danosos referentes ao produto ou ao serviço prestado, independente da aquisição do produto ou sua utilização, bastando a simples exposição à prática do produto, como cita Cláudio Bonatto “é o caso do vizinho atingido na sua incolumidade física ou psíquica pela explosão de um botijão de gás.”<sup>[2]</sup>

A outra parte da relação de consumo é o fornecedor, sua definição está contida no art. 3º, caput, do CDC como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Para a caracterização do consumo, é necessária a existência de ação, de transferir os bens da vida de uma pessoa para outra pessoa, com profissionalidade, habitualidade, que pressupõem continuidade e duração, dirigidos a um objetivo.

Atos isolados não constituem atividade de profissional de fornecedor não podendo, portanto, ser caracterizados como relação de consumo. É como o particular que vende o carro a outro particular; esta relação jurídica será tutelada pelo código civil, não pode ser caracterizada como relação de consumo.

A relação de consumo pode ter como objeto um produto ou um serviço. A definição clássica de produto está contida no art. 3º, § 1º do CDC, sendo qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial.

Como bens imateriais se entendem aqueles insuscetíveis de serem apreendidos, pesados ou medidos, por não serem palpáveis, embora possam ser avaliados economicamente, exemplo disso seria uma peça teatral.

Como serviço se entende conforme o disposto no art. 3º, § 2º do CDC, qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração. Enquanto no parágrafo primeiro nada consta sobre a remuneração, no segundo tal exigência é expressa. Esta remuneração poderá ser direta ou indireta, esta ocorrerá quando de forma indireta o comerciante ganha fruto através de atos promocionais ou aparentemente gratuitos, com o objetivo de atrair a clientela.

## 2 Cláusulas abusivas no direito do consumidor

Diante da grande industrialização, da economia e contratos de massa, surge a necessidade de maior proteção à parte hipossuficiente da relação. Hipossuficiência que antes não existia, como sustenta Ada Pellegrini e Herman Benjamim:

Antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na sociedade de consumo e que, por isso mesmo, 'dita as regras'. E o direito não pode ficar alheio a tal fenômeno. [3]

Porém, hodiernamente, há um desequilíbrio entre o fornecedor e o consumidor, verificando-se o desequilíbrio entre as partes, em face da submissão, na expressão neoliberal do *take it ou leave it*, é pegar ou largar, tendo um aumento significativo dos contratos de mera aderência, principalmente pela utilização de cláusulas contratuais abusivas.

O Código de Defesa do Consumidor não defini o que se classifica como cláusulas abusivas apesar de elencá-las no art. 51, do CDC, não de forma taxativa, porém exemplificativa.

De acordo os doutrinadores, o conceito de cláusula abusiva é mais amplo que o de cláusula ilícita, pois uma cláusula lícita poderá ser abusiva, na medida que provoque desequilíbrio contratual, com vantagem exclusiva do agente econômico, como exemplo pode-se citar a cláusula que autoriza o fornecedor cancelar o contrato unilateralmente, tal cláusula é lícita, podendo, no entanto, a luz

do inciso XI do artigo 51 do CDC ser abusiva a medida que torne o consumidor cativo da contratação.

Por critério ilustrativo, dispõem-se algumas cláusulas abusivas em espécie.

## **2.1 A cláusula de não-indenizar**

A cláusula de não-indenizar é instituída com o objetivo de permitir a um dos sujeitos contratantes subtrair-se às consequências patrimoniais advindas de um fato cuja responsabilidade deve arcar.

No âmbito do Direito Comum, a cláusula de não-indenizar depende do consentimento expresso dos sujeitos do contrato e correspondendo, a uma vantagem para todas as partes da relação contratual.

O Código do Consumidor, como norma de interesse público e de interesse social, não poderia permitir, como não permite, a estipulação de cláusula contratual neste aspecto.

Desta forma, o artigo 51, inciso I, do CDC dispõe serem nulas de pleno direito as cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços, ou que impliquem renúncia ou disposição de direitos.

A órbita de proteção do consumidor quanto aos acidentes de consumo visa à tutela da integridade físico-psíquica dos consumidores; já na órbita de proteção quanto a incidentes de consumo tem como objetivo proteger a esfera meramente econômica do consumidor.

Desta forma, cláusulas que contiverem tal disposição são tidas como nulas de pleno direito, sendo ilegítima sua inclusão nas relações contratuais de consumo.

## **2.2. A cláusula de renúncia ou disposição de direitos**

A cláusula de renúncia ou disposição de direitos foi inserida no inciso I do artigo 51 do CDC, também comina pena de nulidade de pleno direito às

cláusulas contratuais ou de condições gerais de contratação que impliquem renúncia ou disposição de direitos por parte do consumidor.

Tal disposição de direitos é nula de pleno direito porque resultaria em um desequilíbrio entre as partes da relação de consumo.

### **2.3.A cláusula limitativa de indenização**

Em uma análise *contrário sensu* são nulas de pleno direito as cláusulas limitativas da indenização ao consumidor-pessoa física, bem como ao consumidor-profissional liberal, portanto a norma retromencionada somente excepcionou a limitação contratual da indenização nas relações de consumo firmadas entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica e, mesmo assim, em situações justificáveis, o que deverá ser visto a cada caso concreto pelo julgador.

### **2.4. A cláusula de subtração da opção de reembolso da quantia paga**

Essa cláusula vem expressa no artigo 51, em seu inciso II, do CDC, no sentido de nulidade de pleno direito das cláusulas contratuais que “subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia paga, nos casos previstos neste Código”.

O Código do Consumidor é expresso ao garantir o reembolso da quantia já paga. Como profere o artigo 53 “são nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

Há também a disposição do artigo 18, §1º, inciso II, que disciplina a responsabilidade civil do fornecedor pelos vícios de qualidade por inadequação, ou pelos incidentes de consumo. Determina-se que, não sendo sanado o vício no prazo previsto, pode o consumidor exigir a imediata restituição da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

### **2.5 A cláusula de transferência de responsabilidade a terceiros.**

A responsabilidade de eventuais danos gerados pelo produto ou serviço é do fornecedor, porque a relação contratual existe entre consumidor e

fornecedor e não diz a respeito de terceiros, porque estes não atuam na relação de consumo. Tais situações são extremamente comuns em contratos turísticos, nos quais a fornecedora busca transferir a responsabilidade a terceiros, com os quais o consumidor não teve relação, como por exemplo, ao transportador aéreo por qualquer atraso de voo.

A única exceção a tal disposição é ao que se refere ao contrato entre fornecedor e seguradora no qual é cabível a aplicação do artigo 80 do CPC, mas a denunciação a lide é expressamente proibida pelo Código de Defesa do Consumidor.

## **2.6 A cláusula de inversão prejudicial do ônus da prova.**

Em questão probatória incumbe ao consumidor, como fato constitutivo do seu direito, a prova de seu dano e a prova do nexo de causalidade entre o dano e o produto ou serviço que adquiriu ou utilizou.

Incumbe ao fornecedor, como fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do consumidor, a prova de que não colocou o produto no mercado, ou da inexistência do vício de qualidade do produto ou do serviço ou a culpa exclusiva, previstas nos artigos 12, § 3º, e 14, § 3º do CDC, ou seja há uma inversão do ônus probatório em favor do consumidor, tal inversão é denominada pela doutrina de ônus probatório *ope judici*.

Desta forma, o consumidor há de provar apenas o nexo causal entre o dano e o produto adquirido.

No entanto, tal inversão se dará em conformidade com o art. 93, inciso, IX, da CF/88, casos em que o magistrado definirá o consumidor como hipossuficiente em relação ao fornecedor.

No entanto, cabe salientar que caso fortuito ou força maior não foram alencados como extensão da responsabilidade do fornecedor, sendo considerados no Direito Pátrio uma forma de isenção da responsabilidade.

Desta forma qualquer cláusula que viesse a ferir o preceito de inversão probatório do consumidor, será nula de pleno direito.



## **2.7 A cláusula em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor**

O artigo 51, inciso XV, do CDC configura uma cláusula geral ao determinar que seja nula qualquer cláusula que estiver em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor, isso oferece uma margem de abertura ao magistrado para a atuação no caso concreto.

## **2.8 A cláusula de opção exclusiva à conclusão do contrato**

Qualquer cláusula exclusivista, que estabelece unilateralmente direitos ou prerrogativas a apenas uma das partes, em detrimento da outra, ocorrendo o desequilíbrio da relação contratual, deve ser revista.

Assim é o caso de cláusulas que colocam a exclusividade de uma só das partes na rescisão da relação de consumo, pois será considerada como potestativa.

## **2.9 A cláusula de modificação unilateral do contrato**

O artigo 51, inciso XIII, do CDC comina de nulidade cláusulas contratuais que “autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração”.

Qualquer cláusula com essa conotação deve ser revista, pois na relação contratual devem existir os preceitos de confiança mútua e boa-fé, ao faltar uma dessas poderá cominar na resolução por falta dos deveres jurídicos secundários.

Desta forma, a vedação à modificação unilateral de qualquer dispositivo inserto no instrumento garante a segurança negocial e a estabilidade jurídica.

## **3. Princípio da Paridade do CDC frente ao Código Civil de 2002.**

Com o advento do Código Civil de 2002, foi questionada sua compatibilidade com o Código de Defesa do Consumidor. Porém, logo se verificou que apesar da especialidade do CDC, este era muito compatível com o CC/02,

principalmente a consonância dos valores consagrados, existindo o que foi definido como o Diálogo entre as Fontes.

A doutrina classifica a compatibilidade entre os dois institutos sob três prismas: compatibilidade principiológica, conceitual e complementativa.

A primeira se deve aos princípios coexistentes entre o CDC e o CC/02, como o Princípio da Dignidade Humana, Eticidade, Socialidade, Operabilidade, mesmo que de forma implícita.

A segunda compatibilidade se deve as fontes normativas de caráter conceitual, desta forma se aplicam todos os preceitos basilares da parte geral do Código Civil que com o CDC for compatível.

E a última esfera e talvez mais importante é a complementativa, que visualiza a possibilidade da utilização do Código Civil na busca da proteção ao consumidor, como ocorre a aplicação do art. 413 do CC/02 nos contratos do consumidor, para a redução da cláusula penal quando esta for manifestadamente excessiva.

Outro caso interessantíssimo seria a atuação do art. 2035 do Código Civil de 2002, nos contratos do consumidor. O artigo se refere sobre a validade dos negócios e atos jurídicos, antes da entrada em vigor do código, que serão regidos pelas normas anteriores, em consonância com o *tempus regit actum*, mas ressalva sua atuação para os efeitos de tais negócios e atos.

O parágrafo único, do mesmo dispositivo legal, faz outra importantíssima ressalva, proferindo que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos pelo Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Esta norma é muito relevante porque dispõe sobre a possibilidade de resolução de contratos, mesmo anteriores ao Código Civil se contrariarem os preceitos de ordem pública.

A indagação mais relevante ainda se dá em termos de Diálogo das Fontes. Poderia ser invocado o parágrafo único do art. 2035 para contratos de direito do consumidor mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002? Pela

interpretação principiológica acredita-se nesta possibilidade, por se tratar de preceito de ordem pública.

#### **4. Conclusão**

Hodiernamente, vê-se a grande atuação dos contratos de massa, sendo uma das partes hipossuficiente devido a sua mera aderência e a não possibilidade de discutir as cláusulas contratuais, resultando, assim, desequilíbrio entre os envolvidos.

Neste contexto, o Código de Defesa do Consumidor visa criar um sistema protetivo, relativizando o brocardo latino *pacta sunt servanda*, o contrato faz lei entre as partes, possibilitando sempre a aplicação do justo, através de revisões contratuais, e retirando efetivamente os efeitos de cláusulas nulas de pleno direito.

A antiga fórmula *rebus sic stantibus* visa à possibilidade de revisão contratual se este resultar em onerosidade excessiva para uma das partes, desequilíbrio contratual devido a fatos imprevisíveis, se houver ofensas a direitos da personalidade, a boa-fé objetiva e principalmente a função social do contrato. Trata-se de uma relação equilibrada definida pela Teoria da Base Objetiva.

Cabe ainda salientar que na prática jurídica pouco se utiliza a possibilidade de revisão contratual, vigorando o ânimo existente no Código de Defesa do Consumidor, para a criação de uma relação consumerista justa.

#### **Referências**

AZEVEDO, Antônio Junqueira. O princípio da boa-fé nos contratos. *google*. Disponível em: < <http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo7htm>> Acessado em: 9 maio 2006.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969.

BONATTO, Cláudio. *Código de defesa do consumidor: Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIM, Antônio Herman. *Código brasileiro de defesa ao consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOTAS:

[1] NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 429

[2] BONATTO, Cláudio. *Código de defesa do consumidor: Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 23.

[3] GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIM, Antônio Herman. *Código brasileiro de defesa ao consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 6.

## DA ATIPICIDADE DO CRIME DE DESACATO

**THAIS CRISTINA MUNIZ BLANCO:** Graduação em Direito na UERJ. Pós Graduação em Direito Administrativo na UCAM.

**RESUMO:** A convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) estabeleceu, em seu art. 13, a liberdade de pensamento e expressão. Com a ratificação de tal tratado internacional pelo Brasil e, considerando o seu status de norma supralegal, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal federal, é certo que implica na atipicidade formal do crime de desacato.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crime desacato. Atipicidade formal. Convenção Americana de Direitos Humanos.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Desenvolvimento 3. Conclusão 4. Referências Bibliográficas.

---

### 1. Introdução

O artigo 331 do Código Penal tipificou como crime a conduta de “Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”, com pena de detenção de seis meses a dois anos ou multa.

Ocorre, entretanto, que, com amparo na Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil no ano de 1992, conforme Decreto nº 678 de 06/11/1992), a condenação por tal delito afigura-se indevida, pois seu artigo 13 derogou o art. 331 do Código Penal Brasileiro, por total desconhecimento entre a norma incriminadora e a liberdade de expressão assegurada pelo Pacto Internacional, *in verbis*:

“Artigo 13. Liberdade de Pensamento e de Expressão.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidade ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, como objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.”

## **2. Desenvolvimento**

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e incorporados ao direito interno têm natureza supralegal, na forma do art. 5º, §2º da CRFB/1988.

Dessa forma, tendo como parâmetro a citada interpretação, baseada na hierarquia das normas, a CADH encontra-se inegavelmente em posição superior às leis ordinárias e extraordinárias, o que inclui a legislação penal.

Ademais, o Decreto que incorporou as normas da Convenção ao direito pátrio data do ano de 1992, sendo, portanto, norma ulterior revogadora de norma penal incriminadora anterior, considerando-se que o Decreto-Lei instituidor do crime de desacato no Código Penal data do ano de 1940.

Por sua vez, o órgão jurisdicional com competência autêntica para decidir em matéria de Convenção Americana de Direitos Humanos é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com o reconhecimento pelo Brasil como obrigatória a competência da referida Corte “em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos” nos termos do art. 1º do Decreto nº 4.463/2002, torna-se imperioso que o Judiciário nacional garanta o fiel cumprimento deste tratado, em consonância com o que decide a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

E, neste diapasão, surge a imperiosa necessidade de se reconhecer a atipicidade da conduta tradicionalmente reconhecida jurídico-penalmente como adequada aos moldes do tipo penal de “desacato”.

Neste caminhar é que se mostra frontalmente violador do art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos o art. 331 do Código Penal, que tipifica a conduta de desacato, *“porque se prestavam ao abuso como um meio para silenciar ideias e opiniões impopulares, reprimindo, desse modo, o debate que é crítico para o efetivo funcionamento das instituições democráticas”*<sup>[1]</sup>, além de proporcionar *“um maior nível de proteção aos funcionários públicos do que aos cidadãos privados, em direta contravenção com o princípio fundamental de um sistema democrático, que sujeita o governo a controle popular para impedir e controlar o abuso de seus poderes coercitivos”*<sup>[2]</sup>.

Esse, inclusive, é o entendimento atual desta c. Corte Superior, conforme se constata da análise da jurisprudência abaixo:

**“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE**



CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

1. Uma vez interposto o recurso de apelação, o Tribunal, respeitando o contraditório, poderá enfrentar todas as questões suscitadas, ainda que não decididas na primeira instância, desde que relacionadas ao objeto litigioso recursal, bem como a apreciar fundamentos não acolhidos pelo juiz (arts. 10 e 1.013, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes cometidos mediante o uso de violência ou grave ameaça, como o roubo.

3. O pleito de desclassificação do crime de roubo para o de constrangimento ilegal carece da indicação do dispositivo legal considerado malferido e das razões que poderiam fundamentar o pedido, devendo-se aplicar o veto da Súmula 284/STF. Além disso, o tema não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem a parte interessada opôs embargos de declaração para suprir tal omissão, o que atrai o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos

Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais.

5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, 'o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade.'

6. **Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, 'no plano material, as regras providas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade.'**

7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial.

8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos.

9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do *desacato*, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de *desacato* se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado *pro homine*, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo.

**13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito.**

14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato.

15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público.

**16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP).**

(...)

Alega o recorrente a existência de violação dos arts. 381, III, do Código de Processo Penal, 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e 157 do Código Penal. (...) **uma vez interposto o recurso de apelação, o Tribunal, respeitando o contraditório, poderá enfrentar todas as questões suscitadas, ainda que não decididas na primeira**

instância, desde que relacionadas ao objeto litigioso recursal, bem como apreciar fundamentos não acolhidos pelo juiz (arts. 10 e 1.013, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal). (...) Ainda sobre o tema: '(...) 2. O efeito devolutivo da apelação é total ou parcial quanto à extensão e sempre integral quanto à profundidade. O Tribunal poderá analisar, com ampla profundidade, a pretensão recursal que lhe foi submetida, não ficando adstrito aos fundamentos adotados em primeiro grau, desde que respeitada a extensão objetiva do recurso. (...)'

(HC 311.439/DF, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/2/2016.) O agravo foi convertido em recurso especial, conforme o disposto no art. 253, parágrafo único, II, "d", do RISTJ. (...) O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a adoção, pelos Estados Partes, de 'medidas legislativas ou de outra natureza', visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais: (...) **Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, 'o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade.'** (...) Os acórdãos acima mencionados, ao reconhecerem o caráter supralegal dos tratados que cuidam da proteção aos direitos humanos, enfatizaram que, '**no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual**

paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade' (REsp 914.253/SP). (...) Dessarte, ao contrário do que entenderam as instâncias ordinárias, a ausência de lei veiculadora de abolitio criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação de possível inconformidade do art. 331 do CP, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão. (...) A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou a respeito do tema em casos que envolveram Argentina, Chile, Panamá, Peru e Venezuela, resultando, sempre, em decisões pela prevalência do art. 13 do Pacto de São José sobre normas internas que tipificam o crime em exame. Destaca-se, como paradigma, o Caso n. 11.012, relativo ao jornalista Horácio Verbitsky, condenado por desacato em razão de ter chamado de 'asqueroso' o Ministro Augusto César Belluscio, da Suprema Corte de Justiça da República Argentina. A controvérsia foi resolvida mediante o compromisso do país vizinho no sentido de extirpar de seu ordenamento jurídico o delito de desacato. No caso Palamara Iribarne v. Chile (2005) a solução não foi amistosa, tendo a CIDH considerado que a República do Chile violou o disposto no art. 13 da Convenção ante a imputação do crime de desacato ao escritor Humberto Antonio Palamara Iribarne. No relatório especial de 1995, a Comissão afirmou que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário (CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro

de 1995, 197-212) . A CIDH, em seu 108º período ordinário de sessões, realizado de 16 a 27/10/2000, aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, que estatui: "11. Os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis que punem a manifestação ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como 'leis de desacato', atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação." (...) Assim mesmo, **o Brasil não retirou da legislação o crime de desacato, o que, a teor de denúncias formuladas pelas Defensorias Públicas da União e do Estado de São Paulo à CIDH, consubstanciaria descumprimento do art. 13 da CADH e do respectivo Princípio sobre Liberdade de Expressão n. 11.** Com semelhantes argumentos, em 31/5/2016, a Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, Doutora DEBORAH DUPRAT, representou ao Procurador-Geral da República pela propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal. A proposta de ADPF, disponível no sítio eletrônico <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato>, destaca que a tipificação do crime de desacato 'atenta contra o regime democrático, na medida em que impede o controle da atuação de servidores públicos a propósito de suas funções. Do mesmo modo, inibe a liberdade de expressão nos seus aspectos e fundamentos essenciais, além de atingir mais severamente aqueles que estão em luta pela implementação de seu catálogo de direitos, em clara ofensa ao princípio da igualdade.' Ressalta que a situação 'compromete o Brasil no cenário internacional, em razão do não cumprimento de obrigações às quais aderiu livremente.' A existência do crime do art. 331 do CP, para a PFDC, não raras vezes, serviu de instrumento de abuso de poder pelas



autoridades estatais, para suprimir direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão (...) **A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais nele reconhecidos. (...) Não há dúvida de que a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo.** Afinal, é da Doutrina o conceito de que 'todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é instrumento da soberana vontade e atuação do Estado', daí a especial proteção que lhe consagra a lei penal (HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 420). A continuar dessa forma, o funcionário público que se sentir vitimado por qualquer desaire tem direito de invocar a cláusula absolutista e dizer, sem exagero, L'État c'est moi, porquanto com respaldo no art. 331 do CP. (...) Louvo-me, no aspecto, na argumentação expendida pelo Subprocurador-Geral da República, Doutor NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO, para 'ressaltar que eventuais condutas que exorbitem os limites da razoabilidade podem ser suficientemente responsabilizadas por instrumentos de natureza cível e mesmo penal, aplicáveis a toda e qualquer pessoa, mostrando-se desnecessário manter um tipo dotado de conceitos vagos e imprecisos, que tem servido mais como meio de intimidação dos cidadãos do que para a proteção da Administração Pública.' **Com razão, portanto, o recorrente, no ponto em que aduz a inviabilidade da condenação por desacato com fundamento em tipo penal incompatível com os parâmetros normativos oferecidos pelo art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, do qual a República Federativa do Brasil é signatária. Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe parcial**

**provimento, para afastar a condenação do recorrente pelo delito de desacato (art. 331 do Código Penal).** (REsp 1640084/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, **QUINTA TURMA**, julgado em 15/12/2016, **DJe 01/02/2017**) (grifos nossos)

### 3. Conclusão

Por todo exposto, outra não pode ser a conclusão de que há incompatibilidade entre a previsão do crime de desacato do Código Penal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido é o entendimento da Relatoria para Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos[3], ou seja, de que não há como deixar de concluir que as leis nacionais que estabelecem crimes de desacato são contrárias ao artigo 13 da CADH, incongruentes com a estrutura do Estado Democrático de Direito. *In verbis*:

“(...) La protección especial que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos contra un lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. Ello es especialmente así teniendo en cuenta la función dominante del gobierno en la sociedad y, particularmente, donde se dispone de otros medios para responder a ataques injustificados mediante el acceso del gobierno a los medios de difusión o mediante acciones civiles individuales por difamación y calumnia. Toda crítica que no se relacione con el cargo del funcionario puede estar sujeta, como ocurre en el caso de todo particular, a acciones civiles por difamación y calumnia. En este sentido, el encausamiento por parte del gobierno de una persona que critica a un funcionario público que actúa en carácter oficial no satisface los requisitos del artículo 13(2) porque se puede concebir la protección del honor en este contexto sin restringir la crítica a la administración pública. En tal sentido, estas leyes constituyen también un medio injustificado de limitar el derecho de expresión que

ya está restringido por la legislación que puede invocar toda persona, independientemente de su condición.

Es más, la Comisión observa que, contrariamente a la estructura que establecen las leyes de desacato, en una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas --y no menos expuestas-- al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o la aplicación de la política pública. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica”

As ações tificadas como descato demonstram, na verdade, o inconformismo, o protesto, a indignação quanto à forma de condução da atividade pública. Assim, o exercício do direito de crítica de um serviço prestado pelo Estado jamais poderia se reverter em crime, por ser parte indissociável do próprio exercício da democracia.

Em virtude destes argumentos, nenhuma pessoa deveria sofrer condenação criminal e ter sua liberdade restringida por norma de direito interno que colide com tal Convenção, e essa providência – revogação expressa da Lei Penal incriminadora – já foi adotada por alguns países da América Latina, com vistas a atender ao Pacto, a saber, Argentina, Peru, Costa Rica, Honduras e Guatemala.

#### **4. Referências Bibliográficas[4]**

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 220.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13

NOTAS:

[1] Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, 197-212.

[2] Idem

[3] Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm>. Acesso em 16/06/2015 às 16:00h

[4] Artigo desenvolvido com base em minuta elaborada para o Recurso Especial nº 000608-55.2012.8.19.0007 na Assessoria Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

## ÉTICA APLICADA AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

**GILBERTO ALVES DE AZERÊDO JÚNIOR:**  
Advogado. Bacharel em Direito pela  
Universidade Federal da Paraíba - PB.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Conceito e importância do advogado; 3. Legislação aplicável ao exercício da advocacia; 3.1 Relações com o cliente; 3.2 Sigilo profissional; 3.3 Publicidade; 3.4 Honorários Advocatícios; 3.5 Dever de Urbanidade; 4. Infrações e sanções disciplinares; 4.1 Infrações disciplinares puníveis com censura ou advertência; 4.2 Infrações disciplinares puníveis com suspensão; 4.3 Infrações disciplinares puníveis com exclusão; 4.4 Sanção disciplinar de multa; 5. Considerações Finais; 6. Referências Bibliográficas.

### 1. INTRODUÇÃO

A ética está presente em vários discursos. Diante de qualquer acontecimento avaliado como negativo, notadamente aqueles que envolvem pessoas famosas e/ou que são noticiados pela mídia, é comum levantarem-se vozes de moralistas a invocar a necessidade de reforço ético.

O termo é rico em definições. A título de exemplo, podemos citar a que nos é dada pelo professor Paulo Hamilton Siqueira Jr. (2002, p.133), segundo o qual, ética é “a parte da Filosofia que se preocupa com o agir das pessoas, ou mais precisamente, com o agir corretamente, tendo como objeto de estudo a moral.”

Embora a ética preocupe-se tanto com os deveres, quanto com os direitos, dando origem assim a dois outros grandes ramos de estudos científicos, a saber, a Deontologia (estudo ou ciência dos deveres) e a Diceologia (estudo ou ciência dos direitos), este trabalho dará ênfase apenas a alguns dos deveres éticos relacionados ao exercício profissional da advocacia, os quais são objeto de estudo da Deontologia Jurídica.

### 2. CONCEITO E IMPORTÂNCIA DO ADVOGADO

O advogado é o profissional legalmente habilitado a orientar, aconselhar e representar seus clientes, bem como defender-lhes os direitos e interesses, em juízo ou fora dele. De acordo com o art. 133 de nossa Constituição

Federal, “o advogado exerce uma função social e tem o múnus público que dizem respeito à obrigação que ele tem de zelar pela correta aplicação da lei, pelo Estado Democrático de Direito e também pela efetivação do texto constitucional.”

Vê-se, assim, quão importante é a função desse profissional, ao ponto de nossa Carta Magna reconhecê-lo como indispensável à administração da justiça.

### **3. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA**

No exercício de sua profissão, o advogado tem uma série de direitos, previstos, sobretudo, nos arts. 6º e 7º do Estatuto da OAB, mas também tem uma série de deveres, previstos, em sua maioria, no Código de Ética e Disciplina da OAB. Todavia, a legislação da OAB referente ao advogado é bem mais ampla, podendo ser citados, ainda, por exemplo, o Regulamento Geral, os Provimentos e as Resoluções. Todos esses textos impõem normas de comportamento em diversas hipóteses, esclarecendo quais são os direitos desse profissional e quais os seus limites, bem como estipulam os seus deveres.

Saliente-se que a legislação da OAB não é dirigida apenas à Advocacia Privada, mas também aos Advogados Públicos (aqueles que são integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias dos Estados, DF e municípios), bem como ao estagiário inscrito na OAB.

Diversos são os deveres éticos do advogado. Entretanto, mereceram destaque por parte do legislador pátrio, em capítulos próprios, as relações daquele profissional com o seu cliente; o sigilo profissional; a publicidade; os honorários profissionais e o dever de urbanidade, temas que serão resumidamente comentados a seguir.

#### **3.1 – RELAÇÕES COM O CLIENTE**

Em razão da relação de confiança que sempre deve existir entre cliente e advogado, é pertinente que este, desde o início de sua contratação, para o exercício do jus postulandi, adote uma postura ética, não fazendo promessas que não possa cumprir, mas informando ao seu contratante, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos de sua pretensão, bem como das possíveis consequências que poderão advir da demanda, tal como o pagamento de

honorários de sucumbência, já que não será ele (o constituído) quem irá decidir o litígio.

O advogado deve, pois, proceder com lealdade e boa fé em suas relações profissionais em todos os atos de seu ofício, sem, contudo, jamais prometer resultado.

### **3.2 – SIGILO PROFISSIONAL**

Em toda profissão que se preze, há um destaque no que se refere ao sigilo profissional. É o que ocorre com o exercício da advocacia. De modo que o Código de Ética da OAB, em seu art. 25, inaugurou o Capítulo III tratando do assunto, conforme se pode ver de sua transcrição, *in verbis*:

Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

Da leitura do artigo transcrito, percebe-se a importância que o legislador deu ao tema. Em razão desta previsão normativa, decorre uma maior predisposição por parte do cliente – principalmente quando se encontra na condição de réu – no sentido de que este não esconda a verdade dos fatos ao seu defensor, que, assim, poderá realizar uma melhor prestação jurisdicional em favor de seu constituente.

### **3.3 – PUBLICIDADE**

Dentre as várias prescrições contidas no Código de Ética e Disciplina da OAB acerca da publicidade dos serviços profissionais do advogado, chama a atenção o art. 28, o qual se apresenta como norma permissiva, porém restritiva, como se pode conferir da leitura de seu enunciado: “o advogado pode anunciar os seus serviços profissionais, individual ou coletivamente, com discrição e moderação, para finalidade exclusivamente informativa, vedada a divulgação em conjunto com outra atividade”. (grifo nosso)

Infere-se do texto que o advogado pode divulgar os seus serviços profissionais junto à sociedade no intuito de conseguir clientes, porém tal



divulgação deve ser discreta, bem como limitar-se estritamente ao exercício da advocacia, sendo vedada sua vinculação em conjunto com qualquer outra atividade.

### **3.4 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**

Tema bastante delicado sobre o qual o legislador do Código de Ética não se esquivou de tratar, mas, ao contrário, deu destaque, ressaltando com isso a importância da elaboração de um contrato de prestação de serviços entre o cliente e o advogado, com cláusulas claras e minuciosas, que prevejam, por exemplo, qual o *quantum* que deverá ser pago ao profissional do Direito, quais as razões do pagamento, assim como quando deverá ser efetuado o pagamento por parte do cliente.

Convém recordar que as bases de cálculo para o orçamento dos honorários do advogado devem ser fixadas com moderação, levando-se em conta certos aspectos da causa, como a relevância o vulto, o interesse financeiro, bem como outras questões.

### **3.5 – DEVER DE URBANIDADE**

Todo advogado tem a obrigação de tratar o cliente, os colegas e os demais auxiliares da justiça com fineza, cordialidade e compreensão, uma vez que a advocacia exige a urbanidade no trato, levando-se em consideração o princípio da dignidade humana.

Entretanto, agir com urbanidade não significa que ele deva ter receio de se tornar impopular na defesa dos interesses legítimos de seu cliente, no exercício de sua função, conforme preceitua o art. 31, § 2º do Estatuto da OAB. Quando necessário, o advogado deve ser combativo, porém sempre respeitando as normas do bom convívio social.

## **4. INFRAÇÕES E SANÇÕES DISCIPLINARES**

Todas as vezes em que os advogados (ou estagiários inscritos nos quadros da OAB) extrapolarem o exercício dos seus direitos, bem como descumprirem suas obrigações, estarão sujeitos a sofrerem sanção disciplinar, o que não exclui que, cumulativamente, também sejam aplicadas sanções penais ou civis.

O art. 34 do Estatuto da OAB traz um rol não taxativo, mas, sim, exemplificativo, das infrações disciplinares, e os arts. 35 a 43 do mesmo diploma legal tratam das penalidades que poderão ser aplicadas aos advogados, em caso de violação dos seus deveres, quais sejam, censura, advertência, suspensão, exclusão e multa.

#### **4.1 INFRAÇÕES DISCIPLINARES PUNÍVEIS COM CENSURA OU ADVERTÊNCIA**

A censura é aplicável nas hipóteses previstas nos incisos I a XVI e XXIX do art. 34 supracitado, bem como quando o advogado violar preceito do Código de Ética e Disciplina ou do Estatuto da OAB, quando a infração não seja apenada com sanção mais grave. Exemplo: Violar, sem justa causa, sigilo profissional.

Após o trânsito em julgado, a censura ficará registrada nos assentamentos do advogado, mas não poderá ser objeto de publicidade.

Já a advertência é uma variação da sanção de censura, podendo ocorrer sempre que presentes circunstâncias atenuantes, tais como: defesa de prerrogativa profissional, primariedade, exercício de cargo na OAB e prestação de serviços relevantes à advocacia (elevar a advocacia, efetivar a cidadania).

Saliente-se, entretanto, que a conversão da censura em advertência não é um direito subjetivo do advogado. Existe uma discricionariedade do órgão julgador, que vai ver se é ou não pertinente essa conversão. A OAB só irá fazer essa conversão se ela entender que é conveniente e que realmente aquela advertência vai ser uma sanção suficiente para que o advogado não reincida.

#### **4.2 INFRAÇÕES DISCIPLINARES PUNÍVEIS COM SUSPENSÃO**

São puníveis com suspensão: o ato ilícito ou fraudulento, a aplicação ilícita de valores recebidos de cliente, os recebimentos de quantias da parte contrária, a recusa injustificada de prestação de contas, o extravio ou retenção abusiva dos autos, o inadimplemento com a OAB, a conduta incompatível com a advocacia, locupletamento à custa do cliente, a inépcia profissional e a reincidência (em se tratando de segunda punição).

A suspensão será anotada nos assentamentos do advogado junto à OAB, terá publicidade e impossibilitará o exercício da advocacia, por prazo

determinado, podendo variar entre 30 dias a 12 meses (o órgão julgador irá decidir se ficará mais próximo do mínimo ou do máximo, dependendo das características da infração cometida, das consequências que ela tenha trazido), ou até que a situação que ensejou sua aplicação tenha cessado.

#### **4.3 INFRAÇÕES DISCIPLINARES PUNÍVEIS COM EXCLUSÃO**

A exclusão é a mais grave de todas as sanções disciplinares às quais o advogado está sujeito.

São puníveis com exclusão: a falsidade dos requisitos de inscrição, a inidoneidade moral, o crime infamante e a reincidência (em se tratando de terceira punição).

Uma vez excluído, o advogado terá sua inscrição cancelada, para o que será necessária a manifestação favorável de 2/3 dos membros do Conselho Seccional competente.

Assim como acontece com a suspensão, a exclusão também tem publicidade, a qual ocorrerá por meio de listas anuais, divulgadas pela OAB, com os nomes dos advogados suspensos e excluídos.

#### **4.4 SANÇÃO DISCIPLINAR DE MULTA**

A multa nunca será aplicada sozinha. Ocorrerá em casos de circunstâncias agravantes e será aplicada cumulativamente com a sanção da censura ou da suspensão.

O valor da multa poderá variar entre o correspondente ao valor de 01 (uma) até 10 (dez) anuidades (Na PB, em 2011, a anuidade foi de R\$ 530,00 - Quinhentos e Trinta Reais). Poderá ser sigilosa ou não. Vai depender da característica da outra sanção aplicada ao advogado. Se ela for aplicada juntamente com a censura, então o sigilo se impõe. Se, no entanto, for aplicada juntamente com a suspensão, então ela terá publicidade.

### **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A legislação da OAB não existe apenas para ser usada como mero instrumento de consulta, desprovida de obrigatoriedade, mas, sim, como verdadeiro guia de condutas a que o profissional da advocacia deve seguir, sob pena de sofrer sanções disciplinares. Zelar pela observância de todos os preceitos

instituídos naqueles diplomas legais é competência do Tribunal de Ética e Disciplina (TED).

Além disso, compete ainda àquele tribunal organizar, promover e desenvolver cursos, palestras, seminários e discussões acerca da ética profissional, inclusive junto aos Cursos Jurídicos, visando à formação da consciência dos futuros profissionais para os problemas fundamentais da Ética, conforme dispõe o II do art. 50 Código de Ética.

Apesar dessa previsão legal, que demonstra que existe certa preocupação com a ética profissional do Advogado, a Deontologia Jurídica não foi consagrada (como matéria específica) como obrigatória nos Cursos de Direito, havendo apenas, no art. 6º, inciso I, da Portaria n.º 1.886, de 30 de dezembro de 1994, do Ministro de Estado da Educação e do Desporto, sugestão de que a ética geral e profissional fosse lecionada dentro da disciplina de filosofia geral e jurídica.

Não obstante isso, alguns cursos jurídicos pelo Brasil afora já estão adotando essa matéria em seus currículos como disciplina própria, por reconhecerem sua indiscutível importância. O ideal seria que não apenas algumas, mas, sim, todas as instituições de ensino de Direito fizessem isso.

Tem-se consciência de que não será a sua obrigatoriedade nas Universidades, por si só, que sanará todos os problemas éticos relacionados ao exercício da advocacia, porém tal procedimento muito contribuirá para o desenvolvimento da consciência do operador do Direito quanto ao seu papel na sociedade e do modo como deverá proceder no seu ofício, na busca da realização da justiça.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Disponível em:

< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm) > Acesso em 10 de set. de 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

>Acesso em 10 de set. de 2011.

MOREIRA, Márcio Martins. **Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil**. Anotado. De acordo com a Emenda Constitucional 45/2004. São Paulo: Ícone, 2005.

ROQUE, Sebastião José. **Deontologia Jurídica (Ética Profissional do Advogado)**. Coleção Elementos de Direito. São Paulo: Ícone, 2009.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Lições de Introdução ao Direito**. 4ª ed. rev. aum. e atual. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

## **PRINCÍPIOS APLICADOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

**JOSE FRANCISCO BRITTO FRAGA:** Formado pela Universidade Católica de Pernambuco em 2016 no curso de direito. Atualmente assessor de Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar alguns dos princípios aplicados na Administração Pública.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO 2 CONCEITO GERAL 3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE 4 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE 5. PRINCÍPIO DA MORALIDADE 6. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE 7. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA 8. PRINCÍPIO DA SUPERMACIA DO INTERESSE PÚBLICO 9. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA 10. CONCLUSÃO 11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

### **1. INTRODUÇÃO**

Este trabalho tem como objetivo trazer os princípios fundamentais, explícitos e implícitos, informadores de toda a atividade da Administração Pública previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e demais leis de nosso ordenamento jurídico.

O trabalho procura diferenciar alguns dos princípios mais estudados pela doutrina, trazendo seus conceitos e características principais.

### **2. CONCEITO GERAL**

Os princípios fundamentais informadores de toda a atividade da Administração Pública, encontram-se inseridos na Constituição República Federativa do Brasil de 1988 (art. 37) e demais leis do nosso ordenamento jurídico, de forma expressa ou implícita.

Segundo o Art. 37 da CRFB/88, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência.

Já a Lei nº 9.784/1999 (que trata os processos administrativos no âmbito federal) em seu art. 2º enumerou o rol dos princípios administrativos: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Os princípios administrativos são de observância obrigatória para todos os poderes, no exercício de atividades administrativas e em todas as esferas de governo: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, alcançado a Administração Direta e a Indireta.

Passaremos a estudar, de forma mais detalhada, os princípios da Administração Pública.

### **3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

O princípio da legalidade traz o mandamento de que a Administração Pública está estritamente vinculada à lei, ou seja, o administrador público apenas poderá realizar algum ato se este for permitido pela lei, pois a única vontade da Administração Pública é a vontade expressa em lei. Assim podemos dizer que para a Administração Pública, o que não for permitido é proibido.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo o princípio da legalidade é o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de consequente, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.

Interessante notar que o particular, diferentemente da Administração Pública, poderá praticar determinado ato, desde que não seja proibido por lei. Assim para ele é lícito fazer tudo aquilo que a lei não o proíba. Esse é o entendimento do art. 5º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

### **4. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE**



O princípio da impessoalidade traz o comando de que a única finalidade da Administração Pública é a do interesse público e qualquer ato praticado em razão diversa do interesse público será invalidado por desvio de finalidade. A Administração Pública, na realização de seus atos, deve retirar qualquer interesse pessoal na prática de seus atos. A finalidade será sempre o interesse da coletividade, ou seja, do Estado.

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, a impessoalidade da atuação administrativa impede, portanto, que o ato administrativo seja praticado visando a interesses do agente ou de terceiros, devendo ater-se à vontade da lei, comando geral e abstrato por essência.

É importante salientar que, seguindo a orientação do princípio da impessoalidade, a publicidade dos atos deverá ter a finalidade de informar, esclarecer e orientar os administrados dos atos praticados pela Administração Pública. Devendo o agente público retirar qualquer mensagem de cunho pessoal. Este é o preceito inscrito no § 1º do art. 37 da CRFB/88: a publicidade dos atos, programas, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

## **5. PRINCÍPIO DA MORALIDADE**

A moralidade administrativa traz o mandamento de que o agente público deve atuar não somente segundo a lei, mas também segundo a ética, o agente não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, mas também entre o honesto e o desonesto, pois nem tudo o que é legal é honesto. Caberá ao agente público decidir, dentre dos ditames legais, qual é a medida mais justa, honesta e conveniente para se alcançar a verdadeira vontade da Administração Pública e, por conseguinte alcançar a moralidade administrativa.

Na visão de Hely Lopes Meirelles, a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa.

O certo é, que o administrador público no seu agir, deve se pautar da maior honestidade possível, sempre buscando que o seu ato se enquadre de acordo com a lei, a moral, os bons costumes, as regras da boa administração e a honestidade, eliminando todo ato que tenha algum cunho de desonestidade. No entanto, o princípio da moralidade não deve ser observado apenas pelo agente público, mas, também, pelo particular que se relaciona com a Administração Pública.

## 6. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Todos os atos administrativos precisam ser publicados, pois com a ampla divulgação dos atos, os administrados terão maior controle e transparência dos atos praticados pelos agentes público. Apenas são admitidos atos sigilosos quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Em regra, a publicidade dos atos não é requisito para sua de validade, mas condição de eficácia para o mesmo. Os atos administrativos apenas começam a produzir seus efeitos com a sua devida publicação.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a publicidade consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Segundo o princípio da publicidade todos têm o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CRFB/88). Caso seja negado esse direito é assegurado ao interessado impetrar o *habeas data*, para assegurar judicialmente, o conhecimento de informações relativas ao impetrante que constem de registro ou bancos de dados de entidades governamentais ou de âmbito público (art. 5º, LXXII, “a”, CRFB/88), bem como para retificação de dados que neles estejam armazenados (art. 5º, LXXII, “b”, CRFB/88).

## 7. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência foi acrescentado no *caput*. do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pela Emenda Constitucional nº19/1998. Para este princípio o agente público deve desempenhar suas atribuições da melhor maneira possível, buscando sempre os melhores resultados, já não basta atuar de acordo com a lei, mas da maneira mais rápida, mais econômica e mais eficiente possível. O administrador deve buscar sempre a melhor qualidade no desempenho de suas funções e evitar desperdícios, garantindo para o Estado maior economicidade e maior resultado na atuação administrativa.

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

O princípio da eficiência se juntou aos demais princípios da Administração Pública, não se sobrepondo a nenhum dos outros princípios (implícitos ou explícitos) já constantes, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.

## **8. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

O princípio da supremacia do interesse público tem assento em todos os ramos do Direito Público de forma implícita, onde o mesmo nos informa que a atuação do Estado deve ter a finalidade sempre do interesse público e quando houver conflito entre o interesse público e o interesse particular, o primeiro deverá prevalecer, porém para a aplicação do princípio devem ser respeitados os direitos e garantias individuais expressos na Constituição Federal.

Segundo Hely Lopes Meirelles a primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares.

A supremacia dos interesses do Estado sobre o particular é forma para que se tenha o melhor atendimento ao fim público e a Administração Pública sempre

busque atingir sua finalidade, que é o interesse público, sendo necessário, para tal fim, que o interesse estatal tenha prevalência sobre o interesse particular, desde que respeitados os direitos e garantias Constitucionais.

## 9. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica é considerado um dos pilares do ordenamento jurídico de um Estado de Direito. Esse princípio traz, para o Direito, maior estabilidade das situações jurídicas. Por força desse princípio, os administrados tem maior garantia de que os direitos conquistados no passado, conforme decisões do próprio Estado, após cumprimento das exigências legais e temporais, em regra, não serão mais modificados.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais do Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito (MELLO, 2013, p.127).

Essa segurança jurídica é primordial, para todo e qualquer Estado Democrático. Com a existência desse princípio, os indivíduos tem a certeza de que o Estado não modificará, em regra, direitos que os mesmos adquiriram dentro das leis, regras e prazos legalmente estipulados.

## 10. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se explanar, de forma sucinta, alguns dos principais princípios presentes na CRFB/88 e na legislação, tratando inicialmente sobre seu conceito geral.

Em seguida, do conceito e características de cada um deles isoladamente.

Assim, esse trabalho visa oferecer uma rápida análise dos princípios constitucionais e legais.

## 11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 5ª ed., São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: . Acesso em 14 maio 2013.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade Administrativa: Legislação Comentada Artigo por Artigo**. Niterói: Impetus, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2007.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da Silva. **Direitos Fundamentais: Contribuição Para Uma Teoria Geral**. São Paulo: Atlas S/A, 2010.

## **ART. 966, §4º, DO NCPC: DA ANULABILIDADE DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO**

**CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:** Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

A Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, consolidou em nosso ordenamento jurídico o instituto do acordo de colaboração, a chamada colaboração premiada, em benefício do acusado que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

Por ser um instituto jurídico ainda muito novo em nosso ordenamento legislativo pátrio muitos doutrinadores ainda se debruçam a perquirir a respeito de sua natureza jurídica. Alguns a consideram técnica de investigação, para outros causa de diminuição de pena, causa de extinção da punibilidade, ato do acusado *etc.*

A verdade é que, como seu próprio nome sugere, o acordo de colaboração em última análise encerra consigo a natureza de negócio jurídico processual. O próprio Art. 4º, §6º, da Lei nº 12.850/2013, expressamente usa a expressão “negociações realizadas entre as partes” para a formalização do acordo de colaboração.

Assim, como todo e qualquer negócio jurídico, o acordo de colaboração se submete aos requisitos de validade do negócio jurídico e, ainda, poderá ser anulado diante da presença de um dos defeitos do negócio jurídico (erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão), como tradicionalmente previsto no Código Civil para os negócios jurídicos em geral.

Tratando-se, como dito, de negócio jurídico processual, o §4º, do Art. 966 do Novo Código de Processo Civil bem regula os casos de pretensão de anulação dos acordos de colaboração: “Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”.

É indiscutível que num primeiro momento, o acordo de colaboração homologado pelo juiz como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos, prestigiando-se a autonomia de vontades entre acusador e acusado. Mas sem descartar a aplicabilidade do disposto no §4º, do Art. 966 do Novo



Código Civil, quando presente a hipótese de anulabilidade dos negócios jurídicos nos termos da lei civil.

Importante frisar que a hipótese de vício no acordo de colaboração homologado não deve ser atacado, na boa técnica processual, via apelação criminal, habeas corpus ou ação rescisória. A uma, porque descabe interposição de recurso de apelação contra decisão homologatória de acordo, a duas o habeas corpus não comporta dilação probatória para demonstração de vícios do negócio jurídico, a três a ação rescisória exige decisão de mérito.

Questão que certamente poderá ser alvo de debates em um futuro próximo em todos os Tribunais do país, notadamente no Supremo Tribunal Federal, será o caso de acordo de colaboração firmado entre acusador e acusado preso preventivamente.

A manifestação da vontade do indivíduo privado da liberdade cautelarmente, em acordo de colaboração, poderia se impregnar de algum dos vícios da vontade, como a coação, o estado de perigo ou a lesão?

A prisão provisória, por si só, incute no acusado fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família ou aos seus bens?

O acusado preso provisoriamente, premido da necessidade de salvar-se das condições do cárcere, ou a pessoa de sua família, pode assumir obrigação excessivamente onerosa?

Também sob premente necessidade de obter a liberdade de volta, ou por inexperiência, pode acontecer do acusado custodiado cautelarmente se obrigar a prestação manifestamente desproporcional ao valor da proposta de seu acusador?

Muitas vezes, as respostas a todas essas indagações podem ser positivas a depender do caso concreto. O que acaba revelando que as hipóteses de prisão cautelar nos casos aonde aplicáveis acordos de colaboração devem atender estritamente aos ditames da lei processual penal, para evitar que o negócio jurídico possa vir a ser contaminado por um dos defeitos do negócio jurídico.

A regra, no processo penal, é que o acusado responda em liberdade. Já no Direito Civil dos países civilizados a capacidade do agente para a validade do



negócio jurídico confunde-se com a própria liberdade do ser humano, como um de seus requisitos essenciais.

## **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DISPOSIÇÃO CÊNICA DAS SALAS DE AUDIÊNCIAS BRASILEIRAS: A Malfadada Prerrogativa de Assento do MP.**

**KARINE AZEVEDO EGYPTO ROSA:** graduada em Direito, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro- UFRJ, pós-graduada pela Universidade Candido Mendes em Direito Penal e Processual Penal e aprovada nos concursos para defensor público na Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso e Defensoria Pública do Estado da Bahia.

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo o enfoque crítico da prerrogativa de assento dos membros do Ministério Público e analisar uma possível inconstitucionalidade da disponibilidade do mobiliário cênico dentro das salas de audiências e sessões de julgamento no que se refere ao processo penal. Serão abordados alguns fundamentos com o fim de demonstrar as diversas violações constitucionais que tal localização privilegiada do órgão ministerial acusador- que no processo penal atua como parte- nos locais de julgamento acarreta bem como os prejuízos causados à defesa, seja esta feita pela Defensoria Pública ou por advocacia privada, à sociedade e, principalmente, à imparcialidade e legitimidade da decisão proferida bem como do próprio julgamento.

**Palavras-chave:** prerrogativa de assento; disposição cênica; princípios constitucionais; paridade de armas; Defensoria Pública e Ministério Público.

**Abstract:** The present study aims to analyze the possible unconstitutionality of the prerogative of prosecutors' place of seat in court rooms and court proceedings regarding criminal proceedings. The study is based on a series of elements in order to demonstrate the various constitutional violations due to such privileged location of prosecutors in the court rooms, which act in the criminal proceedings as part of the trial. Furthermore, this prerogative causes damages related to the defense, to the society, and especially, to the fairness and the legitimacy of the trial itself.

**Keywords:** prerogative seat; scenic layout; essentials principles; parity of arms; public ministry.

**Sumário:** INTRODUÇÃO. 1A Malfadada prerrogativa de assento. 1.1 Constituição de 1988 e a constitucionalização do processo penal brasileiro 1.2 A(s) prerrogativa(s) de assento e sua base legal 1.3 As garantias do Devido Processo Legal e sua (in)conformidade com a composição cênica dos espaços judiciais 1.3.1 Isonomia Processual 1.3.2 Contraditório e Ampla Defesa 2A SIMBOLIGIA DE UMA SALA DE AUDIÊNCIAS. 2.1O simbolismo nas salas de audiências e sessões de julgamento 2.2.1A importância do simbolismo na estrutura cênica do Tribunal do Júri 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O processo penal há muito já descrito por Carnelutti como a “gata borralheira” do direito, é um dos ramos do sistema jurídico brasileiro que mais sofre com preconceitos e distorcidas visões, tanto dos próprios operadores do direito como da sociedade em geral.

Por ser uma seara voltada para processo e julgamento dos acusados pela prática de infrações penais, em regra pessoas marginalizadas dentro da estrutura social brasileira, ou, como afirma o mestre Nilo Batista, pessoas “selecionadas pelo sistema” [1], passa-se a ideia de que cuida somente de pessoas culpadas, “bandidos” propriamente ditos, o que explica boa parte dos preconceitos enfrentados, principalmente pelos que atuam na defesa destes supostos inimigos do povo.

Até pouco tempo atrás, o processo penal fora usado como arma do próprio Estado para, através de falsas provas e acusações, enviar para a cadeia incontáveis opositores do regime militar, de forma a silenciá-los, servindo como legitimação para a arbitrariedade do poder punitivo estatal.

Todavia, ao longo dos recentes anos, mais precisamente após a promulgação da Constituição de 1988, passou por um processo de reestruturação de seus valores e diretrizes, de maneira que não restam dúvidas da intencional ruptura com o seu passado autoritário.

Anteriormente utilizado como meio de dominação e repressão, legitimador de vinganças pessoais e injustiças de todo o gênero, com o status

constitucional que adquiriu com a nova Carta Magna e posteriormente transmitida à legislação infraconstitucional através de sucessivas reformas do Código de Processo Penal, passou a ser visto de outra forma, na qual os direitos e garantias individuais do acusado deixaram de ser secundários e passaram a protagonizar todo o trâmite do cenário processual.

Novos princípios, garantias e direitos incrementaram o texto constitucional ou por ele foram reforçados, conferindo aos acusados em um processo criminal maiores chances de defesa e de manutenção de sua liberdade individual durante todo o processo, passando a prevalecer a máxima de que a regra é a liberdade e a prisão é a exceção.

Diante destas atuais fundações constitucionais, passou a vigorar o sistema acusatório como modelo processual, deixando para trás o sistema inquisitorial que preponderava até então, revelando-se, então, incontáveis rituais, procedimentos e regras previstas em lei que não mais se adéquam ao novo sistema, incompatíveis com o atual processo penal constitucional pátrio.

Muitas foram veementemente questionadas e combatidas pela Doutrina e, finalmente, abolidas do sistema (ou quase) com as reformas do CPP, como disposições que condicionavam o recurso contra sentenças condenatórias ao recolhimento do acusado à prisão e a busca indiscriminada pelo mito da verdade real.

Mas outros resquícios do modelo inquisitorial permanecem vigentes dentro do sistema, passando despercebidos por muitos, mas causando prejuízos de grande monta àqueles que ocupam a estigmatizada posição no banco dos réus e a seus defensores.

A concepção cênica das salas de audiências e de sessões de julgamentos de todos os foros brasileiros, onde se realizam os atos processuais de natureza criminal, é um desses ranços inquisitoriais que ainda insistem em permanecer, não obstante a sua incompatibilidade com as novas tendências do direito processual penal pós-1988.

## 2. A MAL FADADA PRERROGATIVA DE ASSENTO

A atual disposição cênica das salas de audiências e tribunais espalhados por todo o Brasil, desde as comarcas de interior até as Cortes Superiores, denota uma grande discrepância de posicionamento entre as partes do processo, passível de fácil percepção até para o mais leigo dos presentes em qualquer desses espaços judiciais.

O lugar de destaque ocupado pelo membro do Ministério Público ao lado direito do órgão julgador e em plano superior ao dos demais, tanto nas audiências cíveis quanto nas criminais, demonstra uma insinuante posição de prevalência no processo em relação aos demais atores processuais.

Tal posição espacial privilegiada do órgão ministerial advém de uma prerrogativa instituída pela legislação infraconstitucional da carreira, quais sejam: art. 18, I, “a” da Lei Complementar 75/93 e art. 41, XI da Lei 8.625/93, que dispõem, respectivamente, sobre a organização, atribuição e estatuto do Ministério Público da União e Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos Estaduais.

Vejamos tais dispositivos:

LEI COMPLEMENTAR Nº 75, DE 20 DE MAIO DE 1993

(...)

Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

I - institucionais:

a) sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem;

LEI Nº 8.625, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1993

(...)

Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

(...)

XI - tomar assento à direita dos Juízes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma.

A prerrogativa legal dos membros do Ministério Público de ocuparem posição imediatamente ao lado direito e em mesmo plano dos julgadores demonstra a desigualdade na distribuição das cátedras, revelando um injustificável tratamento privilegiado da acusação em detrimento da defesa, que insiste em permanecer, mesmo diante da sua afronta direta aos preceitos da nova Carta Magna.

A inconstitucionalidade de tal prerrogativa de assento à luz dos princípios constitucionais que conformam o processo penal gera diversos prejuízos para a defesa, para o acusado, para a sociedade em geral bem como para o próprio sistema penal, que requer o uso de instrumentos e elementos democráticos em todos os seus rituais e procedimentos, de forma a legitimar suas decisões e garantir efetivamente um processo justo.

Existe uma errônea ideia pregada por muitos doutrinadores que abordam esta questão de que tal situação não passa de um problema “irrelevante” perto das incontáveis adversidades que permeiam diariamente o processo penal brasileiro, devendo-se, portanto, os processualistas penais se atentarem às questões mais “relevantes”.

Contudo, quando se fala em liberdade, o principal direito inerente à dignidade humana, pilar basilar de nosso Estado Democrático de Direito, não há que se medir a importância de algo que a restringe: tudo- absolutamente tudo- é importante quando o que está em jogo é o direito de defesa do indivíduo processado e em vias de perder sua liberdade.

O membro do MP, quando atua dentro do processo penal na posição de acusador privativo do Estado- titular da ação penal pública-, função esta atribuída pela própria Constituição, atua de forma parcial, podendo então ser

compreendido na qualificação de parte processual, assim como a defesa, corroborando a tese de que justamente por ser parte, não merece o mesmo tratamento privilegiado de quando atua como *custus legis* nas demandas cíveis, imparcial e desinteressado na lide.

Na tentativa de adquirir a mesma imponentia do Ministério Público dentro das salas de audiências e garantir o exercício do direito de defesa no mesmo grau de igualdade, no ano de 2009 a Defensoria Pública, por meio da Lei Complementar 132, que acrescentou o 7º parágrafo ao art. 4º da também Lei Complementar 80/94 -que dispõe sobre a Organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e prescreve normas gerais para a sua organização nos Estados- a fim de garantir aos membros da Defensoria o direito de se sentar no mesmo plano dos promotores de justiça.

Em destaque, o referido dispositivo:

LEI COMPLEMENTAR Nº 132, DE 12 DE JANEIRO DE  
1994

(...)

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria  
Pública, dentre outras:

(...)

§ 7º Aos membros da Defensoria Pública é garantido  
sentar-se no mesmo plano do Ministério Público.

Note-se que estas disposições surgiram após a Constituição de 1988, através de leis complementares que, inicialmente com o Ministério Público e algum tempo depois com a Defensoria Pública, buscaram de certa forma igualar as posições destas instituições dentro da distribuição dos espaços judiciais em que se realizam os atos processuais.

Portanto, percebe-se que tais prerrogativas institucionais de assento, tanto da Defensoria Pública quanto do Ministério Público não possuem status constitucional como outras prerrogativas concedidas a estas instituições previstas na CF, posto que foram apenas previstas em leis infraconstitucionais das próprias



carreiras, sendo certo que os advogados privados sequer possuem previsão de prerrogativa neste sentido.

Extraímos então que não era a intenção do legislador constituinte conferir prerrogativa de assento nos espaços judiciais a nenhuma instituição indispensável à administração da justiça, quais sejam a Defensoria, o Ministério Público e aos advogados, o que nos leva a crer que não há e nem deve haver hierarquia nem diferença no tratamento entre tais funções, sendo todas igualmente essenciais e indispensáveis a uma decisão judicial justa e democrática.

A tentativa da Defensoria Pública de se igualar aos membros do *Parquet* no que se refere a sua posição espacial não obteve quase ou nenhum êxito, sendo raros os locais de julgamentos em que o defensor público possui realmente assento ao lado do promotor.

Isto se deu pelo fato de que o mobiliário dos espaços judiciários em todo o Brasil já estava de todo consolidado da maneira advinda dos períodos de exceção, ou seja, com o assento do promotor enraizado ao lado do juiz, e em razão da carência de verbas ou de falta de vontade dos magistrados locais de se adequarem a nova lei, somados à ausência de manifestação contrária a tal composição cênica pelos advogados e defensores, tudo se quedou do mesmo jeito que antes.

Com isso conclui-se que apesar de ambas as instituições -Ministério Público e Defensoria Pública- possuírem prerrogativas de assento previstas em lei nas salas de audiências e tribunais, apenas a prerrogativa do MP é realmente observada em todo o Brasil, razão pela qual esta se tornou o foco central das críticas, sendo a prerrogativa da Defensoria quase que esquecida em todo mundo jurídico.

Importante ressaltar neste momento que não se trata de tentar minimizar a importância desta grandiosa instituição republicana que é o Ministério Público nem de suas imprescindíveis atribuições constitucionais de defesa da ordem jurídico-democrática, do sistema acusatório de processo penal e dos interesses coletivos bem como da correta aplicação da lei pátria, além de diversos outros.

O que se busca enfatizar é que esta estrutura cênica é manifestamente incompatível e inadequada ao modelo processual acusatório e aos princípios garantidores instituídos pela Constituição da República, pois gera um prejuízo ao acusado e sua defesa -por mais “insignificante” que seja para alguns- e a violação do direito à defesa de qualquer indivíduo, independente da gravidade do crime cometido, importa em uma afronta direta aos direitos fundamentais constitucionalmente instituídos, o que, portanto, significa um desrespeito a todos os indivíduos da sociedade.

Busca-se apenas igualar a situação cênica dos móveis das salas de audiência de modo a adequá-la às diretrizes do novo processo penal constitucional, conferindo às partes locais equidistantes do julgador, em respeito aos princípios da isonomia e da ampla defesa, que garantem ao acusado o direito de ser processado por um procedimento justo e democrático.

Conforme ensinamento de Maria Lúcia Karam, “privilegiar a acusação, rejeitar ou minimizar o direito do réu a defesa, pretender investigar e obter condenações a qualquer preço significa minar os próprios fundamentos da democracia” (KARAM, Maria Lucia. *O direito a defesa e a paridade de armas*, p.5).

Há ainda que atentar que sentar-se no mesmo plano e imediatamente a direita do julgador, sejam juízes singulares, sejam presidentes dos órgãos judiciários, como dispõe a prerrogativa do art. 18, I, ‘a’ da LC75/93 não significa em hipótese alguma sentar-se ombro a ombro com o magistrado e prejudicar assim a defesa técnica.

Como sustentou Adriano Antunes Damasceno, “embora aos membros do Ministério Público seja assegurada por força de lei a prerrogativa de assento ao lado do magistrado, a validade de uma normatividade tem de estar aberta à comprovação discursiva” (MOREIRA, 2004, p. 170 *apud* DAMASCENO, Adriano Antunes. *A compreensão cênica da audiência de instrução e julgamento criminal no Brasil*, p.2.).

Diante disto, dentro da atual composição espacial dos espaços judiciais, faz-se necessária a redemocratização dos mesmos, indo de encontro com esta “inércia acrítica” que parece permear os legisladores e as Cortes Superiores, diante da escassez de precedentes sobre o referido assunto.

Em artigo, Maria Lúcia Karam e Rubens Casara expõem suas visões críticas sobre o tema:

Sem que quase ninguém se questione, sem que quase ninguém se pergunte, cotidianamente se repetem, da mais longínqua comarca ao Supremo Tribunal Federal, audiências e sessões em que o Ministério Público, órgão acusador no processo penal, diferenciadamente se coloca fisicamente junto ao órgão julgador, em inaceitável posição insinuada de uma sua suposta imparcialidade e/ou superioridade. (KARAM, Maria Lúcia; CASARA, Rubens R. R. *Redefinição Cênica das salas de audiências e de sessões dos tribunais*. In: Revista de Estudos Criminais, n. 19. Porto Alegre: Instituto Interdisciplinar de Estudos Criminais, Jul./Set. 2005).

Necessário se faz frear esta corrida dos atores processuais em busca de um lugar privilegiado dentro do Judiciário, estando certo que todos- Ministério Público, Defensoria Pública e advogados privados- são essenciais tanto para a atividade jurisdicional quanto para a Administração da Justiça, não devendo haver lugar para privilégios em prol de uma só categoria de operadores do direito em detrimento das demais.

Nesse sentido, conclui Ada Pellegrini:

Melhor seria se os operadores jurídicos, para além de suas vaidades corporativas, refletissem a magnitude de seus respectivos ofícios, mas no pleno respeito à relevância dos outros, aceitando que seus integrantes se sentem lado a lado, em local próprio e distinto daquele em que se desenvolve o ofício jurisdicional. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*, p.24).

### **3. A SIMBOLOGIA DE UMA SALA DE AUDIÊNCIAS**

A cada dia muitas decisões que mudam a vida de uma pessoa são tomadas dentro dos limites de uma sala de audiência em um dos tribunais espalhados pelo território nacional. Todavia, apesar do grande poder de impacto que é capaz de

gerar na sociedade, é possível afirmar que poucas são as pessoas que realmente compreendem todos os aspectos do sistema de justiça brasileiro.

O Poder Judiciário é, por si só, um dos Poderes do Estado mais impregnado de rituais, simbologia e mitos adquiridos ao longo do tempo e perpetuados desde sempre pelos que frequentam seus espaços, na maioria das vezes sem serem sequer percebidos.

Desde a imponência dos edifícios forenses até as vestimentas utilizadas por seus membros dentro dos espaços judiciários, tudo possui um significado-ainda que imperceptível à primeira vista- e denota a grandiosidade e diversidade de símbolos e rituais que revelam no dia-a-dia a rotina de hierarquia, ordem e poder que se exala em cada corredor.

A tradição jurídica brasileira é marcada por vestes, rituais e cerimônias que formam um complicado sistema de simbolismos, difícil de ser compreendido em todos os seus aspectos e significados sem um exame atento ou através de uma maior experiência pessoal.

Os símbolos estão presentes em toda estrutura de poder, dentro das mais diversas sociedades, culturas ou instituições, cada um sob uma forma determinada e específica, expressas ou não, criados para representar algo através de seu significado, sendo certo que um só símbolo pode ter diversas e diferentes acepções em cada lugar do planeta.

Para Pierre Bourdieu (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, 1989 p.9-11), atento aos fenômenos de percepção social, da produção simbólica e das relações informais de poder, o mito, a língua, a arte são instrumentos de conhecimento e de construção do mundo e, a partir disto, são concebidos sistemas simbólicos de alta, média ou baixa complexidade.

No que se refere ao âmbito jurídico, todos os ritos e procedimentos judiciais possuem um sentido, um significado real e concreto intrínseco ao sistema de justiça, que podem influir de diferentes formas para a consecução dos atos processuais bem como para a decisão final nos processos.

Tudo dentro dos espaços judiciários pode adquirir um simbolismo referente à área e ao lugar a qual pertence, podendo ser uma forma de comunicação, consciente ou subconsciente para os próprios funcionários, para os atores processuais e também para a sociedade em geral.

Segundo a Teoria do Agir Comunicativo, consubstanciada por JürgenHabermas, “(...) nos procedimentos judiciais, a composição do tribunal, a posição de cada protagonista da relação processual conspira para a solução do caso penal” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, Vol. I, 2003).

A própria justiça é simbolizada pela figura de uma mulher com os olhos vendados que carrega uma espada e uma balança em cada mão: a venda nos olhos representa a imparcialidade e a igualdade que deve dispensar no tratamento jurídico de todos, a espada representa a força, a ordem e as regras necessárias para se impor o direito e a balança a ponderação dos interesses em litígio.

Conforme o estudo do Instituto Lia Pires sobre o tema, “o mundo social é constituído em função de um sistema de significações” [2], principalmente no âmbito do processo penal, em que a simbologia e o ritual assumem especial relevo para concretizar a significação de uma decisão judicial.

Para os autores deste estudo, advogados integrantes do Centro de Estudos da OAB/RS Marcelo Marcante Flores e Flávio Pires, a distribuição dos assentos dentro de uma sala de audiência é revestido por uma alta simbologia, que deveria mostrar justamente os fatores que asseguram a legitimidade de um julgamento: a equidade e a imparcialidade.

O processo e sua simbologia devem ser adequados para mostrar a realidade que se pretende e determina a lei, isto é, a igualdade entre as partes, refletindo a todos sempre a neutralidade do juiz na condução de suas atribuições funcionais.

O assento ocupado pelos protagonistas do processo, o mobiliário de cada espaço judicial, o martelo do julgador, o salão do tribunal do júri, as grandiosas

estátuas de mármore, os longos corredores, as obras de arte, tudo isto possui um significado simbólico que vai além da percepção visual.

A figura do magistrado, imponente em sua posição central e superior aos demais, com sua toga negra não deixa esconder o simbolismo de poder que tal posição remete aos demais presentes no local. Estes símbolos muitas vezes geram em muitos um temor reverencial que percebemos facilmente em uma oitiva de testemunha ou em um interrogatório de um acusado, nos quais a figura do juiz é capaz de gerar um constrangimento aos mais simples e humildes.

A arquitetura de um local contribui em alto grau para a concepção e sustentação de sua ordem social, política e hierárquica, não sendo o Poder Judiciário exceção. O design marcante, o ambiente solene, o mobiliário suntuoso e símbolos de natureza religiosa e republicana conferem aos espaços judiciais, de forma indireta, a formalidade e o poder que de lá emana.

Em regra, os prédios onde são instalados os órgãos responsáveis pela tutela jurisdicional do Estado são construídos para refletir os símbolos da justiça através de uma arquitetura simbólica que revela a intenção de demonstrar ao público e aos profissionais da área a poderosa estrutura que existe em seu interior.

Na maioria das vezes tal arquitetura influencia de forma subconsciente as pessoas que lá se encontram, já que o significado de seus símbolos geralmente não se apresenta de forma expressa e direta, mas sim atua como um meio inconsciente de comunicação, gerando mensagens e impressões no cérebro humano sem que seja sequer percebido pelos destinatários.

Trata-se de uma mensagem subjacente de hierarquia e poder que está incorporado no layout dos tribunais brasileiros. Os grandiosos edifícios públicos, que se distinguem visivelmente dos demais prédios do ambiente, bem como todo o cenário interno onde são tomadas as decisões enfatizam o poder que lá existe e os diferencia das demais classes sujeitas a este.

Embora muitos não percebam, tanto o exterior quanto o interior de um determinado edifício pode impactar diretamente a maneira como eles se comportam lá dentro e como sentem-se em relação às pessoas que lá trabalham.

Nesse sentido, é notório o sentimento de inferioridade que muitos sentem diante de um promotor, um defensor público ou, principalmente, diante de um juiz togado, em razão da própria importância do cargo que exercem, mas também em função da arquitetura do prédio onde os tribunais se localizam e pela própria estrutura e composição do mobiliário da sala em que se realizam os atendimentos e atos processuais.

Do mesmo modo, não se pode negar a provável superioridade que a maioria dos magistrados devem sentir em relação aos acusados, principalmente dentro do processo penal, cuja estigmatização dos réus se mostra mais presente do que nos demais ramos, em razão também, em parte, de sua localização espacial central e superior que ocupa na sala e também pelo próprio ambiente altivo que o cerca.

Ainda é possível destacar os símbolos do Estado e da democracia que são representados em bandeiras do país e do estado o qual o tribunal pertence, incutindo assim um senso de valores democráticos, reforçando a ideia pré-existente nos cidadãos de que a justiça está sendo feita naquele local e de que os direitos constitucionais dos indivíduos lá subjugados estão sendo devidamente respeitados.

Com base nisso, é possível entender a importância que os símbolos e rituais possuem dentro de todo o sistema judicial, não podendo ser tratados de forma simplista, pois é certo que possuem a capacidade de impactar e influenciar tanto o consciente quanto o subconsciente das pessoas e assim gerar consequências graves como influir diretamente no resultado de um julgamento ou outras de menor escala, como um mero constrangimento apenas.

Não há dúvidas de que o direito penal é o ramo do direito que, através do violento poder de punir estatal, mais interfere na liberdade individual e que possui maior capacidade de gerar consequências desastrosas na vida de qualquer pessoa que responda a um processo criminal, independente de ser proferida ao final uma sentença condenatória, vez que é inegável que o simples fato de ser imputado pela prática de uma infração penal já caracteriza uma estigmatização do sujeito perante a sociedade, seus familiares e amigos, que dirá o cumprimento de uma pena.



Sendo assim, partindo-se da necessidade da eficiência e garantismo atrelados ao processo penal, não é difícil enxergar a visão do Legislador Constituinte ao optar pela inclusão de suas regras na Lei Maior do Estado brasileiro, a Constituição Federal da República, já que esta fornece maior proteção a todos os acusados do que qualquer outra espécie legislativa, em razão de sua higidez e hierarquia no plano político-jurídico, impedindo assim que venham a ser eventualmente afrontados por leis infraconstitucionais ou quaisquer outras manobras legislativas.

Na Constituição encontram-se previstas uma diversidade de normas atinentes direta ou indiretamente ao processo penal. Algumas determinam apenas fundamentos sobre os quais ele deve ser construído e baseado, outras especificam regras gerais de direito material e processual que interessam ao processo penal e ainda temos diversas normas que abordam diretamente o conteúdo processual penal, todas servindo de corolário para a efetivação de um processo criminal justo e democrático.

Diante disto, nota-se a concepção moderna do processo penal brasileiro, que não se limita apenas à aplicação pura e simples do direito penal, mas também considerado como meio adequado de proteção das garantias e direitos individuais do acusado frente ao poderoso *ius puniendi* do Estado.

Nesse sentido, podemos observar que a estrutura cênica das salas de audiências, com a posição de privilégio do órgão estatal acusador, que ocupa a tribuna mais alta ao lado direito do juiz em contraposição à defesa, que se localiza em plano inferior, fere frontalmente o escopo garantista e de efetividade do processo criminal, na medida em que viola inúmeras garantias do acusado e ainda afronta o desejo social de um processo justo e democrático

Analisando toda a simbologia existente dentro de uma sala de audiência, deve ser considerado principalmente o valor simbólico intrínseco a cada posição ocupada por cada ator processual e o cotejamento entre a posição espacial privilegiada do *Parquet* e as consequências que geram tanto para os atores processuais quanto para os que assistem ao ato.

Tal simbolismo pode afetar diretamente o resultado final de uma demanda penal, principalmente no que se refere ao Tribunal do Júri, que, por ser composto

por jurados leigos que julgam por sua íntima convicção, podem levar em consideração para a sua decisão a proximidade entre acusador e julgador e, assim, melhor valorar os argumentos da acusação.

Desse modo, a disposição do mobiliário dentro das salas de audiências também possui um significado próprio percebido através do simbolismo que cada posição espacial possui, seja mais próxima ou mais afastada do julgador, seja em nível superior ou não, sendo certo que não há qualquer caráter aleatório na maneira em que são distribuídos pela sala.

É fácil perceber que a fixação da bancada do juiz no lugar central e sob um pedestal foi metricamente pensado a fim de simbolizar a sua autoridade na presidência do ato, adquirindo ares quase que “divinos” de forma intencional para determinar o futuro dos réus que se encontram diante dele e em tablado de nível inferior, o que caracteriza sua submissão à decisão que será proferida.

Em contraste, a sociedade representada pelo público em geral se localiza nas extremidades da sala, distantes ao que se passa na audiência da mesma forma que estão alheias ao processo, caracterizando o baixíssimo poder de influir no resultado final da demanda, mas também simbolizando uma autoridade moral externa, observando e fiscalizando de longe a efetivação da justiça, podendo agir, em tese, caso esta não seja feita.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, as partes do processo penal - acusação e defesa- representadas, em regra, respectivamente pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública ou profissional habilitado pela OAB, deveriam estar posicionadas em um mesmo local, já que possuem a mesma representatividade dentro do processo, a mesma qualificação jurídica de parte processual.

Contudo, não é isto que ocorre nos espaços judiciais brasileiros onde se realizam as audiências criminais. Apesar de ser parte assim como a defesa, o membro do MP ocupa posição diferenciada, destacada da defesa, imediatamente ao lado do julgador, conferindo assim a esta posição espacial um simbolismo diferente do que deveria ter, conduzindo a interpretações erradas sobre sua verdadeira qualificação no processo.

Ao observador se transmite uma impressão de proximidade e até de identidade entre o acusador e o julgador, o que certamente enseja uma confusão entre as atribuições de cada instituição, interferindo assim, mesmo que apenas de forma aparente, na imparcialidade do julgamento para os que a ele assistem.

Na estrutura cênica de toda sala de audiências e tribunais, quando se coloca o julgador ao centro e acima de todos os demais, importa ao senso comum uma representação de que não há naquele espaço judicial cargo mais alto e mais repleto de justiça, certeza e correção para a aplicação da lei no caso concreto.

E justamente quando se coloca o membro do Ministério Público, que figura como órgão acusador no processo penal, imediatamente ao lado direito do julgador, sem nenhuma barreira física entre ambos, tal posição acaba por transmitir a seu favor, para todos aqueles presentes na sala, todo o poder - simbólico ou não- que decorre desta proximidade com a figura do magistrado.

No parecer oferecido pelo brilhante constitucionalista José Afonso da Silva à Ordem dos Advogados do Brasil, ele, em um tom irônico, fez uma inusitada comparação entre a prerrogativa de assento dos integrantes do Ministério Público com o simbolismo da religião católica, o qual prega que “aquele que sentar-se ao lado direito de Deus Pai Todo-Poderoso subirá aos céus.”

Em um Estado em que o processo penal é marcado pela adversariedade entre as partes, que está diretamente relacionado ao direito ao confronto, constitui-se um verdadeiro corolário do modelo acusatório a paridade de armas em seu sentido formal e material, no qual as partes adversárias devem ter as mesmas condições e instrumentos para buscar o convencimento do juiz, o que inclui necessariamente o viés simbólico de tais “armas”.

Em obra dedicada ao sistema adversarial, Diogo Malan sustenta:

(...) a passividade do órgão julgador até o final da contenda é considerada imprescindível, do ponto de vista endoprocessual para assegurar a neutralidade, com relação às versões fáticas apresentadas pelo acusador e pelo defensor. (...)

Ademais disso, tais atributos de neutralidade e passividade também são considerados importantes na perspectiva extraprocessual, pois a confiança da sociedade na legitimidade do sistema processual depende da percepção deste último como algo confiável e justo, o que pressupõe a neutralidade do órgão julgador (MALAN, Diogo. *Direito ao confronto no Processo Penal*. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 19).

Esta composição cênica desigual interfere diretamente no sistema acusatório ao diferenciar o lugar das partes, impedindo que o sistema adversarial funcione como deveria. Uma parte estando distante e em local inferiorizado em relação à outra parte impede consideravelmente o confronto igualitário que deve ser travado entre acusação e defesa perante o juiz, que é o “árbitro” neutro que irá decidir a demanda, encontrando-se acima e equidistante de ambas, demonstrando sua posição de sujeito desinteressado no caso penal.

Todavia, com a acusação ocupando local destacado ao lado do juiz, caem por terra tais princípios da acusatoriedade, como a adversarialidade, a paridade de armas e o tratamento igualitário, e, por via de consequência, prejudica a defesa ao serem afrontados no seu direito constitucional de contraditório e ampla defesa.

Conforme argumentou o Conselho Federal da OAB na Ação Direta:

Trata-se, portanto, de uma arquitetura/modelo que gera constrangimento funcional, pois ela dissimula a real posição que devem ostentar as partes em um processo conduzido pelos princípios e regras do Estado Democrático de Direito. Ou seja, perante a testemunha, o perito, o acusado e qualquer outro participante da relação processual, o mobiliário compõe a imagem de duas autoridades de igual hierarquia [o juiz e o Ministério Público]. (ADI nº4678. Rel. Min. Carmen Lúcia).

Embora *a priori* a disposição da cátedra atual não transpareça os empecilhos e prejuízos que causa à defesa técnica, impende-se dela uma forma de comunicação que é recebida pelo juiz, pelas partes e pela população em geral.

A proximidade destes dois atores processuais, uma vez que ambos representam o Estado, somados às inevitáveis conversas ao “pé-de-ouvido” incitadas pela própria intimidade do convívio diário traz a impressão- e apenas impressão- de que haveria uma parcialidade do julgador, que estaria desde já pré-disposto a aceitar os argumentos sustentados pela parte com quem tem maior afinidade aparentemente.

Na lição de Cláudia Aguiar Silva Britto, baseada nos ensinamentos de Habermas e sua Teoria do Agir Comunicativo:

A “guerra” processual que se vivencia em âmbito judicial penal está muito longe de ser estabelecida como o ambiente democrático (...).

Certamente, a “beligerância” processual inicialmente representada pela estrutura física de caráter dominatório das salas de audiências, onde a relação triangular se escamoteia diante do paralelismo cênico, porém real, entre Estado-juiz e Estado-acusação, alcança até mesmo o comportamento, as atitudes de linguagem manifestadas pelos representantes dos órgãos do Estado. A práxis cotidiana penal parece ser diametralmente oposta à lei, em boa parte, dos casos criminais. (BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *Processo Penal Comunicativo: uma abordagem habermasiana para o processo penal*, p. 11).

Cumprе ressaltar que se trata apenas de impressão que chega aos observadores, posto que não se pretende aqui colocar sob dúvidas a seriedade e a responsabilidade com que os julgadores e os membros do Ministério Público realizam suas atribuições legais.

Entretanto, apesar de ser apenas uma mera impressão, ainda assim gera prejuízos à defesa e ao acusado, que diante dos demais estão colocados em posição inferior, passando também a impressão de que seus argumentos

levantados durante a audiência terão menor valor no sopesamento com os argumentos apresentados pela acusação, o que não deixa de ser um “constrangimento funcional”, como afirma a OAB.

Ainda mais enfática, Maria Lúcia Karam afirma que o tratamento privilegiado conferido ao MP dentro dos tribunais nada mais é do que uma “violência simbólica” (CASARA, Rubens R. R; KARAM, Maria Lúcia. *A redefinição cênica...* ob. cit., p. 1) contra a função daqueles que exercem a defesa do imputado, notadamente a Defensoria Pública e a advocacia.

Dispõe o parecer do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais um estudo sobre o tema, no qual chega a comparar a desigualdade no tratamento das partes dentro do processo penal à luta de gladiadores na Roma antiga, na qual um deles luta armado e protegido por uma armadura enquanto o outro, completamente desprotegido, ingressa na disputa apenas com uma rede e uma faca (TRESCHER, *Stephan. Human rights in criminal proceedings*, 2005).

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do paradoxo que se extrai do processo penal atual, que está sempre dividido entre efetivar a justiça para garantir a paz social e ainda garantir os direitos individuais do acusado, o processo deve servir como instrumento social e democrático para a efetivação da tutela jurisdicional do Estado, em constante conformidade com as normas constitucionais.

Embora previsto em lei, tal privilégio do órgão acusador, quando contraposto com a nova concepção do processo penal pátrio, erguida sob a égide do contraditório e do devido processo, não merece permanecer resistindo.

Como sustenta Adriano Antunes Damasceno<sup>[3]</sup>, “no Brasil há práticas e ritos do cenário jurídico que adquirem o manto de sagrado e seguem avessos a críticas ao longo do tempo”. E é isto que ocorre com o tratamento privilegiado dispensado ao MP mesmo quando não atua com a imparcialidade de um fiscal da lei: transformou-se em um mito, que sempre esteve presente no âmbito jurídico e, portanto, inquestionável para muitos.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil -OAB- ingressou, em abril de 2012, com Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF em face

da Câmara dos Deputados, Senado Federal e Presidente da República buscando a inconstitucionalidade dos mesmos dispositivos, que fora distribuída por prevenção à Ministra Carmen Lúcia e se encontra pendente de julgamento até o presente momento.

A OAB expõe a tradição jurídica penal autoritária reiterada pelo CPP a fim de enfatizar seus argumentos sobre a inconstitucionalidade requerida na ADI:

A questão, portanto, mais se relaciona com a tradição jurídica nacional, resultante de períodos de exceção em que a atuação do Ministério Público não se compadecia com o regime republicano e a necessidade de tratamento isonômico das partes na estrutura cênica judiciária.

Ou seja, a origem desse modelo de cátedra (...) funda-se na estrutura patriarcal e na ideologia de castas entranhadas na história brasileira, que durante muito tempo permitiu a manutenção de tratamentos privilegiados que não são, em grande parte dos casos, visualizados como tais. (ADI nº 4768. Rel. Min. Carmen Lúcia).

Nota-se que a sociedade brasileira ainda caminha a passos curtos em direção a um maior grau de civilidade, tendo em vista os inúmeros abusos e preconceitos que nos deparamos na prática da advocacia criminal e a prerrogativa de assento do MP está aí para que não nos esqueçamos disto, dentre outros exemplos.

Na lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Se a salvaguarda dos direitos e garantias individuais no processo penal é o melhor critério pelo qual se pode medir o grau de civilidade de um povo, mais cuidado se pede ao se reformar aquele que talvez seja, dentre todos os ramos do direito, o que maior impacto exerce sobre a vida humana e especialmente sobre aquela vitimada pela desigualdade no acesso às condições mínimas de vida. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Um devido*



*processo legal (constitucional) é incompatível com o Sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: Processo Penal e Democracia, estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. PRADO, Geraldo; MALAN, Diodo (coords.). Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009)*

Percebe-se uma temerária tendência político-social de conferir novas e supostas interpretações da Constituição em prol da sociedade, substituindo os ideais liberais e individualistas dos direitos fundamentais pelos direitos sociais, na tentativa de minimizar ou até extinguir os direitos do acusado em prol dos interesses supostamente pacifistas de uma “sociedade de risco”, que busca quase sempre por uma condenação como forma de solucionar o problema.

Ressalta Geraldo Prado que “é preciso questionar, colocar sob dúvida o estado de normalidade que parece imperar, perquirir a razão de ser das coisas para, se necessário, transformá-las” (PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, 2001, p. 23), principalmente diante do momento atual em que vivemos, cuja expansão do poder punitivo se estimula pelos clamores de segurança de grande parte da sociedade brasileira, que possui a errada visão de que a opção repressiva e o rigor do direito penal são a solução contra a elevação dos índices de criminalidade do país, uma falsa mas perene crença de que se melhora com mais pena, prisão e punição.

Em um Sistema Penal que historicamente tem sido “forte com os fracos e fraco com os fortes”, na qual a imposição de uma pena a um suposto autor do crime opera como uma espécie de absolvição aos demais autointitulados “cidadãos do bem”, nota-se a forte necessidade de uma reafirmação da efetividade de qualquer direito de defesa do réu- ainda que “irrelevante” para alguns- em busca do reequilíbrio entre as partes e, conseqüentemente, de um processo igualitário em que todos possuam as mesmas oportunidades e instrumentos na defesa de seus interesses.

Atento aos problemas do processo penal em todo mundo, há muito tempo atrás já questionava Francesco Carnelutti que “considerar o homem como uma

coisa: pode-se ter uma forma mais expressiva de incivilidade? Mas é aquilo que acontece, infelizmente, nove entre dez vezes no processo penal.” (FELDENS, Luciano. *Ministério Público: entre Legitimidade Jurídica e Legitimidade Política*. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coords.). *Processo penal e Democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*, 2009).

Defender os direitos do acusado significa necessariamente defender os direitos de cada indivíduo da sociedade e o cumprimento da lei não se faz apenas através de acusações e a obtenção de condenações, mas também pela fiscalização e a garantia ao respeito dos direitos fundamentais garantidos expressamente na Constituição de 1988.

Logo, quando se reivindica a aplicação efetiva de todos direitos e garantias constitucionais do acusado e a observância do sistema acusatório em todo o processo penal, se pressupõe que este seja norteado pelas bases do contraditório e da mais ampla defesa, sempre privilegiando a liberdade individual em detrimento do encarceramento.

As balizas constitucionais que delimitam a atuação do poder estatal punitivo foram insistentemente traçadas a fim de que a partir delas se extraísse a função de eficiência e garantia do processo penal, sendo certo que qualquer óbice à defesa do acusado deve ser incansavelmente combatida.

Em razão disto, não mais se pode aceitar que o processo seja utilizado como uma “arma” contra as minorias marginalizadas que respondem a um procedimento criminal, já que se constatou que o direito a um processo justo e igualitário é pressuposto de um Estado de Democrático de Direito a qual pertencemos desde 1988 graças a um tortuoso, porém vitorioso clamor social.

Apesar de o layout dos espaços judiciais terem se originado no período de exceção do Estado brasileiro, no qual vigorava uma estrutura patriarcal que estabelecia, de forma autoritária e discriminatória, posição superior ao órgão acusador estatal, ficou claro que este modelo não mais se adéqua a atual conjuntura estatal, como já visto, havendo real necessidade de sua reestruturação, uma readequação à luz dos preceitos constitucionais.

Uma verdadeira redemocratização das salas de audiências e de sessões de julgamentos de todo o país é imprescindível para que passem a existir sob a égide do valor fundamental da república, a dignidade da pessoa humana, no qual a proteção dos direitos do imputado valha, tanto para o Estado quanto para a sociedade, mais do que uma condenação.

Certo é que tais avanços não serão obtidos apenas com a redefinição cênica das salas de audiências, haja vista que o processo penal brasileiro padece de inúmeros outros problemas crônicos e estruturais que colocam em maiores riscos a liberdade individual do imputado.

Entretanto, a guerra somente é vencida através da conquista de batalhas menores, uma por vez. E esta talvez seja uma batalha ínfima perto de toda a guerra que se tem pela frente, mas que nem por isso merece desconsideração, como já ficou bem comprovado em toda a exposição.

Logo, devem ser abolidas de uma vez por todas qualquer tratamento privilegiado de uma parte em detrimento da outra não só dentro do processo como também nos espaços judiciais, posto que a condição de parte é igual para todos e assim estão sob o mesmo degrau na escala hierárquica.

Qualquer tratamento privilegiado no processo penal somente deve ser admissível, de forma excepcional, nos casos em que seja para preponderar a tutela da liberdade individual do acusado e assim compensar o desequilíbrio real que existe entre o réu e o agiantado órgão estatal acusador.

A resistência do Ministério Público à necessária redefinição cênica, não abrindo mão de sua posição de superioridade, importa em descumprir os mandamentos constitucionais a ele conferidos, de defesa da ordem jurídica e social, já que o cumprimento de tais mandamentos exige uma defesa ativa da efetivação da cláusula do devido processo legal, o que é flagrantemente violado por sua prerrogativa de assento.

Ficou demonstrado que as formas, signos e símbolos estão sempre atrelados a significados concretos e a consequências reais dentro do processo penal, por isso necessitam serem repensados sob a ótica do modelo acusatório adotado na Lei Maior, de forma que tais símbolos judiciais existam para proteger

o imputado da violação de seus princípios constitucionais e jamais para reforçar tais violações.

Apesar de ainda serem poucos os pronunciamentos judiciais e da aparente falta de interesse dos Tribunais Superiores em se debruçarem sobre o tema, existem algumas decisões que corroboram a tese aqui sustentada, que foram alvo de muita repercussão no meio jurídico.

O magistrado carioca André Luiz Nicolitt, nos autos do processo n. 2003.005.000056-7 negou validade aos dispositivos que preveem a prerrogativa de assento do MP quando este atuar em processo criminal, com o fundamento na paridade de armas, isonomia e também na teoria do agir comunicativo de Habermas.

Existe ainda Reclamação perante o STF, ajuizada pelo juiz federal Ali Mazloun da 7ª Vara Criminal Federal do Estado de São Paulo, que alterou a disposição de sua sala a pedido da Defensoria Pública da União, o que foi alvo de Mandado de Segurança impetrado pelos Procuradores da República locais, no qual foi concedida liminar suspendendo os efeitos da decisão.

Nesta Reclamação, que também fora distribuída por prevenção à Ministra Carmem Lúcia e ainda pendente de julgamento, o magistrado requer que o Supremo acolha as mudanças realizadas em sua sala de audiência bem como que seja adotado tal modelo de cátedra para todo o país, “com vistas a assegurar a paridade de tratamento entre acusação e defesa durante as audiências criminais” (Reclamação n. 12.011. Rel. Ministra Carmen Lúcia).

Não é possível abordar tal tema sem prestigiar o conhecido e festejado parecer (PELLEGRINI, Ada. *O processo em evolução*, p. 317) da ilustre processualista paulista Ada Pellegrini -cujo alguns trechos já foram aqui citados-, elaborado em resposta à consulta de alguns juízes-auditores da Justiça Militar Federal sobre a questão, no qual a doutrinadora condena categoricamente a postura corporativa do MP, que utiliza fracos argumentos na defesa de sua prerrogativa em detrimento da própria Constituição, classificando como “lamentável, até ridículo” tal posicionamento.

O STF também já teve a oportunidade de decidir sobre o tema em um recurso julgado em 1994, o qual teve como relatoria do Ministro Marco Aurélio, que proferiu voto contrário à prerrogativa, com o seguinte teor:

MANDADO DE SEGURANÇA - OBJETO - DIREITO SUBJETIVO - PRERROGATIVA DA MAGISTRATURA. Tem-no os integrantes da magistratura frente a ato que, em última análise, implique o afastamento de aspecto revelador da equidistância, consideradas as partes do processo, como e o caso da cisão da bancada de julgamento, para dar lugar aquele que atue em nome do Estado-acusador. DEVIDO PROCESSO LEGAL - PARTES - MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFESA - PARIDADE DE ARMAS. Acusação e defesa devem estar em igualdade de condições, não sendo agasalhável, constitucionalmente, interpretação de normas reveladoras da ordem jurídica que desague em tratamento preferencial. A "par condicio" é inerente ao devido processo legal (ADA PELLEGRINI GRINOVER). JUSTIÇA MILITAR - CONSELHO DE JUSTIÇA - BANCADA - COMPOSIÇÃO - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR - ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A Lei Complementar n. 75/93, reveladora do Estatuto do Ministério Público, não derogou os artigos 400 e 401 do Código de Processo Penal Militar no que dispõem sobre a unicidade, nos Conselhos de Justiça, da bancada julgadora e reserva de lugares próprios e equivalentes a acusação e a defesa. Abandono da interpretação gramatical e linear da alínea "a" do inciso I do artigo 18 da Lei Complementar n. 75/93, quanto a prerrogativa do membro Ministério Público da União de sentar-se no mesmo plano e imediatamente a direita dos juízes singulares ou presidentes de órgãos judiciários. Empréstimo de

sentido compatível com os contornos do devido processo legal.

(RMS 21884, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 17/05/1994, DJ 25-11-1994 PP-32302 EMENT VOL-01768-01 PP-00099).

(Grifos nossos)

Apesar de esparsas, estas decisões judiciais reiteram o mesmo entendimento, ressaltando que os dispositivos legais que concedem prerrogativa de assento ao órgão ministerial dentro do processo penal não merecem prosperar, padecendo de uma explícita inconstitucionalidade.

Tais decisões também serviram de base para a fundamentação da ADI ajuizada perante o STF pela OAB, a qual se espera que o pronunciamento final da Corte seja no sentido de declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos e, assim, por fim há pelo menos uma, dentre inúmeras disposições contrárias ao réu dentro do processo penal brasileiro.

A compreensão cênica das salas de audiências não pode ser visualizada sob a ótica carreirista, de maneira que o imputado seja a figura de menor importância dentro da sala. O processo penal e todos os direitos e garantias que o acompanham possuem sua existência atreladas à proteção do acusado e esta jamais deve ser olvidada.

Como bem salientado pelo maestral penalista Juarez Cirino em recente palestra<sup>[4]</sup> em homenagem aos mestres Nilo Batista e Vera Malaguti, “o sistema penal brasileiro não passa de uma máquina de moer gente” e, sendo assim, este trabalho passa a ser uma singela contribuição na tentativa de abrandar a moedura.

## 5. REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias.** In: BONATO,



Gilson (org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BONATO, Gilson. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOUDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1989.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4768, Relatora Ministra Carmen Lúcia, 2012. Disponível em: . Acesso em: 05 de Janeiro de 2014.

BRITTO, Cláudia Aguiar. **Processo Penal Comunicativo: uma abordagem habermasiana para o processo penal**. Disponível em: . Acessado em: 26/04/2014.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Bookseller, 2006.

CASARA, Rubens R. R. **A imparcialidade do Ministério Público no Processo Penal brasileiro: um mito a ser desvelado**. In: BONATO, Gilson (org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASARA, Rubens R. R.; KARAM, Maria Lúcia. **Redefinição cênica das salas de audiências e de sessões nos tribunais**. Revista de Estudos Criminais n. 19, Jul./Set. 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **O juiz de garantias na reforma do Código de Processo Penal**. In: BONATO, Gilson (org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COGAN, Luiz A. Cyrilo. **Processo Penal Constitucional: uma análise principiológica**. Disponível em: . Acesso em: 23 de Março de 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson. **Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial**. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20*



*anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DAMASCENO, Adriano Antunes. **A compreensão cênica da audiência de instrução e julgamento criminal no Brasil**. Disponível em: < [http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/13130/ADRIANO\\_ANTUNES\\_DAMASCENO.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/13130/ADRIANO_ANTUNES_DAMASCENO.pdf) >. Acesso em: 28 de Fevereiro de 2014.

FELDENS, Luciano. **Mninstério Público, Processo Penal e Democracia: Identidade e desafios**. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Vinte anos de Constituição e o Processo Penal**. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio. **As nulidades do processo Penal**. São Paulo: Malheiros, 1994.

HANSON, Ashley. **Scales of Justice**. SVSU. 2010. Disponível em: . Acesso em: 03 de Abril de 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM). Memorial ADI n. 4768. Disponível em: . Acesso em: 12 de Fevereiro de 2014.

INSTITUTO LIA PIRES. **Estudo para elaboração de proposta de conclusão**. Disponível em: . Acesso em: 12 de Fevereiro de 2014.

KARAM, Maria Lúcia. **O direito à defesa e à paridade de armas**. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2007.

MALAN, Diogo. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. Campinas: Millenium, 2000.

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

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RAMOS, José Saulo Pereira. **Os arquivos da ditadura guardam segredos incômodos para o MP**. Em: . Acesso em: 22 de Abril de 2014.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STRECK, Lênio. **A concepção cênica das salas de audiências e o problema dos paradoxos**. Disponível em: . Acesso em: 14 de Fevereiro de 2014.

TORNAGHI, Hélio. **A Relação Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOTAS:

[1] Para maiores esclarecimentos sobre a seletividade do sistema penal brasileiro, ler BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro*. Ed. Revan, Rio de Janeiro, 2011.

[2] Estudo para elaboração de proposta de conclusão, realizado no ano de 2011 pelo Instituto Lia Pires a pedido da OAB/RS, sobre a disposição das partes nas salas de audiência, dando especial ênfase na

disposição cênica do salão do Tribunal do Júri, com propostas para a redistribuição dos espaços.

[3] DAMASCENO, Adriano Antunes. *A compreensão cênica da audiência de instrução e julgamento criminal no Brasil*. Tese inscrita perante a Comissão Julgadora do Concurso de Teses do X Congresso Nacional dos Defensores Públicos, 2011.

[4] Encontro de Criminologia Crítica: homenagem aos mestres Nilo Batista e Vera Malaguti, ocorrida em 30 de Abril de 2014 no auditório da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro- EMERJ.

## **A (IN) ELASTICIDADE DO CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**JOÃO GABRIEL CARDOSO:** Advogado. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Ciências de Wenceslau Braz. Aprovado no concurso de provas e títulos para o cargo de Delegado de Polícia Civil de 1ª Classe do Estado do Ceará.

**Resumo:** O presente artigo visa analisar o conceito (in) elástico atribuído pelo Superior Tribunal de Justiça em duas de suas decisões importantes sobre casos envolvendo agentes públicos.

**Palavras-chaves:** Improbidade Administrativa. Superior Tribunal de Justiça. Conceito. Violação de Princípios.

**Abstract:** This article aims to analyze the (in) elastic concept attributed by the Superior Court of Justice in two of its important decisions on cases involving public agents.

**Keywords:** Administrative improbity. Superior Justice Tribunal. Concept. Violation of Principles.

**Sumário:** Introdução. 1-Conceito de Improbidade Administrativa. 2- O conceito de Improbidade Administrativa na visão do Superior Tribunal de Justiça. 2.1- O conceito inelástico previsto no RESP 1.558.038/PE. 2.2- O conceito elástico previsto no RESP 1.177.910/SE. Considerações finais. Referências bibliográficas

---

### **Introdução**

O Superior Tribunal de Justiça, decidindo acerca de dois casos semelhantes, cada um com as suas peculiaridades práticas, e julgados em períodos bem próximos, trouxe duas visões diferentes no que tange ao conceito (in) elástico de improbidade administrativa quando se trata da prática de abuso de poder ou tortura cometido por agentes públicos no exercício de suas funções. Em ambos os julgados o mesmo Tribunal Superior trouxe posições completamente opostas, porém ambas de forma

bem fundamentadas e que polemiza o assunto de modo a atrair, portanto, o debate sobre o tema.

### **1- Conceito de Improbidade Administrativa**

O conceito de improbidade tem sua origem no latim, que segundo De Plácido e Silva, traduz a ideia de má qualidade, imoralidade, malícia. Refere-se à qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto ou que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral.

No mesmo sentido de improbidade, tem-se a improbidade administrativa, que seria a má qualidade ou atuação com indecência por parte de um administrador ou funcionário público. Deve-se analisar, no entanto, que o conceito de improbidade para fins de aplicação da Lei. 8.429/92 não se deve ater apenas ao significado de sua etimologia, neste sentido o autor Cleber Masson cita em sua obra o pensamento de Sérgio Turra Sobrere, que diz ser improbidade: *“A conceituação baseada em sua raiz etimológica não permite a compreensão exata desse fenômeno, pois transmite a noção de que o ato de improbidade administrativa deva estar imbuído de desonestidade, demarcado com contorno de corrupção, o que nem sempre ocorre. O ato pode ser praticado simplesmente por despreparo e incompetência do agente público, que deveria atuar com o cuidado objetivo exigido, ou seja, mediante conduta culposa.”*

A Lei. 8429/92 adota um conceito elástico de improbidade administrativa ao admitir que se configure improbidade administrativa não apenas aquele praticado na modalidade dolosa, mas também o praticado em sua modalidade culposa seja por negligência, imperícia ou imprudência como nos casos de lesão culposa ao erário (art. 10). Assim, podemos observar que o conceito de probidade em comparação ao de moralidade, possui uma feição mais ampla e protetiva, porquanto quando na visão de alguns autores a probidade abrange não apenas a moralidade, mas também a legalidade, impessoalidade, publicidade e a eficiência. Outro fator que corrobora a feição mais elástica do conceito de probidade é que o ato de improbidade cometido em sua modalidade culposa possui punições previstas em Lei, não havendo imoralidade quando se está diante de um ato culposos, pois para configuração da imoralidade exige-se dolo do agente. Esta, inclusive, é a visão dos autores Cleber Masson, Flávio Sátiro e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

## **2-O conceito de Improbidade Administrativa na visão do Superior Tribunal de Justiça**

### **2.1-O conceito inelástico previsto no RESP 1.558.038/PE**

O Superior Tribunal de Justiça no RESP 1.558.038/PE (Informativo 573), trouxe uma visão mais restritiva do conceito de improbidade administrativa, de modo que segundo o posicionamento neste julgado, não há improbidade administrativa, ainda que praticado por agente público no exercício de suas funções e que este ato enseje abuso de autoridade tipificado na Lei 4.898/65, quando deste ato não haja lesão aos cofres públicos, haja vista a inelasticidade do conceito de improbidade administrativa. Veja que o julgado considera improbidade administrativa apenas no sentido de lesão ao erário ou enriquecimento ilícito, pouco fazendo menção à existência de violação de princípios, que inclusive possui previsão na própria Lei. 8.429/92. Frisa-se que para o Superior Tribunal de Justiça, neste julgado, só há improbidade, quando há diretamente ofensa aos cofres públicos. Neste sentido vale a pena transcrever o julgado *ipsis litteris*:

*“Não ensejam o reconhecimento de ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992) eventuais abusos perpetrados por agentes públicos durante abordagem policial, caso os ofendidos pela conduta sejam particulares que não estavam no exercício de função pública. O fato de a probidade ser atributo de toda atuação do agente público pode suscitar o equívoco interpretativo de que qualquer falta por ele praticada, por si só, representaria quebra desse atributo e, com isso, o sujeitaria às sanções da Lei 8.429/1992. Contudo, o conceito jurídico de ato de improbidade administrativa, por ser circulante no ambiente do direito sancionador, não é daqueles que a doutrina chama de elásticos, isto é, daqueles que podem ser ampliados para abranger situações que não tenham sido contempladas no momento da sua definição. Dessa forma, considerando o inelástico conceito de improbidade, vê-se que o referencial da Lei 8.429/1992 é o ato do agente público frente à coisa pública a que foi chamado a administrar. Logo, somente se classificam como atos de improbidade administrativa as condutas de servidores públicos que causam vilipêndio aos cofres públicos ou promovem o enriquecimento ilícito do próprio agente ou de terceiros, efeitos incorrentes na hipótese. Assim, sem pretender realizar um transversal enquadramento legal, mas*



*apenas descortinar uma correta exegese, verifica-se que a previsão do art. 4º, "h", da Lei 4.898/1965, segundo o qual constitui abuso de autoridade "o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal", está muito mais próxima do caso - por regular o direito de representação do cidadão frente a autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos (art. 1º) -, de modo que não há falar-se em incidência da Lei de Improbidade Administrativa. REsp 1.558.038-PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 27/10/2015, DJe 9/11/2015".*

Assim, como já enfatizado, o julgado traz uma análise em dissonância com o que prevê a própria legislação brasileira, pois desconsidera a existência do próprio art. 11 da Lei de Improbidade, que traz um rol exemplificativo de violação aos princípios da Administração Pública.

## **2.2-O conceito elástico previsto no RESP 1.177.910/SE**

O Superior Tribunal de Justiça, julgando o RESP 1.177.910/SE (Informativo 577) trouxe posição completamente oposta acerca do conceito de Improbidade Administrativa. Desta vez o referido Tribunal Superior traz um conceito elástico e considerando a existência de violação de princípios existentes na Lei. 8429/92. Veja que o caso julgado não é completamente idêntico, pois não versa sobre abuso de autoridade, mas sim tortura praticada por agentes públicos. Outro ponto preponderante é o de que o preso se encontrava custodiado em delegacia, isto é, local onde acarreta responsabilidade objetiva estatal quando há ofensa à integridade física ao preso. Neste sentido vale também destacar o entendimento adotado pelo STJ:

***"DIREITO ADMINISTRATIVO. CARACTERIZAÇÃO DE TORTURA COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. A tortura de preso custodiado em delegacia praticada por policial constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública. O legislador estabeleceu premissa que deve orientar o agente público em toda a sua atividade, a saber: "Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos". Em reforço, o art. 11, I, da mesma lei, reitera que configura improbidade a violação a quaisquer princípios da***



*administração, bem como a deslealdade às instituições, notadamente a prática de ato visando a fim proibido em lei ou regulamento. Tais disposições evidenciam que o legislador teve preocupação redobrada em estabelecer que a grave desobediência - por parte de agentes públicos - ao sistema normativo em vigor pode significar ato de improbidade. Com base nessas premissas, a Segunda Turma já teve oportunidade de decidir que "A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida" (REsp 1.297.021-PR, DJe 20/11/2013). É certo que o STJ, em alguns momentos, mitiga a rigidez da interpretação literal dos dispositivos acima, porque "não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA 30-AM, Corte Especial, DJe 28/9/2011). A referida mitigação, entretanto, ocorre apenas naqueles casos sem gravidade, sem densidade jurídica relevante e sem demonstração do elemento subjetivo. De qualquer maneira, a detida análise da Lei n. 8.429/1992 demonstra que o legislador, ao dispor sobre o assunto, não determinou expressamente quais seriam as vítimas mediatas ou imediatas da atividade desonesta para fins de configuração do ato como ímprobo. Impôs, sim, que o agente público respeite o sistema jurídico em vigor e o bem comum, que é o fim último da Administração Pública. Essa ausência de menção explícita certamente decorre da compreensão de que o ato ímprobo é, muitas vezes, um fenômeno pluriofensivo, ou seja, ele pode atingir bens jurídicos diversos. Ocorre que o ato que apenas atingir bem privado e individual jamais terá a qualificação de ímprobo, nos termos do ordenamento em vigor. O mesmo não ocorre, entretanto, com o ato que atingir bem/interesse privado e público ao mesmo tempo. Aqui, sim, haverá potencial ocorrência de ato de improbidade. Por isso, o primordial é verificar se, dentre todos os bens atingidos pela postura do agente, existe algum que seja vinculado ao interesse e ao bem público. Se assim for, como consequência imediata, a Administração Pública será vulnerada de*

*forma concomitante. No caso em análise, trata-se de discussão sobre séria arbitrariedade praticada por policial, que, em tese, pode ter significado gravíssimo atentado contra direitos humanos. Com efeito, o respeito aos direitos fundamentais, para além de mera acepção individual, é fundamento da nossa República, conforme o art. 1º, III, da CF, e é objeto de preocupação permanente da Administração Pública, de maneira geral. De tão importante, a prevalência dos direitos humanos, na forma em que disposta no inciso II do art. 4º da CF, é vetor de regência da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais. Não por outra razão, inúmeros são os tratados e convenções assinados pelo nosso Estado a respeito do tema. Dentre vários, lembra-se a Convenção Americana de Direito Humanos (promulgada pelo Decreto n. 678/1992), que já no seu art. 1º, dispõe explicitamente que os Estados signatários são obrigados a respeitar as liberdades públicas. E, de forma mais eloquente, os arts. 5º e 7º da referida convenção reforçam as suas disposições introdutórias ao prever, respectivamente, o "Direito à integridade pessoal" e o "Direito à liberdade pessoal". A essas previsões, é oportuno ressaltar que o art. 144 da CF é taxativo sobre as atribuições gerais das forças de segurança na missão de proteger os direitos e garantias acima citados. Além do mais, é injustificável pretender que os atos mais gravosos à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, entre os quais a tortura, praticados por servidores públicos, mormente policiais armados, sejam punidos apenas no âmbito disciplinar, civil e penal, afastando-se a aplicação da Lei da Improbidade Administrativa. Essas práticas ofendem diretamente a Administração Pública, porque o Estado brasileiro tem a obrigação de garantir a integridade física, psíquica e moral de todos, sob pena de inúmeros reflexos jurídicos, inclusive na ordem internacional. Pondere-se que o agente público incumbido da missão de garantir o respeito à ordem pública, como é o caso do policial, ao descumprir com suas obrigações legais e constitucionais de forma frontal, mais que atentar apenas contra um indivíduo, atinge toda a coletividade e a própria corporação a que pertence de forma imediata. Ademais, pertinente reforçar que o legislador, ao prever que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de lealdade às instituições, findou por tornar de interesse público, e da própria Administração em si, a proteção da imagem e das*

*atribuições dos entes/entidades públicas. Disso resulta que qualquer atividade atentatória a esse bem por parte de agentes públicos tem a potencialidade de ser considerada como improbidade administrativa. Afora isso, a tortura perpetrada por policiais contra presos mantidos sob a sua custódia tem outro reflexo jurídico imediato. Ao agir de tal forma, o agente público cria, de maneira praticamente automática, obrigação ao Estado, que é o dever de indenizar, nos termos do art. 37, § 6º, da CF. Na hipótese em análise, o ato ímprobo caracteriza-se quando se constata que a vítima foi torturada em instalação pública, ou melhor, em delegacia de polícia. Por fim, violência policial arbitrária não é ato apenas contra o particular-vítima, mas sim contra a própria Administração Pública, ferindo suas bases de legitimidade e respeitabilidade. Tanto é assim que essas condutas são tipificadas, entre outros estatutos, no art. 322 do CP, que integra o Capítulo I ("Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração Pública"), que por sua vez está inserido no Título XI ("Dos Crimes contra a Administração Pública"), e também nos arts. 3º e 4º da Lei n. 4.898/1965, que trata do abuso de autoridade. Em síntese, atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados – incluindo tortura, prisão ilegal e "justiciamento" –, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, alcança, simultaneamente, interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito. Precedente citado: REsp 1.081.743-MG, Segunda Turma, julgado em 24/3/2015. REsp 1.177.910-SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 26/8/2015, DJe 17/2/2016. 1ª Seção."*

Vejamos que esta decisão traz um conceito amplo de improbidade administrativa em consonância com o que prevê a própria Lei que regula as hipóteses de violações aos princípios da Administração Pública.

### **Considerações finais**

Diante do exposto, observa-se que os julgados possuem peculiaridades interessantes e que apesar da similitude em vários pontos, tiveram desfechos diversos, por tratarem de casos concretos. Ao que parece, apesar do pequeno lapso temporal entre os julgados, o julgado mais recente, que é o que admite a elasticidade do conceito de improbidade administrativa, que vem sendo admitido como prevacente,

no entanto, as situações foram analisadas em caso concreto e nada impede o mesmo Tribunal Superior decidir no mesmo sentido quando se deparar com outro caso envolvendo abuso de autoridade e corroborar seu posicionamento pela inelasticidade do conceito de improbidade.

#### **Referências bibliográficas**

1-ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado/ Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade- 5. ed. rev., atual. e ampl.- Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: Método, 2015 (Esquematizado);

2- Informativo 573, Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [email protected] =%270573%27>. Acesso em: 02 de jul. 2017.

3- Informativo 577, Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [email protected] =%270577%27> . Acesso em: 02 de jul. 2017.

## **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS.**

**SILVIA MARIA DE PAULA NASCIMENTO:**

Bacharel pela Faculdade de Direito de Franca. Pós-graduada pela Universidade Católica Dom Bosco. Procuradora Municipal de São Carlos/SP.

**Resumo:** o presente artigo visa estudar de forma pormenorizada a questão do procedimento de relativização do Pacta Sunt Servanda enfatizando as mudanças e aplicações dos dispositivos existentes no Código Civil de 2002, com as Jornadas de Direito Civil, as jurisprudências e súmulas. Desta forma, artigo discorrerá de forma sucinta sobre os países que mais influenciaram nosso direito contratual e ao final fará breve conclusão da utilização de tal regra em nosso ordenamento jurídico.

**Palavra chave:** obrigatoriedade contratual; relatividade; cláusula; pacta sunt servanda; cláusula *rebus sic stantibus*; relativização.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Posição brasileira. 2.1. Teorias Contratuais. 3. Pacta Sunt Servanda x Rebus Sic Stantibus. 4 Conclusão.

---

### **1 Introdução**

A realidade contemporânea vem apresentando novos desafios político-sociais, econômicos e jurídicos, que precisam ser enfrentados, imediatamente, por toda a sociedade. O critério da justiça deve ser o parâmetro em todas as relações, principalmente a contratual. As partes têm que estar em equilíbrio, não podendo mais existir uma submissão do devedor em relação ao credor e com esse intuito veio o Código Civil Brasileiro de 2002.

O contrato é uma fonte das obrigações, resultante de um acordo de vontades que tem como um dos seus requisitos a bilateralidade. No entanto, hoje é visto um crescente aumento dos chamados contratos em massa, excluindo o elemento “acordo de vontades”, tornando o contrato um ato meramente unilateral ou aderente.



O pacta sunt servanda, o contrato faz lei entre as partes, é ainda considerado como um princípio de máxima importância para garantir segurança jurídica no mundo contratual.

No entanto, hodiernamente deve-se considerar que os contratos são elaborados em massa, ocorrendo mera aderência de uma das partes, massacrando, portanto, a autonomia da vontade.

Devido a esta massificação, faz-se possível a revisão contratual não apenas pela teoria da imprevisão, mas por qualquer cláusula que revele a possibilidade de desequilíbrio entre as partes.

O contrato em sua órbita constitucional visa proporcionar as suas partes integrantes, segurança nas suas relações, sempre priorizando o Princípio da Dignidade Humana, art. 1º, III da Constituição Federal de 1988.

Esse tema é de extrema importância e utilidade pública, uma vez que toda a sociedade necessita do contrato para a realização de negócios jurídicos. A busca do ideal de justiça não se justifica apenas no setor público, mas também no privado, evitando que o homem médio fique à mercê de situações de extrema desproporção ou desequilíbrio.

## **2. Posição Brasileira**

### **2.1. Teorias Contratuais**

Uma das primeiras teorias que ganhou corpo foi a teoria do negócio jurídico, pois na “pirâmide conceitual estaria acima do contrato e abaixo do negócio jurídico lato sensu.”<sup>[1]</sup> A vontade humana surge como elemento fundamental para a concretização eficaz do negócio jurídico, gerando o chamado dogma da autonomia da vontade do emissor desta. Desta forma, segue o pensamento do jurista Enzo Roppo:

Emerge daqui, juntamente com as características formais da generalidade e abstração, o outro dado, relacionado com aspectos do conteúdo, necessário para entender o sentido e o alcance da categoria do negócio: a elevação da vontade a elemento chave da sua definição. Na

base desta, está a idéia, já acolhida pelo pensamento jusnaturalista e iluminista, da vontade humana como fonte de qualquer transformação operada no mundo do direito, como força criadora de direitos e obrigações como motor primeiro de toda a dinâmica jurídica.[2]

A importância dada à vontade nesta época se deve aos ideais liberais da Alemanha, e era visto como um ideal de igualdade entre os homens, que independentemente de condições financeiras estavam aptos para emitir declarações de vontade com o intuito de produzir efeitos jurídicos, desta forma, a autonomia da vontade era constituída foi constituída como um dogma do Estado Liberal.

Para se entender a teoria da autonomia da vontade, deve se ter em mente a teorias da vontade e da declaração que segundo Orlando Gomes “procuram explicar o primado da vontade”[3]

A teoria da vontade é de cunho extremamente subjetivo, levando em consideração apenas o aspecto psíquico do indivíduo no momento da celebração do contrato, enquanto a teoria da declaração possui cunho mais objetivo, voltado mais para a declaração realizada.

A teoria da vontade é constituída por dois elementos centrais, a vontade interna e a declaração de vontade, sendo a junção das duas a força do negócio jurídico. Sendo o elemento psíquico extremamente relevante, inclusive na interpretação do negócio, limitava-se a atuação da autonomia privada, revelando “um sistema econômico individualista e pouco dinâmico, no qual as trocas eram, no geral, bem ponderadas e guardavam um certo carácter pessoal”.[4]

Contraopondo-se a teoria da vontade, há a teoria da declaração constituindo uma brecha no princípio da autonomia privada. Esta sempre foi mais coerente com a sociedade moderna, visto que na massificação da economia, os contratos em massa se revestem de total aderência de uma das partes envolvidas, não há mais o que se falar em vontade no momento da concepção do negócio, mas sim a declaração do contrato.



A Teoria da confiança é uma relativização da teoria da declaração, não se retendo apenas na declaração inerente no corpo do contrato, mas também na confiança dentre as partes contratantes derivada da boa-fé objetiva, neste sentido:

A aparência de vontade não é levada em conta em todas as circunstâncias e sem outras considerações. Necessário que se possa despertar a convicção de que se trata de vontade real. Concede-se à declaração valor relativo, tornando-a decisiva sempre que a confiança no seu conteúdo possa se fundar na boa-fé do destinatário. Pode-se esquematizar, assim, a teoria: a declaração de vontade é eficaz, ainda quando não corresponda à vontade interna do declarante, se o destinatário não souber, ou não puder saber, que não corresponde à vontade.<sup>[5]</sup>

Relativizar a importância da vontade contratual é fundamental nos dias atuais, visto a grande massificação dos contratos e o aumento dos contratos de adesão, e a teoria da confiança faz com que se meça também a confiança das partes contratantes, visando segurança e estabilidade nas relações jurídicas.

### **3. Pacta Sunt Servanda X Rebus Sic Stantibus**

No Brasil a cláusula rebus sic stantibus começou a ser tratada especificadamente nas décadas de 20 e 30 do século XX, mesmo o Código Civil não tendo nenhuma previsão expressa a cláusula ou a teoria da imprevisão, mas tal fato não impediu que os doutrinadores considerassem tais princípios.

A fórmula rebus sic stantibus, significa “enquanto as coisas estão assim” é uma abreviação do “*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur.*”<sup>[6]</sup>

Fator decisivo para o crescimento da aceitação de tais institutos foi a influência da Primeira Guerra Mundial devido as incertezas que ocorriam naquele momento histórico.

Tal receio para a adoção da cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro é devido ao medo de tornar os contratos em uma fonte de insegurança jurídica.

A primeira obra que tratou a teoria da imprevisão de forma profunda foi a monografia de Arnaldo Medeiros da Fonseca. Neste trabalho o autor rejeitou a teoria da imprevisão dizendo não ter sido acolhida pelo Código Civil de 1916, devendo, portanto, a cláusula apenas ser aplicada em casos específicos estipulados por lei.

Nessa mesma linha, segue José Xavier Carvalho de Mendonça defendendo que o negócio jurídico permanece em plena eficácia, ainda que ocorram profundas e inesperadas mudanças nas circunstâncias de fato devendo as partes tomar providências sobre os possíveis riscos negociais.

Nota-se uma visão bem estática, imóvel, da vontade contratual, como diz Carvalho de Santos, em sua obra sobre o Código Civil de 1916:

O argumento de que as mudanças de circunstâncias desfigurariam a vontade das partes e, assim, justificavam a revisão contratual, é falho, pois não leva em consideração que a lei exige o consentimento para a formação do contrato, e não para a sua execução.<sup>[7]</sup>

O primeiro defensor da cláusula rebus sic stantibus no Brasil foi Jair Lins, pois segundo ele, o Código Civil de 1916 tinha adotado expressamente a cláusula, em seu art. 85: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.”

Assim como nos casos de vencimento antecipado das dívidas na falência e no concurso de credores, de detenção pessoal e arresto ou embargos autorizados em vista da mudança de estado do devedor.

Segundo Arthur Rocha, os princípios da lei natural do consenso e a teoria da autolimitação dos contratos justificam a revisão contratual, porque assim faz prevalecer a vontade interna das partes contratantes.

No entanto, a cláusula só deve ser aplicada em caráter absolutamente excepcional, decorrente da existência de fatores supervenientes que acarretem uma onerosidade imensa ao devedor, sem corresponder necessariamente a um aumento de ganho do credor.

Uma das obras mais significativas da teoria da imprevisão foi a monografia de Paulo Carneiro Maia, pois este pregava que a cláusula é uma questão de equidade no ordenamento jurídico, que impediria a lesão de um contratante pelo o outro.

Segundo Pontes de Miranda, para estudar a cláusula rebus sic stantibus deve-se procurar equacionar o problema da desestabilização da base do negócio, que por vezes acarreta o desequilíbrio entre as prestações, mas segundo ele, a invocação da teoria só poderia ser feita se já tivessem expressas no contrato ou se existisse lei que decorresse sobre o assunto.

Washington de Barros Monteiro dizia que o direito contratual se estruturava em torno dos princípios da autonomia da vontade, o da supremacia da ordem pública e o da obrigatoriedade da convenção. No entanto, afastava a impossibilidade de modificação contratual, para inspirar-se em situações em que deveria se privilegiar a equidade e o justo equilíbrio entre as partes, afirmando que a cláusula “só pode ser adotada em casos excepcionais e com temperamento e extremos de cautela.”<sup>[8]</sup>

Diferentemente pensa Silvio Rodrigues, conforme explica em seu livro:

a teoria da imprevisão seria a consolidação da antiga cláusula rebus sic stantibus, e para sua aplicação não é mister que a prestação seja impossível de ser cumprida pelo devedor; basta que ela se torne excessivamente onerosa às partes devido a fatos extraordinários e imprevisíveis.<sup>[9]</sup>

Segundo Orlando Gomes a influência da inflação nos contratos, e a atuação de acontecimentos imprevisíveis como a Primeira Guerra Mundial e sua decorrências. E ainda assevera:

nos casos de desequilíbrios conseqüentes à depreciação monetária, é impossível justificar a intervenção judicial na economia do contrato sob o fundamento da imprevisão. Quem quer que contrate

num país que sofre do mal crônico da inflação sabe que o desequilíbrio se verificará inelutavelmente se a prestação pecuniária houver de ser satisfeita algum tempo depois da celebração do contrato. O desequilíbrio é, por conseguinte, previsível, pelo que à parte que irá sofrê-lo cabe acautelá-lo-se.<sup>[10]</sup>

No entanto, Orlando Gomes diferencia-se dos outros doutrinadores quanto à equidade, porque se assim fosse estaria tudo baseando num profundo subjetivismo. A possibilidade de revisão deve ser fundada em elementos técnicos, como a apreciação da vontade contratual e não em razões de equidade ou de boa-fé. Porém, tal atitude revela do doutrinador apenas uma tendência de manter o direito com um aspecto mais científico.

Miguel Reale destaca a importância do contrato como instrumento necessário de cálculo econômico, no qual não se devia permitir que chegasse a uma situação de desigualdade contratual, devendo manter as partes em equilíbrio. Admite o autor a possibilidade de revisão contratual por onerosidade excessiva e também por alguma causa superveniente.

Em 1991, Judith Martins-Costa publicou um artigo sobre a teoria da imprevisão e os planos econômicos governamentais, em que defendia o equilíbrio entre as prestações em relação contratual, como a seguir se aduz:

A doutrina mais moderna vem corroborando a idéia de direito justo em matéria contratual, tendo em vista que devem ser agregados, aos tradicionais princípios da autodeterminação e da autovinculação, os da equivalência objetiva e o da proporcionalidade medida, que tornariam possível a revisão judicial de um contrato desequilibrado. <sup>[11]</sup>

Segundo Judith Martins Costa, a cláusula rebus sic stantibus assegura os princípios sociais, pois obedece à boa-fé objetiva que deve existir em todas as relações contratuais, principalmente nos casos de inflação, ou nos casos de intervenção estatal na economia, procurando o equilíbrio entre as partes, revelando, desta forma, persecução da justiça.

No início da década de 90, Maria Helena Diniz catalogava alguns requisitos para a possibilidade da revisão contratual que deveria ser:

a) o contrato comutativo e de execução continuada; b) a alteração radical das condições econômicas; c) a ocorrência de onerosidade excessiva para uma das partes e de benefício exagerado para a outra; d) a imprevisibilidade e o caráter extraordinário dessa modificação.<sup>[12]</sup>

Desta forma, o que se garante é a possibilidade de revisão contratual quando cláusulas levassem a ruína uma das partes contratantes, pois a ordem jurídica não estaria cumprindo seu objetivo de assegurar a igualdade econômica.

Clóvis do Couto e Silva pensa que o princípio da autonomia da vontade só é possível num sistema social e econômico viável, com moeda sólida e ausência da intervenção estatal dentro da economia. Ainda mais quando se é levado em consideração a boa-fé que deve existir em todos os contratos, partindo desta premissa chegando à teoria da base objetiva do contrato.

Por esta teoria, o contrato tem como base a boa-fé, ocorrendo uma tensão ou desequilíbrio a vontade tem que ser relativizada, principalmente em situações supervenientes derivadas da inflação ou atos governamentais na economia, o que segundo este doutrinador, modificava o *pacta sunt servanda* no Brasil.

#### 4. CONCLUSÃO

Hodiernamente, vê-se a grande atuação dos contratos de massa, sendo uma das partes hipossuficiente devido a sua mera aderência e a não possibilidade de discutir as cláusulas contratuais, resultando, assim, desequilíbrio entre os envolvidos.

Neste contexto o Código Civil de 2002 visou relativizar o brocardo latino *pacta sunt servanda*, o contrato faz lei entre as partes, possibilitando sempre a aplicação do justo, através de revisões contratuais, e retirando efetivamente os efeitos de cláusulas nulas de pleno direito.

A antiga fórmula *rebus sic stantibus* visa à possibilidade de revisão contratual se este resultar em onerosidade excessiva para uma das partes, desequilíbrio contratual devido a fatos imprevisíveis, se houver ofensas a direitos da personalidade, a boa-fé objetiva e principalmente a função social do contrato.

Cabe ainda salientar que na prática jurídica pouco se utiliza a possibilidade de revisão contratual, vigorando o ânimo existente no Código Civil de 1916, sob a égide do *pacta sunt servanda*, portanto, faz-se necessário maior atuação por parte dos advogados, juízes, e aplicadores do direito em geral, dos preceitos presentes neste trabalho, com o intuito de obter maior justiça nas relações contratuais.

## REFERÊNCIAS

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969.

DINIZ, Maria Helena. *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais no direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

\_\_\_\_\_. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.



MARTINS-COSTA, Judith. *A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 670, p. 41-48, ago. 1991.

\_\_\_\_\_. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3. 1959.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Impetus, 2004.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. São Paulo: Manole, 2004.

SANTOS, Antônio Jeová. *Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. 2.ed. São Paulo: Método, 2002.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.



TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Artigo publicado na *Revista científica da Escola Paulista de Direito* (EPD – São Paulo). Ano I. N. I. Maio/Ago. 2005. Coordenação científica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8716-8715-1-PB.htm> >. Acesso em: 08/07/2017.

\_\_\_\_\_. *A Função social dos contratos, do código de defesa do consumidor ao novo código civil*. São Paulo: Método, 2005.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Direito subjetivo I: Enciclopédia Saraiva de Direito*. v. 28, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

#### **NOTAS:**

[1] BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37.

[2] ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 49.

[3] GOMES, Orlando. *Transformações gerais no direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 10.

[4] BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969. p. 298.

[5] GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 14.

[6] FIÚZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 298.

[7] SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 212.

[8] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1959. v. 3. p. 20.

[9] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 23.

[10] GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 35.

[11] MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 670, p. 41-48, ago. 1991, p. 42

[12] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 31.

## DECLARAÇÃO DE HOI AN SOBRE A CONSERVAÇÃO DE DISTRITOS HISTÓRICOS DA ÁSIA

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

Reunião em Hoi An<sup>[1]</sup>, Vietnã, entre os dias 13 a 15 de setembro de 2003, para participar do Simpósio Internacional sobre a Conservação do Patrimônio Cultural e Cooperação Internacional, organizado para comemorar o 30º aniversário do estabelecimento das relações diplomáticas entre o Japão e Vietnã,

Beneficiando-se do contexto específico fornecido pelo reconhecimento internacional do significado universal de Hoi An, uma antiga cidade portuária inscrita na Lista do Patrimônio Mundial em 1999 como uma ilustração das relações históricas de cooperação internacional pacífica entre os países da Ásia,

Tomando nota dos esforços envidados pelas autoridades do Governo do Vietnã, do Quang e da Província de Nam e a cidade de Hoi An para melhorar o estado de conservação deste local exposto a condições ambientais severas de calor e alta umidade e infestação de cupins, particularmente um desafio para os numerosos edifícios históricos de madeira da cidade,

Agradecendo aos organizadores por seus esforços em fornecer uma oportunidade para a partilha frutífera conhecimento e intercâmbio entre especialistas, gestores e pesquisadores de Vietnã, Japão e outros países, bem como representantes de organizações internacionais,

Os participantes deste Simpósio Internacional adotam a seguinte Declaração de Princípios e Recomendações, dirigindo-a as autoridades nacionais e locais, bem como instituições e organizações internacionais.

### **1 CONSERVAÇÃO DOS DISTRITOS HISTÓRICOS DA ÁSIA**

Distritos históricos, incluindo aldeias históricas e bairros da cidade, constituem uma parte importante do patrimônio cultural vivo de países asiáticos. Estes são muitas vezes a expressão de uma rica e frutífera história de intercâmbio cultural entre as regiões da Ásia e seus vários povos ao longo dos séculos. No entanto, muitos bairros históricos da Ásia estão enfrentando danos irreparáveis ou perda de identidade e caráter por falta de medidas de conservação adequadas, desenvolvimento ou controle de acesso de veículos e apoio financeiro adequado, experiência como Hoi An fornece lições úteis e exemplos que devem ser compartilhados entre autoridades e profissionais das várias disciplinas envolvidas na gestão de bairros históricos.

### **2 ENVOLVIMENTO DOS HABITANTES NA CONSERVAÇÃO DOS DISTRITOS HISTÓRICOS**

Habitantes e usuários de bairros históricos são atores-chave nos esforços de conservação, devendo o seu papel ser reconhecido e acolhido no planejamento, na implementação e na avaliação das fases do processo. A sensibilização do público, a informação, a consulta e a participação ajudam os habitantes a entender, compartilhar e cuidar de ambos os valores patrimoniais do distrito histórico, tal como as medidas necessárias de conservação, incluindo as restrições impostas em suas vidas diárias. Os proprietários e os usuários devem ser encorajados a utilizar o conhecimento tradicional e a capacidade de fornecimento de cuidados continuados aos edifícios históricos e aos bairros. Participação voluntária e proativa dos habitantes e associação em cooperação com o governo deve ser promovida e apoiada.

### **3 INTEGRAÇÃO DE DESENVOLVIMENTO DO TURISMO E PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL**

A preservação do patrimônio cultural e o desenvolvimento do turismo não são fundamentalmente opostos e devem ser vistos como atividades que se reforçam mutuamente. Particularmente na Ásia, o turismo é uma

atividade econômica em rápido crescimento que pode proporcionar uma forte motivação para a preservação de bairros históricos. Ele também dá oportunidades muito importantes para as pessoas de diferentes culturas para conhecer, compreender e respeitar melhor a história, a cultura e as expressões de uma região. No entanto, como mencionado na Carta de Turismo adotada pela ICOMOS, em 1999, como atividade econômica tem de ser gerida de forma adequada para evitar danos aos sítios do patrimônio cultural que permanecem frágeis em suas dimensões material e imaterial, bem como seus arredores. Representantes do setor de turismo devem trabalhar com autoridades de conservação para estabelecer maneiras para alcançar o desenvolvimento sustentável do turismo sem esgotar os recursos naturais não-renováveis, como herança.

#### **4 INTEGRAÇÃO DA PREPARAÇÃO DE RISCOS EM PLANEJAMENTO DE CONSERVAÇÃO**

As medidas de conservação para um distrito histórico devem incluir uma consideração especial para a preparação de riscos para evitar danos ou perda de patrimônio cultural em caso de catástrofes naturais ou desastres feitos pelo homem, como inundações, incêndios ou acidentes industriais. O Kobe, Declaração de Tóquio sobre a Prevenção de Riscos para o Patrimônio Cultural, em 1997, tirando lições de muitos desastres, deve ser adotado e usado. Levando em conta a natureza específica dos perigos e riscos locais, deve ser dada prioridade à criação e à manutenção de prevenção e de gestão de crises, que incluem uma consideração especial para o patrimônio cultural. Isso deve ser feito através da estrita colaboração entre habitantes, governo, especialistas e organizações não-governamentais a nível local, nível nacional ou internacional, por exemplo, em colaboração com a Comissão Internacional do Escudo Azul. É necessário manter, através da educação e regular informação ou prática de exercícios, um estado de preparação eficaz entre todos esses atores.

#### **5 PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO ARQUITETÔNICO DE MADEIRA NOS DISTRITOS HISTÓRICOS**

Particularmente presente nos bairros históricos, o patrimônio arquitetônico de madeira da Ásia é muito importante e constitui uma proeminente expressão da diversidade cultural e influências. Ainda

permanece frágil e sua preservação em áreas históricas, muitas vezes densamente povoadas é uma tarefa difícil que exige grandes esforços de cooperação. A conservação da arquitetura de madeira exposta à chuva, à alta umidade e temperatura, bem como cupins e outros agentes biológicos, é por natureza um desafio que levou, no passado, ao desenvolvimento do conhecimento tradicional valioso sobre o uso da madeira para a estrutura e ornamento, tal como métodos para a realização de manutenção e reparação. Como indicado nos Princípios para a Preservação de Monumentos Históricos de Madeira, adotada pelo ICOMOS, em 1999, todos os envolvidos na manutenção e reparação do patrimônio arquitetônico de madeira, incluindo os trabalhadores e especialistas da construção civil, devem entender completamente estes princípios e seus significados e se beneficiar do apoio e aconselhamento dos proprietários para as organizações públicas e especialistas.

## **6 SUSTENTABILIDADE LOCAL, COOPERAÇÃO INTERDISCIPLINAR E INTERNACIONAL**

A conservação dos bairros históricos é uma empreitada complexa, cujo sucesso exige o envolvimento e cooperação de uma diversidade de pessoas, instituições não-governamentais, organizações e especialistas. A cooperação local necessária para atingir as metas de conservação e harmonizar as ações dos diferentes envolvidos. Cooperação interdisciplinar entre os profissionais e pesquisadores acadêmicos produz conhecimento para resolver problemas relacionados com as múltiplas necessidades arquitetônicas, urbanas ou do patrimônio arqueológico em bairros históricos. Cooperação nacional e internacional também auxiliam os gestores ou especialistas para compartilhar experiências e lições preciosas.

A Convenção do Patrimônio Mundial da UNESCO fornece um quadro muito valioso para a cooperação internacional na Ásia entre organizações governamentais e não-governamentais como ICOMOS, em questões como a gestão dos distritos históricos inscritos na Lista do Patrimônio Mundial, a prevenção de riscos, informações de gestão ou de formação. Governos, organizações internacionais e regionais, universidades, agências internacionais de desenvolvimento, fundações e outros parceiros devem organizar reuniões regulares e simpósios no futuro para avaliar as

necessidades, medir o progresso e determinar as áreas prioritárias de cooperação.

Em conclusão, os participantes do Simpósio Internacional de Hoi An sobre a Conservação do Patrimônio Cultural e Cooperação Internacional desejam reafirmar o valor de tais reuniões no desenvolvimento de melhores práticas de conservação e redes profissionais na Ásia. Eles chamam atenção para a ampla divulgação da Declaração de Hoi An para que os princípios expressados possam contribuir para a melhoria da conservação dos bairros históricos na Ásia e para o desenvolvimento de redes regionais, em especial dos bairros históricos da Ásia.

Hoi An, 15 de Setembro de 2003.

#### **THE HOI AN DECLARATION ON CONSERVATION OF HISTORIC DISTRICTS OF ASIA<sup>[2]</sup>**

Meeting in Hoi An, Vietnam, from the 13th to the 15th of September 2003, to take part in the International Symposium on the Conservation of Cultural Heritage Sites and International Cooperation organized to commemorate the 30th anniversary of the establishment of diplomatic relations between Japan and Vietnam,

Benefiting from the particular context provided by the international recognition of the universal significance of Hoi An, an ancient port town inscribed on the World Heritage List in 1999 as an illustration of historical relations between countries in Asia and peaceful international cooperation,

Taking note of the efforts made by the authorities of the Government of Vietnam, of the Quang Nam Province and the City of Hoi An to improve the state of conservation of this site exposed to severe environmental conditions of heat and high humidity and termite infestation, particularly challenging for numerous historic wooden buildings in the town,

Thanking the organizers for their efforts in providing an opportunity for the fruitful sharing of knowledge and exchange amongst specialists, managers and researchers from Vietnam, Japan and other countries as well as representatives of International organizations,



The participants of this International Symposium adopt the following Declaration of principles and recommendations, addressing them to National and Local authorities as well as institutions and international organizations.

### **1 CONSERVING ASIA'S HISTORIC DISTRICTS HISTORIC**

Districts, including historic villages and city quarters, constitute a major part of the living cultural heritage of Asian countries. These are often the expression of a rich and fruitful history of cultural exchange between the regions of Asia and their various peoples over centuries. Yet, many historic districts of Asia are facing irreparable damage or loss of identity and character for lack of adequate conservation measures, development or vehicular access controls and adequate financial support. Experiences such as Hoi An provide useful lessons and examples that should be shared amongst authorities and professionals of the various disciplines involved in the management of historic districts.

### **2 INVOLVING INHABITANTS IN THE CONSERVATION OF HISTORIC DISTRICTS**

Inhabitants and users of historic districts are key actors in conservation efforts. Their role should be recognized and welcomed in the planning, the implementation and the review phases of that process. Public awareness, information, consultation and participation help the inhabitants understand, share and care for both the heritage values of the historic district, and the necessary conservation measures including the restrictions they might impose on their daily life. Owners and users should be encouraged to use traditional knowledge and ingenuity to provide continuous care of historic buildings and neighborhoods. Voluntary and proactive participation of inhabitants and associations in cooperation of the government should be promoted and supported.

### **3 INTEGRATING TOURISM DEVELOPMENT AND PRESERVATION OF CULTURAL HERITAGE**

The preservation of cultural heritage and tourism development are not fundamentally opposed and should be seen as activities that can be mutually supporting. Particularly in Asia, tourism is a fast growing economic activity that can provide a strong motivation for the preservation of historic districts.

It also gives very important opportunities for people from different cultures to meet and understand and better respect the history, culture and arts of an area. Yet, as mentioned in the Cultural Tourism Charter adopted by ICOMOS in 1999, such economic activity has to be adequately managed, to avoid damage of cultural heritage sites that remain fragile in their material and intangible dimensions, and their surroundings. Tourism sector representatives must work with conservation authorities to establish ways to achieve sustainable tourism development without exhausting non-renewable cultural resources such as heritage.

#### **4 INTEGRATING RISK-PREPAREDNESS IN CONSERVATION PLANNING**

The conservation measures for an historic district should include special consideration for risk preparedness to prevent damage or loss of cultural heritage in the event of natural or man-made disasters such as floods, fires or industrial accidents. The Kobe/Tokyo Declaration on Risk Preparedness for Cultural Heritage of 1997, drawing lessons from many disasters, should be adopted and used. These measures are complementary to those taken to protect human lives and property in case of disaster. Taking into account the specific nature of local hazards and risks, priority must be given to the creation and the maintenance of prevention and crisis management that include special consideration for cultural heritage. This must be done through the close collaboration between the inhabitants, government, specialists and non-governmental organizations at the local, national or international level; for instance in collaboration with the International Committee of the Blue Shield. It is necessary to maintain, through education, regular information or practice drills, a state of effective preparedness among all these players.

#### **5 PRESERVING WOODEN ARCHITECTURAL HERITAGE IN HISTORIC DISTRICTS**

Particularly present in historic districts, the wooden architectural heritage of Asia is very important and constitutes a major expression of the cultural diversity and influences. Yet, it remains fragile and its preservation in often densely populated historical areas is a daunting task that requires great efforts and cooperation. The conservation of wooden architecture exposed to rain, high humidity and temperature as well as termites and other biological agents, is by nature a challenge that has led in the past to the development of

valuable traditional knowledge on the use of wood for structure or ornament, and on methods for carrying maintenance and repair work. As stated in the Principles for the Preservation of Historic Timber Buildings adopted by ICOMOS in 1999, everyone involved in the maintenance and repair of wooden architectural heritage, from the owners to the construction workers and specialists must fully understand these principles and their meaning and benefit from the support and advice of public organizations and specialists.

## **6 SUSTAINING LOCAL, INTERDISCIPLINARY AND INTERNATIONAL COOPERATION**

The conservation of historic districts is a complex enterprise whose success requires the involvement and cooperation of a diversity of people, institutions, non-governmental organizations and specialists. Local cooperation is necessary to achieve the conservation goals and harmonize the actions of different stakeholders. Interdisciplinary cooperation amongst professionals and academic researchers brings scientific and professional knowledge to resolve issues related to the multiple needs of architectural, urban or archaeological heritage in historic districts. National and international cooperation also helps managers or specialists to share experiences and precious lessons.

The World Heritage Convention of UNESCO provides a very valuable framework for international cooperation in Asia between governmental organizations and non-governmental organizations like ICOMOS, on issues such as managing historic districts inscribed on the World Heritage List, risk preparedness, information management or training. Governments, international and regional organizations, universities, international development agencies, foundations and other partners should organize regular meetings and symposiums in the future to assess needs, measure progress and determine priority areas of cooperation.

In conclusion, participants in the Hoi An International Symposium on the Conservation of Cultural Heritage Sites and International Cooperation, wish to reaffirm the value of such meetings in developing better conservation practice and professional networks in Asia. They call for the wide dissemination of the Hoi An Declaration so that the principles it expresses can contribute to the improvement of the conservation of historic districts in Asia

and to the development of regional networks, particularly of historic districts in Asia.

Hoi An, September 15, 2003

[1] Texto traduzido por Tauã Lima Verdán Rangel. Bolsista CAPES. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especializando em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

[2] Versão original disponível em: <<http://www.icomos.org/xian2005/hoi-an-declaration.pdf>>. Acesso em 19 out. 2015.

## **RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS**

**HUGO MENEZES PEIXOTO:** Advogado da União. Graduado em direito pela UFPE. Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes.

**RESUMO:** No presente trabalho pretende-se estudar a responsabilidade da Administração Pública, em face da terceirização de suas atividades e serviços, à luz do ordenamento jurídico pátrio, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Direito do Trabalho. Terceirização de serviços. Responsabilidade subsidiária.

---

### **Introdução**

O objeto do estudo em tela reside em compreender o fenômeno da terceirização, suas origens no âmbito da Administração Pública, bem como seus desdobramentos jurídicos, no que tange à responsabilização dos entes públicos pelas verbas trabalhistas oriundas dos contratos administrativos celebrados.

Para tanto, será necessário explanar, brevemente, o fenômeno jurídico e social da terceirização, a sua interlocução com a descentralização administrativa e suas repercussões para os entes estatais.

A presente análise investigará a gênese normativa da terceirização administrativa e sua evolução legal e jurisprudencial, sendo certo que perpassará pelo julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, pela Súmula Vinculante nº 10, pela Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho e, ao fim, pela decisão proferida no RE-RG 760.931.

### **Desenvolvimento**

#### **1. Terceirização**

A terceirização de serviços, vista como instituto ligado ao direito do trabalho, pode ser conceituada como *“fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”*<sup>[1]</sup>.

Trata-se da inserção de um terceiro sujeito na relação de trabalho, a qual, em regra, é bilateral, tendo de um lado, o empregador e do outro, o empregado.

Com a terceirização surge a figura do tomador de serviços, para quem o trabalhador cede seus esforços, a despeito de o contrato de trabalho ter sido celebrado com a empresa prestadora dos serviços.

Pode-se inferir, assim, que a terceirização pressupõe a existência de dois contratos: um de natureza comercial (ou administrativa, no caso da Administração Pública), avençado entre o tomador e a empresa prestadora dos serviços; e outro, que é o contrato de trabalho, firmado entre o trabalhador e a empresa prestadora.

Historicamente, é oportuno mencionar que a terceirização de serviços ganhou relevo na segunda metade do Século XX, com a globalização da economia, produção em massa de bens e serviços, diminuição das barreiras comerciais e ampliação de acesso aos bens de consumo, o que gerou um aumento da competitividade entre as empresas, de modo que estas, no intuito de diminuir os custos da cadeia produtiva, escolheram concentrar os esforços em suas atividades fim, terceirizando as etapas intermediárias e os serviços de apoio.

A Administração Pública, embora não vise ao lucro como as empresas privadas, também se beneficia de tal técnica, na medida em que, por meio da descentralização administrativa e com olhos no princípio da eficiência, busca atuar somente naquilo que relaciona aos serviços essencialmente públicos, deixando para as empresas terceirizadas a realização de atividades secundárias e de apoio.

É esse o foco do estudo vertente, que investigará as bases legais da terceirização, para aferir as hipóteses em que será considerada lícita ou não, bem como as consequências para a Administração e para os trabalhadores envolvidos

## 2. *Evolução legislativa*

Versando o presente estudo sobre a terceirização no setor público, cuja finalidade, conforme já anotado, consiste na maior eficiência na prestação dos

serviços públicos, é preciso, agora, delinear o arcabouço legislativo aplicável ao tema.

É interessante pontuar que a primeira lei a tratar do assunto terceirização no Brasil foi o Decreto-lei nº 200/67, que dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal.

O citado decreto lei assim estabelece:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada e desempenhar os encargos da execução.

Como se vê, há um incentivo à descentralização na prestação de serviços, sendo certo, todavia, que a aplicação no setor público se restringe a atividades meramente executivas, operacionais e subalternas, sem correlação com a atividade fim do ente integrante da Administração Pública.

Segundo Carvalho Filho, a descentralização pode ser vista como o “*fato administrativo que traduz a transferência da execução de atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração*”<sup>[2]</sup>.

Assentadas tais premissas, insta frisar que tais contratos de prestação de serviços com o Poder Público são celebrados, via de regra, com base na Lei nº 8.666/93, por meio de licitação, ou diretamente, nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade (artigos 24 e 25).



Na esfera privada, foi regulamentado o contrato de trabalho temporário, nos termos da Lei nº 6.019/74, segundo a qual é permitida a contratação temporária de trabalhadores por meio de pacto laboral, para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços, legalizando, por conseguinte, a intermediação de mão de obra.

No mesmo sentido, foi promulgada a Lei nº 7.102/83, que disciplina a segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, autorizando, assim, a contratação de trabalhadores por meio de empresas privadas, sem qualquer limitação temporal.

Diante de tais normas legais, inúmeros questionamentos foram surgindo quanto aos casos de terceirização lícita ou ilícita, além da definição acerca da responsabilidade (subsidiária ou solidária) das empresas envolvidas.

Quanto aos entes públicos, também se fazia necessário o estabelecimento de limites quanto à sua responsabilidade, bem como um posicionamento firme, em virtude da vedação constitucional da formação de vínculo de emprego sem concurso público (art. 37, II, CF/88).

### *3. Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho*

Em face das celeumas acima apontadas, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 331, na tentativa de pacificar as controvérsias sobre a matéria:

#### *Súmula nº 331 do TST*

#### **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE**

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Em resumo, o TST somente admitia a terceirização nas hipóteses da Lei nº 6.019/74, da Lei nº 7.102/83, além da contratação de serviços de conservação e limpeza, bem como de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta, tendo fixado, ao fim, a responsabilidade subsidiária do tomador, em caso de inadimplemento do empregador.

Restava, ainda, uma posição firme no tocante ao papel da Administração Pública, quando ocupante da posição de tomadora de serviços, sobretudo em razão do que dispõe o art. 71 da Lei nº 8.666/93:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis

Em virtude das fraudes trabalhistas perpetradas pelas empresas terceirizadas e com vistas a resguardar o trabalhador (parte hipossuficiente na relação), o TST alterou o item IV da mencionada Súmula 331, para estender o entendimento já firmado, no sentido de atribuir responsabilidade subsidiária à Administração Pública quando figurar como tomadora de serviços.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)

#### *4. Posição do Supremo Tribunal Federal na ADC 16*

A nova redação do item IV da Súmula 331 do TST suscitou diversas controvérsias, porquanto, para muitos, a Corte Trabalhista, ao afirmar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas dos trabalhadores da empresa contratada, estaria negando vigência ao aludido art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, em clara ofensa à Súmula Vinculante nº 10[3].

A questão foi submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, que assim se pronunciou nos autos da ADC 16:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e

automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, precedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (ADC 16. Relator (a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 24/11/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Nesse prisma, observa-se que o STF entendeu pela constitucionalidade do dispositivo da Lei de Licitações, não admitindo, portanto, a transferência automática dos encargos trabalhistas decorrentes de contrato de prestação de serviços não adimplido.

##### 5. *Posição atual do TST*

Com efeito, restava saber se, a despeito da constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, haveria alguma possibilidade de responsabilidade subsidiária da Administração Pública, em caso de inadimplemento das parcelas trabalhistas oriundas de contratos administrativos de prestação de serviços, ou se a empresa contratada (terceirizada) seria a única responsável pelos referidos encargos.

Numa interpretação sistemática da Lei 8.666/93, verifica-se que é possível atribuir responsabilidade subsidiária ao ente público, tendo em vista a sua obrigação legal de fiscalizar a execução dos contratos administrativos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução;

(...)

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

Referida conclusão também pode ser extraída dos debates travados na ADC 16, quando restou asseverado que *“o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade. O mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei”*<sup>[4]</sup>.

O TST, portanto, atento a tudo isso, revisou sua Súmula 331, alterando a redação do item IV e incluindo os itens V e VI:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso **evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da**

prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral (grifos acrescidos).

Importante ressaltar que essa responsabilidade subsidiária da Administração não se aplica aos casos de concessão de serviço públicos, uma vez que as concessionárias prestam o serviço em nome próprio, *“cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade”* (art. 25 da Lei 8.987/1995).

A Lei 8.987/95 permite, nesse passo, a contratação com terceiros para execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados ao serviço público, hipóteses em que a concessionária mantém a responsabilidade exclusiva pela correta prestação do serviço público (art. 25, § 1.º, da Lei 8.987/1995).

O art. 31, parágrafo único, da lei em comento, encerra qualquer dúvida quanto a eventual responsabilidade do poder concedente (ente público) pelo pagamento dos encargos trabalhistas da empresa concessionária, ao prever que *“As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente”*.

#### 6. Posição do STF no RE-RG 760.931

Mesmo com o julgamento da ADC 16, ainda se observam julgados da Justiça Especializada, no sentido de que haveria responsabilidade subsidiária da Administração pelo inadimplemento da contratada, ainda que não averiguada, *in concreto*, conduta desidiosa na fiscalização do cumprimento dos encargos

contratuais trabalhistas, com fundamento abstrato na culpa *in elegendo* no momento da celebração do contrato com a empresa terceirizada. Veja-se:

*Resta incontroverso nos autos que o autor foi contratado pela primeira ré como vigilante exercendo esta atividade em setores da segunda reclamada, conforme denota-se dos documentos colacionados aos autos.*

*A condenação subsidiária da recorrente prevalece, porquanto verdadeiro ‘tomador dos serviços’, o que se mostra suficiente à responsabilização subsidiária deste, pois, uma vez estabelecida a relação jurídica de que, através da modalidade de trabalho escolhida, decorre benefício ao tomador e dano ao trabalhador, responde aquele na forma dos arts. 186 e 927 do Código Civil, que têm sustentação na necessária valorização do trabalho, como fator de evidenciada melhoria de condição social (art. 1º, III e IV e art. 7º, ‘caput’, CF).*

*A administração pública deve, por certo, contratar o vencedor de licitação, mas, por outro lado, não se ignora que o processo licitatório também deve atender a critério de idoneidade, conforme alude a própria Lei nº 8.666/93. Ainda que em alguma hipótese possa não haver ‘ilicitude contratual’, houve dano ao empregado, que não recebeu corretamente seus haveres trabalhistas.*

*O tomador ao terceirizar a atividade assume os riscos advindos desta conduta, figurando o fornecedor, na relação tomador/trabalhador, à semelhança de um preposto.*

*De outro lado, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços decorre da culpa *in vigilando*, preconizada pelo art. 186 do Código Civil. Tal culpa não é afastada pela Lei 8.666/93, uma vez que recomenda à Administração Pública que fiscalize a execução dos*



*contratos administrativos e até penalize o contratante quanto este deixa de cumprir seus deveres contratuais (arts. 58 e 67).*

*Ainda, a responsabilidade em questão também decorre da culpa in eligendo, no contexto de escolha pela contratação intermediada ao invés da direta. (TRT9. 3716-2009-014-09-00-5 RO. 3ª Turma. Relator Archimedes Castro Campos Júnior)*

Em virtude desses posicionamentos da Justiça do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal voltou a se debruçar sobre o tema, quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, no qual se discute a responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada.

O Plenário da Suprema Corte, em 30 de março de 2017, manteve o entendimento firmado na ADC 16, fixando a seguinte tese: “*O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93*”.

Ainda que não tenha havido a publicação do acórdão do referido paradigma até hoje, observou-se, dos debates, que somente há que se falar em responsabilidade da Administração Pública, se houver prova inequívoca de conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Nesse contexto, conforme as notícias retiradas do sítio eletrônico do STF, restou destacado pelo Ministro Alexandre de Moraes, que “*A consolidação da responsabilidade do estado pelos débitos trabalhistas de terceiro apresentaria risco de desestímulo de colaboração da iniciativa privada com a administração pública, estratégia fundamental para a modernização do Estado*”. O Ministro Luiz Fux, por seu turno, ao comentar acerca da inclusão do parágrafo 2º no artigo 71 da Lei de Licitações para prever a responsabilidade solidária do Poder Público sobre os encargos previdenciários, acentuou que “*Se quisesse, o legislador teria feito o mesmo em relação aos encargos trabalhistas*”, afirmou. “*Se não o fez, é porque*

*entende que a administração pública já afere, no momento da licitação, a aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada”[5].*

Percebe-se, pois, que, além de afastar a responsabilidade automática do poder público pelo inadimplemento da empresa terceirizada, o STF também exige que reste demonstrada, no caso, a efetiva conduta faltosa da Administração na fiscalização dos contratos trabalhistas, não sendo suficiente a imputação genérica de culpa ou alegação culpa *in eligendo* no momento da celebração do contrato de prestação de serviços.

### **Conclusão**

Por todo o exposto, pode-se concluir que se excluiu a possibilidade de se condenar a Administração Pública automaticamente pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado, tendo ficado ressalvado, no entanto, os casos em haja prova incontestada de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos, o que redundará na sua responsabilização subsidiária pelo pagamento dos direitos dos trabalhadores.

Tal entendimento parece atender ao interesse público, na medida em que resguarda a Administração de figurar como seguradora universal de todos os trabalhadores contratados pelas empresas terceirizadas inadimplentes e, ao mesmo tempo, caso tenha agido de forma faltosa, garante o pagamento dos empregados de tais empresas, inibindo a precarização das relações de trabalho e não se furtando do dever constitucional de valorizar o trabalho humano (trabalho como valor social, art. 1º, IV, da CF/88), já que é ela quem se beneficia, em última *ratio*, da mão de obra do trabalhador terceirizado.

### **Bibliografia:**

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. – 25ª ed. São Paulo, Atlas, 2012.

GODINHO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª Ed. Malheiros. 2010

JUSTEN FILHO. Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

NOTAS:

[1] GODINHO, Maurício. Curso de Direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 430.

[2] Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. – 25ª ed. São Paulo, Atlas, 2012. p. 344

[3] Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

[4] <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>

[5] <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613>

## **PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A FICÇÃO LEGAL DA IGUALDADE: AFINAL, O QUE É ISTO - DIREITOS HUMANOS?**

**GILBERTO ALVES DE AZERÊDO JÚNIOR:** Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - PB.

**RESUMO:** Consentâneo aos lastros humanizantes da Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana é uma referência jurídico-normativa inserida no âmago do ordenamento jurídico. A despeito de todas as imprecisões conceituais, comporta os reflexos protetivos daquilo que preconiza a própria existência humana, sendo um construído permanente, assegurando os direitos invioláveis conquistados historicamente. Outrossim, é assente a indelével importância desse princípio prudencial na revitalização da democracia, promovendo uma articulação e um compromisso do Estado para com a cidadania e não só pelo digno e humano, mas, mormente, espraiando a participação democrática; reinventando a comunidade; projetando sentido aos direitos e objetivando a consecução dos direitos humanos. Nessa senda, ao se laborar em termos de um novo paradigma – Teoria Crítica dos Direitos Humanos – faz ter-se um compreensão crítica do Direito e da sociedade. Para isso, fazem-se necessário perquirir as premissas fundantes da concepção liberal-hegemônica de direitos humanos, delineando através de um novo caminho, uma corrente capaz de abarcar as problemáticas concernentes as incompletudes da teoria dogmática de direitos humanos.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Democracia; Filosofia da Práxis.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Construção Histórica; 2. O Conceito de Dignidade Humana e a Irrupção de uma Nova Problemática: Direitos Humanos Positivados; 2.1. Fundamentos da Modernidade; 2.2. A Concepção Liberal-Individualista dos Direitos Humanos; 2.3. Contribuição Crítica à Dignidade Humana e aos Direitos Humanos; Considerações Finais; Referências.

---

### **Introdução**

Tencionando contrabalançar e refundar um novo pacto civilizatório, a Constituição de 1988 é resultado das reivindicações exsurgentes na história

democrática brasileira, marcada por uma *democracia delegativa*<sup>[1]</sup>, fraca consciência constitucional e amalgamada em fortes contradições sociais. Neste diapasão, urge a necessidade de justificar o lastro do qual emergiu o edifício constitucional, qual seja: o construto da dignidade humana, que devido a uma banalização do seu uso está nas linhas limítrofes de uma anemia significativa.

Este trabalho colima perquirir as representações teóricas liberais dos direitos humanos, objetivando compreender as suas contribuições e as suas lacunas a serem completadas por uma teoria crítica dos direitos humanos. Compreender os direitos humanos e o princípio da dignidade humana como uma conquista histórica resultado das lutas perenes engendradas no campo social, político e jurídico é fundamental para racionalizar uma teoria atenta as contradições sociais e catalisar uma reflexão dos fundamentos, premissas e discursos dos direitos humanos na contemporaneidade.

### **1. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Construção Histórica**

“Já existe felizmente, em nosso país uma consciência nacional que vai introduzindo o elemento da dignidade humana em nossa legislação. Essa consciência que está temperando a nossa alma, e há de por fim humanizá-la, resulta de mistura de duas correntes diversas: o arrependimento dos descendentes de senhores, e a afinidade de sofrimento dos herdeiros de escravos”. Joaquim Nabuco, 1883.

Enceto o texto com um excerto da abertura de *O Abolicionismo* – “já existe felizmente, em nosso país uma consciência nacional que vai introduzindo o elemento da dignidade humana em nossa legislação” –; que reverbera como o nosso processo de participação e abertura democrática, submetido a dois regimes de exceção, ainda está fragmentado e, apesar dos avanços, pouco possibilitou no que tange a conscientização popular sobre o reconhecimento das minorias.

Ao longo do novo regime constitucional instituído, cabe (re)pensar a hermenêutica constitucional que norteia o novel regime democrático. Decerto, vários problemas sociais assolam o país, obstando a concretude da supracitada dignidade citada por Nabuco, elevada ao nível de fundamento<sup>[2]</sup> do dito e escrito

Estado Democrático de Direito. Alegar que o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>[3]</sup>engendra novos princípios e reveste a atuação do Estado, não é trazer à lume, *Fiat Lux*, que todos os nossos problemas de compreensão e justificação estão resolvidos por esse meta-princípio. Vê-se, pois, que a dignidade da pessoa humana é uma construção histórica pensada a partir das condições materiais de existência de uma determinada época.

A essência do homem e, por conseguinte, a compleição de sua dignidade se dá mediante a materialidade no conjunto das relações sociais. A ideia de igual dignidade entre todos os homens e mulheres não possui existência própria, pelo contrário, deriva do substrato material da história. Destarte, entender as formas de constituição das ideias é uma condição *sine qua non* para a compreensão da historicidade da dignidade humana, este termo possui natureza polissêmica, ou seja, constitui-se por contornos imprecisos, porosos, difíceis de serem concatenados e auferidos. Daí a cautela em forjar um conceito de dignidade humana sob o lume de determinada dimensão teórica, dado a complexidade que reveste o tema. Conforme lembra Comparato (2003, p.3.): “Na verdade, a indagação central de toda a filosofia é bem esta: - Que é o homem? A sua simples formulação já postula a singularidade eminente deste ser, capaz de tomar a si mesmo como objeto de reflexão”.

Todas as ideias, independente do seu *locus* – morais, sociais, políticas, jurídicas, religiosas, filosóficas, artísticas, etc. – “não se desenvolvem por si mesmas como entidades substantivas, condensadas no ápice pela Ideia Absoluta, identidade final entre Ser e Saber”(MARX; ENGELS, 1977, p. 21).

No curso de nossa longa história, sociedades reservaram o adjetivo “humano” para estratos específicos. Não atribuindo igual dignidade àqueles que, devido a divisão social do trabalho, não eram considerados como sujeitos livres e iguais em direitos e dignidade.

Uma idêntica dignidade entre os seres humanos é uma conquista histórica de nosso tempo. Afirmar, meramente, a existência *per se* de uma dignidade inerente a todos os seres humanos é (re)cair em uma *falsa consciência*<sup>[4]</sup> demasiadamente abstrata que, por carência de fundamentação, estiola a fulcralidade desse alicerce da democracia.

Nesta esteira questiona Rabenhorst (2001, p.10):

Ao descrevermos a dignidade humana por meio de expressões como “valor intrínseco”, “valor infinito” ou “fim em si mesmo”, estamos realmente esclarecendo o efetivo fundamento da igualdade entre todos os homens, ou simplesmente dando um outro nome àquilo que deveria ser explicado? Afinal, por que todo e qualquer indivíduo, a despeito de seus méritos, qualidades individuais ou papéis sociais seria merecedor da mesma consideração? O respeito que devemos a um homem honesto e cumpridor dos seus deveres é o mesmo que devemos aos patifes?

O atributo que distingue o gênero humano dos animais é a capacidade daquele criar as suas próprias condições materiais de existência(MARX; ENGELS, 1977). Tal faculdade permite a criação de uma *consciência* – indissociável dos meios materiais – legitimadora, ou não, da realidade vigente. Inclusive, como preleciona Finkienkrant(1988, p.9):

O que durante muito tempo distinguiu o homem da maioria das outras espécies foi justamente o fato de que eles não se reconhecem entre si. Um gato, para um gato, sempre foi um outro gato. Um homem, ao contrário, deveria preencher determinadas condições draconianas para não ser excluído, inapelavelmente, do mundo humano. O que caracterizava o homem, a princípio, era o fato de reservar zelosamente o título de homem apenas para sua comunidade.

Dessa feita, ao aduzir a historicidade das ideias e do princípio da dignidade da pessoa humana, tenciono(e espero que você, leitor, compartilhe deste intento) condensar reflexões capazes de justificar a indelével importância desse princípio para a incolumidade democrática.

Reconhecer a existência de processos históricos que subjazem o construto da dignidade humana, não deve dar ensejo para confundi-lo com uma mera ideologia[5]. Mas, como bem nota (ECO; MARTINE, 2000), consiste em entender a



necessidade cintilar da democracia – fundada numa sociedade laica, não preconceituosa e dialógica - na manutenção e perene resignificação da dignidade humana e da concretude de direitos auferidos através das conquistas sociais.

Na democracia grega<sup>[6]</sup>, os indivíduos postulantes a condição de cidadão precisavam satisfazer um rol de requisitos. Atenas, por exemplo, ainda que durante sua época com resquícios democráticos(séc. VI a.c.), adstringia a participação política aos indivíduos de sexo masculino, filhos de atenienses e com o usufruto pleno de suas liberdades. A grosso modo, os antigos gregos atribuíam ao *logos*(razão), o fator distintivo entre os homens e os animais. Sendo o próprio *logos*, responsável por determinar o grau de dignidade de um indivíduo. Nestes termos, cada um ao seu modo, Platão e Aristóteles, instrumentalizaram o artifício do *logos*utilizando-o como fundamento da desigualdade e a estratificação social entre as pessoas.

Destarte, um déficit na capacidade de exercício do *logos*, justificava, segundo as representações de Platão e Aristóteles, a exclusão de escravos e mulheres da vida política, bem como o aviltamento de sua dignidade. A propósito, interpretando Aristóteles, aduz Vergnières (1999, P.163), “o escravo participa do *logos*, mas só participa de maneira indireta: percebe-o em outro, sem possuí-lo ele próprio. O escravo se manifesta, pois, primeiro por deficiência intelectual”.

## **2. O Conceito de Dignidade Humana e a Irupção de uma Nova Problemática: Direitos Humanos Positivados**

### **2.1. Fundamentos da Modernidade**

Com a modernidade, a *dignitatis hominis* respalda uma idêntica igualdade entre todos os seres humanos. Obtendo uma significação ampla, não fica adstrita a uma classe ou estamentos específicos. Doravante, paulatinamente, os fundamentos de um Direito Natural composto por um conteúdo axiológico afastam-se dos postulados teológicos.

Contudo, para tal compreensão, não podemos deixar de citar o relevante papel de Hugo Grócio. Este delineia os argumentos seminais de um *jusnaturalismo laico*, “ao afirmar que as leis naturais seriam tão imutáveis que nem mesmo Deus poderia modificá-las”(RABENHORST, 2001, p.29).

Outro ponto relevante na obra de Grócio é a configuração de uma dimensão subjetiva<sup>[7]</sup> do Direito Natural. Este não é subserviente a uma esfera objetiva (sobretudo teológica) – reduzida a um campo objetivo, antecessor as leis das sociedades humanas –, realça, também, o relevo de um sujeito moral, observante de caracteres ou qualidades morais, facultadas pela natureza social e racional do sujeito. As revoluções burguesas do século XVIII hauriram ideias de pensadores como: Grócio, Voltaire, Locke e Rousseau. Tais contribuições catalisaram a irrupção e a conseqüente manutenção do modelo de Estado Liberal Burguês, calcado na ideia de um homem *in abstracto* livre e esclarecido, capaz de orientar-se por desígnios autônomos.

É indubitável, que no contexto da (re)invenção do conceito de dignidade humana, Immanuel Kant – o filósofo do Aufklärung (Esclarecimento) – realizou formidáveis contribuições para a atual compreensão do termo no ordenamento jurídico pátrio. O indivíduo, para Kant, deve deliberar os seus projetos sob os limites de sua própria consciência, desde que respeite e preconize a igual liberdade de todos os outros, possuidores de uma mesma natureza livre e racional e, por conseguinte, de uma mesma dignidade. Sendo o sujeito capaz de sobressair do estágio de *menoridade*, através do *Esclarecimento* que:

É a saída do homem de sua auto-imposta menoridade. Menoridade é a incapacidade de se servir de seu entendimento sem a direção de um outro. Ele próprio é culpado por tal menoridade se suas causas não residem na falta de entendimento, mas de resolução e coragem para usar seu próprio entendimento sem a direção de um outro. *Sapere aude!* Tem coragem de usar teu próprio entendimento! Tal é o lema do Esclarecimento (POPPER, 2006, p.163).

## 2.2. A Concepção Liberal-Individualista dos Direitos Humanos

A introdução do capitalismo – em detrimento do feudalismo – nas economias européias, ao contrário do que se pensa, não modificou a desigualdade socioeconômica, pelo contrário, a transição entre os dois sistemas econômicos acentuou a desigualdade fundada no privilégio. Neste contexto surgem as revoluções burguesas do século XVIII, explicitando – tanto a *Declaração Francesa*

de 1789, como a *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776* – uma igualdade natural entre todos os homens. Não obstante, os dois países<sup>[8]</sup>, em suas declarações, negaram o fato que, nas colônias francesas e nos estados estadunidenses, ocorria a escravidão das populações africanas<sup>[9]</sup>.

Nesta senda, a igualdade tutelada – calcada nas concepções de Locke recepcionadas nas formulações dos documentos – permitiu alguns avanços, porém eram meramente jurídico-formais, sendo olvidada a desigualdade socioeconômica, a função social da propriedade e os direitos das minorias, como, por exemplo, os negros, mulheres e índios.

O vilipêndio da dignidade humana da população negra nas colônias européias engendrou seqüelas amalgamadas a formação societária dessas sociedades, aparentes no preconceito desarrazoado e dificuldade de acesso da população negra aos mais altos níveis de ensino e pesquisa. Sem dúvida alguma, a condição das mulheres negras é ainda pior, pois sofrem um preconceito duplamente composto, constituído pela discriminação de gênero e discriminação racial, caracterizando novas especificidades. Sobre a dificuldade da mulher negra na própria integração aos movimentos sociais na luta pela concretude de direitos, diz Ikawa e Piovesan (2009, p.154):

Inicialmente, a discriminação contra mulheres negras foi comumente excluída tanto do movimento feminista quanto do movimento negro. O movimento feminista foi reiteradamente visto como um movimento de mulheres brancas, enquanto o movimento negro foi reiteradamente visto como um movimento de homens negros. Segundo, a mulher negra pode ser discriminada por ser negra, por ser mulher ou pelos dois aspectos de sua identidade. Essa complexidade da discriminação pode por vezes criar resistências adicionais a se tratar concomitantemente o gênero e a raça.

## **2.2. Contribuição Crítica à Dignidade Humana e aos Direitos Humanos**

Cabe destacar, a incompletude da interpretação liberal sobre as conjecturas marxistas, considerando-as como um reducionismo econômico

rasteiro. O que o pensamento marxista fez foi demonstrar as interpenetrações do conhecimento jurídico que – como as demais formas de *consciência* – não é um construto autônomo. Logo, urge clamorosamente aferir os problemas de efetividade da teoria liberal dos direitos humanos, sob a lente crítico-dialética do materialismo histórico-dialético.

A principal resistência de Marx aos “direitos do homem” das declarações do século XVIII, concerne ao abstracionismo advindo da frugal asserção de uma natureza livre e racional do homem, sem considerar as condicionantes das condições materiais, que obstam a afirmação de uma igualdade de direitos de fato, consoante nos ensina em seus Manuscritos econômico-filosóficos de 1844 que “o economista nacional – tão bem quanto a política nos seus direitos humanos – reduz tudo ao homem, isto é, ao indivíduo, do qual retira toda determinabilidade, para o fixar como capitalista ou trabalhador”(MARX, 2004, p.149).

Assim, os “direitos do homem” das declarações francesa e estadunidense do século XVIII explicitam-se como postulados formais vazios preenchidos retoricamente. A solução para este traço da teoria jurídica era contextualizar e problematizar a realidade social, na qual, os documentos de “direitos do homem” se organizam. Conquanto, a ficção legal de igualdade, ironicamente, teve seu suporte teórico corroborado pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que não ensejou um afastamento<sup>[10]</sup> da ilusão da existência de direitos autônomos e auto-regulados, como bem expõe o seu artigo 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

A própria ideia de dignidade humana permanece adstrita a concepção essencialista dos documentos liberais antecessores, ao proclamar a dignidade humana como inerente a todos os membros da família humana. Vê-se, pois, nos fundamentos dos direitos humanos – seja nas declarações nacionais do século XVIII como nas declarações universais contemporâneas – a tendência de negar problemáticas indelévels estabelecidas na própria realidade social. Locke, por exemplo, um dos maiores ícones do liberalismo moderno, defende a existência de um perímetro de não-interferência que circunda o indivíduo, sendo a liberdade um direito intrínseco ao homem; concomitante, não consegue justificar

contradições incomensuráveis de sua própria retórica. Nesta orientação, coloca Mészáros:

O verdadeiro significado dos “direitos do homem” torna-se transparente quando lembramos do padrão desigual que Locke quer aplicar, de um lado, aos pobres rigidamente controlados (aqueles que requerem passes especiais até para o “privilégio” de mendigar, com conseqüências terríveis para aqueles que infringem as regras: “Todo aquele que forjar um passe perderá as orelhas pela falsificação, da primeira vez que for considerado culpado de tal ato”), e, de outro lado, àqueles que são responsáveis pelos pobres (“se qualquer pessoa morrer por necessidade de socorro, em qualquer paróquia em que a pessoa deveria ser socorrida, seja a referida paróquia multada de acordo com as circunstâncias do fato e a atrocidade do crime”) – sem mencionar a hierarquia social superior que toma a si o direito de sancionar essas medidas “esclarecidas”(MÉSZÁROS apud LOCKE, 2008, p. 159-160).

O ponto nodal da crítica marxiana aos direitos humanos, não é em face dos próprios direitos humanos, mas na forma como foram – e ainda são – justificados, abordados e descritos nos documentos internacionais advindos dos organismos internacionais de cooperação interestatal, responsáveis pela ressonância da perspectiva liberal dos direitos humanos no século XX e XXI. Portanto, ao contrário do que aduz a famigerada premissa do livro *A Era dos Direitos* de Bobbio – afirmando que o problema dos direitos fundamentais não é de justificação, mas de realização ou proteção (BOBBIO, 1992) – precisamos situar a fundamentação da dignidade da pessoa humana aos cortes epistemológicos do materialismo histórico-dialético.

A concepção de direitos humanos possui vertentes distintas que se contradizem e/ou complementam. Nesta celeuma conceitual, segundo o paradigma teórico de Herrera Flores (2009), destacam-se as vertentes liberal-individualista e crítico-dialética. A primeira preconiza que os direitos humanos são princípios, normas e valores universalmente reconhecidos como imprescindíveis para uma salutar convivência humana. Sua aceitação assenta-se na compreensão

de que os direitos humanos estão fundados na igualdade de todos os seres humanos, detentores de um mesmo conteúdo de dignidade.

Sob os postulados da supracitada teoria, os direitos humanos são uma realidade já alcançada, ou seja, temos os direitos antes mesmo de dispormos das condições materiais para o seu exercício. Consoante preceitua o art. 2º da Declaração Universal de Direitos Humanos: “todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente declaração”. Nos termos desta perspectiva liberal, ocorre uma profusão de direitos inócuos, dado que, por ausência de condições, a maioria da população mundial não pode exercê-los(MAMEDE, 2012).

Todos os problemas lastreados nos ditames de uma teoria liberal-tradicional dos direitos humanos instigaram a irrupção de uma nova problemática, qual seja a necessidade de um referencial teórico que englobe os contextos concretos, em detrimento da demasiada abstratividade dos documentos internacionais. Nesta linha de análise, a teoria crítico-dialética aduzida por Herrera Flores (2009) propõe o entendimento dos direitos humanos enquanto *processos* que são perenemente ressignificados e (re)inventados pelas lutas populares empreendidas pelos movimentos sociais e organizações populares.

Os direitos humanos não são um dado hermético, mas um construído histórico, um resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos encetam para a consecução do acesso às condições necessárias à vida. Destarte, a Constituição e os Tratados Internacionais não são os responsáveis pela criação dos direitos humanos: confundi-los com os direitos positivados na ordem jurídica nacional e internacional seria (re)cair, ingenuamente, em uma falácia positivista. Todavia, não podemos olvidar a importância destes instrumentos enquanto garantia jurídica e, por conseguinte, para a plena efetivação dos direitos humanos: os movimentos sociais buscam bens para usufruir um meio digno de vida e as normas jurídicas resultantes dessa persecução engendrarão a garantia desses bens a duras penas conquistados(MAMEDE, 2012).

### **Considerações Finais**



Diante do exposto, percebe-se que os direitos humanos, quando abordados em termos gerais, possuem sua significação esvaída, devido, sobretudo, ao individualismo e a abstratividade norteadores de suas abordagens. Não existe, a priori, uma incompatibilidade entre os direitos humanos e o marxismo, porquanto quando as lutas sociais são contextualizadas os direitos humanos podem ser compreendidos sob os ditames de um enfoque emancipador, comprometidos com uma igualdade atinentes as diferentes econômicas, étnicas e de gênero.

Ressalte-se, que a dominação ideológica, no entanto, não se propala unicamente no campo das idéias, mas consubstancia relações de dominação nas relações sociais. Portanto, a ideologia hegemônica transpõe o campo do discurso e alcança as construções de materialidade na realidade social, qual seja: Estado, Igreja, Família, Ensino, Religião, Etc. Compreender as contradições sociais que subjazem as práticas e os discursos hegemônicos é imprescindível para o reconhecimento e a reformulação dos saberes envoltos aos direitos humanos.

### **Referências**

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal). Acesso em: 25 de maio de 2012.

CHAUÍ, M. S. **O que é ideologia?**. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1980.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ECO, Umberto; MARTINE, Carlo Maria. **Em que crêem os que não crêem?** Rio de Janeiro: Record, 2000.

FINKIENKRAUT, Alain. **A humanidade perdida**. São Paulo: Ática, 1988.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.



IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Feminismo, Direitos Humanos e Constituição**. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LÖWY, Michel. **Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista**. 7.

Ed. São Paulo: Cortez, 1991.

MAMEDE, A.J.S. **Tribunal Popular da Terra e o Conceito de Direitos Humanos: (Re)Inventando Novos Paradigmas**. *Revista Crítica do Direito*, n.1, v.28. 2012.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã (Feuerbach)**. São Paulo, Editorial Grijalbo, 1977.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004.

MÉSZÁROS, István. **Filosofia, ideologia e ciência social; (tradução Ester Vaisman)**. São Paulo: Boitempo, 2008.

POPPER, Karl Raimund. **Em busca de um mundo melhor (tradução Milton Camargo Mota)**. São Paulo: Martins, 2006.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

VERGNIÈRES, Solange. **Ética e Política em Aristóteles**. São Paulo: Paulus, 1999.

NOTAS:

[1] A transição de regimes autoritários para governos eleitos democraticamente não encerra a tarefa de construção democrática: é necessária uma segunda transição, até o estabelecimento de um regime democrático. A escassez de instituições democráticas e o estilo de governo

dos presidentes eleitos em vários países que saíram recentemente de regimes autoritários – particularmente na América Latina – caracterizam uma situação em que, mesmo não havendo ameaças iminentes de regresso ao autoritarismo, é difícil avançar para a consolidação institucional da democracia. O estudos desses casos sugere a existência de um tipo peculiar de democracia em que a delegação prevalece sobre a representação, denominada de democracia delegativa, fortemente individualista, com um corte mais hobbesiano do que lockiano(O'DONNELL apud STRECK, 2009, p.21).

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

[3] A dignidade humana, plasmada no texto constitucional, guarda um liame, com a concepção moderna do conceito, assentada na segunda máxima do imperativo categórico kantiano, a saber: Aja de tal maneira que tu trates a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa dos demais, sempre como um fim em si mesmo e nunca apenas como um meio.

[4] O conceito de consciência assume formas cingidas pela reformulação do termo hegeliano empreendida por Marx. Para este último a consciência não é uma entidade autônoma livre, pois, dependerá das condições materiais de existência constituídas por indivíduos reais inseridos nas contradições sociais. Logo, a *Bewusstsein*(consciência) nunca determinará de forma uníssona o *Das bewusste Sein*(o ser consciente); e o ser dos homens e mulheres é o processo histórico na realidade social.

[5] A palavra ideologia é costumeiramente utilizada em referência a um “ocultamento da realidade”(CHAUÍ, 1980, p.8), a tentativas de legitimar a existência de ideias aparentemente independentes da realidade social, ou seja, como ideias que existiriam por si só, independentemente das condições materiais de existência. Outros pensadores marxistas - como, por exemplo, Lênin e Gramsci - conceituam ideologia, de uma forma diferente, como “qualquer concepção da realidade social ou política, vinculada aos interesses de certas classes sociais.”(LÖWY, 1991, p.12).

[6] Devemos lembrar que a nossa compreensão da democracia grega é sempre limitada pelas fontes de que dispomos. Em geral, costumamos falar da democracia grega tomando como base Platão. Ressalve-se, no entanto, que Platão era um crítico ferrenho da democracia grega. As informações sobre a situação das mulheres, escravos e estrangeiros não são muito precisas. Das primeiras, sabemos que eram livres, mas que não pertenciam ao corpo político por serem consideradas inferiores. Quanto aos escravos, cabe elucidar, que não há comparação entre a instituição

social da escravidão na Grécia Antiga, com aquela que conhecemos em nosso país quando milhões de africanos foram obrigados a trabalhar nas lavouras de cana-de-açúcar(RABENHORST, 2001, p.16-17).

[7] O germe dessa ideia de direito subjetivo pode ser encontrado em vários teólogos medievais, principalmente entre os nominalistas, que já interpretavam o direito como uma faculdade natural da liberdade(RABENHORST, 2001, p.30).

[8] Ressalve-se que, apesar de serem elaboradas no mesmo ano – ambas foram promulgadas no ano de 1776 -, a *Declaração de Direitos da Virgínia* precede a *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*.

[9] A abolição da escravatura, nos Estados Unidos, só ocorrera com a reforma constitucional implementada pelas emendas constitucionais 13<sup>a</sup>, 14<sup>a</sup> e 15<sup>a</sup>. Ressalte-se, que tais emendas à Constituição Americana deve-se, sobretudo, ao reconhecimento do papel precípua dos soldados negros estadunidenses na Guerra Civil Americana (1861 – 1865).

[10] Visando estabelecer uma simetria meramente jurídica entre os indivíduos, já em seu art. 1.º, aduz a Declaração Francesa de 1789: “os homens nascem livres e iguais em direitos”.

## O SURGIMENTO DA ADVOCACIA

**JORDAANNA MARIA LOPES GUSMÃO:**  
Procuradora da Fazenda Nacional.

**Resumo:** Não restam dúvidas no Direito Brasileiro sobre a inegável importância do advogado na concretização da Justiça, uma vez que ele ocupa grande papel no Poder Judiciário na salvaguarda dos direitos dos jurisdicionados. Como a própria Constituição Federal proclama, “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” (art. 133 da CRFB). Nesse contexto, diante da relevância da advocacia para a sociedade, é importante conhecer um pouco do seu histórico no Brasil e no mundo.

**Palavras Chave:** Advocacia. Histórico. Brasil. Mundo.

**Abstract:** There is no doubt in Brazilian law about the undeniable importance of the lawyer in the execution of Justice, since it plays a large role in the Judiciary in safeguarding the rights of the courts. As the Federal Constitution itself proclaims, "the lawyer is indispensable to the administration of justice, being inviolable for his acts and manifestations in the exercise of his profession, within the limits of the law." (Article 133 of the CRFB). In this context, given the relevance of advocacy to society, it is important to know a little of its history in Brazil and in the world.

**Sumário:** Resumo. Palavras Chave. Abstract. 1.Introdução. 2. Breve histórico da advocacia no mundo. 3. Advocacia no Brasil. 4.A advocacia e sua importância. 5. Conclusão. 6. Referências.

---

### 1. Introdução – Noções Gerais

O acesso à Justiça é um dos corolários do Estado Democrático de Direito na efetivação dos direitos fundamentais, visto que, uma vez violados, o Poder Judiciário atuando na sua função típica, prestará a tutela jurisdicional.

Nesse contexto, não se pode olvidar da importância do advogado na administração da Justiça, haja vista que presta serviço público e exerce função social, conforme delineado nos art. 133 da CRFB/1988 e art. 2º da Lei 8.906/1994.

O advogado, por possuir competência postulatória, representará a parte em juízo, defendendo os seus interesses, sendo imprescindível para administração da justiça.

Portanto, o objetivo do presente artigo é apresentar aos leitores um pouco mais advocacia, seu histórico e desenvolvimento no Brasil e no mundo.

## **2. Breve histórico da advocacia no mundo**

A história da advocacia remonta aos tempos antigos apesar de não se poder precisar com exatidão o seu surgimento.

De acordo com Rui Barbosa *apud* Elcias Ferreira da Costa, “o primeiro advogado foi o primeiro homem que, com a influência da razão e da palavra, defendeu os seus semelhantes contra a injustiça, a violência e a fraude”. (COSTA, 2002, p.79)

Assim, de acordo com o mencionado autor, várias pessoas fizeram esse papel, tais como: Moisés (século XV a.c) quando se insurgiu contra as discriminações impostas na terra do Egito; o valente jovem israelita, Daniel, na defesa de Suzana, entre outros. (COSTA, 2002)

Segundo Luiz Lima Langaro “o orador ateniense que se pode, historicamente, afirmar ter sido o primeiro advogado da Grécia foi Demóstenes (sec. IV), pelo fato de que se dedicou ao estudo das leis, demonstrando vocação extraordinária para a interpretação e a comparação de textos de leis da época”. (LANGARO, 1996, p.40)

Já Elcias Ferreira da Costa preleciona que “Péricles (495-429 a.C) teria sido o primeiro advogado profissional, tendo-se guardado a memória de Demóstenes, Sócrates, Lísias, Isócrates, Andóciles, ao lado de outros menos famosos”. (COSTA, 2002, p.79-80)

Luiz Lima Langaro menciona que apesar de as origens históricas da advocacia serem situadas em Atenas, na Grécia, foi em Roma que a profissão adquiriu individualidade e autonomia, uma vez que nesta, em vez da eloqüência grega, originou-se a técnica pela casuística, pela ciência, e o discurso foi substituído pelo

parecer jurídico, a forma verbal pela escrita, originando-se o processo. (LANGARO, 1996, p. 40)

Com relação ao surgimento de um órgão regulamentador, ainda que de maneira simplória, sobre a classe de advogados, Elcias Ferreira da Costa dispõe:

Foi porém, em Roma, depois da geração de juristas e de advogados famosos, como Cícero, Quinto Scévola, Elio Sexto, Quinto Múcio, Papiniano, Paulo, Gaio, que se organizou, já no reinado de Teodósio (a. 347-395 d.C), contemporâneo de Ulpiano, o Ordo ou Collegium Togatorum cujos membros, uma vez inscritos nas Tabulae respectivas e, comprovada a respectiva aptidão para o múnus, eram autorizados para atuar junto aos Tribunais. (COSTA, 2002, p.80)

Vale ressaltar que foi com o esforço desenvolvido pelo Rei da França, São Luís (1215-1270), concluído pelo seu filho, Felipe III, no sentido de regular o exercício da profissão, que passou-se a exigir a matrícula de todos os advogados, os quais deviam prestar perante o Parlamento um juramento especial (COSTA, 2002)

Ainda segundo o citado autor, distinguiam-se, em Roma, no período republicano, “duas categorias de advogado: o *patronus* ou *causidicus*, que debatia as causas e defendia em juízo os direitos de seus patrocinados, e os *advocatus*, a quem competia assessorar e instruir a parte ou o seu patrono sobre a questão de direito”. (COSTA, 2002, p.80)

Nesse período, destacou-se o advogado Yves Helori pela caridade em defender os pobres, sendo, inclusive, considerado como padroeiro dos advogados.

“Em 1342, fundou-se em Paris a Confraria dos Advogados, sob a designação de Barreau [...]” e, posteriormente, “com a restauração da monarquia, pela ordenança de 1822, foi assegurada a independência plena à Ordem dos Advogados”. (COSTA, 2002, P. 81),

Em Portugal, a origem da classe dos advogados data do Reinado de Afonso V, nas ordenações Afonsinas. Um dado interessante é que nas Ordenações Filipinas exigiam para os advogados além de 08 (oito) anos de estudo na Universidade de Coimbra de Direito Canônico ou de Direito Civil, era necessário possuir o livro das ordenações, sem poder ir contra elas. (COSTA, 2002)

Em linhas gerais, essas são as considerações pertinentes sobre a origem da advocacia no mundo.

### **3. Advocacia no Brasil**

No Brasil, a criação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ocorreu por meio do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, em seu art. 17, no governo de Getúlio Vargas. Tal órgão já era sonhado há muito tempo pelos profissionais da área.

Sobre a criação dos regulamentos disciplinando o exercício da advocacia, dispõe Elcias Ferreira da Costa:

O primeiro regulamento-Estatuto dos advogados nasceu do Decreto nº 20.784, de 14.12.1931 e resultou de redação de Levy Carneiro. Pelo Decreto nº 22.478, de 20.02.1933, o mesmo governo provisório de Getúlio Vargas consolidou todos os dispositivos legais, concernentes ao exercício da advocacia, em um só regulamento, o qual vigorou até a promulgação da Lei nº 4.215, de 27.04.1963. A Lei nº 4.215 disciplinou o exercício da profissão advocatícia durante 31 anos. Dentre do espírito daquele Estatuto, a Ordem esteve voltada fundamentalmente para os aspectos formais da disciplina e fiscalização, seleção e prerrogativas profissionais. (COSTA, 2002, p.82-83)

Um aspecto histórico que não pode ser negligenciado foi a ocorrência do golpe militar de 1964, sob a égide da Lei 4.215/1963, “com a criação indiscriminada de cursos jurídicos, o perfil do advogado mudou, ocorrendo, como é notório, a proletarianização da classe, transformando o profissional, na maioria das vezes em um assalariado” (MACHADO, 2003, p.78)



Posteriormente, com a finalidade de atender a evolução social e econômica, bem como esse novo perfil do profissional da advocacia, foi editada a Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que disciplina sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Tal legislação é a que se encontra em vigor no nosso ordenamento jurídico atualmente.

Segundo Rubens Approbato Machado, a Lei 8.906/1994 traçou novos rumos para a profissão da advocacia e contemplou as figuras do advogado empregador e do advogado empregado, sem, porém, retirar-lhes a independência profissional, a obediência às suas prerrogativas e aos princípios éticos, fundamentos essenciais do exercício da advocacia, inclusive dando relevo à missão do advogado. (MACHADO, 2003, p.78)

De acordo com art. 44 da Lei 8.906/1994, a OAB ocupa importante papel no cenário atual, desempenhando as seguintes finalidades, *in verbis*:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Da simples leitura do dispositivo, emerge a importância que a entidade possui no nosso ordenamento jurídico.

Como nesse mundo nada é imune ao poder transformador da evolução social, o Estatuto da advocacia vem sofrendo modificações a fim de se adequar melhor as futuras realidades.

Além disso, atento cada vez mais as novas realidades, a Resolução nº 02/2015 aprovou o Novo Código de Ética e Disciplina da OAB e revogou o Código de Ética e Disciplina editado em 13 de fevereiro de 1995, bem como as demais disposições em contrário.

#### **4. A advocacia e sua importância**

Não restam dúvidas no Direito Brasileiro sobre a inegável importância do advogado na concretização da Justiça, uma vez que ele ocupa grande papel no Poder Judiciário na salvaguarda dos direitos dos jurisdicionados.

Como a própria Constituição Federal proclama “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” (art. 133 da CRFB)

No mesmo sentido da indispensabilidade do advogado na promoção da justiça é o *caput* do art. 2º da Lei 8.906/1994.

De acordo com o Estatuto da Advocacia, em seu art. 2º, § 1º e §2º, no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social e, no processo judicial, o advogado contribui na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

Nesse linha, confira os valiosos ensinamentos de Luiz Lima Langaro sobre a missão do advogado:

A missão do advogado é indispensável à sociedade e de indiscutível necessidade e importância. Ele assegura o esclarecimento do direito, a fiel interpretação da lei, solucionando os litígios por intermédio do Poder Judiciário. Mantém a paz social, restaura os direitos violados e auxilia na consecução da Justiça. (LANGARO, 1996, p.42)

Rubens Approbato Machado também menciona que advocacia está intimamente atrelada à ideia de paz social, uma vez que a advocacia objetiva em primeiro lugar a composição justa da lide, a conciliação das partes, procurando

encaminhá-las para uma solução harmônica e civilizada da demanda (MACHADO, 2003).

Assim, em virtude de sua essencial função, é que ainda hoje é questionável o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais Cíveis de pequeno valor, haja vista que a ausência de profissional habilitado que preste uma assistência judiciária adequada pode trazer sérios prejuízos para as partes envolvidas no litígio, principalmente quando entre elas houver disparidade financeira.

Além disso, “o advogado é o artífice da defesa e da realização dos direitos fundamentais dos cidadãos. [...] Não há como se fazer justiça, sem a presença do advogado” (MACHADO, 2003, p. 85)

Nesse sentido, tendo em vista a sua importância para a sociedade é que os direitos dos advogados devem ser igualmente tutelados a fim de que eles possam exercer com maestria a sua função social, sob pena de flagrante retrocesso.

## 5. Conclusão

Diante de todo o exposto no presente trabalho, verifica-se que o advogado ocupa papel fundamental na tutela do direitos dos jurisdicionados.

Apesar de não se poder precisar com exatidão o seu surgimento, sabe-se que remota há tempos muito antigos.

Portanto, devido à sua inegável importância, os advogados devem ser cada vez mais valorizados na sua missão que é tão importante para a sociedade, sejam eles advogados públicos ou privados.

## 6. Referências

BARONI, Robson. **Cartilha de Ética Profissional do Advogado**. 4ª Ed. São Paulo (SP): LTR, 2001.

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 3 ed. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2007.

BRASIL, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Código de ética e disciplina da OAB.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em 30 de junho de 2017.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

compilado.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 15 de maio de 2017.

BRASIL. **Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil(OAB).** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)> Acesso em: 10 de março de 2017.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Deontologia Jurídica. Ética das Profissões Jurídicas.** Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2002.

**FERRAZ, Sergio; MACHADO, Alberto de Paula. Ética na Advocacia. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2000.**

FIGUEIREDO, Laurady. **Honorários Advocatícios: Cobrança e Formas de Execução.** Jornal Carta Forense, 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/honorarios-advocaticios-cobranca-e-formas-de-execucao/8360>>. Acesso em 05 de abril de 2017.

GIANNAKOS, AngeloMaraninchi. **Assistência Judiciária no Direito Brasileiro.** Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2008.

LANGARO, Luiz Lima. **Curso de Deontologia Jurídica.** São Paulo (SP): Saraiva, 1996.

**LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo (SP): Saraiva 2013.**

MACHADO, Rubens Approbato. **Advocacia e Democracia**. Brasília (DF): OAB Editora, 2003.

NUNES, ElpídioDonizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 13ª. Edição. Rio de Janeiro (RJ): Lúmen Júris, 2010.

OLIVEIRA, Antônio José Xavier. [Linhas gerais acerca dos honorários advocatícios: generalidade, natureza alimentar, espécies e o novo Código Civil](#). **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 12, n. 1288, 10 jan. 2007](#). Disponível em: . Acesso em 25 mar. 2017.

ROCHA, Alexandre Lobão, **A Garantia Fundamental de acesso do Necessitado à Justiça**. Artigo publicado em 2004. Disponível em:< [http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo\\_alexandre.pdf](http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_alexandre.pdf)>. Acesso em 01 de abril de 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 47ª ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2005.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. **500 Anos de Assistência Judiciária No Brasil**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67467/70077>. Acesso em 01 de abril de 2017.

## O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO NÃO CONFISCO E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO

**LUCAS MARTINS SANSON:** Advogado. Especialista em Direito Tributário pela Anhaguera-Uniderp/SP.

**RESUMO:** O presente estudo pretende explicar alguns dos aspectos inerentes ao princípio constitucional do não confisco, sem almejar, contudo, exaurir o tema, analisando-se, *prima facie*, a definição de tributo, discorrendo, em seguida, sucintamente acerca das limitações constitucionais do poder de tributar e o seu aspecto fundamental no ordenamento jurídico e, por derradeiro, examinar especificamente o princípio que veda a utilização de tributo com efeito de confisco, declinando, ainda, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

**Palavras-chave:** Tributo. Limitação constitucional ao poder de tributar. Princípio do não-confisco.

**ABSTRACT:** The present study aims to explain some of the aspects inherent to the constitutional principle of the confiscation, not without aim, however exhaust the subject, analyzing, *prima facie*, the tribute of definition, sketching, then briefly about the constitutional limitations of the power to tax and your substantial aspect of the legal system and, for ultimate, examine specifically the principle that prohibits the use of tribute with effect from confiscation, and, to this end, some judged the Supreme Court about the *quaestio*.

**Keyword:** Tribute. Constitutional limitation to the power to tax. Principle of non-confiscation.

---

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho propõe-se a comentar alguns dos aspectos relativos ao princípio do não confisco, delimitando seu âmbito de incidência no ordenamento jurídico pátrio e os pressupostos axiológicos que fundamentam a sua existência e lhe confere sentido próprio, e com o auxílio da doutrina e da jurisprudência, sobretudo com inarredável observância dos preceitos insertos na Carta Cidadã,

empreender um trabalho hermenêutico no tocante a sua aplicabilidade prática na ordem jurídica vigente.

O mandamento principiológico em tela consubstancia a limitação contida no preceptivo normativo contido no artigo 150, inciso IV, da Carta Fundamental, que estabelece um parâmetro ao exercício do poder impositivo pelo Estado, vedando-lhe estabelecer, no exercício da competência Constitucional que lhe foi outorgada, tributos cujos efeitos extrapolem a finalidade social que os presidiram e adquiram características nitidamente confiscatórias.

Deflui-se, do exposto, o aspecto notadamente fundamental do princípio em comento, pois constitui irretorquível desdobramento dos direitos e garantias fundamentais, gozando da mesma força no plano eficaz, a vista do que estabelece o §1º do artigo 5º do Diploma Magno, e integrando o núcleo intangível a que alude o artigo 60, §4º, inciso IV.

O princípio do não confisco está situado dentro da Seção II (das limitações do poder de tributar), Capítulo I (Do Sistema Tributário Nacional), Título VI (Da Tributação e do Orçamento), da Constituição da República, onde, o artigo 150, inciso IV, preceitua que, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao cidadão/contribuinte, é vedado aos entes políticos, no exercício de sua competência tributária, utilizar tributos com efeito de confisco<sup>[1]</sup>.

Nesse diapasão, delimitado o objeto de estudo, algumas questões, neste contexto introdutório, impõem sejam consideradas. O Direito Tributário, em sua roupagem contemporânea, reveste-se deonticamente dos pressupostos humanísticos que caracterizam o substrato ontológico e axiológico da Constituição Federal de 1988, constituindo inolvidável instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana e de efetivação dos direitos e garantias fundamentais<sup>[2]</sup>.

A Carta Fundamental, nesse particular, institucionaliza um modelo Democrático de Estado Constitucional de Direito, em que se pretende, precisamente, a transformação do imaginário liberal-individualista e sua substituição progressiva por uma organização de característica notadamente social, onde haja efetiva intervenção do Estado no domínio econômico de modo a viabilizar a realização e a implantação de níveis superiores de igualdade e liberdade, promovendo a redistribuição de riquezas e garantindo, aos menos



favorecidos, o acesso aos bens de natureza subsistencial para garantir a manutenção de uma vida digna (STRECK, 2009).

Por esta razão, dentre outras que podem ser aferidas, é que no artigo 1º do Texto Magno erigiu como fundamentos da República Federativa do Brasil, à cidadania, à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, estabelecendo-se, ainda, como seus objetivos (artigo 3º), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de modo a viabilizar o desenvolvimento nacional, erradicando-se a pobreza e a marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tendo essas finalidades em vista, o constituinte, ao outorgar competência tributária aos entes políticos, também sacramentou limitações em igual hierarquia normativa com o escopo de conformar o exercício dessa prerrogativa a determinados balizamentos de observância imperativa. Além de outras garantias que podem ser depreendidas do texto Constitucional, sobressaltam-se aquelas contidas na Seção II, do Capítulo I, do Título VI, sob a denominação “Das limitações do poder de tributar”, que traceja os mandamentos sobre os quais esse poder-dever deve ser exercitado.

Parte-se, portanto, da premissa de que o Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente atrelado à realização dos direitos e garantias fundamentais emanados do Texto Supremo. E este, por sua vez, dentre outras garantias que estabelece, consagra, em seu artigo 150, IV, o princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco, que será objeto de análise no presente estudo.

Esclareça-se, a priori, que a problemática do tema reside na ausência de uma definição clara e objetiva do que vem a ser tributo com efeito de confisco. A Constituição não estabeleceu um critério quantitativamente aferível para se constatar quando uma determinada exação extrapola as finalidades sociais que ordenaram a sua instituição e/ou modificação. Essa verificação, ao que se evidencia, inicialmente é direcionada ao legislador<sup>[3]</sup>, que deverá observá-la no desempenho de sua atividade legiferante. Estende-se, em um segundo plano, aos intérpretes, como objeto de seu labor judicante, que examinaram, em cada caso

concreto, a compatibilidade de um determinado ato normativo em relação aos preceitos encetados na Constituição Federal.

Vale esclarecer, nesse passo, que o estudo do tema carece de melhor aprofundamento pela doutrina e jurisprudência. Há pouco material disponível abordando especificamente o princípio em liça. Encontra-se, com algumas exceções, de forma esparsa dentro dos manuais e cursos voltados a disciplina de Direito Tributário, havendo um ou outro autor, que ao abordá-lo, deu-lhe a devida atenção.

No presente estudo, onde foram realizadas pesquisas doutrinárias, consultados alguns periódicos na rede mundial de computadores e analisados alguns julgamentos do STF sobre a matéria, pode-se observar que um ponto constitui lugar-comum entre eles, a saber: o princípio que veda a utilização de tributos com efeitos confiscatórios é um mandamento aberto que possui conteúdo indeterminado. Nesse vislumbre, corrobora o exposto o fato de a Constituição não estabelecer diretrizes seguras para se verificar um limite a partir do qual uma determinada exação adquire característica confiscatória, aniquilando, total ou parcialmente, o patrimônio do contribuinte.

Inexiste no direito posto ato normativo que objetivamente regulamente a matéria, tracejando os limites, excedidos os quais, o tributo desvincula-se de sua finalidade social. Incumbe, portanto, ao hermeneuta, conforme alhures assinalado, extrair, diante do caso concreto, o sentido mais consentâneo da norma à luz da Carta Fundamental e delinear o seu respectivo alcance no ordenamento jurídico vigente.

O presente estudo, portanto, pretende explanar alguns dos aspectos inerentes à matéria, sem almejar, contudo, exauri-la, analisando-se, *prima facie*, a definição de tributo, esboçando sucintamente sobre as limitações constitucionais do poder de tributar e o seu aspecto fundamental no ordenamento jurídico e, por derradeiro, examinar o princípio que veda a utilização de tributo com efeito de confisco, declinando, para tanto, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

## 2. TRIBUTO

A definição normativa de tributo encontra-se exteriorizada no artigo 3º do Código Tributário Nacional, recepcionado pela Constituição de 1988, o qual dispõe que “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção por ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Luciano Amaro (2016, p. 38), em seu curso de Direito Tributário brasileiro, examinando as noções imanentes a este vocábulo, elucidou que:

*Tributo, como prestação pecuniária ou em bens, arrecada pelo Estado ou pelo Monarca, com vistas a atender os gastos públicos e às despesas da coroa, é uma noção que se perde no tempo e que abrangeu desde os pagamentos, em dinheiro ou bens, exigidos pelos vencedores aos povos vencidos (à semelhança das modernas indenizações de guerra) até a cobrança perante os próprios súditos, ora sob o disfarce de donativos, ajudas, contribuições para o soberano, ora como um dever ou obrigação. No Estado de Direito, a dívida de tributo estruturou-se como uma relação jurídica, em que a imposição é estritamente regradada pela lei, o tributo é uma prestação que deve ser exigida nos termos previamente definidos pela lei, contribuindo dessa forma os indivíduos para o custeio das despesas coletivas (que, atualmente, não são apenas as do próprio Estado, mas também das entidades de fins públicos).*

Nessa linha epistemológica, obtempera o saudoso professor Marcus Cláudio Acquaviva (1994, p. 1236), que os tributos representam um:

*Ônus compulsório, criado e gerido pelo Estado, visando ao custeio de serviços públicos. O tributo é Gênero, de que são espécies o imposto, a taxa e a contribuição de melhoria. O fundamento jurídico do tributo é o poder fiscal do Estado, e seu elemento essencial é a coercibilidade, vale dizer, prerrogativa legal de o Estado compelir o contribuinte ao pagamento da prestação.*

Nesse particular, é imperioso registrar - muito embora essa questão não constitua objeto de análise específica no presente estudo - que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 138.284, rel. Carlos Veloso e ADC-1/DF) já pacificou o entendimento de que os empréstimos compulsórios e as contribuições

especiais integram as espécies tributárias<sup>[4]</sup>. Kiyoshi Harada (2011, p. 311) reforça advertindo que o posicionamento adotado apresentou-se, na espécie, como o mais consentâneo (no plano analítico do conhecimento), visto que a questão deve ser examinada à Luz do Sistema Tributário Nacional vigente e interpretada sistematicamente sob a égide normativa da Constituição Federal, que disciplina expressamente as aludidas exações, o que, por conseguinte, não pode ser olvidado pela comunidade jurídica.

Retornando a análise do conceito de tributo, preleciona Kiyoshi Harada (2011, p. 308) que a sua definição não é uniforme. Entretanto, vislumbrando que um de seus elementos característicos é a coercitividade, sentenciou que “os tributos são prestações pecuniárias compulsórias, que o Estado exige de seus súditos em virtude de seu poder de império [...]”.

No entendimento de Geraldo Ataliba (2004, p. 53), tributo constitui:

*[...] a expressão consagrada para designar a obrigação ex lege, posta a cargo de certas pessoas, de levar dinheiros aos cofres públicos. É o nome que indica a relação jurídica que se constitui no núcleo do direito tributário, já que decorre daquele mandamento legal capital, que impõe o comportamento mencionado.*

No mesmo sentido, quanto à definição de tributo, preleciona Leandro Paulsen (2017, p. 33) que:

*Cuida-se de prestação em dinheiro exigida compulsoriamente, pelos entes políticos ou por outras pessoas jurídicas de direito público, de pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem promessa de devolução, forte na ocorrência de situação estabelecida por lei que revele sua capacidade contributiva ou que consubstancie atividade estatal a elas diretamente relacionada, com vista à obtenção de recursos para o financiamento geral do Estado, para o financiamento de fins específicos realizados e promovidos pelo próprio Estado ou por terceiros em prol do interesse público.*

Dos aforismos expostos, conclui-se que tributo, como prestação pecuniária compulsória, representa a cifra exigida pelos entes políticos de seus contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas, em razão da prática, no mundo fenomênico, de fato

descrito em lei como passível de incidência tributária, para consecução de fim a seu encargo, almejando, assim, o bem-estar coletivo.

Para tanto, nos termos do artigo 145 da Constituição, os entes políticos, para a obtenção de recursos para financiar as suas atividades e outros fins específicos, poderão instituir impostos<sup>[5]</sup>, taxas<sup>[6]</sup> e contribuição de melhorias<sup>[7]</sup>, bem como, na linha da classificação pentapartida, os empréstimos compulsórios, previsto no artigo 148, e as contribuições do artigo 149, ambos do Diploma Magno.

Vê-se, portanto, que as pessoas jurídicas de direito constitucional interno gozam de prerrogativas para a instituição de tributos, cuja finalidade, em síntese, é abastecer os cofres públicos com o escopo de viabilizar a manutenção de suas atividades. Entretanto, na linha do que preconiza Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 1000), como toda competência, a competência tributária é limitada. Isto implica afirma, nas palavras do saudoso doutrinador:

*[...] que o seu exercício só será legítimo se protagonizado dentro dos limites do Texto Supremo. A competência tributária encontra-se limitada por princípios constitucionais (como, a igualdade, a capacidade contributiva, a legalidade, a segurança jurídica, a anterioridade, a irretroatividade e outros) e regras constitucionais (sobretudo aquelas que repartem a própria competência), uma vez que não pode uma pessoa política, a pretexto de exercer sua competência tributária, invadir a competência de outra, como, v.g., a União instituir impostos do Estado ou do Município e vice-versa. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 1000)*

Observa-se, destarte, que a competência tributária é exercida nos lindes estabelecidos na Constituição, consoante se infere de seus artigos 150 a 152, os quais estabelecem limitações objetivamente atreladas ao poder de tributar<sup>[8]</sup>. Essas limitações, portanto, no escólio de Luciano Amaro (2016, p. 129), não representam obstáculos ou vedações, senão que concorrem para fixar o que pode ser tributado e como pode sê-lo.

### 3. DAS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR COMO GARANTIA FUNDAMENTAL DO CONTRIBUINTE

Depreende-se, do articulado até o momento, que os tributos são criados em conformidade com a competência constitucionalmente delimitada para cada ente político – União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Registrou-se, ainda, que essa aptidão não é exercida ao alvedrio das respectivas pessoas jurídicas constitucionais de direito público interno. A Constituição, deste modo, além de estabelecer tanto quanto o possível a esfera de atuação de cada ente político, também tracejou parâmetros normativos sobre os quais o exercício dessa prerrogativa deve ser erigido, resguardando-se, por conseguinte, “[...] os valores por ela reputados relevantes, com atenção especial para os direitos e garantias fundamentais”. (AMARO, 2016, p. 128)

Oportuno, a propósito, assinalar que o Estado existe para a consecução do bem-estar coletivo. E por este motivo a Constituição lhe confere diretamente um conjunto de prerrogativas que lhe garantem uma posição privilegiada nas relações jurídicas face ao particular. Desse desiderato, o princípio da prevalência do interesse público sobre o privado é genuína emanção dessa predominância, constituindo princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade, pressuposto lógico de sua existência e do convívio social (MELO, 2015, p. 99), o que justifica, nesse quadrante, no âmbito do poder impositivo do Estado, a possibilidade de exigência de tributos como forma de garantia e manutenção do interesse público<sup>[9]</sup>.

Em que pese o poder-dever de impor e exigir tributos constituir expressão desta supremacia, considerando-se a função institucional a cargo do Estado, de garantia do bem-estar coletivo, vale destacar, no escólio de Ricardo Alexandre (2008, p. 94), ser é inegável que:

*[...] o Estado possui um poder de grande amplitude, mas esse poder não é ilimitado. A relação jurídico-tributária não é meramente uma relação de poder, pois, como toda relação jurídica, é balizada pelo direito e, em face da interferência que o poder de tributar gera sobre o direito de propriedade, o legislador constituinte originário resolveu traçar as principais diretrizes e*



*limitações ao exercício de tal poder diretamente na Constituição Federal”.*[\[10\]](#)

Nesse sentido, conforme ensinamento de Luciano Amaro (2016, p. 132), “O exercício da competência tributária faz-se, como vimos, dentro de balizamentos materiais e formais[\[11\]](#), que, didaticamente, são estudados como limitações constitucionais do poder de tributar”.

No entendimento de Hugo de Brito Machado (2005, p. 272-273):

*Em sentido amplo, é possível entender-se como limitação ao poder de tributar toda e qualquer restrição imposta pelo sistema jurídico às entidades dotadas desse poder. Aliás, toda atribuição de competência implica necessariamente limitação. A descrição da competência atribuída, seu desenho, estabelece os seus limites. Em sentido restrito, entende-se como limitações do poder de tributar o conjunto de regras estabelecidas pela Constituição Federal, em seus arts. 150 a 152, nas quais residem princípios fundamentais do Direito Constitucional Tributário [...].*

Leandro Paulsen (2017, p. 128), discorrendo sobre o tema, sentenciou nos seguintes termos:

*As limitações que se apresentam como garantias do contribuinte (legalidade, isonomia, irretroatividade, anterioridade e vedação do confisco), como concretização de outros direitos e garantias individuais (imunidade dos livros e dos templos) ou como instrumentos para a preservação da forma federativa de Estado (imunidade recíproca, vedação da isenção heterônoma e de distinção tributária em razão da procedência ou origem, bem como de distinção da tributação federal em favor de determinado ente federado), constituem cláusulas pétreas, aplicando-se-lhes o art. 60, § 4o, da CF. [...] Assim, são insuscetíveis de supressão ou de excepcionalização mesmo por Emenda Constitucional.*

Sobressai, portanto, que o complexo normativo (princípios e regras) estatuído na Constituição, cujas disposições delimitam e subvencionam aos seus parâmetros o exercício da competência tributária, informam e conformam o



poder-dever de tributar a limites intransponíveis, constitui inegável garantia do cidadão/contribuinte em relação à voracidade fiscal do Estado. Logo, exercitada essa competência à revelia dessas fronteiras, o ato normativo dele decorrente padecerá de insuperável vício de inconstitucionalidade. Esses instrumentos demarcadores, consoante referido alhures, possui residência nos artigos 150 a 152 da Carta Fundamental[12].

Ademais, ressalta o Ministro Alexandre de Moraes (2016, p. 1381) que:

*[...] a limitação constitucional ao exercício estatal do poder de tributar é essencial para a garantia da segurança jurídica e dos direitos individuais, em especial o de propriedade, evitando abusos e arbitrariedades e permitindo uma relação respeitosa entre o fisco e o contribuinte.*

A Constituição, ao que se evidencia, sacramenta as principais limitações ao exercício da competência tributária no vislumbre a delimitar o âmbito de atuação dos entes políticos, justapondo, aos seus interesses (no caso, extrair do patrimônio privado a sua fonte de existência), garantias individuais e coletivas como ponto de partida para o exercício das prerrogativas lhes outorgadas. Mas, não necessariamente estabelece todas. Isso é facilmente percebido através de singela leitura de seu artigo 150, donde sobressai de forma cristalina que as garantias que estatui existem sem prejuízos de outras (...) asseguradas ao contribuinte (ALEXANDRE, 2008, p. 94).

Dentre as limitações estabelecidas pela Constituição Federal ao poder de tributar, encontra-se a vedação de estabelecimento de tributos com efeitos confiscatórios. Esse princípio, ao lado da capacidade contributiva, constitui “mandamento nuclear”[13] da sistemática tributária, e sua violação representa insurgência contra todo o sistema jurídico-tributário, sobretudo em se considerando que a desatenção a esse princípio (do não confisco) representa subversão dos valores fundamentais estatuídos na Carta Republicana, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2015, p. 54).

#### **4. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE UTILIZAÇÃO DE TRIBUTOS COM EFEITOS CONFISCATÓRIOS**

A Constituição Federal, na seção relativa às limitações constituições do poder de tributar, albergou, em seu artigo 150, inciso IV, o mandamento que veda o estabelecimento tributos com efeitos de confisco. Esse princípio encontra seu fundamento axiológico no direito de propriedade. É norma, como se evidencia, primordialmente dirigida ao legislador, o qual, ao instituir tributo ou majorá-lo, deverá fazê-lo (ou graduá-lo) sem, contudo, expropriar indevidamente o patrimônio do contribuinte.

Num primeiro sentido, entende-se por tributo confiscatório, a linha do que preconiza Aliomar Baleeiro (2010, p. 900-901), aquele que “absorve parte considerável do valor da propriedade, aniquilam a empresa ou impedem exercício de atividade lícita e moral”. Leandro Paulsen (2017, p. 143) lembra que se costuma identificar o confisco com a tributação excessivamente onerosa, insuportável, não razoável, que absorve a própria fonte da tributação.

Segundo Hugo de Brito Machado (2005, p. 280):

*Tributo com efeito de confisco é tributo que, por ser excessivamente oneroso, seja sentido como penalidade. É que o tributo, sendo instrumento pelo qual o Estado obtém os meios financeiros de que necessita para o desempenho de suas atividades, não pode ser utilizado para destruir a fonte desses recursos.*

Como anotou Luciano Amaro (2016, p. 169), a Constituição de 1988 é infensa à utilização de tributos com efeitos confiscatórios. Confiscar, consoante elucida, “é tomar para o fisco, desapossar alguém de seus bens em proveito do Estado”. Confisco propriamente dito, não se confunde com tributos cujos efeitos extrapolam a sua finalidade e venham a assumir características confiscatórias.

Deve ser o observado, nesse sentido, que a Carta Cidadã garante (como um direito inerente a personalidade humana) o direito de propriedade em seus artigos 5º, inciso XII e 170, inciso II, subordinando-o, contudo, à sua finalidade social (artigos 5º, XXIII e 170, inciso III). Nesse viés, é possível vislumbrar que a Constituição, ao flexibilizar o direito de propriedade estabelecendo a exigência de prévia e justa indenização nos casos em que autoriza a desapropriação<sup>[14]</sup>, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social (artigo 5º, inciso XXIV), ou, ainda, quando o imóvel urbano ou rural não atenda aos reclamos da função

social, nos termos do artigo 182, §§ 3º e 4º e artigo 184, deixa entrever a sua aversão ao confisco, que é a expropriação patrimonial pelo Estado sem justa e prévia indenização.

Traz a lume, Misabel Abreu Machado Derzi (2010, p. 910), em nota de atualização a inestimável obra de Aliomar Baleeiro<sup>[15]</sup>, “[...] que a perda de bens, regulada em lei, é modalidade de pena expressamente autorizada na Constituição, somente aplicável mediante o devido processo legal (artigo 5º, XLVI e LIV)”. Mesmo assim, segundo a precitada autora, “[...] no Direito Constitucional Moderno, pode-se afirmar que o confisco propriamente dito, é amplamente vedado [...]”, como regra.

Isso não obsta, como lembra SANTI-ROMANO (1977, p. 169), que o confisco incida sobre os bens relacionados à prática de crimes e se estenda aos frutos dele provenientes, bem como do enriquecimento ilícito decorrente de dano ao Erário, a exemplo, na ordem jurídica vigente, do disposto no artigo 243 da Constituição Federal<sup>[16]</sup>, cuja prescrição estabelece a chamada “desapropriação confiscatória”<sup>[17]</sup>. Mesmo assim, para que o Estado possa confiscar o patrimônio que se enquadre nas hipóteses ventiladas, dever-se-á observar a devido processo legal.

Nesse sentido, Derzi (2010, p. 911) sentencia que:

*Com mais evidência se deduz que a inteligência do disposto no art. 150, IV, vedando utilizar tributo com efeito de confisco, parte, necessariamente, da premissa de que tributo, não sendo sanção de ato ilícito, não pode desencadear consequências tão ou mais gravosas de que as sanções penais.*

Infere-se, portanto, que a vedação ao confisco, como limitação constitucional do poder de tributar, cuja definição normativa encontra residência no artigo 150, IV, da Constituição, parte do pressuposto de que o tributo, não sendo sanção por ato ilícito, não pode implicar em sanção mais gravosa de que as sanções penais, segundo a inteligência da mencionada autora.

Ademais, a definição de tributo confiscatório não se encontra ínsita na própria estrutura lógica da norma, nem das multas e penalidades pecuniárias a ela cominadas. A jurisprudência que vem sendo perfilhada em relação à matéria tem

apreciado o caso concreto, onde se questiona o caráter confiscatório de determinada norma, tendo como parâmetro a plena proteção e garantia do direito de propriedade (DERZI, 2010). O ponto que distingue o tributo, as multas, as penalidades, o direito de propriedade e o confisco são bem tênues, entretanto, não se confundem, cada qual possui a sua esfera de significação individuada e com regulamentação própria pelo ordenamento jurídico, inclusive com espectro de incidência pré-definidos.

Não obstante isso, o que o artigo 150, inciso III, da Constituição, exterioriza é a vedação de que os tributos, que constituem a fonte de entrada de recursos nos cofres públicos por excelência, cuja finalidade primacial é financiar os serviços públicos tendo por escopo a garantia do bem-estar social, aniquilem a sua própria base de existência com exações desarrazoadas, que transcendam o limite de uma tributação tida como proporcional em relação às forças econômicas do contribuinte, e assumam, na prática, feição confiscatória, consubstanciando em instrumento de absorção, pelo Estado, do patrimônio dos contribuintes.

Aliomar Baleeiro (2010, p. 900-904) ressaltou que “[...] o tributo confiscatório repugna à tradição constitucional brasileira [...]” e, comentando a construção jurisprudencial do sistema constitucional americano, anotou que “[...] o imposto deve ser ‘reasonably apportioned’, embora possa atender, como poder de polícia, a objetivos extrafiscais deduzidos da cláusula ‘provide... general welfare of the *United States*’”. E, ao invés da tese de Marshall<sup>[18]</sup>, trouxe à luz Holmes:

*Eu concordaria, plenamente, ressalvado o efeito de algumas opiniões do Chief justice Marshall, que culminaram ou, melhor, se fundaram em sua proposição, frequentemente citada, de que o poder de tributar implica o de destruir. Naquela época, não era reconhecido, como agora, que a maioria das distinções legais são distinções de graduação. Se os Estados tivessem algum poder, assumia-se que eles tinham todo o poder, e que a alternativa necessária era denegá-lo completamente. Mas esta Corte, que tantas vezes frustrou a tentativa de tributar de certos modos, pode frustrar qualquer uma tentativa de discriminar ou de cometer outros abusos sem abolir, totalmente, o poder de tributar. O poder*

*de tributar não implicará poder de destruir, enquanto existir essa corte. (Panhadle Oil Co. vs. Knox – 277 (1928) 223)*

Misabel Abreu Machado Derzi (2010, p. 914), nesse vislumbre, consignou que, com isso, Aliomar Baleeiro, ponderou efetivamente a questão. “Tantos as multas e penalidades pecuniárias, como os tributos (em sentido estrito) devem ser proporcionais, razoavelmente quantificados”. E Holmes, consoante se infere acima, assinalou que as “distinções legais são distinções de graduação”, o que, a seu turno, não implica na supressão do poder de tributar.

Anotou-se, portanto, que o poder de tributar não corresponde ao poder de destruir. Lembra Inocêncio Mártires Coelho (2009, 1399), com supedâneo nos ensinamentos de Geraldo Ataliba (1996, p. 21), que o princípio que veda a utilização de tributos com efeitos confiscatórios explicita, dentre outras coisas, que as exações devem ser compatíveis com a sua finalidade precípua:

*[...] que é produzir receita pública [...] sem que essa expropriação, no entanto, implique exigir do contribuinte mais do que, efetivamente, ele pode pagar, ou seja, nada além do justo e do razoável, do que é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, conceitos que são vagos, é verdade, mas nem por isso insuscetível de concretização à luz dos critérios da moderna hermenêutica constitucional. (COELHO, 2009, p. 1399)*

Nessa esteira, Luciano Amaro (2016, p. 169) ponderou que:

*[...] não se quer, com a vedação do confisco, outorgar à propriedade uma proteção absoluta contra a incidência do tributo, o que anularia totalmente o poder de tributar. O que se objetiva é evitar que, por meio do tributo, O Estado anule a riqueza privada. Vê-se, pois, que o princípio atua em conjunto com a capacidade contributiva, que também visa preservar a capacidade econômica do indivíduo.*

Observa-se, portanto, que o mandamento que veda o uso de tributos com efeitos confiscatórios não constitui um obstáculo ao poder-dever de tributar, senão que o conforma e delimita sem âmbito de incidência com o escopo de preservar a parcela necessária à sobrevivência do patrimônio privado<sup>[19]</sup>.

Em que pese a importância da vedação ao confisco para a relação jurídico-tributária contemporânea, vê-se, pois, que o mesmo ainda não possui as suas diretrizes objetivamente definidas no ordenamento jurídico pátrio, ficando, em vista disso, ao encargo do intérprete a construção de modo circunstancial de seu conteúdo à vista do caso concreto. Nesse mesmo sentido, ALEXANDRINO (2007, p. 116-117), que obtempera que “o conceito de confisco é indeterminado”. Afirmando, ainda, que “não existe definição de limite a partir do qual se ultrapassa o que seria uma tributação pesada e passa-se a ter uma tributação confiscatória”.

Há, nesse sentido, uma dificuldade em se encontrar parâmetros normativos para se aferir se em um determinado caso o tributo é ou não confiscatório. O artigo 150, IV, da Constituição, foi redigido intencionalmente pelo constituinte de modo aberto e vago, de forma a transferir para o intérprete o papel de complementar o sentido da norma<sup>[20]</sup> (BARROSO, 2015, p. 351). Gilmar Ferreira Mendes (1998, p. 40) lembra que um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido, no caso os contribuintes que devem se solidarizar com a manutenção do interesse coletivo mediante o pagamento compulsório de tributos, e os objetivos perseguidos pelo legislador ao instituir determinada exação.

Ricardo Lobo Torres (1999, p. 58) perfilhou esse mesmo entendimento asseverando que:

*A vedação de tributo confiscatório, que erige o ‘status negativus libertatis’, se expressa em cláusula aberta ou conceito indeterminado. Inexiste possibilidade prévia de fixar os limites quantitativos para a cobrança, além dos quais se caracterizaria o confisco, cabendo ao critério prudente do juiz tal aferição, que deverá se pautar pela razoabilidade. A exceção deu-se na Argentina, onde a jurisprudência, em certa época, fixou em 33% o limite máximo de incidência tributária não-confiscatória”.*

Vê-se, pois, que no ordenamento jurídico pátrio não existem critérios objetivos para se aferir previamente quais os limites quantitativos de determinada



exação seria considerada razoável, proporcional e não confiscatória, a exemplo do que ocorre na Argentina, que em determinado época fixou em 33% o limite máximo de incidência tributária não confiscatória. Em nossa ordem jurídica, porém, o conceito aberto da norma exige dos militantes do campo jurídico que desenvolvam o seu conteúdo de maneira que melhor reflita o regime democrático e os postulados da justiça social.

O Supremo Tribunal Federal, em que pese a indeterminabilidade e o alto grau de abstração do princípio em liça, tem se posicionado de forma profícua sobre a questão, sendo certo que a sua aplicabilidade incide tanto sobre os tributos quanto às multas[21]. No que interessa, vale colacionar parte do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na ADinMC 2.010-DF[22], *in verbis*:

***A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte - considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) - para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo - resultante das múltiplas incidências tributárias***



*estabelecidas pela mesma entidade estatal - afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade*

Outra questão, de igual relevância, balizada pelo julgado anterior, é que o efeito confiscatório deve ser identificado levando em consideração o total da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído[23].

Às multas tributárias, por sua vez, constituem instrumentos destinados a sancionar os inadimplentes e que não se confundem com os tributos propriamente ditos, pois representam uma sanção a aqueles que inobservam o cumprimento das obrigações tributárias, seja da obrigação principal (que é o pagamento do tributo), quanto das obrigações acessórias.

Vale assinalar que, nesse ponto, as turmas do STF não são unânimes. Registre o entendimento adotado no RE 754.554-GO, examinado pela segunda turma do STF, que entendeu pela inconstitucionalidade da multa de 25% sobre o valor da operação prevista no art. 71, VII, da Lei 11.651 do Estado de Goiás. Nesse caso não se analisou a conduta punida com a multa em espeque, cingiu-se a examinar a questão unicamente à luz do princípio do não confisco, de modo que às multas, em vista desta limitação ao poder de tributar, não pode alcançar valores escorchantes, que absorvam, no dizer de Aliomar Baleeiro (2010, p. 901), parte considerável do valor da propriedade, aniquilem a empresa ou impeçam o exercício de atividade lícita e moral.

Registre-se, de outro lado, o entendimento adotado, quanto às multas tributárias, no Agravo de Instrumento de número 727.872/RS[24], onde o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, examinou a questão à vista da conduta a ser punida, classificando as multas tributárias em três espécies, a saber:

*No direito tributário, existem basicamente três tipos de multas: as moratórias, as punitivas isoladas e as punitivas acompanhadas do lançamento de ofício. As multas moratórias são devidas em decorrência da impontualidade injustificada no adimplemento da obrigação tributária. As multas punitivas visam coibir o descumprimento às previsões da legislação tributária. Se o ilícito é relativo a um dever instrumental, sem que ocorra repercussão do montante do tributo devido, diz-se isolada a multa. No caso dos tributos sujeitos a homologação, a constatação de uma violação geralmente vem acompanhada da supressão de pelo menos uma parcela do tributo devido. Nesse caso, aplica-se a multa e promove-se o lançamento de ofício [...].*

Nessa linha cognitiva, ressaltou, ainda, o respeitável Ministro que, não obstante a cláusula aberta em que é redigida a norma inserta no artigo 150, inciso IV, da Constituição, permite-se aferir o seu conteúdo, diante de um determinado caso concreto, mediante a dosimetria quanto à sua incidência em correlação as diversas espécies de multa, aduzindo que, as multas moratórias, possuem como aspecto pedagógico o desestímulo ao atraso, ao passo que, as multas punitivas, revelam um caráter mais gravoso, mostrando-se como verdadeiras reprimendas, não sendo, portanto, razoável punir em igual medida o desestímulo e a reprimenda.

Em vista disso, no AI 727.872, o Ministro Luís Roberto Barroso adotou o seguinte posicionamento:

*Considerando as peculiaridades do sistema constitucional brasileiro e o delicado embate que se processa entre o poder de tributar e as garantias constitucionais, entendo que o caráter pedagógico da multa é fundamental para incutir no contribuinte o sentimento de que não vale a pena articular uma burla contra a Administração fazendária. E nesse particular, parece-me adequado que um bom parâmetro seja o valor devido a título de obrigação principal. Com base em tais razões, entendo pertinente*

*adotar como limites os montantes de 20% para a multa moratória e 100% para multas punitivas”.*

Nesse desiderato, o Ministro Luís Roberto Barroso, partindo da análise das distintas espécies de multas tributárias, perfilha o entendimento adotado no RE 748.257, julgado sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido. E, com supedâneo no RE 582.461, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, RE 596.429, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, e o RE 239.964, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, quanto à multa moratória, deu provimento ao agravo regimental (AI 727,872), interposto contra decisão que inadmitiu o recurso extraordinário, para reduzir a multa moratória de 30% para o percentual de 20%.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

Isto posto, vê-se que o tributo, como obrigação pecuniária compulsória, que independe da concorrência da vontade do contribuinte para a sua configuração, consubstancia a fonte por excelência de ingresso de dinheiro nos cofres do Estado para a consecução de seus fins, qual seja: o de promover o bem-estar social.

Entretanto, para que os entes políticos desempenhem essa prerrogativa, dever-se-á observar os limites constitucionais objetivamente delineados nos artigos 150 a 152, da Constituição, sem olvidar de outras garantias fundamentais distribuídas na Carta Democrática, as quais também servirão como instrumentos de contenção da voracidade fiscal do Estado, a exemplo do direito de propriedade, que no exercício dessa competência não pode ser aniquilado.

Dentre as garantias que a Constituição justa põe ao poder de tributar, tem-se o princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco, previsto no artigo 150, IV, da Constituição Federal, que, a despeito de qualificar-se como uma norma de conceito indeterminado, sem possuir no campo normativo ato correlato que objetivamente defina quantitativamente a incidência de tributação tida como não confiscatória, vem sendo objeto de estudo pela doutrina e examinado pelos tribunais superiores através de uma interpretação sistemática do ponto de avaliação à luz dos princípios e regras encartados na Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, como se assinalou, tem adotado o entendimento de que o efeito confiscatório de determinado tributo deve ser identificado levando em consideração o total da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído.

Quando às multas tributárias, o STF tem declinado para o entendimento de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido. E, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, em voto proferido no AI 727.872 AGR/RS, a questão da multa tributária deve ser examinada à luz da conduta a ser punida, motivo pelo qual classificou a multa em três espécies (as moratórias, as punitivas isoladas e as punitivas acompanhadas do lançamento de ofício), e, em vista disso, entende como razoável adotar como limite o montante de 20%, para a multa moratória, dado o seu caráter nitidamente pedagógico, e o montante de 100% para as multas punitivas, visto que representam uma conduta mais gravosa, almejando, assim, coibir o descumprimento às previsões da legislação tributária.

Entretanto, não obstante o posicionamento adotado pelo STF acerca da matéria em questão, longe está de ser pacífico o seu âmbito de abrangência nos domínios do Direito Tributário. Reforça-se, apenas, a necessidade de se estudá-lo com mais profundidade e que o seu alto grau de abstração normativa, decorrente de sua indeterminabilidade conceitual, relegando aos intérpretes o dever de completar o seu conteúdo, não constitua um óbice para que a norma prevista no artigo 150, IV, da Constituição, seja aplicada plenamente no ordenamento jurídico vigente, sobretudo por se caracterizar como uma garantia fundamental do contribuinte.

Referências bibliográficas:

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira Ltda, 1994;

ALEXANDRINO, Marcelo e VICENTE, Paulo. **Direito Tributário na Constituição e no STF: Teoria e Jurisprudência**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007;

AMARO, Luciano. Direito Tributário brasileiro. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016;

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. Atualizadora: DERZI, Misabel Abreu Machado. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010;

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2011;

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2005;

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. Disponível em: <http://www.jus.com.br>. Acesso: 16 de junho de 2017;

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editora: 2015;

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998;

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016;

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009;

Vade Mecum RT [Equipe RT]. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016;

><http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000018002&base=baseAcordaos>< Acesso em: 18 de junho de 2017;

><http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=306826206&tipoApp=.pdf>< Acesso em: 18 de junho de 2017.

#### NOTAS:

[1] Vade Mecum RT [Equipe RT]. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 89.

[2] V. Hugo de Brito Machado (2005, p. 48): “*A tributação é, sem sombra de dúvida, o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem ele não poderia o Estado realizar os seus fins sociais, a não se que monopolizasse toda a atividade econômica. O tributo é inegavelmente a grande e talvez única arma contra a estatização da economia*”.

[3] Que em sua atividade singular, ao eleger do mundo fenomênico os eventos passíveis de tributação, deverá atentar-se para os postulados da proporcionalidade e razoabilidade, tendo sempre em vista a finalidade social de sua respectiva instituição.

[4] Nesse sentido, ALEXANDRINO, Marcelo e VICENTE, Paulo. Direito Tributário na Constituição e no STF: Teoria e Jurisprudência. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 07-08.

[5] Paulo de Carvalho Barros (2015, p. 59-60), em seu clássico Curso de Direito Tributário, na linha da classificação proposta por Geraldo Ataliba (1975, p. 139), em observância do disposto no artigo 16 do Código Tributário Nacional, definiu imposto “[...] como tributo que tem por hipótese de incidência (confirmada pela base de cálculo) um fato alheio a qualquer atuação de Poder Público [...]”, ao contrário das taxas, cuja vinculação é direta e imediata, e as contribuições de melhoria, indireta e mediata. E prossegue o renomado autor dizendo que os impostos possuem um regime jurídico-constitucional peculiar, “[...] pois a Carta Magna reparte a competência legislativa para instituí-los entre as pessoas



*políticas de direito constitucional interno – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – de sorte que não ficam a disposição dessas entidades, como ocorrem com as taxas e contribuições de melhoria (tributos vinculados), que podem ser criados por qualquer uma daquelas pessoas, desde que, naturalmente, desempenhem a atividade que servem de pressuposto à sua decretação. Fala-se, por isso, em competência privativa para a instituição dos impostos, que o constituinte enumerou, nominalmente, indicando a cada uma das pessoas políticas quais aqueles que lhe competia estabelecer [...]”.*

[6] Que tem como fato gerador, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional, o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestados aos contribuintes ou postos a sua disposição.

[7] É instituída, consoante preceitua o artigo 81 do Código Tributário Nacional, para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que a obra resultar para cada beneficiado.

[8] Aliomar Baleeiro (2010, p. 02), nesse sentido, sentença que “[...] a defesa do sistema tributário e do próprio regime político do país processa-se por um conjunto de limitações ao poder ativo de tributar [...]”.

[9] Nesse sentido, Ricardo Alexandre (2008, p. 94): “Uma das situações em que a prevalência é claramente visualizada é a possibilidade de cobrança de tributos. O Estado possui o poder de, por ato próprio – a lei -, obrigar os particulares a se solidarizarem com o interesse público mediante a entrega compulsória de um valor em dinheiro”. Não é outro, também, o entendimento sufragado pelo saudoso professor Hugo de Brito Machado (2005, p. 49), para quem o Estado, no exercício de sua Soberania, exige que os indivíduos lhe forneçam os recursos de que necessita. “O poder de tributar nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta”.

[10] Compartilhando do mesmo entendimento, Hugo de Brito Machado (2005, p. 49) elucida que a relação jurídico-tributária não reflete simplesmente uma relação de poder, pois, “Nos dias atuais, entretanto, já não é razoável admitir-se a relação tributária como relação de poder, e por isto mesmo devem ser rechaçadas as teses autoritárias. A ideia de liberdade, que preside nos dias atuais a própria concepção de Estado, há de estar presente, sempre, também na relação de tributação”.

[11] Entende-se por limitações materiais, no escólio do citado autor (AMARO, 2016, p. 128-129), o poder de tributar



que “pressupõe o respeito às fronteiras do campo material de incidência definido pela Constituição e obediência às demais normas constitucionais ou infraconstitucionais que complementam a demarcação desse campo e balizam o exercício daquele poder. Requer a conformação com os princípios constitucionais tributários e a adequação, quando seja o caso, aos limites quantitativos (alíquotas máxima ou mínima) definidos na Constituição, em lei complementares ou em resoluções do Senado”; ao passo que, no campo formal, pressupõe “a harmonia com os modelos constitucionais de produção do direito: tributos (em regra) criam-se por lei ordinária; alguns, porém, demandam lei complementar para serem validamente instituídos; alguns podem ter alíquotas alteradas por ato do Executivo, enquanto outros (que formam a regra) só podem ser modificados por lei, inclusive no que respeita às suas alíquotas”.

[12] Leandro Paulsen (2017, p. 128) explicita que as limitações contidas no artigo 150 são gerais, isto é, concernente a todos os entes políticos, ao passo que os preceptivos constantes no artigo 151, específicos à União, e o artigo 152 baliza as limitações direcionadas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

[13] Expressão utilizada em alusão ao conceito de princípio de autoria de Celso Antônio Bandeira de Mello.

[14] O que não se confunde com o instituto do confisco, representando (a desapropriação), segundo MELLO (2015, p. 2015), um procedimento por meio do qual o Poder Público adquire originariamente a propriedade de alguém, pessoa física ou jurídica, mediante justa e prévia indenização.

[15] BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atualizadora: DERZI, Misabel Abreu Machado. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

[16] **Art. 243.** As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas a reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

**Parágrafo único.** Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

[17] Segundo MELLO (2015, p. 892), “[...] *cumpre acrescentar que por força do artigo 243 da Constituição, com a nova redação dada pela EC 81/2014, foi instituído um confisco (aliás elogiável), conquanto denominado de desapropriação [...]*”

[18] Adotada no Mc. Culloch vs. Maryland, em 1819, segundo o qual “*o poder de tributar envolve o poder de destruir*”. (BALEEIRO, 2010, p. 902)

[19] Como registra CARVALHO (2015, p. 174), a capacidade contributiva constitui um referencial para se aferir, diante de um caso concreto e, lavando-se em consideração a riqueza individual de um determinado contribuinte, se um tributo é ou não confiscatório. A capacidade contributiva do sujeito passivo, segundo o mencionado autor, “*sempre foi o padrão de referência básico para aferir-se o impacto da carga tributária e o critério comum dos juízos de valor sobre o cabimento e a proporção do expediente impositivo*”.

[20] Ver, a propósito do exposto, Judith Martins-Costa (1998, p. 08), que acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, asseverou que “*a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja caracterização pode estar fora do sistema*”.

[21] V. RE 91.707, de relatoria do Ministro Moreira Alves, onde se afirmou que “*O STF tem admitido a redução de multa moratória imposta com base em lei*”.

[22] ><http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.aspx1=000018002&base=baseAcordaos>< Acesso em: 18 de junho de 2017.

[24] > <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=306826206&tipoApp=.pdf>.< Acesso em: 18 de

## **INCIDENTE DE DEMANDA REPETITIVA NÃO IMPEDE A CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA NAS DEMANDAS DE MEDICAMENTOS**

**CARLOS EDUARDO DANTAS DE OLIVEIRA LIMA:** Advogado da União. Subprocurador Regional da União na 5ª Região. Especialista em Direito Administrativo pela UFPE.

O incidente de demanda repetitiva é bem disciplinado pelo Novo Código de Processo Civil nos seguintes termos:

“Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

(...)

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do *caput* do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

(...) II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”.

Aplicando estes dois dispositivos do NCPC a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou o Recurso Especial nº 1.657.156, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, para julgamento conforme a sistemática dos recursos repetitivos.

O Recurso Especial nº 1.657.156 versa sobre a discussão a respeito da obrigatoriedade ou não do fornecimento pelo Poder Público de medicamentos não incluídos em lista do Sistema Único de Saúde (SUS).

A ementa da instalação do incidente no STJ restou lavrada da seguinte forma:

“ADMINISTRATIVO. PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO PROGRAMA DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS DO SUS.

1. Delimitação da controvérsia: obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais). 2. Recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016)”.

Para muitos pacientes e seus familiares por todo o Brasil a instalação do incidente no Recurso Especial nº 1.657.156 caiu como uma verdadeira bomba atômica sobre suas esperanças de garantir a vida e a saúde da pessoa humana, mantida justamente através do fornecimento do medicamento ainda não incluído em lista do SUS pela via judicial.

Por todo o País surgiram Juízes e Desembargadores que, imediatamente à instalação do incidente de recurso repetitivo no Recurso Especial nº 1.657.156, sobrestaram os efeitos das liminares concedidas em sede de tutela de urgência.

Acontece que a instalação do incidente de recurso repetitivo impede apenas o esgotamento da entrega da prestação jurisdicional da matéria objeto da controvérsia, nos termos do Art. 1.037, II, do NCPC.

Leia-se, de acordo com o Art. 1.037, II, do NCPC não poderá o Julgador, Singular ou Colegiado, proferir Sentença ou Acórdão a respeito da matéria de direito que será uniformizada pela Corte Superior.

Assim, em absolutamente nada a instalação do incidente de recurso repetitivo repercutirá nas decisões interlocutórias proferidas em sede de tutela de urgência.

A própria 1ª Seção do STJ, nos Autos do Recurso Especial nº 1.657.156 realçou que a suspensão nacional dos processos que discutem o fornecimento pelo Poder Público de medicamentos não incluídos em lista do SUS não pode impedir os Juízes de apreciar os pedidos de liminar em sede de tutela de urgência com base nos Arts. 314 e 982 do NCPC.

Senão, vejamos:

“Art. 314. Durante a suspensão é vedado praticar qualquer ato processual, podendo o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável, salvo no caso de arguição de impedimento e de suspeição.

(...)

Art. 982. (...)

(...) §2º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso”.

Por oportuno, transcrevo a conclusão da 1ª Seção do STJ, nos Autos do Recurso Especial nº 1.657.156, que franqueou a concessão de liminares em sede de tutela de urgência para obrigar o Poder Público ao fornecimento de medicamentos não incluídos em lista do SUS, quando reunidos seus pressupostos de fato através do competente laudo médico:

“Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em questão de ordem suscitada pelo Senhor Ministro Relator, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, decidiu ajustar o tema do recurso repetitivo, nos seguintes termos: 'Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS'. Deliberou, ainda, à unanimidade, que caberá ao juízo de origem apreciar as medidas de urgência. Participaram do julgamento a Srª

Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques. Brasília (DF), 24 de maio de 2017 (Data do Julgamento). MINISTRO BENEDITO GONÇALVES – Relator”.

Na discussão da Questão de Ordem, ressaltou o Ministro Relator Benedito Gonçalves, acompanhado à unanimidade pelo Colegiado, *in verbis*:

“Dos dispositivos transcritos, torna-se patente que a suspensão do processamento dos processos pendentes, determinada no art. 1.037, II, do CPC/2015, não impede que os Juízos concedam, em qualquer fase do processo, tutela provisória de urgência, desde que satisfeitos os requisitos contidos no art. 300 do CPC/2015, e deem cumprimento àquelas que já foram deferidas”.

Continua o Ministro Relator:

“Os recursos repetitivos não foram criados para trancar o julgamento das ações, mas para uniformizar a interpretação de temas controvertidos nos tribunais de todo o país. Por isso, não deve haver a negativa da prestação jurisdicional”.

Como se vê, Juízes de todo o País deverão continuar a apreciar pedidos de liminares sobre o fornecimento pelo Poder Público de medicamentos não incluídos em lista do SUS, seja com fundamento nos Arts. 300, 314 e 982 do NCPC, seja com base na Questão de Ordem decidida à unanimidade no incidente de recurso repetitivo no Recurso Especial nº 1.657.156 (DJe 31/05/2017).



## PERSONALIDADE CIBERNÉTICA

**SILVIA MARIA DE PAULA NASCIMENTO:**

Bacharel pela Faculdade de Direito de Franca. Pós-graduada pela Universidade Católica Dom Bosco. Procuradora Municipal de São Carlos/SP.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo trazer reflexões sobre os novos tipos de sistema existentes na atualidade, dando enfoque às redes sociais como um sistema específico e às pessoas que interagem nesse novo microsistema. Trata-se de conceito inerente às novas relações jurídicas. Dentro dos novos direitos devem ser incluídos os direitos cibernéticos como novos direitos da personalidade. As páginas, perfis sociais e avatares perfazem uma dinâmica diferente de seus criadores e não traduzem de forma irredutível a pessoa ou pessoas por trás.

**PALAVRAS CHAVES:** direito da personalidade; personalidade; sistemas sociais; redes sociais; personalidade cibernética; direito cibernético.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Personalidade. 3. Novo Sistema. 4 Personalidade Cibernética e os Direitos Cibernéticos. 5. Conclusão.

---

### 1. Introdução

A personalização do Direito Civil entende que as premissas do direito civil privado não de ser vistas pela ótica do indivíduo, visando sua proteção. O texto constitucional determina como fundamento da República a dignidade da Pessoa Humana, dando eficácia irradiante dos direitos fundamentais aos mais diversos ramos. Inclui-se principalmente o Direito Civil, tirando o foco das relações patrimoniais do indivíduo, com feição principalmente monetarizada, deslocando para as relações da pessoa e sua interação com os demais membros de sua comunidade.

O conceito de comunidade ganha especial destaque atualmente, pois é um conceito de proporções muito maior do que os limites geográficos. As redes sociais são verdadeiros sistemas autorreferenciais e autopoieticos (Luhmann). As pessoas fazem parte das redes sociais, porém, seus perfis, sejam



individuais ou coletivos, se distinguem das pessoas por detrás do computador e ganham autonomia, sendo uma relação complexa com titularidade de direitos próprios e inerentes a esse novo ente jurídico criado nesse novo sistema existente.

Com o objetivo de melhor compreender essa mudança de concepção de comunidade e as relações pessoais e interpessoais, esse breve estudo tratará da personalidade cibernética e sua correlação com a personalidade individual, as relações jurídicas existentes para a tutela de novo direito da personalidade.

## **2. Personalidade**

Pela concepção tradicional, os conceitos de pessoa como titular de direitos e deveres tem correlação precípua com a personalidade.

Segundo Goffredo Telles Jr. “a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa e isto é objeto de direito”<sup>[1]</sup>. Esta personalidade já havia sido tutelada pela Constituição de 1988 de forma bastante abrangente, e no Código Civil de 2002, foi lhes destinado capítulo próprio, mas não de forma exaustiva, visto que o legislador quis que os direitos da personalidade fossem tratados apenas de forma exemplificativa, para que a norma tenha atualidade mesmo com o passar do tempo.

Segundo Gustavo Tepedino, a cláusula geral da personalidade se baseia em três pilares “a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a solidariedade social, inclusive visando a erradicação da pobreza (art. 3º, I e II); e a igualdade em sentido amplo ou isonomia”.<sup>[2]</sup>

Os direitos da personalidade têm como características a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, não podendo, inclusive, sofrer limitação nem de forma voluntária. Então, sendo assim, qualquer disposição a esses direitos será nula de pleno direito.

A personalidade é uma característica e não um direito do indivíduo. É qualidade conferida pelo Estado a um ente jurídico que pode ser ou não uma pessoa, assim definida por Pontes de Miranda: “Certo, a personalidade em si não é direito; é qualidade, é o ser capaz de direitos, o ser possível estar nas

relações jurídicas como sujeito de direito” (MIRANDA, 2000, p. 211). É assente que a personalidade tem correlação com a pessoa. Nesse sentido, buscam ampliar o conceito para alcançar as pessoas jurídicas que possuem personalidade distinta de seus membros, com ela não se confundindo.

É importante ainda frisar que a personalidade é conferida pelo Estado. Houve época que o homem negro escravizado não era titular de complexo jurídico próprio inerente à personalidade, sendo um objeto de direitos de seu proprietário, mas não titular de direitos. O mesmo já ocorreu com as mulheres, que durante muito tempo tiveram sua personalidade reduzida pelo Estado como pessoa titular de capacidade relativa, mitigada pela figura patriarcal da sociedade. Há entes específicos que possuem, segundo a doutrina, personalidade própria, como o condomínio. Nesse sentido, mais importante ainda se faz discutir a personalidade formada nas redes sociais que se distancia das pessoas que a organizam, não sendo, tampouco, confundida com a personalidade da pessoa jurídica.

Houve uma evolução do conceito de pessoa e titular de personalidade própria.

### **3. Novo Sistema**

Vivemos em uma sociedade complexa na qual há vários papéis realizados pelos mais diversos indivíduos. A internet e as formas existentes de conexão sem barreiras geográficas e arquitetônicas permitem que as pessoas ultrapassem vida interpessoal física e crie um microcosmo social.

Nesse momento, ganha novo tom os direitos inerentes ao atributo de indivíduo particular e sujeito de direitos que se relaciona em uma dependência simbiótica com os demais de sua comunidade. Destaca-se que o indivíduo moderno possui diversos papéis dentro da sociedade. É um empregado durante o dia, à noite tem um pequeno empreendimento online, cuida dos filhos, busca a realização de algum esporte. Nessa cultura multifacetada, a internet proporciona a possibilidade de realização de diversas tarefas em pouco tempo.

Vivemos em uma sociedade complexa na qual há vários papéis realizados pelos mais diversos indivíduos. A comunicação é ponto central desse

sistema e permite o contato com o entorno e ao mesmo tempo a divulgação das informações e ideias para outros sistemas.

#### **4. Personalidade Cibernética e os Direitos Cibernéticos**

Um perfil em uma rede social possibilita a realização de variados tipos de socialização ao mesmo tempo, dando uma sensação de completude à vida das pessoas. É um local onde se possibilita uma identificação com outras pessoas que possuem os mesmos gostos, independentemente de fronteiras. Ao mesmo tempo, cria um novo tipo de ideal cibernético. O avatar ou perfil se distingue da pessoa ou pessoas por traz do computador e apesar das semelhanças, com ela não se confunde.

Há vários perfis coletivos que ganham relevo como uma unidade conceitual. Por vezes, é impossível saber identificar se há mais de uma pessoa ou não. É importante destacar ainda que a imagem da página não se confunde com a de seu criador e sequer representa seus anseios e emoções. Ganha novo elemento identificador, demonstra uma outra imagem desconectada das pessoas que criaram, elaboraram aquele ideal e não necessariamente representa a opinião de seus criadores.

São diversos os perfis que formam uma identidade independente de seus criadores; há formadores de opinião, fornecedores de humor, arte, poema, entre outros. Há perfis sociais, sites, redes que ganham unidade desconectada dos indivíduos que os criam. Páginas como Quebrando o Tabu, Cultura Colectiva, Não me Kahlo ganham proporção como mecanismos de modificação política e social.

Recentemente, a Página da Rede Social Facebook Não me Kahlo conseguiu a promessa pública do Governador do Distrito Federal, Rodrigo Rollemberg, para vetar o projeto de lei 1465/13 que visava adoção de prática antiabortivas para vítimas de estupro.

Essas páginas possuem autonomia própria e simbolizam muito mais do que seu criador. Trata-se de um emaranhado de relações jurídicas que precisa ser respeitado como ente autônomo e distinto dos seus elaboradores, até mesmo porque é possível e bem provável que a página ganhe demandas e prospectos independente de seus mentores.

Não devemos nos esquecer que as redes sociais, como Facebook e Instagram são sistemas sociais completos e precisam ser reconhecidos como tal.

O significado de cibernética demonstra com maestria o que acontece. A origem remonta àquele que controla ou pilota um timoneiro. Atualmente, fala-se ainda como mecanismo de controle, regulação e comunicação. Portanto, a personalidade cibernética representa essa nova modalidade de personalidade que deve ser amparada pelo ordenamento jurídico vigente, independentemente de seus colaboradores. Não se trata de uma empresa ou uma pessoa jurídica, é algo fora, que deve ser respeitado como um complexo único e merecedor de proteção independente.

O Marco Civil da Internet, Lei 12965/2014, não se olvidou nessa nova demanda cibernética que existe, identificando como um dos fundamentos para a disciplinar o uso da internet exatamente o desenvolvimento da personalidade, artigo 2º, II.

Não se trata de qualquer personalidade e sim da personalidade cibernética, que não se confunde com a personalidade da pessoa natural ou da pessoa jurídica, merecendo proteção específica.

Como qualquer característica inerente aos seres dotados de proteção jurídica específica e própria, surgem vários direitos a serem tutelados. Dentre vários, destaca-se:

- a) O direito à uma vida cibernética saudável, sem que outras pessoas tomem o seu lugar nessa sociedade líquida e fugaz.
- b) O direito de não se ver impedido de utilizar a rede social a qual pertence ou deseja pertencer.
- c) O direito de não ser excluído indevidamente das redes sociais, devendo quaisquer redes sociais garantirem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, conferindo aos participantes o direito de ampla defesa e contraditório, antes de terem seus perfis excluídos. Nesse sentido, uma exclusão indevida equivaleria à extinção da personalidade.
- d) O direito de se excluir da rede.

- e) O direito de ter uma navegação sem empecilhos, investigações e propaganda abusiva, podendo navegar com discrição.

O roubo da personalidade cibernética ganha relevo nas redes sociais, principalmente em relação a artistas que publicam suas obras apenas na internet. Alguns de índole clássica trabalham com obras físicas e, de alguma forma, possuem mecanismos de indicar a propriedade de sua produção. Porém, há tantos outros que não possuem registro físico. Nesse caso, pode o usurpador não apenas lhes tomar a perspectiva de venda das cópias digitais, mas principalmente o seu espaço e lugar na rede social, ocupando-se, de forma indevida, de sua personalidade cibernética.

Muito pouco se trata sobre essa perspectiva, porém o direito não pode se esquecer dessa nova dinâmica social. É preciso um debate aprofundado sobre a temática.

## 5. Conclusão

Ante o exposto, verifica-se que as redes sociais atualmente são microcosmos sociais, verdadeiros sistemas autopoieticos e autorreferenciais. As interações existentes precisam de amparo específico pelo ordenamento jurídico. As relações jurídicas travadas nas redes sociais merecem tutela diferente da já existente no tocante aos direitos da personalidade e no conceito da personalidade em si. A personalidade cibernética se distancia da pessoa ou pessoas por detrás do computador. Não há identificação da personalidade deferida à pessoa natural ou mesmo jurídica. É algo diferente que merece regramento distinto.

### Referências

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da Personalidade. In: FACHIN, Edson Luiz (coord.). **Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil**. 20.<sup>a</sup> ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERNANDES, Milton. **Os direitos da personalidade e o Estado de Direito**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 50, janeiro, 1980.

FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANÇA, Limongi Rubens. **Instituições de Direito Civil**. 3.<sup>a</sup> ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. Institutos de proteção à personalidade. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, ano 57, n. 391, maio/1968.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LUHMANN, Nicklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3. 1959.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Direito subjetivo I*: Enciclopédia Saraiva de Direito. v. 28, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

#### NOTAS:

[1] TELLES JR, Goffredo. *Direito Subjetivo I*: Enciclopédia Saraiva de Direito. v. 28, 2002, p. 315.

[2] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 38

## **DA AUSÊNCIA DE SANÇÃO POR DOAÇÃO EFETUADA POR PESSOA JURÍDICA PARA CAMPANHA ELEITORAL, COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.165/15.**

**BELCHIOR FRANKLIN AMARAL LEITE:**  
Graduado em Direito pela Universidade de Itaúna, Pós-graduado em Direito Público e do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes e Pós-graduando em Direito Eleitoral e Direito Administrativo pela Faculdade Signorelli. Servidor Público Estadual.

**Resumo:** Após o STF declarar inconstitucionais os dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais<sup>[1]</sup>, foi publicada a Lei nº 13.165/15 (mini reforma eleitoral), que revogou integralmente o artigo 81 da Lei 9.504/97 e deixou de prever sanção a ser imposta às pessoas jurídicas em caso de doações e contribuições para as campanhas eleitorais. Em consequência dessa omissão legislativa, terão os operadores do direito o desafio de encontrar um caminho para que as pessoas jurídicas que não observarem a vedação agora imposta saiam impunes. A metodologia utilizada no desenvolvimento do presente trabalho consistiu na pesquisa à legislação pátria e na leitura, apreensão e desenvolvimento de ideias doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

**Palavras-chaves:** Lei 13.165/2015; Lei 9.504/97; artigo 81; doações para campanhas eleitorais; pessoas jurídicas; sanção.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Da ausência de sanção por doação efetuada por pessoa jurídica para campanha eleitoral, com o advento da Lei nº 13.165/15 – 3 – Conclusão. 4. Referências.

---

### **1. INTRODUÇÃO:**

A mini reforma eleitoral promovida pela Lei nº 13.165/15, que entrou em vigor no dia 29 de setembro de 2015, foi além da inconstitucionalidade declarada pelo STF na ADI 4650 – que se limitou a declarar inconstitucional o caput e o parágrafo 1º – e revogou todo o artigo 81 da Lei nº 9.504/97, que previa não apenas a possibilidade de as pessoas jurídicas efetuarem doações e contribuições



para campanhas eleitorais, mas também as sanções impostas para o caso de descumprimento do limite ali fixado para as doações e contribuições. Com isso, a vedação agora imposta às pessoas jurídicas de efetuarem qualquer doação ou contribuição para as campanhas eleitorais deixou de ter sanção expressa no texto legal.

## **2. DA AUSÊNCIA DE SANÇÃO POR DOAÇÃO EFETUADA POR PESSOA JURÍDICA PARA CAMPANHA ELEITORA, COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.165/15:**

Em sua redação original, transcrita a seguir, o artigo 81 da Lei 9.504/97 possibilitava às pessoas jurídicas efetuarem doações e contribuições para as campanhas eleitorais, desde que respeitassem o limite máximo de 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior à eleição e, para o caso de descumprimento desse limite, fixava sanção de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso, bem como a proibição de participar de licitação e contratar com o poder público pelo período de cinco anos.

Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.

§ 2º A doação de quantia acima do limite fixado neste artigo sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado no § 1º estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa.

§ 4º As representações propostas objetivando a aplicação das sanções previstas nos §§ 2º e

3º observarão o rito previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e o prazo de recurso contra as decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Esse dispositivo, que permitia as doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais, sofreu controle de constitucionalidade na ADI n.º 4.650/DF, proposta pelo Conselho Federal da OAB. Por entender incompatível o financiamento empresarial de campanhas eleitorais com o regime constitucional vigente, o STF, por ampla maioria, declarou, em 17/9/2015, a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, dentre eles o *caput* e o §1º do artigo 81 da Lei 9.504/97[2]. No entanto, os parágrafos 2º e 3º, que previam as penalidades para as pessoas jurídicas que descumprissem o limite de doações e contribuições, não foram declarados inconstitucionais, ou seja, foram preservados para aplicação futura.

A partir da decisão do STF, poder-se-ia concluir que quaisquer doações e contribuições que fossem efetuadas por pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais seriam consideradas excedentes e acarretariam a elas as penalidades previstas nos parágrafos 2º e 3º, ou seja, multa e proibição de participar de licitação e contratar com o poder público.

Porém, poucos dias após o julgamento da ADI pela Suprema Corte, repita-se, ocorrido em 17/9/2015, foi publicada a Lei Ordinária n.º 13.165, em 29/9/2015, revogando integralmente o artigo 81 da Lei 9.504/97. Foram, então, suprimidas as sanções previstas nos parágrafos 2º e 3º para as pessoas jurídicas que fizessem doações para as campanhas eleitorais.

Importante lembrar que a supramencionada Lei n.º 13.165/2015 originou-se do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 5.735/2013[3], o qual previa a inserção do artigo 24-B na Lei 9.504/97, reposicionando neste dispositivo, com pequenas alterações, a doação de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais até então tratada no artigo 81, que restou revogado.

A redação final do artigo 24-B, aprovado pela Câmara e pelo Senado e enviado à sanção Presidencial em 10/9/2015, assim dispunha:

**Art. 24-B.** Doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas para os partidos políticos a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo não poderão ultrapassar nenhum dos seguintes limites:

I – 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior à eleição, somadas todas as doações feitas pelo mesmo doador, até o máximo de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II – 0,5% (cinco décimos por cento) do faturamento bruto, somadas todas as doações feitas para um mesmo partido.

§ 2º A doação de quantia acima dos limites fixados neste artigo sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco vezes a quantia em excesso.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no § 2º, a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado no § 1º estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o poder público pelo período de cinco anos por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa.

§ 4º As representações propostas objetivando a aplicação das sanções previstas nos §§ 2º e 3º observarão o rito previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18

de maio de 1990, e o prazo de recurso contra as decisões proferidas com base neste artigo será de três dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial.

Percebe-se que a Câmara dos Deputados e o Senado, em momento algum, pretendiam excluir do ordenamento jurídico as doações de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais. Objetivavam, na verdade, apenas reposicionar a matéria antes tratada no artigo 81 da Lei 9.504/97 no novel artigo 24-B[4], mantendo-se inclusive as sanções de multa e proibição de contratar com o poder público.

No entanto, a então Presidente da República Dilma Rousseff, influenciada pela recente decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade das doações empresariais, vetou[5], entre outros, o artigo 24-B em sua integralidade. Mantido o veto pelos Deputados e Senadores[6], as doações empresariais foram excluídas do ordenamento jurídico.

Ocorre que, com o veto ao artigo 24-B e a revogação integral do artigo 81 da Lei 9.504/97, não há mais previsão legal de sanção a ser imposta às pessoas jurídicas que efetuarem doações para as campanhas eleitorais.

Nos tribunais eleitorais, há precedente afirmando de que a revogação das sanções previstas no artigo 81 da Lei 9.504/97 “era uma decorrência lógica da mudança, pois uma vez proibidas as doações, não se justificaria a permanência descontextualizada dessa sanção, que se referia aos casos de doações que ultrapassavam o limite legal”[7].

Porém, é preciso lembrar que as sanções do artigo 81 eram aplicadas não só àquelas pessoas jurídicas que extrapolassem o limite legal, mas às diversas situações de doações realizadas pelas pessoas jurídicas, a exemplo das entidades de classe[8], cuja doação para campanha eleitoral encontra vedação expressa no artigo 24 da Lei 9.504/97 e as empresas constituídas no ano da eleição que, por óbvio, estariam impedidas de doar para aquele pleito, pois não poderiam voltar no tempo para obter faturamento no ano anterior[9].

Ademais, segundo a jurisprudência pacífica do TSE[10], as sanções também eram aplicadas àquelas empresas que tivessem faturamento

zero no ano anterior ao da eleição. Ou seja, a empresa que não tivesse faturamento no ano anterior ao da eleição não poderia doar nada e se doasse sofreria as penalidades previstas no artigo 81.

Percebe-se, então, que havia um impedimento para essas pessoas jurídicas efetuarem doações para determinada campanha eleitoral e se o fizessem incorreriam nas penalidades do artigo 81.

E é essa a situação que possivelmente restaria após a Lei 13.165/2015, para todas as pessoas jurídicas<sup>[11]</sup>, se os parágrafos 2º e 3º daquele artigo não tivessem sido revogados.

A despeito da desatenta tramitação do Projeto de Lei n.º 5.735/2015, mormente no momento da sanção, o fato é que, na verdade, o tratamento legal atual conferido às doações de pessoas jurídicas tornou-se mais rigoroso e não o contrário<sup>[12]</sup>. Isso porque, se antes a doação de pessoa jurídica era permitida até um determinado limite legal (2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição) agora já não é mais permitida qualquer doação por pessoa jurídica, seja em dinheiro, seja estimável em dinheiro.

Nesse sentido, o renomado eleitoralista Edson Resende Castro, em seu artigo “Os efeitos da decisão do STF na ADI n.º 4650 e da Lei n.º 13.165/2015 nas Representações por excesso de doação por pessoa jurídica” afirma, com propriedade, que a inconstitucionalidade do *caput* e do parágrafo 1º da Lei 9.504/97, declarada pelo STF, censurou mais ainda as doações de pessoas jurídicas, antes permitida até um certo limite, restaram totalmente proibidas. E, no tocante à revogação do artigo 81 e, por consequência, da censura ao excesso de doação por pessoa jurídica, vai além e questiona a sua constitucionalidade, concluindo que:

a revogação do art. 81 da Lei n. 9.504/97, resultante apenas da literalidade da Lei n. 13.165/2015, é inconstitucional, por extrapolação dos limites traçados pela CF à produção legislativa ordinária e por impor indevido retrocesso aos mecanismos de proteção da normalidade e legitimidade dos pleitos, distanciando-se da recomendação constitucional.

Nesse sentido, eventual declaração de inconstitucionalidade da revogação do citado dispositivo, acarretaria o efeito repristinatório da norma revogada, possibilitando a aplicação das penalidades antes previstas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 81 às pessoas jurídicas doadoras.

Embora pareça ser este um caminho viável, enquanto não arguida e declarada inconstitucional a revogação do artigo 81, esta produz seus efeitos, deixando imunes a sanções as pessoas jurídicas que efetuarem doações para as campanhas eleitorais. E uma norma proibitiva sem a correspondente sanção dificilmente surtirá a eficácia desejada, na medida em que o infrator não será penalizado pelo seu descumprimento[13].

Por outro lado, não basta que os dirigentes das pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais fiquem sujeitos à inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea “p” da Lei Complementar n.º 64/90, pois tal consequência não parece ser suficiente para inibir as doações empresariais, já que quase nunca a própria capacidade eleitoral passiva é motivo de preocupação dos dirigentes empresariais.

Finalmente, quanto ao partido político ou candidato beneficiário de doação de pessoa jurídica, portanto de fonte vedada, poderá ter suas contas desaprovadas, sujeitando-se às sanções previstas no ordenamento jurídico[14]. Ocorre que, por vezes, as sanções são brandas e pouco efeito, insuficientes para inibir o recebimento de recursos de fontes vedadas, mormente quando se trata de eleições municipais em municípios do interior e a doação não se reveste da proporcionalidade ou gravidade necessária para afetar o registro, a diplomação ou o mandato conquistado nas urnas.

### **3. CONCLUSÃO:**

Do exposto, conclui-se que a tramitação desatenta do Projeto de Lei 5.735/2015, que redundou na revogação integral do artigo 81 da Lei 9.504/97, embora tenha reafirmado a vedação imposta às pessoas jurídicas de efetuarem doações para as campanhas eleitorais deixou de prever sanção para o caso de descumprimento da proibição. E a ausência de sanção poderá levar à ineficácia da norma proibitiva.

Destarte, diante dessa situação incoerente que se criou, em que se agravou a conduta e suprimiu a pena, resta aos operadores do direito a missão de encontrar uma alternativa para evitar que as pessoas jurídicas infratoras da proibição de doação para campanhas eleitorais saiam impunes.

#### 4. REFERÊNCIAS:

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito Rideel**. 22.ed. São Paulo: Rideel, 2016. ISBN 978-85-339-3753-6

CASTRO, Edson de Resende. **Os efeitos da decisão do STF na ADI Nº 4.560 e da Lei Nº 13.165/15 nas representações por excesso de doação por pessoa jurídica. 2015**. Disponível em: <http://docplayer.com.br/14496098-Os-efeitos-da-decisao-do-stf-na-adi-no-4-560-e-da-lei-no-13-165-15-nas-representacoes-por-excesso-de-doacao-por-pessoa-juridica.html>. Acessado em 26/6/2017.

CASTRO, Edson Resende de. **Curso de Direito Eleitoral**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 39ª de. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=580148>. Acessado em 24/6/2017.

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13165-29-setembro-2015-781615-veto-148261-pl.html>. Acessado em 24/6/2017.

<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>. Acessado em 24/6/2017.

NOTAS:

[1] ADI n.º 4650/DF, proposta pelo Conselho Federal da OAB.

[2] Declarou também a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto outros dispositivos da Lei 9504/97 e da Lei 9096/95 na parte que autorizavam, a contrário sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos e para as campanhas eleitorais.



- [3] No Senado Federal recebeu o n.º 75/2015
- [4] Com a criação do artigo 24-B a regulamentação das doações de pessoas jurídicas seria reposicionada sob a seção que trata, na Lei 9.504/97, da arrecadação e da aplicação de recursos nas campanhas eleitorais.
- [5] Segundo dispõe o parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, o Presidente da República dispõe de 15 (quinze dias úteis) para análise (veto ou sanção) dos projetos de lei. Ao vetar o artigo 24-B, a Presidente expôs as seguintes razões: "A possibilidade de doações e contribuições por pessoas jurídicas a partidos políticos e campanhas eleitorais, que seriam regulamentadas por esses dispositivos, confrontaria a igualdade política e os princípios republicano e democrático, como decidiu o Supremo Tribunal Federal - STF em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI 4650/DF), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. O STF determinou, inclusive, que a execução dessa decisão 'aplica-se às eleições de 2016 e seguintes, a partir da Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão', conforme ata da 29ª sessão extraordinária de 17 de setembro de 2015."
- [6] Dispõe o artigo 66, parágrafo 4º da Constituição Federal/1988, que "O veto será apreciado em sessão conjunta dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores."
- [7] RCDJE n.º 10808, relator Hélio David Vieira Figueira dos Santos, Acórdão n.º 31139 de 15/12/2015.
- [8] RECURSO ELEITORAL (1ª INSTÂNCIA) nº 36910, Acórdão nº 5507 de 23/10/2013, Relator(a) CLEBER LOPES DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico do TRE-DF, Tomo 203, Data 25/10/2013, Página 6
- [9] REPRESENTAÇÃO n 893, ACÓRDÃO n 6521 de 03/05/2010, Relator(a) RÊMOLO LETTERIELLO, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eleitoral, Tomo 124, Data 13/5/2010, Página 39/40.
- RECURSO nº 4558, Acórdão de 16/02/2016, Relator(a) MARLI MARQUES FERREIRA, Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 22/2/2016
- [10] AgR-REspe nº 36485, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJE, Tomo 163, Data 02/09/2014, p. 99.
- [11] Exceto para os Partidos Políticos que, embora sejam pessoas jurídicas, não estão impedidos de doar.

- [12] Recurso Especial Eleitoral nº 4328, Acórdão, Relator(a) Min. HERMAN BENJAMIN, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 16/05/2017
- [13] O Professor Paulo Nader, quanto à sanção, classifica de imperfeita a norma que não comina castigo aos infratores, nem considera nulo ou anulável o ato que a contraria (2017, p. 91)
- [14] Lei 9.096/95 e Lei 9.504/97

## HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

**JORDAANNA MARIA LOPES GUSMÃO:**  
Procuradora da Fazenda Nacional.

**Resumo:** O advogado possui importante papel na concretização da Justiça, uma vez que ele atua na salvaguarda dos direitos dos jurisdicionados. Conforme o texto constitucional proclama, “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” (art. 133 da CRFB). Nesse contexto, diante do exercício da sua função, ele é remunerado por meio dos honorários advocatícios, sendo este o objeto do nosso estudo.

**Palavras Chave:** Advogado. Honorários advocatícios. Remuneração.

**Abstract:** The lawyer has an important role in the implementation of justice, since it acts in safeguarding the rights of the courts. As the constitutional text proclaims, "the lawyer is indispensable to the administration of justice, being inviolable for his acts and manifestations in the exercise of his profession, within the limits of the law." (Article 133 of the CRFB). In this context, in the exercise of his or her function, he is remunerated through legal fees, which is the object of our study.

**Sumário:** Resumo. Palavras Chave. Abstract. 1.Introdução. 2 Os honorários advocatícios: Conceito, classificação e natureza. 3. Critérios utilizados para o cálculo dos honorários advocatícios 4. Conclusão. 5. Referências.

---

### 1. Introdução – Noções Gerais

Não se pode olvidar da importância do advogado na administração da Justiça, haja vista que presta serviço público e exerce função social, conforme delineado nos art. 133 da CRFB/1988 e art. 2º da Lei 8.906/1994. Como é cediço, os honorários advocatícios constituem a remuneração do patrono, fonte de renda indispensável ao seu sustento e ao de sua família.

Assim, a fixação dos honorários advocatícios é extremamente importante para proporcionar uma vida digna ao patrono, devendo ser fixado de acordo com critérios legais previstos na legislação.

Nesse contexto, o estudo dos honorários advocatícios, diante da sua importância, será objeto do presente trabalho.

## **2. Os honorários advocatícios**

Como é cediço, quem trabalha deve receber contraprestação pelos serviços prestados, uma vez que a remuneração é de fundamental importância para o sustento do trabalhador e de sua família.

“A justa remuneração pelo serviço prestado, no cumprimento do dever profissional, qualquer que seja a dignidade da função é uma questão de justiça”. (COSTA, 2002, p. 207).

Em uma análise histórica da advocacia, percebe-se que nem sempre o advogado recebeu retribuição pecuniária pelos serviços prestados, haja vista que a profissão era considerada insusceptível de valoração econômica. No direito romano existia inclusive uma lei proibitiva denominada Lei Cincia. O patrocínio em sua origem era gratuito.

Graças ao Código de Justiniano, “estabeleceu não só a legitimidade da percepção de honorários pelo advogado, como ademais, concedeu-lhe ação para cobrá-los em juízo (COSTA, 2002, p. 2007)

Não se pode negar que a advocacia, assim como qualquer outra profissão, deve proporcionar aos seus titulares retribuição digna.

De acordo com Luiz Lima Langaro, os honorários são “os estipêndios pagos em retribuição de serviços que se reputam imateriais e nobres”. (FREITAS, 1983, p. 106, *apud* LANGARO, 1996, p. 68)

Nesse passo, de acordo com o art. 22 da Lei 8.906/1994, a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convenionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Os honorários convencionados são aqueles estipulados entre as partes, cliente e advogado, por meio de contrato, devendo este prever minuciosamente toda a prestação de serviços contratada, bem como ajustadas as formas de pagamento, eventual correção e majoração, conforme previsão do art. 35 do Código de Ética e disciplina (CED).

Vale ressaltar que, conforme o art. 24, caput, da Lei 8.906/1994 c/c o art. 585, VII, do CPC o contrato de honorários constitui título executivo extrajudicial. Assim, pode o advogado ingressar com um processo de execução para obter a satisfação coercitiva do seu crédito.

Segundo Laurady Figueiredo, “também são considerados convencionados os honorários estabelecidos verbalmente na presença de testemunhas, no entanto, o arbitramento judicial será necessário para a cobrança, haja vista que o advogado não detém nenhum título executivo apto a sustentar seu crédito em juízo”. (FIGUEIREDO, 2012)

Os honorários fixados por arbitramento judicial são aqueles fixados pelo Juiz quando o advogado não possui um título executivo e não há outra forma de provar o valor pactuado com o cliente. Isso ocorre nos casos em que não foi firmado contrato escrito ou não houve a prestação de forma integral do serviço contratado. “São situações comuns e que impedem a execução do valor integralmente contratado: a revogação do mandato no curso da demanda, ou a renúncia ao patrocínio da causa” (FIGUEIREDO, 2012).

Os honorários de sucumbência são aqueles pagos pelo vencido ao vencedor. Decorrem diretamente do sucesso da demanda. Eles também são fixados por arbitramento judicial consoante as disposições contidas no art. 20 do CPC. Vale ressaltar que o conhecimento da classificação dos honorários é imprescindível para que o advogado possa realizar de maneira adequada a sua cobrança, seja por meio de ação autônoma de execução, seja dentro dos próprios autos no caso de cumprimento de sentença.

Independentemente de seu enquadramento, de acordo com o art. 24 da Lei 8.906/1994, os honorários possuem caráter alimentar e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

Além disso, há entendimento pacífico do STJ de que os honorários advocatícios são impenhoráveis, por força do art. 649, IV do CPC. Confira, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRÉDITOS DE NATUREZA ALIMENTAR. IMPENHORABILIDADE. 1. Os honorários advocatícios, tanto os contratuais quanto os sucumbenciais, têm natureza alimentar. Precedentes do STJ e de ambas as turmas do STF. Por isso mesmo, são bens insuscetíveis de medidas constritivas (penhora ou indisponibilidade) de sujeição patrimonial por dívidas do seu titular. A dúvida a respeito acabou dirimida com a nova redação art. 649, IV, do CPC (dada pela Lei n.º 11.382/2006), que considera impenhoráveis, entre outros bens, "os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal". 2. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp: 1032747 RS 2008/0034683-1, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 18/03/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/04/2008)

Dessa forma, devido ao seu caráter alimentar, os honorários não podem ser objeto de constrição judicial, uma vez que ficaria comprometida a subsistência do advogado e a de sua família.

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar o caráter de indisponibilidade dos honorários, uma vez que "é nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência" (art. 24, § 3º, da Lei 8.906/1994).

Consoante dispõe o § 1º, do art. 35 do CED, "os honorários da sucumbência não excluem os contratados, porém devem ser levados em conta no acerto final com o cliente ou constituinte, tendo sempre presente o que foi ajustado na aceitação da causa".

Nesse diapasão, apesar de serem fixados honorários contratuais, é direito do advogado o recebimentos dos honorários sucumbenciais.

### 3. Critérios utilizados para o cálculo dos honorários advocatícios

O art. 35 do Código de Ética e Disciplina da OAB (CED) traz os elementos básicos para fixação dos honorários advocatícios. Segundo o diploma legal, com moderação, devem ser levados em consideração: I - a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas; II – o trabalho e o tempo necessários; III – a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros; IV – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional; V – o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente; VI – o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado; VII – a competência e o renome do profissional e, por ultimo, no inciso VIII, a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

Os critérios delineados acima servem não só para evitar a cobrança de maneira excessiva dos honorários, como evitar a de valores irrisórios, uma vez que eles devem ser fixados com a devida moderação e razoabilidade de acordo com as circunstâncias do caso concreto. O próprio Código de Ética menciona em seu art. 41 que “o advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários, salvo motivo plenamente justificável”.

No Código de Processo Civil, em seu § 3º do art. 20, também são trazidas disposições semelhantes a serem observadas pelos magistrados quando da aplicação do princípio da sucumbência. De acordo com ele, os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, salvo as hipóteses de apreciação equitativa do Juiz, como nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não. Nesses casos, poderá a condenação fixar abaixo do mínimo legal.

Segundo o CPC devem ser observados pelo Magistrado o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Dessa forma, de acordo com o exposto acima, para a fixação dos honorários devem ser levados em consideração tanto aspectos objetivos, como subjetivos. Serviços prestados de maneiras semelhantes pelo mesmo profissional, mas em locais diferentes, poderão sofrer variação de valores.



Por oportuno, registre-se que na Justiça do Trabalho a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não será superior a 15% (quinze por cento), conforme Súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Além disso, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Por outro lado, nos dias de hoje não restam mais dúvidas de que os honorários sucumbenciais pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte (art. 23 da Lei 8.906/1994).

Sobre a natureza dos honorários de sucumbência, preceitua Antônio José Xavier Oliveira:

Vale ressaltar que, apesar da natureza processual, os honorários decorrentes da sucumbência não perdem sua natureza alimentar. Mesmo sendo incerta a sua obtenção pelo profissional, pois, conforme já dito, depende do sucesso da propositura, a natureza alimentar não pode ser afastada ante a finalidade do instituto.. [...] Os honorários de sucumbência mantêm sua finalidade de subsistência do profissional, muitas vezes auxiliando em momentos difíceis pelos quais o profissional possa se deparar. (OLIVEIRA, 2007)

Logo, tendo em vista que os honorários possuem caráter alimentar e servem para remunerar os serviços prestados pelo profissional da advocacia, deve haver a correta observância dos critérios legais tanto por parte do advogado, na elaboração do contrato, como pelo MM. Juiz no arbitramento judicial para que, assim, o advogado goze de uma remuneração justa.

#### **4. Conclusão**

O direito fundamental de acesso à justiça como corolário da efetividade da tutela jurisdicional tem na lei 1.060/1950 importante instrumento na efetivação desse direito.

Dentro desse contexto temos a figura do advogado, indispensável na administração da justiça, defensor do Estado Democrático de Direito, da cidadania e da moralidade, conforme estatuído no artigo 133 da Carta Constitucional, quanto no artigo 2º do Código de Ética da OAB.

Destarte, ambos são imprescindíveis no ordenamento jurídico brasileiro na salvaguarda dos direitos dos jurisdicionados e na materialização do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/1988.

## 5. Referências

**AZEVEDO, Walquer Mendes de. A justiça gratuita, a assistência judiciária, a diferença entre assistência judiciária e a justiça gratuita, e a assistência jurídica integral e gratuita.** Disponível em: [http://clampadvogados.com.br/artigos/walquer\\_azevedo.html](http://clampadvogados.com.br/artigos/walquer_azevedo.html). Acesso em 02 de abril de 2014.

**BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. Quem pode ser beneficiário da assistência jurídica gratuita?. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2211, 21 jul. 2009.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13193>>. Acesso em: 3 mar. 2014.

**BARONI, Robson. Cartilha de Ética Profissional do Advogado.** 4ª Ed. São Paulo (SP): LTR, 2001.

**BARRAL, Welber Oliveira. Metodologia da pesquisa jurídica.** 3 ed. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2007.

**BRASIL, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Código de ética e disciplina da OAB.** Disponível em: <<http://www.oabam.org.br/downloads/pdf/codigodeetica.pdf>>. Acesso em 20 de março de 2014.

**BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: . Acesso em: 26 de fevereiro de 2014.

BRASIL. **Lei Nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm). Acesso em 26 de fevereiro de 2014.

BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)> Acesso em: 10 de março de 2014.

BRASIL. **Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm) > Acesso em: 10 de março de 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1032747 RS 2008/0034683-1**, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 18/03/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/04/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7098177/recurso-especial-resp-1032747-rs-2008-0034683-1-stj>> Acesso em 20 de março de 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1340291 RN 2012/0178358-4**, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 04/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJE 11/06/2013. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23369551/recurso-especial-resp-1340291-rn-2012-0178358-4-stj>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. **Apelação Cível 101486 MG 2000.01.00.101486-8**, Relator: Juiz Federal Osmane Antonio Dos Santos, Data de Julgamento: 21/05/2013, 3ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.409 de 12/06/2013. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23360635/apelacao-civel-ac-101486-mg-20000100101486-8-trf1>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Deontologia Jurídica. Ética das Profissões Jurídicas.** Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2002.

**DANTAS, Alexandre Fernandes.** Acesso à Justiça e assistência jurídica gratuita no Brasil. Disponível em: . Acesso em 02 de fevereiro de 2014.

**FERRAZ, Sergio; MACHADO, Alberto de Paula.** Ética na Advocacia. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2000.

FIGUEIREDO, Laurady. Honorários Advocatícios: Cobrança e Formas de Execução. Jornal Carta Forense, 2012. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/honorarios-advocaticios-cobranca-e-formas-de-execucao/8360>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. **Assistência Judiciária no Direito Brasileiro.** Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2008.

LANGARO, Luiz Lima. **Curso de Deontologia Jurídica.** São Paulo (SP): Saraiva, 1996.

**LENZA, Pedro.** Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo (SP): Saraiva 2013.

MACHADO, Rubens Approbato. **Advocacia e Democracia.** Brasília (DF): OAB Editora, 2003.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil.** 13ª. Edição. Rio de Janeiro (RJ): Lúmen Júris, 2010.

OLIVEIRA, Antônio José Xavier. Linhas gerais acerca dos honorários advocatícios: generalidade, natureza alimentar, espécies e o novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1288, 10 jan. 2007. Disponível em: . Acesso em 25 mar. 2014.

ROCHA, Alexandre Lobão, **A Garantia Fundamental de acesso do Necessitado à Justiça.** Artigo publicado em 2004. Disponível em:< [http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo\\_alexandre.pdf](http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_alexandre.pdf)>. Acesso em 01 de abril de 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** v. I. 47ª ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2005.

UNIMONTES. **Resolução CEPEX 182 de 25 de junho de 2008**. Aprova Manual para Elaboração e Normatização de Trabalhos Acadêmicos para os cursos de Graduação da Universidade Estadual de Montes Claros - Unimontes - Trabalho de Conclusão de Curso-Tcc. *In*: . Acesso em 14 de abril de 2014.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. **500 Anos de Assistência Judiciária No Brasil**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67467/70077>. Acesso em 01 de abril de 2014.

## COMENTÁRIOS ÀS SERVIDÕES MINERAIS

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

**Resumo:** Inicialmente, ao se analisar o tema colocado em debate, prima anotar que a servidão administrativa se apresenta como direito real público que permite a Administração utilizar a propriedade imóvel para viabilizar a execução de obras e serviços que atendam ao interesse público. Nesta toada, é verificável que, com a substancialização da servidão administrativa, ocorre o exercício paralelo de outro direito real em favor de um prédio, o qual passa a ser denominado de *dominante*, ou mesmo de uma pessoa, de modo tal que o proprietário não é mais o único a exercer os direitos dominiais sobre a *res*. Em sede de ponderações gerais, cuida anotar que, em consonância com o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, que dá nova redação ao Decreto-Lei 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (Código de Minas), em seus artigos 6º e 59, foi responsável por repetir norma sobre instituição da chamada “servidão de minas”. Nestes termos, a União poderá instituir tal modalidade de intervenção no Estado na propriedade privada em que se localiza a jazida, cuja propriedade é de pertencimento daquele ente federativo, bem como as propriedades limítrofes, de maneira a assegurar as atividades indispensáveis ao exercício da lavra. Com efeito, a espécie de servidão configura o direito atribuído ao titular da autorização, de construir oficinas, instalações, obras acessórias e moradias; de abrir caminhos, linhas de comunicação e transmissão de energia elétrica; de captar água e escoá-la, utilizar

aguadas, e, enfim, fazer as obras consideradas necessárias ao aproveitamento industrial da jazida ou, ainda, aos trabalhos de pesquisa.

**Palavras-chaves:** Intervenção do Estado. Servidão Administrativa. Servidões Minerais.

**Sumário:** 1 Intervenção do Estado na Propriedade: Breve Escorço Histórico; 2 Ponderações Introdutórias ao Instituto da Servidão Administrativa; 3 Fundamentos da Servidão Administrativa; 4 Comentários às Servidões Minerais

---

### 1 Intervenção do Estado na Propriedade: Breve Escorço Histórico

Em uma primeira plana, o tema concernente à intervenção do Estado na propriedade decore da evolução do perfil do Estado no cenário contemporâneo. Tal fato deriva da premissa que o Ente Estatal não tem suas ações limitadas tão somente à manutenção da segurança externa e da paz interna, suprimindo, via de consequência, as ações individuais. *“Muito mais do que isso, o Estado deve perceber e concretizar as aspirações coletivas, exercendo papel de funda conotação social”*<sup>[1]</sup>, como obtempera José dos Santos Carvalho Filho. Nesta esteira, durante o curso evolutivo da sociedade, o Estado do século XIX não apresentava essa preocupação; ao reverso, a doutrina do *laissez feire* assegurava ampla liberdade aos indivíduos e considerava intocáveis os seus direitos, mas, concomitantemente, permitia que os abismos sociais se tornassem, cada vez mais, profundos, colocando em exposição os inevitáveis conflitos oriundos da desigualdade, provenientes das distintas camadas sociais.

Quadra pontuar que essa forma de Estado deu origem ao Estado de Bem-estar, o qual utiliza de seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por meio de uma intervenção decidida, algumas das consequências consideradas mais penosas da desigualdade econômica. *“O bem-estar social é o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias”*<sup>[2]</sup>, compreendo, aliás, as exigências materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente considerados. Com realce, são as necessidades consideradas vitais da comunidade, dos grupos, das classes que constituem a sociedade. Abandonando, paulatinamente, a posição de indiferente distância, o



Estado contemporâneo passa a assumir a tarefa de garantir a prestação dos serviços fundamentais e ampliando seu espectro social, objetivando a materialização da proteção da sociedade vista como um todo, e não mais como uma resultante do somatório de individualidades.

Neste sentido, inclusive, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo Nº 672.579/RJ, firmou entendimento que *“ainda que seja de aplicação imediata e incondicional a norma constitucional que estabeleça direitos fundamentais, não pode o Ente Estatal beneficiar-se de sua inércia em não regulamentar, em sua esfera de competência, a aplicação de direito constitucionalmente garantido”*[3]. Desta feita, para consubstanciar a novel feição adotada pelo Estado, restou necessário que esse passasse a se imiscuir nas relações dotadas de aspecto privado. *“Para propiciar esse bem-estar social o Poder Público pode intervir na propriedade privada e nas atividades econômicas das empresas, nos limites da competência constitucional atribuída”*[4], por meio de normas legais e atos de essência administrativa adequados aos objetivos contidos na intervenção dos entes estatais.

Com efeito, nem sempre o Estado intervencionista ostenta aspectos positivos, todavia, é considerado melhor tolerar a hipertrofia com vistas à defesa social do que assistir à sua ineficácia e desinteresse diante dos conflitos produzidos pelos distintos grupamentos sociais. Neste jaez, justamente, é que se situa o dilema moderno na relação existente entre o Estado e o indivíduo, porquanto para que possa atender os reclamos globais da sociedade e captar as exigências inerentes ao interesse público, é carecido que o Estado atinja alguns interesses individuais. Ao lado disso, o norte que tem orientado essa relação é a da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo verdadeiro postulado político da intervenção do Estado na propriedade. *“O princípio constitucional da supremacia do interesse público, como modernamente compreendido, impõe ao administrador ponderar, diante do caso concreto, o conflito de interesses entre o público e o privado, a fim de definir, à luz da proporcionalidade, qual direito deve prevalecer sobre os demais”*[5].

## **2 Ponderações Introdutórias ao Instituto da Servidão Administrativa**

Inicialmente, ao se analisar o tema colocado em debate, prima anotar que a servidão administrativa se apresenta como direito real público que permite

a Administração utilizar a propriedade imóvel para viabilizar a execução de obras e serviços que atendam ao interesse público. Nesta toada, é verificável que, com a substancialização da servidão administrativa, ocorre o exercício paralelo de outro direito real em favor de um prédio, o qual passa a ser denominado de *dominante*, ou mesmo de uma pessoa, de modo tal que o proprietário não é mais o único a exercer os direitos dominiais sobre a *res*. Com realce, insta ponderar que a servidão administrativa estabelecida em favor de prédio materializa a servidão real, ao passo que se beneficiar determinada pessoa constituirá a servidão pessoal. Afora isso, mister se faz sobrelevar que a servidão administrativa, consoante as lições apresentadas pelo festejado José dos Santos Carvalho Filho, consiste no *“direito real público que autoriza o Poder Público a usar a propriedade imóvel para permitir a execução de obras e serviços de interesse coletivo”*<sup>[6]</sup>.

Não discrepa de tal entendimento Meirelles que, com o destaque reclamado, coloca em evidência que a *“servidão administrativa ou pública é ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública”*<sup>[7]</sup>. Ressoando o sedimento doutrinário, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao apreciar a Apelação Cível N° 70039145073, já decidiu que a *“servidão administrativa é direito real de uso, estabelecido em favor da Administração Pública ou de seus delegados, incidente sobre a propriedade particular”*<sup>[8]</sup>. É plenamente observável, notadamente a partir do escólio adotado, que as servidões administrativas dão ao a um direito real público, eis que sua instituição decorre da atuação do Ente Estatal, com o fito primevo de atender a fatores de interesse público. Nesta senda, é observável, justamente, que o aspecto caracterizador que difere o instituto em tela da servidão decorrente do direito privado, norteadas pelas disposições albergadas pela Lei N° 10.406, de 10 de janeiro de 2002<sup>[9]</sup>, tendo como participantes da relação jurídica pessoas de iniciativa privada, descansa justamente na presença do Ente Estatal.

Além disso, o núcleo fundamental de ambos os institutos ora mencionados se alicerçam no mesmo paradigma. Neste almiré, em que pese a identidade de núcleos, perceptíveis são os aspectos distintivos da servidão privada e da servidão administrativa, quais sejam: a) a servidão administrativa busca atender a interesse público, ao passo que a servidão privada, respaldada pelo

Estatuto Civil, visa satisfazer interesse privado; b) a servidão administrativa sofre o influxo dos ditames e princípios do direito público, ao passo que as servidões privadas estão sujeitas aos cânones e corolários do direito privado. Constitui verdadeiro ônus real imposto a um imóvel, particular ou público, no interesse de satisfazer o interesse público. Ao lado disso, com efeito, cuida salientar que, em sede de servidão administrativa, o imóvel serviente poderá ser tanto um privado, o que ocorre comumente, ou mesmo o público. Afora isso, em se tratando de limitação singular, a constituição do instituto em tela é passível de indenização ao proprietário.

### 3 Fundamentos da Servidão Administrativa

Ao se analisar a servidão administrativa, mister se faz aludir que o fundamento da instituição da intervenção do Estado na propriedade privada encontra descanso na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, tal como a função social da propriedade, claramente delineada no artigo 5º, inciso XXIII[10], e artigo 170, inciso III[11], ambos da Constituição Federal de 1988. Assim, o sacrifício da propriedade cede lugar ao interesse público que inspira e norteia a atuação interventiva do Ente Estatal. Inexiste uma disciplina normativa federal específica acerca das servidões administrativas, sendo comumente utilizada a norma insculpida no artigo 40 do Decreto-Lei Nº 3.365, de 21 de junho de 1941[12], que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. *“Com esforço interpretativo, contudo, podemos entender que o titular do poder de instituir as servidões é o Poder Público (que na lei é o expropriante) e que, em alguns casos, será observado o procedimento da mesma lei para a instituição do ônus real”*[13].

São exemplos mais comuns da servidão administrativa a instalação de redes elétricas e a implantação de gasodutos e oleodutos em áreas privadas para a execução de serviços públicos. A acepção clássica do instituto em discussão envolve a nomeado servidão de trânsito, isto é, aquela que provoca a utilização do solo, promovendo a redução da área útil do imóvel do proprietário. Farta é a jurisprudência, inclusive, que explicita a natureza de servidões administrativas as hipóteses apresentadas acima, consoante se infere:

**Ementa:** Apelação cível. Servidão de eletroduto. Passagem de linha de transmissão de energia elétrica.

Controvérsia quanto ao valor da indenização. - A servidão administrativa enseja ao proprietário do imóvel o direito a justa e prévia indenização em dinheiro. - Servidão administrativa é direito real de uso, estabelecido em favor da Administração Pública ou de seus delegados, incidente sobre a propriedade particular. Sua instituição acarreta indenização dos prejuízos efetivamente sofridos pelo particular, não se indenizando o valor total da propriedade. - Laudo pericial realizado judicialmente que não apresenta irregularidades, devendo ser utilizado para fins de arbitramento da indenização pelos prejuízos sofridos pelo proprietário do imóvel serviente. Negaram provimento à apelação. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Terceira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70036651628/ Relatora: Desembargadora Matilde Chabar Maia/ Julgado em 02.08.2012) (grifou-se).

**Ementa:** Apelação. Indenização. Desapropriação indireta. Prolongamento de ruas projetado. Canalização de esgoto. Servidão administrativa. No caso, não está em questão apenas a destinação futura da área, mas o uso atual, já efetivado, segundo os apelantes. O uso de imóvel para escoamento do esgoto municipal pode ser considerado como servidão administrativa, pois, nessa hipótese, não se efetiva a transferência da propriedade, configurando-se apenas um ônus especial ao bem. Sendo considerada servidão administrativa, embora os proprietários continuem com o domínio e a posse, cabível indenização se comprovado prejuízo decorrente da restrição de uso da propriedade. Nessas circunstâncias, não há como considerar a parte autora carecedora de ação por falta de interesse processual, pois necessita de tutela de utilidade jurídica. Sentença desconstituída. Deram parcial provimento ao apelo. Unânime. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70037997202/ Relator:

Desembargador Alexandre Mussoi Moreira/ Julgado em 13.06.2012) (destacou-se).

**Ementa:** Apelação cível. Condomínio. Ação de indenização. Corte de grama. Servidão administrativa de passagem. Ônus do proprietário do imóvel. 1. A servidão administrativa constitui-se em restrição ao uso da propriedade, imposta pelo Poder Público ao particular (neste caso) com o objetivo de resguardar interesse da coletividade, regendo-se ou por acordo firmado entre as partes, ou por sentença judicial. 2. No caso dos autos, houve acerto amigável formalizado através de Escritura Pública, da qual se extrai que os proprietários foram indenizados pela PETROBRÁS pelos prejuízos (presentes e futuros) decorrentes da mencionada servidão, ocasião em que outorgaram plena e irrevogável quitação, declarando nada mais ter a reclamar "a qualquer título". 3. Como se não bastasse os termos da quitação outrora outorgada, os proprietários permaneceram utilizando a área para circulação (inclusive para trânsito de veículos), devendo, portanto, suportarem os ônus decorrentes de sua conservação. Apelo desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Décima Nona Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70046929196/ Relator: Desembargador Eugênio Facchini Neto/ Julgado em 27.03.2012) (grifou-se).

*“Algumas vezes as servidões administrativas são suportadas pelas particulares ou pelo Poder Público sem qualquer indenização, dado que sua instituição não lhes causa qualquer dano, nem lhes impede o uso normal da propriedade”[14], a exemplo do que se verifica na afixação de placa de denominação de rua ou de gancho para sustentar fios de rede energia elétrica dos trólebus em parede de prédio situado em determinados cruzamentos, bem como com a colocação de postes nas calçadas por concessionárias de serviço público. Com efeito, não se verifica nas situações explicitadas acima qualquer*

interferência, por parte do Ente Estatal, que possa produzir prejuízos ao proprietário particular, não cabendo, portanto, em teoria, verba indenizatória.

#### 4 Comentários às Servidões Minerais

Em sede de ponderações gerais, cuida anotar que, em consonância com o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967<sup>[15]</sup>, que dá nova redação ao Decreto-Lei 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (Código de Minas), em seus artigos 6º e 59, foi responsável por repetir norma sobre instituição da chamada “servidão de minas”. Nestes termos, a União poderá instituir tal modalidade de intervenção no Estado na propriedade privada em que se localiza a jazida, cuja propriedade é de pertencimento daquele ente federativo, bem como as propriedades limítrofes, de maneira a assegurar as atividades indispensáveis ao exercício da lavra. Inclusive, nesta toada, a alínea “b” do parágrafo único do artigo 6º, ao fazer alusão à classificação das minas, diciona, com clareza ofuscante, que se consideram, como partes integrantes daquelas, as servidões indispensáveis ao exercício da lavra.

Com efeito, a espécie de servidão configura o direito atribuído ao titular da autorização, de construir oficinas, instalações, obras acessórias e moradias; de abrir caminhos, linhas de comunicação e transmissão de energia elétrica; de captar água e escoá-la, utilizar aguadas, e, enfim, fazer as obras consideradas necessárias ao aproveitamento industrial da jazida ou, ainda, aos trabalhos de pesquisa. Denota-se, pois, que ela se torna imprescindível para possibilitar os trabalhos de exploração, após a concessão pelo Ministério das Minas e Energia, por meio do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Neste sentido, transcreve-se, oportunamente, o entendimento jurisprudencial:

**Ementa:** Imissão de posse. Servidão. Jazida. Licenciamento. Pesquisa. Indenização prévia. Implica a constituição de servidão sobre a propriedade onde se localiza a jazida e áreas limítrofes, a exploração e o aproveitamento das substâncias minerais, feitos pelos regimes de autorização, concessão, licenciamento, matrícula e monopolização. Estabelecida no art. 60 do Código de Mineração (Decreto-lei 227, de fevereiro de



1967) a forma de constituição da servidão, determina a indenização prévia do valor do terreno ocupado e dos prejuízos resultantes dessa ocupação. Não podem ser iniciados os trabalhos de pesquisa ou lavra, antes de ser efetivado o pagamento, nos termos do art. 62 do mesmo diploma legal. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Décima Primeira Câmara Cível/ Agravo de Instrumento nº 1.0518.07.129177-8/001/ Relator: Desembargador Duarte de Paula/ Julgado em 18 fev. 2009/ Publicado no DJ em 23 mar. 2009).

**Ementa:** Agravo de instrumento. Requisitos para instituição de servidão. Mineradora. Revogação da antecipação dos efeitos da tutela. Ausência de prova inequívoca. - Desde que demonstrada a indispensabilidade para a pesquisa ou lavra, as áreas limítrofes onde se localiza a jazida estão sujeitas à servidão de solo e subsolo, mediante indenização prévia. - A tutela antecipada pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, ante a verificação da ausência de quaisquer dos requisitos para sua concessão. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Décima Segunda Câmara Cível/ Agravo de Instrumento nº 1.0470.06.028325-1/001/ Relator: Desembargador José Flávio de Almeida/ Julgado em 24 jan. 2007/ Publicado no DJ em 03 mar. 2007).

No mais, a instituição da servidão para pesquisa ou, ainda, lavra de recursos minerais é um desdobramento da permissão pela autoridade federal e decorre da separação do solo e do subsolo, não dispondo o proprietário de livre disposição das riquezas que estão abaixo da superfície terrestre. Nesta linha, a área de pesquisa ou lavra substancializa o prédio dominante, figurando, pois, como serviente o imóvel e a área limítrofe em que se encontra localizada a jazida. “A servidão de mina, de competência da União, se destina apenas – e se limita – a gravar a propriedade onde se localiza a mina e as limítrofes de modo a viabilizar essas atividades”, conforme alude Barroso[16].



Em complemento, o decreto-lei supramencionado, no *caput* do artigo 59, vai avançar na constituição da intervenção da servidão de minas de solo e de subsolo, espandendo que essas ficam sujeitas para fins de pesquisa ou lavra, bem como as áreas limítrofes. Por seu turno, o parágrafo único do dispositivo em comento vai justificar a instituição da servidão para: a) construção de oficinas, instalações, obras acessórias e moradias; b) abertura de vias de transporte e linhas de comunicações; c) captação e adução de água necessária aos serviços de mineração e ao pessoal; d) transmissão de energia elétrica; e) escoamento das águas da mina e do engenho de beneficiamento; f) abertura de passagem de pessoal e material, de conduto de ventilação e de energia elétrica; g) utilização das aguadas sem prejuízo das atividades pré-existentes; e, h) bota-fora do material desmontado e dos refugos do engenho<sup>[17]</sup>.

Partindo dos elementos mencionados alhures, verifica-se que a servidão de mina tem como escopo primordial viabilizar as atividades indispensáveis ao exercício da lavra, cujo rol encontra-se enumerado no parágrafo único do artigo 59, podendo atingir a propriedade em que situada a jazida e as propriedades limítrofes. Barroso<sup>[18]</sup>, em seu escólio, anuncia que a União, na condição de titular dos recursos minerais, institui uma servidão a fim de proporcionar uma utilidade ao prédio dominante – que seria a área de pesquisa e/ou lavra – que grava o prédio serviente, que vem a ser o imóvel no qual essa área se localiza, tal como os imóveis que se encontram nos pontos limítrofes.

No mais, analisando o instituto em comento, quadra sublinhar a servidão de mina haverá de ser instituída apenas pela União sobre a propriedade em que se localiza a jazida e sobre as propriedades limítrofes, com o escopo singular de viabilizar as atividades indispensáveis à lavra. Nos termos do artigo 60 do decreto-lei supra, as servidões serão instituídas mediante indenização prévia do valor do terreno ocupado e dos prejuízos resultantes dessa ocupação. Não havendo acordo entre as partes, o pagamento será feito mediante depósito judicial da importância fixada para indenização, através de vistoria ou perícia com arbitramento, inclusive da renda pela ocupação, seguindo-se o competente mandado de imissão de posse na área, se necessário.

O cálculo da indenização e dos danos a serem pagos pelo titular da autorização de pesquisas ou concessão de lavra, ao proprietário do solo ou ao dono das benfeitorias, obedecerá às prescrições contidas no artigo 27 do decreto-

lei, e seguirá o rito estabelecido em Decreto do Governo Federal. Se, por qualquer motivo independente da vontade do indenizado, a indenização tardar em lhe ser entregue, sofrerá, a mesma, a necessária correção monetária, cabendo ao titular da autorização de pesquisa ou concessão de lavra, a obrigação de completar a quantia arbitrada. Não poderão ser iniciados os trabalhos de pesquisa ou lavra, antes de paga a importância à indenização e de fixada a renda pela ocupação do terreno.

#### REFERÊNCIA:

BARROSO, Luís Roberto. **Parecer:** Mineroduto Interestadual. Utilidade Pública e Servidão Administrativa. Competência dos Estados Membros beneficiados com a atividade econômica. Disponível em: . Acesso em 04 jun. 2017

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967.** Dá nova redação ao Decreto-Lei 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (Código de Minas). Disponível em: . Acesso em 04 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei Nº 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 24.643, de 10 de julho de 1934.** Decreta o Código de Águas. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000.** Regulamenta o art. 225,§1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

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

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência.** 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

#### NOTAS:

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 711.

[2] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 661.

[3] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo N° 672.579/RJ. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito administrativo. Servidor público. Adicional noturno. Regime de plantão semanal. Necessário reexame da legislação infraconstitucional. Análise do contexto fático-probatório. Impossibilidade. Incidência da súmula 279 do STF. Agravo regimental desprovido. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 29.05.2012. Publicado em 19 jun. 2012. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[4] MEIRELLES, 2012, p. 662.

[5] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso em Mandado de Segurança N° 27.428/GO. Administrativo. Servidor público. Determinação de abertura de conta corrente em instituição financeira pré-determinada. Recebimento de proventos. Possibilidade. Recurso ordinário improvido. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 03.03.2011. Publicado em 14mar. 2011. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[6] CARVALHO FILHO, 2011, p. 717.

[7] MEIRELLES, 2012, p. 688.

[8] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível N°70039145073. Apelação cível e recurso adesivo. Servidão de eletroduto. - A apelação interposta contra sentença que não foi alterada no julgamento dos embargos de declaração prescinde de ratificação para ser recebida pelo juízo de primeiro grau. Precedentes desta Corte. Ausência de previsão legal de ratificação da apelação interposta antes do julgamento dos embargos declaratórios. - Recurso adesivo que se apresenta intempestivo e deserto. Não conhecimento. - Servidão administrativa é direito real de uso, estabelecido em favor da Administração Pública ou de seus delegados, incidente sobre a propriedade particular. Sua instituição acarreta indenização dos prejuízos sofridos pelo particular, não se indenizando o valor total da propriedade, mas tão-somente a diminuição do valor do imóvel. - Acolhimento do laudo realizado pelo perito judicial, pois profissional equidistante das partes, observado o contraditório, a ampla defesa, e utilizado o método comparativo. - Atualização do valor depositado para imissão provisória na posse até a data do laudo judicial, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da demandada. - Verba honorária minorada em observância ao disposto no art. 27, § 1º, do Decreto-lei n° 3.365/41, com a redação introduzida pela MP n° 1.997-

33/99. Rejeitaram a preliminar, não conheceram do recurso adesivo e deram parcial provimento à apelação. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Matilde Chabar Maia. Julgado em 03 nov. 2011. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[10] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017: “**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: (omissis) **XXIII** - a propriedade atenderá a sua função social”.

[11] Ibid: “**Art. 170**. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (omissis) **III** - função social da propriedade”.

[12] Idem. **Decreto-Lei Nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017: “**Art. 40**. O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei”.

[13] CARVALHO FILHO, 2011, p. 719.

[14] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 891.

[15] BRASIL. **Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-Lei 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (Código de Minas). Disponível em: . Acesso em 04 jun. 2017.

[16] BARROSO, Luís Roberto. **Parecer: Mineroduto Interestadual. Utilidade Pública e Servidão Administrativa. Competência dos Estados Membros beneficiados com a atividade econômica**. Disponível em: . Acesso em 04 jun. 2017, p. 33.

[17] BRASIL. **Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-Lei 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (Código de Minas). Disponível em: . Acesso em 04 jun. 2017.

[18] BARROSO, s.d., p. 32.

## **ENSAIO SOBRE A ESTRUTURA NORMATIVA DAS "TUTELAS DE URGÊNCIA" - ABORDAGEM A PARTIR DA PERSPECTIVA SEMÂNTICA, SINTÁTICA E PRAGMÁTICA**

**GUSTAVO NOBUHICO KASAOKA:** Mestrando do núcleo de pesquisa em Direito Processual Civil, da PUC de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela COGEAE-PUC/SP. Membro colaborador do Centro de Estudos Avançados de Processo - CEAPRO. Oficial do 13º. Gabinete da 5ª. Turma Recursal/SP - 3ª. Região.

**RESUMO:** trata-se de estudo experimental sobre as 'tutelas de urgência'. Traz breve narrativa da evolução histórica dos procedimentos sumários, em especial, o processo cautelar, sua depuração na doutrina italiana do século XX, e o desenvolvimento das técnicas de antecipação da tutela satisfativa no ordenamento pátrio, até o modelo concebido no novo Código de Processo Civil. Propõe o estudo analítico das 'tutelas de urgência' por meio da teoria da linguagem, abordando sua dinâmica sob três perspectivas: da semântica, da sintaxe e da pragmática.

**Palavras-chaves:** Direito Processual Civil. Tutelas Diferenciadas. Tutelas de Urgência. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar.

**ABSTRACT:** this essay will analyze the 'tutelas de urgência' (which holds some similarities with the system of injunctions). It brings a brief narrative of the historic developments of the summary procedures, with focus on the figure of the precautionary measures, which passed through a very relevant depuration phase throughout the 20<sup>th</sup> century specially due to the Italian Studies in Law, reflecting on the development of jurisdictional provisions in Brazil such as those intended to prevent high risk situations, coming to its current concept - 'tutelas de urgência' – brought by the new Code of Civil Procedure from 2015. The purpose of this essay will be, thereafter, to approach the main theme – 'tutelas de urgência' – from the semantics, syntax and pragmatics aspects.

**Keywords:** Civil Procedure Law. Specific Performance. Tutelas de Urgência. Injunctions. Precautionary measures.



**Sumário:** Introdução – 1 Desenvolvimento I: Dos Provimentos Cautelares à Técnica Antecipatória: as Tutelas de Urgência – Esboço Semântico. 1.1. A Influência da Doutrina Clássica Italiana do Século XX. 1.2 Notas sobre a Antecipação dos Efeitos da Tutela – Lei n. 8.952/1994. 1.3 O Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015. 2 Desenvolvimento II: Das ‘Tutelas de Urgência’- Esboço Sintático e Pragmático. 2.1. Análise da Estrutura Sintática das ‘Tutelas de Urgência’- art. 300, do CPC/15. 2.2. Análise das ‘Tutelas de Urgência’ – Esboço Pragmático. Conclusão.

---

## INTRODUÇÃO

Vivencia-se fase *instrumentalista* do processo orientada por normas axiológicas insculpidas a partir da Constituição da República.

Ada Pellegrini Grinover ensina que o desencadeamento desse novo método, crítico por excelência, dependeu em grande parte do *florescer do estudo das grandes matrizes constitucionais do processo*.<sup>[1]</sup>

Desde cedo, na Constituição Republicana de 1891, transpareceu a vontade do constituinte em impor avanço científico aos institutos jurídico-processuais. A partir dela, o ordenamento jurídico nacional teve incorporado institutos avançados importados do direito norte-americano, presentes até os dias atuais, *v.g.*, o princípio da unidade da jurisdição, passando pelas garantias do *due process of law* e culminando nos instrumentos constitucionais de defesa das liberdades.

Ante o desenvolvimento dos estudos do *direito processual constitucional* e, posteriormente, com a formulação de uma *teoria geral do processo* de matriz constitucional, pavimentou-se caminho para a superação das colocações puramente técnico-jurídicas da fase *autonomista* do direito processual.

A compreensão do processo pelo método *instrumentalista* pretende suplantar a noção antecedente do *processo como mero instrumento técnico* e o *direito processual como ciência neutra em face das opções axiológicas do Estado*.<sup>[2]</sup>



A partir desta perspectiva a doutrina processual brasileira tem se debruçado no mais amplo e variado espectro de temas ligados ao processo, sendo relevante destacar os seguintes: (i) *a viabilização do acesso à ordem jurídica justa*,<sup>[3]</sup> que dentre as perspectivas de modificação está o desenvolvimento da concepção do direito à pré-ordenação de instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e (ii) *a efetividade do processo*, que visa a superação do problema da efetividade e eficácia no processo.

O que se busca é um sistema processual efetivo que proporcione técnicas adequadas à tutela dos direitos, individuais e meta-individuais, visando a solução dos conflitos em tempo razoável e com a observância ao devido processo legal, tendo por finalidade última o alcance do valor justiça.

Portanto, para fins de delimitação do presente trabalho, será dado enfoque ao tipo de tutela diferenciada que tem por fundamento a urgência, regulada pelo Código de Processo Civil sob a denominação de “tutelas de urgência” (artigos 294 a 310).

## **1 DESENVOLVIMENTO I: DOS PROVIMENTOS CAUTELARES À TÉCNICA ANTECIPATÓRIA: AS TUTELAS DE URGÊNCIA – ESBOÇO SEMÂNTICO**

### **1.1 A INFLUÊNCIA DA DOUTRINA CLÁSSICA ITALIANA DO SÉCULO XX**

Certo de que a tutela cautelar não é uma descoberta do século XX, uma vez que esta função jurisdicional sempre existiu, conforme pontua Ovídio Baptista da Silva, com acentuada importância no Direito Romano, por vezes *inseridas em outras formas de tutela processual, e até mesmo em estado puro, sem, no entanto, ser convenientemente compreendida pela ciência jurídica*,<sup>[4]</sup> é inegável que se deve atribuir mérito ao desenvolvimento do estudo das tutelas cautelares à doutrina italiana do século XX, de onde surge a ideia de sistematizar os *vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral*.

Aduz Eduardo Scarparo que até então não havia uma aproximação entre figuras como o sequestro judiciário, a caução e outros institutos regidos por um procedimento próprio. *Todos esses temas eram estudados como incidentes isolados de características extraordinária e provisória, cuja finalidade seria preventiva ou conservativa e, por isso, distintos das medidas executivas*.<sup>[5]</sup>

Em obra de 1923, o jurista italiano Ludovico Mortara sintetizou características essenciais e funcionais dos provimentos referentes ao sequestro, denúncia de dano ou que demandassem o caucionamento; estudo este que, de acordo com Scarparo, *foi um passo de incomensurável importância para fins de autonomizar as medidas preventivas e conservativas*,<sup>[6]</sup> conforme transcrição a seguir:

Si tratta di procedimenti essenzialmente incidentali, perché non servono a ottenere la piena difesa giurisdizionale di un diritto, ma ad integrare le condizioni da cui cotesta difesa è fatta efficace e intera. Quindi suppongono ed accennano alla necessità di un altro procedimento (col quale stanno in rapporto di accessorietà o dipendenza) destinato a svolgere la plenaria cognizione del diritto, allo scopo della sua definitiva dichiarazione. (...)

Carattere comune di tutti i procedimento diretti ad ottenere dal magistrato un provvedimento conservativo o cauzionale è, *di regola, la non assoluta certezza, ma la semplice probabilità per quanto prossima* [grifei], della existência del diritto alla tutela del quale si riferiscono (...) politica inseparabile dai fini della funzione giurisdizionale, quella di prevedere l'eventualità in cui l'esercizio della medesima potrebbe risolversi in vana accademia, *se non fossero adottate cautele preventive per rendere sicura a tempo opportuno l'attuazione del giudicato* [grifei], cioè la realizzazione del diritto che verrà riconosciuto.<sup>[7]</sup>

O trabalho de sistematização de Mortara permitiu o *desenvolvimento teórico alcançado por Giuseppe Chiovenda ao trabalhar especificamente com a categoria da cautela sob a perspectiva da teoria da ação*.<sup>[8]</sup>

Por sua vez, a compreensão das medidas cautelares como um terceiro tipo de processo – *tertium genus* – tem crédito atribuído aos estudos de Francesco Carnelutti<sup>[9]</sup> que, sustentada por Enrico T. Liebman, exerceu forte influência na estrutura do Código Buzaid.

Inserido neste contexto e, especialmente, diante do advento do novo Código, é reveladora a atemporalidade do estudo de Piero Calamandrei, em seu *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*, de 1936.

Ao perquirir sobre os critérios, classificações e características distintivos das cautelares sob a perspectiva do provimento jurisdicional, justapôs-se às doutrinas de Chiovenda e Carnelutti, sustentando o seguinte:

“<>. (...) In questa tripartizione, che esattamente mette in luce la esistenza di una funzione cautelare (<>) come forma autonoma di tutela, non è detto però che il criterio in base al quale i provvedimenti cautelari si differenziano da tutti gli altri provvedimenti sia omogeneo con quello per il quale i provvedimenti di cognizione si differenziano da quelli di esecuzione; *mentre al contrario i provvedimenti cautelari possono avere, secondo i casi, effetti dichiarativi o esecutivi* [grifei] (e rientrare per questo in uno degli altri due gruppi della tripartizione), o viceversa certi provvedimenti di cognizione o di esecuzione possono, quando si considerino sotto l’angolo visuale del loro scopo, esser compresi nel gruppo dei provvedimenti cautelari.”<sup>[10]</sup>

A proposta de Calamandrei aparenta ser acertada, considerando que o discriminem que se faz entre processo de conhecimento e execução encontra-se em dimensão diversa daquela em que estão as medidas cautelares.

A atemporalidade do estudo de Calamandrei mencionado em linhas anteriores refere-se não apenas à expansividade e influência de seu estudo nos diversos ordenamentos jurídicos e doutrina especializada – em especial, na América Central e do Sul –,<sup>[11]</sup> mas, também, em razão da maior aproximação de sua investigação à realidade atual. Assim o é, que a vigente norma processual parece suprimir aquela perspectiva anterior do processo cautelar como um *tertium genus*.

## 1.2 NOTAS SOBRE A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – LEI N. 8.952/1994

Por longo período, ao lado de todo o debate que circundava a tutela cautelar estava a tutela antecipada (satisfativa).

A previsão explícita no CPC/73 dos mecanismos de antecipação dos efeitos da tutela se deu somente a partir da modificação e inclusão dos artigos 273 e 461, § 3º., no CPC/1973, por meio da lei n. 8.952/1994.

Até então, persistia na doutrina e na jurisprudência divergência sobre a possibilidade de se conceder medidas de cunho satisfativo em momento anterior à prolação da sentença. Discorre José dos Santos Bedaque que o modelo ordinariamente adotado era aquele em que *somente após a cognição completa e exauriente da situação substancial era possível a tutela satisfativa*.<sup>[12]</sup>

Ovídio Baptista relata que a divergência doutrinária acerca da distinção entre ‘tutela cautelar’ e ‘entrega provisional e antecipada do pedido’ remonta desde o nascimento do Código de 73, *in verbis*:

*“En la doctrina brasileña la divergencia surgió después de la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1973. (...) En el fondo de toda esta cuestión aparece como punto polémico, responsable por el conflicto doctrinario, el problema conceptual en el que se contraponen dos concepciones antagónicas, entendiendo algunos juristas que la tutela cautelar debe ser considerada una forma de protección jurisdiccional de la apariencia, en tanto que tutela de un eventual derecho subjetivo o de algún interés legítimo no subjetivado contra el riesgo de daño inminente, mientras que la doctrina dominante la define como instrumento de ‘protección de la actividad jurisdiccional’.”*<sup>[13]</sup>

Encerrada a controvérsia sobre a possibilidade da concessão de medidas urgentes de caráter não estritamente conservativo com o advento da lei de 1.994, a experiência prática destes dois institutos logo evidenciou a inviabilidade da persistência de dois regimes estanques – cautelar e antecipatório-satisfativo.

As incertezas transbordavam aos limites dos debates doutrinários e jurisprudenciais, chegando a atingir textos legais. Exemplo disso foi o enunciado do artigo 489, do CPC/73, que previa que os efeitos da sentença rescindenda excepcionalmente poderiam ser suspensos por *medidas de natureza cautelar ou antecipatória da tutela*.

Relata, Eduardo Talamini, que *mais do que uma questão de ordem prática, o impasse doutrinário (e jurisprudencial, e legislativo) tinha em si mesmo relevo científico*,<sup>[14]</sup> consoante o seguinte:

*“Quando Ovídio Baptista da Silva afirma ser cautelar a medida que suspende deliberação assemblear, e Barbosa Moreira a considera tutela antecipada; quando Watanabe reputa conservativa a sustação de protesto, e Bedaque toma-a por antecipatória, fica evidente que a tutela cautelar e a tutela antecipatória urgente não têm como ser providências essencialmente diversas. Não se está a falar de coisas distintas entre si como água e vinho. A divergência entre processualistas tão argutos só se põe precisamente porque estão tentando classificar objetos muito próximos entre si - situados em zona cinzenta, de fronteira”.*[\[15\]](#)

À época, Humberto Theodoro Jr. sustentava que não haveria sentido lógico do ponto de vista prático uma regulamentação separada da tutela antecipatória visando restringir a tutela de urgência; mas, sim, teria o escopo de *ampliá-la, de modo a propiciar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave, seja ao processo, seja ao direito material, se tornasse irremediável e, por conseguinte, se transformasse em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional.*[\[16\]](#)

A marcha para unificação das tutelas de urgência teve início com a reforma do CPC de 1.973, operada pela lei 10.444/2002, ao introduzir o critério da fungibilidade no artigo 273, § 7º. A seguir, veremos as modificações trazidas com o novo Código de Processo Civil.

### 1.3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI N. 13.105/2015

Os ideais do acesso à ordem jurídica justa e da efetividade da jurisdição vêm se destacando como características convergentes e indutoras das diversas reformas e modificações dos sistemas processuais em diferentes países.[\[17\]](#)

O novo Código de Processo Civil, lei n. 13.105/2015, com vigência a partir de 18 de março de 2016, traz inovação importante ao regulamentar a matéria das “tutelas provisórias”, no Livro V, de sua Parte Geral; assim, encontra-se estruturada em três títulos: o primeiro, trazendo disposições gerais - artigos 294 a 299; o segundo, trata das “tutelas de urgência” - artigos 300 a 310; e, o terceiro, dispõe sobre a “tutela da evidência” - artigo 311.

Ao primeiro cotejo entre os textos do atual Código (2015) e do revogado (1973) é fácil notar a alteração no arranjo operado pelo legislador ao organizar topologicamente os enunciados referentes às tutelas 'cautelares' e 'antecipadas' em um mesmo Livro. Da mesma forma, não passa despercebida a supressão do rol dos processos cautelares típicos regidos pelo antigo Livro III.

Diferentemente de mero arranjo textual, durante a fase de tramitação legislativa de elaboração do CPC/15, chegou-se a cogitar acerca de possível unificação substancial do regime das 'tutelas de urgência', apresentando-se com potencial de operar profunda modificação na dinâmica processual.

Desta nova estrutura projetada, ter-se-ia à disposição instrumento processual antecipatório, fundado em urgência (e, também, em evidência), a partir da comprovação - em sede de cognição sumária - de requisitos genéricos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, que melhor se amoldasse às peculiaridades do caso concreto.

Em um segundo momento, contudo, denota-se que em razão das modificações sofridas na redação dos enunciados referentes a esta matéria durante a tramitação legislativa do projeto-lei, até findar no texto da norma em vigor, arrefeceu-se a expectativa da unificação de regimes.

O resultado do texto final foi no sentido de se agrupar tutelas 'cautelares' e 'antecipadas' sob a denominação comum 'tutelas de urgência'; subespécies de 'tutela urgência'; pertencente ao gênero: 'tutelas provisórias'.

Ainda que se possa cogitar acerca de uma unificação de regimes, infere-se do texto normativo critérios procedimentais diferenciadores dos dois institutos, como as hipóteses dos artigos 303 e 304 (antecipada), e 305 a 310 (cautelar), que dispõe sobre o requerimento antecedente das tutelas de urgência.<sup>[18]</sup>

Do até aqui exposto, pode-se concluir que: se o processo civil busca resguardar direitos de modo substancial, cuja tutela pode ser prestada por atividade de cognição e execução, bem como mediante provimentos provisórios, indistintamente; então, a modificação relevante operada pelo legislador de 2.015 foi a de que a técnica antecipatória *deve-ser o meio de distribuição isonômica do ônus do tempo no processo, ligando-a tanto à urgência como à evidência.*<sup>[19]</sup>



## 2 DESENVOLVIMENTO II: DAS 'TUTELAS DE URGÊNCIA' –

### ESBOÇO SINTÁTICO E PRAGMÁTICO

A tutela jurisdicional se apresenta sob variadas formas, com conteúdo diverso, e é regida em função da natureza do direito que necessita ser protegido.<sup>[20]</sup>

William Santos Ferreira<sup>[21]</sup> ensina que o termo '*tutela*' é plurívoco: (i) *em sentido amplo*, deve ser entendida como a obtenção, pelo litigante que tem razão, daquilo que o direito material lhe assegura; (ii) *em sentido estrito*, está relacionada ao tipo de provimento que o sistema processual assegura à parte para alcançar o bem da vida pretendido.

A seguir partiremos para a análise da estrutura da norma processual referente às tutelas de urgência sob a perspectiva sintática e pragmática.

### 2.1 ANÁLISE DA ESTRUTURA SINTÁTICA DAS 'TUTELAS DE URGÊNCIA' – ART. 300, DO CPC/15

O direito positivo, fixado a partir de um sistema de linguagem, é objeto cultural; ou seja, consoante teoria propugnada por Husserl, encontra-se na região ôntica<sup>[22]</sup> dos objetos culturais.

Lourival Vilanova aduz que o direito positivo *se não é, tende a ser um sistema. Não é mero agregado de proposições normativas, simples justaposição de preceitos, caótico feixe de normas.*<sup>[23]</sup>

Partindo-se da premissa de que *onde há sistema há relações e elementos que se articulam segundo leis*; e de que: se os elementos são proposições, sua composição interior obedece a leis de formação ou de construção; conclui, Vilanova<sup>[24]</sup>, que *o legislador pode selecionar fatos para sobre eles incidir as hipóteses, pode optar por estes ou aqueles conteúdos sociais e valorativos, mas não pode construir a hipótese sem a estrutura (sintática) e sem a função que lhe pertence por ser estrutura de uma hipótese.*



Paulo de Barros Carvalho<sup>[25]</sup> afirma que o direito positivo apresenta-se *fechado sintaticamente e aberto semântica e pragmaticamente*. Explica que *é fechado sintaticamente porque sua dinâmica operacional reduz-se na estrutura (H “lícito/ilícito” → C “proibido, permitido e obrigatório”). E, é aberto semântica e pragmaticamente porque colhe informações e incide sobre a linguagem social*.

De modo análogo, Aurora Tomazini,<sup>[26]</sup> sustenta que *com relação à Ciência do Direito, verifica-se também um fechamento operacional e uma abertura cognitiva. A dogmática jurídica recolhe informações do sistema jurídico (e somente dele) e as processa na forma descritiva, para seu interior, com a produção de enunciados jurídico-científicos, que acabam por influir no conteúdo de outras comunicações (sociais)*.

A formalização do texto normativo em estruturas sintáticas assume grande relevância ao permitir uma melhor análise do direito positivo. Saliente-se, todavia, a advertência de Lourival Vilanova no sentido de *que a lógica jurídica não pode dizer qual o conteúdo que há de preencher a forma: é tema extralógico*.<sup>[27]</sup>

A partir deste referencial teórico, a possibilidade de se analisar a estrutura proposicional da norma atinente às ‘tutelas de urgência’.

A disposição geral contida no *caput* do art. 300, do CPC/15, é a seguinte:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Assim, tem-se tutela de urgência: espécie; cujas subespécies são (i) tutela cautelar e (ii) tutela antecipada; podendo-se perquirir sobre algumas situações, como a seguir:

#### **Situação 1 - Diferenciação pela causa**

Tutela cautelar: problema instrumental

a. probabilidade do direito + risco ao resultado do processo

Tutela antecipada: problema material

- b. probabilidade do direito + perigo de dano

Normas:

Tutela de urgência à tutela cautelar v tutela antecipada

$D(H \text{ à } C' \text{ v } C'')$  ou

$D\{H \text{ à } [(H' \cdot H'') \text{ à } C' \text{ v } (H'' \cdot H''') \text{ à } C'']\}$

- em que: probabilidade do direito “.” risco ao resultado útil do processo à tutela cautelar:

$D[(H' \cdot H'') \text{ à } C']$

- em que: probabilidade do direito “.” perigo de dano à tutela antecipada:

$D[(H' \cdot H''') \text{ à } C'']$

### Situação 2 – Diferenciação pelos efeitos

A tutela requerida, fundada em urgência, possui natureza instrumental: tutela cautelar

- a. probabilidade do direito + perigo de dano; ou  
b. probabilidade do direito + risco ao resultado do processo

A tutela requerida, fundada em urgência, possui natureza satisfativa: tutela satisfativa antecipada

- a. probabilidade do direito + perigo de dano; ou  
b. probabilidade do direito + risco ao resultado do processo

Normas:

Tutela de urgência à tutela cautelar v tutela satisfativa antecipada

$D(H \text{ à } C' \text{ v } C'')$  ou

$D\{H \text{ à } [H'''' \cdot H' \cdot (H''' \vee H'')] \text{ à } C'] \vee [H'''' \cdot H' \cdot (H''' \vee H'')] \text{ à } C''\}$

- em que: natureza instrumental da tutela “.” probabilidade do direito “.”  
(perigo de dano v risco ao resultado útil do processo) à tutela cautelar

$D[H'''' \cdot H' \cdot (H''' \vee H'')] \text{ à } C'$

- em que: natureza satisfativa da tutela “.” probabilidade do direito “.”  
(perigo de dano v risco ao resultado útil do processo) à tutela satisfativa  
antecipada

$D[H'''' \cdot H' \cdot (H''' \vee H'')] \text{ à } C''$

Sendo:

H: tutela de urgência

H': probabilidade do direito

H'': risco ao resultado útil do processo

H''': perigo de dano

H''': natureza instrumental da tutela

H''': natureza satisfativa da tutela

C': tutela cautelar

C'': tutela satisfativa antecipada

Passemos, agora, à análise do aspecto pragmático da norma das tutelas de urgência.

## 2.2 ANÁLISE DAS 'TUTELAS DE URGÊNCIA' – ESBOÇO PRAGMÁTICO

Calamandrei ensinava que por meio da cognição sumária busca-se *um giudizio di probabilità e di verosimiglianza*.<sup>[28]</sup>

Percebe-se, da leitura das normas de direito processual em vigor, que nos juízos proferidos por meio de cognição sumária a hipótese antecedente referente à 'probabilidade', pela perspectiva sintática, mantém-se quase como uma constante.

Esta observação poderia ser recebida com estranheza, tendo em vista que até não muito tempo atrás muito se discutia sobre as diferenças e semelhanças entre o *fumus boni iuris* do processo cautelar (art. 798, *caput*, do CPC/73) e a verossimilhança com suporte fático em prova inequívoca da tutela antecipada (art. 273, *caput*, do CPC/73).

A esse respeito, assevere-se a crítica de Ovídio Baptista, de acordo com quem: *se investigada a genealogia dos conceitos que a doutrina moderna se vale para definir a tutela cautelar (fumus boni iuris e periculum in mora) veremos que essas duas categorias não definem em absoluto a cautelaridade*.<sup>[29]</sup>

Ovídio afirma, ainda, que *a categoria técnico-processual denominada 'fumus boni iuris' é comum a todos os processos sumários e a outras formas de decisões judiciais*.<sup>[30]</sup>

Em linha uniforme, Luiz Guilherme Marinoni<sup>[31]</sup> aduz que *a técnica antecipatória sempre trabalha nos domínios da 'probabilidade do direito' (art. 300, do CPC/15) - e, nesse sentido, está comprometida com a prevalência do direito provável ao longo do processo*.

Probabilidade e certeza não estão em um mesmo plano, não podem ser consideradas valências equivalentes. A aferição da hipótese (H) em sede de cognição rarefeita se faz por meio de um juízo de probabilidade (e grau de probabilidade); já a aferição da hipótese (H) em sede de cognição exauriente se faz por meio de certeza (e grau de certeza).

Michele Taruffo apresenta um interessante estudo epistemológico do processo com sua atenção voltada para o conhecimento dos fatos com base nas provas, em uma relação interacional das partes. A partir da valoração epistêmica buscou por métodos de validação a descoberta da verdade.<sup>[32]</sup>

Tal estudo parte da análise das narrativas dos fatos da causa – teoria do *story-telling* –, segundo o qual narrativas podem ser do tipo: boa/ruim; verdadeira/falsa. Essas distinções não se equivalem; podem, pelo contrário, estar cruzadas, obtendo um conjunto de quatro situações diferentes. São elas:

- a) narrativa boa e falsa;
- b) narrativa ruim e falsa;
- c) narrativa boa e verdadeira;
- d) narrativa ruim e verdadeira.

No âmbito do processo, narrativas do tipo (c) seriam certamente as mais apreciadas, mas as narrativas do tipo (d) também poderiam ser levadas em consideração, na medida em que verdadeiras.

De acordo com esta teoria, as narrativas construídas no processo são *conjuntos ordenados* de enunciados que descrevem as modalidades e as circunstâncias relativas aos fatos que originaram a controvérsia.<sup>[33]</sup>

As partes constroem e narram suas histórias com o escopo de justificar suas versões dos fatos de modo a induzir o juiz a satisfazer suas pretensões.<sup>[34]</sup> Por outro lado, o juiz encontra-se em uma situação completamente diferente: ele não deve persuadir alguém e não tem qualquer tese preconcebida a demonstrar. Além disso, espera-se que ele não construa na motivação uma narrativa qualquer dos fatos da causa, mas sim uma narrativa <>.<sup>[35]</sup>

A narrativa construída pelo juiz pode ser entendida como um conjunto ordenado de enunciados, em que um fator importante de ordem é constituído pela distribuição desses enunciados em quatro níveis distintos, sendo que a

ligação entre os vários níveis de narrativa construída pelo juiz tem natureza inferencial:<sup>[36]</sup>

- *no primeiro nível* encontram-se enunciados que descrevem *atos principais*;

- *no segundo nível* encontram-se enunciados que descrevem os *atos secundários* (que é eventual);

- *no terceiro nível* da narrativa do juiz inclui os enunciados que resultam das *provas* produzidas;

- *no quarto nível*, cuja presença é, em linha de princípio, somente eventual (apesar de muito frequente), inclui as circunstâncias a partir das quais se podem fazer inferências sobre a credibilidade e confiabilidade dos enunciados do terceiro nível (e referem-se, por exemplo, à credibilidade de uma testemunha ou à autenticidade de um documento).

A ligação inferencial se faz por meio do instituto denominado  $\langle \rangle$  ou, também: *warrant*. Abaixo a sua descrição:

*O warrant concerne à conexão que se instaura entre uma afirmação, que tem inicialmente caráter hipotético, e as provas que confirmam sua veracidade, segundo o esquema  $W=E\grave{a}H$  ( $W$  indicando o warrant,  $E$  as provas disponíveis e  $H$  a hipótese em questão). Visto que a amplitude e a qualidade das provas que podem ser referidas à hipótese podem variar de acordo com as circunstâncias, o  $\langle \rangle$  é um conceito de  $\langle \rangle$ . (...) Por conseguinte, o grau de confirmação depende de quantas e quais provas estão disponíveis em relação a todas as provas possíveis. Todavia, não parece dúbio que no plano epistêmico deva valer a regra segundo a qual o grau de confirmação da hipótese aumenta com a produção de provas ulteriores, visto que a situação ideal é aquela em que todas as provas possíveis são produzidas*<sup>[37]</sup>

Deste modo, a dinâmica para o conhecimento dos fatos segue a seguinte sequência:

*A - (...) as hipóteses que se procura confirmar são enunciados concernentes aos fatos principais que constituem o primeiro nível da narrativa do juiz;*

*B - das provas surgem os enunciados que compõem o terceiro nível da narrativa, que confirmam diretamente os enunciados do primeiro nível, além dos enunciados concernentes aos fatos secundários (que se encontram no segundo nível);*

*C - esses últimos, de seu turno, atribuem confirmação inferencial aos enunciados sobre os fatos principais;*

*D - por fim, os enunciados que estão no quarto nível têm função de atribuir confirmação, em termos de confiabilidade, aos enunciados que exprimem os resultados produzidos pelas provas.*

Com relação aos graus de confirmação e *standards* de prova, Taruffo aduz que os enunciados sobre os fatos principais são originalmente hipóteses que como tal podem ser verdadeiras ou falsas. A decisão final sobre os fatos (ou seja, a narrativa construída pelo juiz) resolve essa incerteza, atribuindo a cada hipótese o grau de confirmação competente com base nas provas que a essa se referem.

Nesse caso, podem se distinguir seis possibilidades para cada hipótese:<sup>[38]</sup>

- a) H não teve qualquer confirmação;*
- b) H teve confirmação fraca;*
- c) H teve confirmação forte;*
- d) a falsidade de H não teve qualquer confirmação;*
- e) a falsidade de H teve confirmação fraca;*
- f) a falsidade de H teve confirmação forte.*

Desdobramentos deste raciocínio seriam os seguintes:

*A: a) e f) não deveriam ser levadas em consideração;*



*B: não se deveria levar em conta as situações b), d), e e), visto que a veracidade de H não resulta suficientemente confirmada, mas tampouco sua falsidade resulta adequadamente demonstrada pelas provas.*

Observe-se, todavia, tratando-se de ‘tutelas de urgência’, em que a atividade jurisdicional se faz por meio de cognição rarefeita, as situações b), d), e e) não poderiam ser descartadas de plano. Em tese, analisando-se as peculiaridades do caso concreto, tais constatações (b, d, ou e) poderiam ser suficientes para a concessão do provimento provisório.

A distinção entre as seis situações esquematizadas é útil por representar também o quadro das compatibilidades que podem ser confrontadas dependendo dos êxitos probatórios:

a) H não teve qualquer confirmação – é compatível com:

d) a falsidade de H não teve qualquer confirmação; e

f) a falsidade de H teve confirmação forte.

b) H teve confirmação fraca – é compatível com:

d) a falsidade de H não teve qualquer confirmação; e

e) a falsidade de H teve confirmação fraca.

- não é compatível com:

f) a falsidade de H teve confirmação forte.

c) H teve confirmação forte;

d) a falsidade de H não teve qualquer confirmação;

e) a falsidade de H teve confirmação fraca;

- não é compatível com:

f) a falsidade de H teve confirmação forte.

O conteúdo principal da narrativa do juiz é constituído pelos enunciados fáticos que receberam confirmação com base nas provas.

Michele Taruffo alerta sobre dois possíveis problemas particularmente importantes: i) o primeiro diz respeito à determinação do grau de confirmação de cada enunciado; e ii) o segundo, ao grau de confirmação que cada enunciado deve obter para poder ser considerado provado.<sup>[39]</sup>

Com relação ao primeiro problema, parece encontrar abrigo no princípio do livre convencimento do juiz, o que, segundo ele, não implica na desvinculação do juiz a critérios de racionalidade.

Com relação ao segundo, sustenta que o grau de confirmação de um enunciado deriva de inferências lógicas que levam em conta a quantidade e a qualidade das provas disponíveis que se referem àquele enunciado, seu grau de confiabilidade e sua coerência.<sup>[40]</sup>

A narrativa dos fatos construída pelo juiz compõe-se, por conseguinte, de um conjunto ordenado de enunciados fáticos, tendo cada um desses obtido das provas disponíveis – racionalmente valoradas – uma confirmação probatória suficientemente forte. Nessa situação haverá razões válidas para sustentar-se que, no contexto do processo, tais enunciados possam se considerados verdadeiros.<sup>[41]</sup>

Ressalte-se, uma vez mais que, tratando-se de ‘tutelas de urgência’, a exigência da confirmação probatória ‘forte’ pode ser abrandada diante das peculiaridades do caso concreto, o que não induz afirmar que seria desnecessária qualquer confirmação probatória.

Voltando, assim, à análise da probabilidade referida às ‘tutelas de urgência’, tem-se que o conceito de probabilidade pode ser entendido como *um enunciado provável a partir do momento em que se dispõe de informações com base nas quais se considera adequado afirmar que aquele enunciado é verdadeiro.*<sup>[42]</sup>

Ainda fazendo referência a Taruffo, tem-se que, substancialmente, a probabilidade *é uma função da justificativa que se atribui a um enunciado, com base nos elementos cognoscitivos disponíveis.* <sup>[43]</sup>

Este método deve ser aplicado a cada narrativa, a cada hipótese, a cada enunciado. Em outras palavras, seja pela perspectiva do *fumus boni iuris* ou do *periculum in mora*, a análise das alegações das partes deve passar por este método de verificação / confirmação.

## CONCLUSÃO

Na parte introdutória foram apresentadas premissas pautadas pelo método *instrumentalista* com forte apelo aos preceitos constitucionais, com vistas à efetividade do processo por meio do conceito de acesso à ordem jurídica justa.

No segundo capítulo, foram traçadas linhas gerais e evolutivas dos institutos que hoje encontram-se reunidos sob a nomenclatura 'tutelas de urgência'. Dispendeu-se especial cuidado à doutrina italiana do século XX a quem se deve crédito pela sistematização e classificação da ação / processo / provimento cautelar; chegando-se a cogitar, a partir do novo Código de Processo Civil, o desaparecimento da figura do *tertium genus*. Também não se descuidou em traçar uma linha evolutiva tanto das tutelas cautelares como antecipadas nos Códigos de Processo Civil de 1973 e o atual.

No Capítulo 3, partiu-se do conceito plurívoco de 'tutela', percorrendo por uma rápida noção de aspectos estáticos e dinâmicos do termo, chegando-se ao estudo analítico da estrutura sintática do dispositivo do art. 300, do CPC, apresentado a estrutura formal da norma; assim como, abordou-se a visão pragmática das 'tutelas de urgência' a partir da teoria das narrativas de Michele Taruffo.

O tema das 'tutelas de urgência' é muito mais amplo do que se buscou tratar no presente estudo. Ainda há anos por vir para se ter um efetivo amadurecimento sobre o tema. Com efeito, não se buscou exaurir o tema, porém percorrer um ensaio experimental sobre esta nova concepção das 'tutelas de urgência' trazida com o novo Código de Processo Civil, por meio das três

perspectivas da semiótica aplicáveis ao estudo do direito: semântica, sintática e pragmática.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Érico, THEODORO JR., Humberto. *A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC*. In Revista de processo. São Paulo: RT, ano 37, vol. 206, abril/2012. p. 13 a 59.

ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G.; e MITIDIERO, D. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Antecipação da tutela*. 1ª. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

\_\_\_\_\_. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário linguagem e método*. São Paulo: Ed. Noeses, 2008.

CARVALHO, Aurora T. de. *Teoria Geral do Direito – o Constructivismo Lógico-Semântico*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

FAVELA, José Ovalle. *Tutela antecipada en el proceso iberoamericano*. Disponível em: . Acesso em 19/06/2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Modernidade do direito processual brasileiro*. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S.l.], v. 88, p. 273-298, jan. 1993. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67223/69833>>. Acesso em: 07/10/2014.

GUTIÉRREZ, I. P. *Las Medidas Cautelares: una valiosa herramienta procesal*. La Habana: Ediciones ONBC, 2012.

SILVA, Ovídio A. B. da. *Do Processo Cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Acción Cautelar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Ed., 1993.

SCARPARO, E. A Supressão do Processo Cautelar como Tertium Genus no Código de Processo Civil de 2015. In BOECKEL, F. D.; ROSA, K. R.; e SCARPARO, E. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Ed. Revista do Advogado, 2015

TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a 'monitorização' do processo civil brasileiro*, in *Revista de Processo*, vol. 209/2012, p. 13-34.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

THEODORO, H. Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 1352 e ss.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 4a. ed. São Paulo: Ed. Noeses.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade Moderna, in Participação e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988. pp. 128-135.

\_\_\_\_\_. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

\_\_\_\_\_; et. al. *Juizado especial de pequenas causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Ed. RT, 1985.

#### NOTAS:

[1] GRINOVER, A. P. *Modernidade do direito processual brasileiro*. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S.l.], v. 88, 1993. p. 278.

[2] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 37-40.

[3] WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade Moderna, in Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. pp. 128-135.

[4] SILVA, Ovídio A. B. da *Do Processo Cautelar*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p. 3.

[5] SCARPARO, E. *A Supressão do Processo Cautelar como Tertium Genus no Código de Processo Civil de 2015*. In BOECKEL, F. D.; ROSA, K. R.; e SCARPARO, E. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Ed. Revista do Advogado, 2015.

[6] SCARPARO, E. *A Supressão do Processo Cautelar como Tertium Genus no Código de Processo Civil de 2015*. In BOECKEL, F. D.; ROSA, K. R.; e SCARPARO, E. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Ed. Revista do Advogado, 2015.

[7] MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*. Milão: F. Vallardi, 1923, p. 768. *apud* SCARPARO, E. *A Supressão do Processo Cautelar como Tertium Genus no Código de Processo Civil de 2015*. In BOECKEL, F. D.; ROSA, K. R.; e SCARPARO, E. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Ed. Revista do Advogado, 2015.



[8] SCARPARO, E. *A Supressão do Processo Cautelar como Tertium Genus no Código de Processo Civil de 2015*. In BOECKEL, F. D.; ROSA, K. R.; e SCARPARO, E. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Ed. Revista do Advogado, 2015.

[9] Informa, Eduardo Scarparo, que posteriormente Carnelutti modifica sua posição com relação à classificação dos processos cautelares como um *tertium genus*, conforme a seguir: *mesmo desenhada a posição afirmativa em Lezioni di Diritto Processuale Civile (1931) e consolidada em Diritto e Processo (1958), é interessante notar que na quinta edição de suas Istituzioni del Processo Civile Italiano (1956) o italiano sustentava expressamente o contrário. Na oportunidade, após expor quais os critérios devem ser utilizados para classificar os processos, indicou que esses parâmetros são autônomos, pois “se referem a planos diversos, nos quais cada uma das distinções pode se combinar com as demais: por isso não só o processo contencioso, senão também o voluntário, pode ser cognitivo ou executivo, definitivo ou cautelar, singular ou coletivo”*. op. cit. pp. 115-116.

[10] CALAMANDREI, P. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Padova, Cedam, 1936. p. 8.

[11] v. FAVELA, José Ovalle. *Tutela anticipada en el proceso iberoamericano*. Disponível em: . Acesso em 19/06/2016. v. tb., GUTIÉRREZ, I. P. *Las Medidas Cautelares: una valiosa herramienta procesal*. La Habana: Ediciones ONBC, 2012. *passim*.

[12] BEDAQUE, José R. dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 114.

[13] SILVA, Ovídio A. B. da. *Teoria de la Acción Cautelar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Ed., 1993. p. 20.

[14] TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro*”, in *Revista de Processo*, vol. 209/2012, p. 13-34.

[15] TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro*”, in *Revista de Processo*, vol. 209/2012, p. 13-34.

[16] THEODORO, Humberto Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 1352 e ss.



[17] *vide* a título exemplificativo: o Código General del Proceso del Uruguay (CGP) de 18/10/1988; as reformas do Código de 73, a partir de 1994, com a lei n. 8.952/1994 e posteriormente com as leis n. 10.444/2002, 11.232/2005, 11.277 e 11.276/2006, e, mais recentemente com o CPC/15; a Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola (LEC) em 2000; e o novo Código de Processo Civil Português de 2013.

[18] v. BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 246 e ss.

[19] ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G.; e MITIDIERO, D. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 306.

[20] BEDAQUE, José R. dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 13.

[21] FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Ed. RT, 2000. pp. 69-72.

[22] DINIZ, Maria. Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. p. 124.

[23] VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 4a. ed. São Paulo: Ed. Noeses. p. 54.

[24] VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 4a. ed. São Paulo: Ed. Noeses. p. 54.

[25] CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário linguagem e método*. São Paulo: Ed. Noeses, 2008. p. 212. *apud* CARVALHO, Aurora T. de. *Teoria Geral do Direito – o Constructivismo Lógico-Semântico*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 118.

[26] CARVALHO, Aurora T. de. *Teoria Geral do Direito – o Constructivismo Lógico-Semântico*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 118.

[27] VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 4a. ed. São Paulo: Ed. Noeses. p. 54.

[28] CALAMANDREI, P. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Padova, Cedam, 1936. p. 63.

[29] SILVA, Ovídio A. B. da. *Teoria de la Acción Cautelar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Ed., 1993. p. 27.

[30] SILVA, Ovídio A. B. da *Do Processo Cautelar*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p. 26.

[31] ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2. 1ªed. São Paulo: Ed. Revisas dos Tribunais. 2015.

[32] TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. *passim*

[33] TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 236.

[34] TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 236.

[35] TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 236.

[36] TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 237.

[37] TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. pp. 239-240.

[38] TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 250.

[39] TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 251.

[40] TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 252.

[41] TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 257.

[42] TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. pp. 113-114.

[43] TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. pp. 113-114.

## **A INFLUÊNCIA DOS ELEMENTOS FILOSÓFICOS DA ORATÓRIA E SABEDORIA PARA OS JULGAMENTOS DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA**

**RICARDO BENEVENUTI SANTOLINI:** Advogado. Especialista em Direito Penal e Processo Penal com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade Damásio. Pós Graduando em Direito Previdenciário com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade Damásio. Corretor de Imóveis. Perito em Avaliação Imobiliária pelo INEDI - Instituto Nacional de Ensino a Distância. Estudante do curso de Filosofia pela UFES - Universidade Federal do Espírito Santo.

**RESUMO:** A sociedade brasileira encontra-se repleta de normas que regulamentam os atos praticados pelas pessoas que nela habitam, sendo uma delas as leis de caráter penal. Além disso, é importante frisar que a esfera criminal possui diversos mecanismos que visam assegurar o trâmite processual regular, variando de acordo com a infração imputada ao acusado. Uma destas normas diz respeito ao Capítulo II, do Título I, do Livro II, do Código de Processo Penal, que concerne aos processos de competência do Tribunal do Júri e que, dentro do presente trabalho, serão abordados os elementos filosóficos que originaram o estudo desta modalidade de julgamento e quais seus reflexos dentro da sociedade dentro da contemporaneidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tribunal do Júri; filosofia; julgamento; origem.

**SUMÁRIO:** 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 2 A APLICABILIDADE DA FILOSOFIA NA FORMAÇÃO DA SABEDORIA DO AGENTE DO DIREITO PARA ELABORAÇÃO DE TESES PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI; 3 A ORALIDADE COMO ELEMENTO IMPRESCINDÍVEL PARA EXPOSIÇÃO DO SABER E SUA INFLUÊNCIA PARA CARACTERIZAÇÃO DE TESES SÓLIDAS PERANTE O JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI; 4 DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

---

### **1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O ordenamento jurídico brasileiro é repleto de normas com o intuito de regulamentar a vida em sociedade, atribuindo direitos a quem lhe couber, assim como punindo aqueles que violarem as leis vigentes. Existem regras normativas de diversas naturezas, podendo ser mencionado como exemplo o Código Civil, o Código Penal e, a mais importante de todas, a Constituição Federal.

O presente trabalho possui como finalidade realizar uma abordagem acerca dos estudos inerentes ao Tribunal do Júri, cujo sistema normativo tem como condão processar e julgar os crimes de natureza dolosa e contra a vida, esculpidos dos artigos 121 a 128, do Código Penal brasileiro, mas de uma visão filosófica, trazendo as origens deste modelo de julgamento e o porque deste sistema de julgamento existir da forma que se encontra na contemporaneidade.

## **2 A APLICABILIDADE DA FILOSOFIA NA FORMAÇÃO DA SABEDORIA DO AGENTE DO DIREITO PARA ELABORAÇÃO DE TESES PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI**

Antes de adentrar ao mérito da ciência do Tribunal do Júri é relevante mencionar o papel da filosofia dentro do cenário histórico e sua relevância para evolução social.

Neste sentido é relevante destacar que o conceito de filosofia, de acordo com o dialeto grego, consiste no “amor à sabedoria”<sup>[1]</sup>, tendo como ênfase ainda os estudos de problemas existentes dentro da sociedade como num todo. Em outras palavras, a pessoa que possui o interesse em desenvolver seu lado filosófico necessita de ter, como ponto de partida, algo que venha acontecendo dentro da sociedade e buscar a sua essência, e depois desenvolver a sabedoria de acordo com o que entende ser correto, ou seja, devendo este conhecimento proliferar de dentro de si.

Porém, nem sempre a busca pelo saber ocorreu desta maneira, tendo em vista que, ao longo da história, principalmente no período do iluminismo, as pessoas entendiam que, para atingir o saber, era necessário cumprir determinadas regras, fazendo com que assim a busca pelo saber permanecesse limitado, podendo citar como exemplo a filosofia cartesiana, em que René Descartes entendia que a busca pelo saber se encontrava em torno dos sistemas matemáticos.

De acordo com as passagens acima, qual a contribuição da filosofia contemporânea para o Tribunal do Júri? Neste aspecto é relevante

destacar que a contribuição da filosofia e a questão do saber não permanece em torno apenas do Tribunal do Júri, mas sim do sistema jurídico em um todo, tendo em vista que em todas as matérias é necessário o desenvolvimento do tema da forma que lhe for conveniente, principalmente para a defesa, uma vez que lhe é assegurado o direito de ampla defesa, e não de uma defesa restrita, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna de 1988[2].

Neste sentido ainda é relevante destacar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, dissertando a respeito da ausência de defesa do acusado em um procedimento de natureza criminal, através do enunciado 523, assim prevê: “*No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu.*”[3]

Com relação ao Tribunal do Júri é relevante destacar que, além da ampla defesa que lhe é assegurado na Constituição Federal, a parte ainda possui a oportunidade de desenvolver sua tese de maneira oral para que seja apreciado para o corpo de jurados, formado por sete (07) pessoas de idoneidade ilibada dentro da sociedade em que for realizado o julgamento, sorteados em meio a um corpo de vinte e cinco (25) indivíduos, previsto no artigo 447, do Código de Processo Penal[4].

### **3 A ORALIDADE COMO ELEMENTO IMPRESCINDÍVEL PARA EXPOSIÇÃO DO SABER E SUA INFLUÊNCIA PARA CARACTERIZAÇÃO DE TESES SÓLIDAS PERANTE O JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Outro elemento que é utilizado com bastante frequência dentro dos julgamentos de competência do Tribunal do Júri consiste na oratória do agente jurídico, seja para proferir argumentos de condenação, seja para expor elementos no sentido de requerer a absolvição.

Sabe-se que a oratória, dentro da seara filosófica, sempre foi um dos elementos de exposição do saber, sendo ainda utilizado pelo próprio Sócrates, conhecido como o “pai da filosofia”, na época da Grécia Antiga, em que se deslocava para as ágoras no sentido de discutir a questão da sabedoria no interior das pessoas, indagando as mesmas sobre elementos subjetivos concernentes ao ser humano.

Por outro lado, nessa mesma época ainda existiam os chamados sofistas, que eram pessoas da época da Grécia Antiga e que entendiam



que o saber poderia ser transmitido por terceiros, sem que houvesse o despertar do interesse pelo saber no interior das pessoas, existindo assim um interlocutor como pessoa responsável pelo saber, enquanto as demais permaneciam na condição de receptores daquelas informações que eram expostas pelo primeiro. Além disso, os sofistas eram mestres na arte da retórica, tendo em vista que tinha que convencer seu público de que aquilo que se encontrava sustentando era verdadeiro, mesmo que, em alguns momentos, nem sempre era verídico tais argumentos.

Por outro lado, o referido método utilizado pelos sofistas era condenado com veemência por Sócrates, tendo em vista que entendia que o saber é algo que não deve ser comprado e nem vendido, mas sim algo que se encontra intrínseco ao ser humano.

Tendo em vista que Sócrates teve como aluno Platão e este, conseqüentemente, deixou como sucessor Aristóteles, estes dois últimos seguiram a mesma vertente com relação às críticas voltadas para os métodos sofistas. Entretanto, o método sofista de explanação foi adotada pelos romanos e que aplicaram a mesma, com grande veemência, durante os discursos perante o senado romano[5].

Assim, sabe-se que, neste período da qual passa a filosofia contemporânea existem as normas em vigor na sociedade e que são reflexos destes pensamentos idealizados ao longo do tempo e que utilizam a questão da oratória como instrumento de justiça.

De acordo com o Código de Processo Penal brasileiro, existem diversos meios de provas que podem ser sustentados utilizando a oratória da oratória, tais como o interrogatório do réu em juízo, conforme previsão normativa do artigo 185 a 196, do Código de Processo Penal, da oitiva da vítima em Juízo, cuja previsão encontra-se do artigo 201, do Código de Processo Penal, bem como a oitiva das testemunhas, cuja previsão legal encontra-se do artigo 202 a 225, do Código de Processo Penal brasileiro[6].

Com relação ao Tribunal do Júri ainda existe uma peculiaridade com relação à segunda fase do processo, que se dá no momento da realização da plenária do júri, oportunidade em que, tanto a acusação quanto a defesa possuem o prazo de uma hora e meia para apresentar aos jurados, oralmente, os fundamentos nos quais entendem ser necessário condenar

ou absolver o réu, podendo, ainda, ir a réplica e tréplica, conforme se aduz do artigo 477, do Código de Processo Penal brasileiro[7].

Cumprido destacar ainda que, no caso do Tribunal do Júri, além de ser utilizado a questão da oratória como elemento de transmissão da tese para os receptores, que no caso são os jurados, tanto a acusação quanto a defesa devem utilizar da retórica como instrumento de convencimento dos jurados, uma vez que, além do conhecimento que deve ser transmitido aos jurados para assegurá-los de seus julgamentos, deve haver ainda uma técnica de retórica para convencer os jurados de que o que está sendo debatido é verdadeiro. Cumprido salientar ainda que nem sempre a retórica, pura e simplesmente, é tida como meio de convencimento dos jurados, mas sim tem que haver fundamento legal e fático daquilo que encontra-se proposto.

Desta forma, o julgamento do Tribunal do Júri é a única forma de julgamento em primeira instância que sofre diretamente a influência da oratória como meio de acusação e defesa, para que a sociedade possa analisar o caso e julgar de acordo com suas consciências, conforme juramento prestado e que se encontra exposto no artigo 472, do Código de Processo Penal brasileiro[8].

#### **4 DAS DISPOSIÇÕES FINAIS**

Com base em todo o exposto é possível verificar que a influência direta que o julgamento do Tribunal do Júri possui com relação aos estudos filosóficos, tendo em vista que dois objetos de estudos da referida ciência são imprescindíveis para a aplicação do presente rito, que se dão através da sabedoria, ou seja, a aquisição do conhecimento referente a causa, bem como a oratória utilizada como canal que interliga tanto a acusação quanto a defesa para com os jurados.

#### **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei 3689/1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 523**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.



LIMA, Marinalva Vilar de; CORDÃO, Michelly Pereira de Souza. **Discursos ciceronianos: a oratória como estratégia política na Roma Antiga**. Universidade Federal de Campina Grande. Brasil. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

SIGNIFICADOS. **Significado de Filosofia**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

NOTAS:

[1] SIGNIFICADOS. **Significado de Filosofia**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

[2] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

[3] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula 523**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

[4] BRASIL. Decreto-Lei 3689/1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

[5] LIMA, Marinalva Vilar de; CORDÃO, Michelly Pereira de Souza. **Discursos ciceronianos: a oratória como estratégia política na Roma Antiga**. Universidade Federal de Campina Grande. Brasil. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

[6] BRASIL. Decreto-Lei 3689/1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

[7] BRASIL. Decreto-Lei 3689/1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

[8] BRASIL. Decreto-Lei 3689/1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

## ARMAS DE PRESSÃO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATUAL

**ANA LUIZA RANGEL NOGUEIRA:**  
Advogada formada pela Universidade  
Cândido Mendes.

**RESUMO:** Este artigo abordará os aspectos da Lei 10.826/03, a sua regulamentação através do decreto 3.665/00 e portarias no que tange às armas de pressão, bem como a impossibilidade de tipificação do crime de contrabando.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO 2. DAS ARMAS DE PRESSÃO E O DECRETO 3.665/00 3. DO DESEMBARAÇO ALFANDEGÁRIO DAS ARMAS E MUNIÇÕES TRAZIDAS COMO BAGAGEM ACOMPANHADA 4. DA IMPORTAÇÃO DE ARMAS DE AR 5. DAS PORTARIAS NÚMEROS 036/1999, 006/2007 E 056/2017 DO MINISTÉRIO DA DEFESA 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS 7. REFERÊNCIAS

**PALAVRAS CHAVE:** armas de pressão, arma de ar comprimido, decreto 3.665/00, contrabando, descaminho.

---

### 1. INTRODUÇÃO

O Estatuto do Desarmamento previsto na Lei 10.826/03, foi um grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista diminuição significativa da quantidade de armas território brasileiro, o desarmamento a população e o recolhimento e registro de todas as armas de fogo no Brasil.

Outro ponto que deve ser levado em consideração, foi o caráter democrático que essa lei trouxe. Isso porque, o seu art. 35 definiu que seria proibida a comercialização de armas de fogo e munição em todo o território nacional desde que houvesse a aprovação desse artigo por referendo popular (art. 35, §2º). Nesse sentido, após o referendo popular autorizado pelo Congresso Nacional e realizado no dia 25 de outubro de 2005, a população brasileira decidiu pela não proibição das armas de fogo no território brasileiro.

O Estatuto do desarmamento foi regulamentado pelos decretos 3.665/00, as portarias 002, 036 e a recente portaria nº 56 - COLOG, de 5 de junho de 2017 que, no que tange às armas de pressão, determina que as

inferiores que 6 mm são de uso permitido e sua compra e importação independem de autorização do Exército.

Desta forma, deve ser entendido que não há que se falar em crime de contrabando ao se importar tais armas de pressão. Ocorre que esse entendimento vai de encontro ao que decidiu a 6ª Turma do STJ no REsp 1.427.796-RS, da relatoria da Min. Maria Thereza De Assis Moura, julgado em 14/10/2014.

## **2. DAS ARMAS DE PRESSÃO E O DECRETO 3.665/00**

Com relação às armas de pressão, tanto de mola quanto de ar comprimido, essas são regulamentadas pelo decreto 3.665/00 que é relativo à fiscalização de produtos controlados.

Assim, em seu artigo 3º, XV, estabeleceu-se que as armas de pressão são:

*XV - arma de pressão: arma cujo princípio de funcionamento implica o emprego de gases comprimidos para impulsão do projétil, os quais podem estar previamente armazenados em um reservatório ou ser produzidos por ação de um mecanismo, tal como um êmbolo solidário a uma mola, no momento do disparo.*

Esse decreto também conceitua quais são as armas de pressão proibidas e permitidas, sendo nessa seara considerado o calibre seis milímetros o limite para que sejam elas permitidas e, acima disso, será considerada proibida de acordo com o art. 16, VIII c/c 17, IV do decreto.

Desta forma, de acordo com a regulamentação do decreto, as armas de pressão com calibre inferior a seis milímetros são itens controlados pelo Exército Brasileiro e, ainda, para a liberação na saída da fábrica ou por ocasião do desembaraço alfandegário, é necessário Guia de Tráfego.

Ademais, a importação da arma de pressão só é possível para empresas e pessoas físicas registradas no Exército através de processo de importação completo. Não há a possibilidade de comprar no exterior, em países

onde a venda não seja controlada e tentar entrar no território nacional, isso porque, poderá haver sua apreensão e impossibilidade de recuperação.

O proprietário da arma de ar comprimido pode transportá-la em território nacional, de forma que não exposta, conjuntamente com a documentação que faça prova de sua propriedade.

O decreto também dispõe que a remessa por correios também é permitida com restrições, isto é, a arma classificada como permitida deve ser acompanhada da respectiva nota fiscal emitida pelo remetente, e totalmente preenchida em nome do destinatário. Caso haja envio entre pessoas naturais, é necessária uma declaração emitida pelo delegado local do SFPC.

### **3. DO DESEMBARAÇO ALFANDEGÁRIO DAS ARMAS E MUNIÇÕES TRAZIDAS COMO BAGAGEM ACOMPANHADA**

De acordo com o art. 218, §1º do Decreto 3.665/00, os viajantes, brasileiros ou não, que chegarem no país trazendo armas e munições, inclusive armas de pressão a gás, são obrigados a apresentá-las às autoridades alfandegárias, ficando retidas nas repartições fiscais, mediante a lavratura do termo competente. No entanto, o §1º do mesmo artigo, exige-se o requerimento do respectivo CII, excepcionando tal necessidade para o caso de armas de pressão de uso permitido, assim lhe dispensando a apresentação do CII, como determina literalmente:

*Art. 218. Os viajantes brasileiros ou estrangeiros que chegarem ao país trazendo armas e munições, inclusive armas de porte e armas de pressão a gás ou por ação de mola, são obrigados a apresentá-las às autoridades alfandegárias, ficando retidas nas repartições fiscais, mediante lavratura do competente termo, sem prejuízo do desembaraço do restante da bagagem.*

*§ 1º Os interessados devem, a seguir, dirigir requerimento, Anexo XXXVII, em duas vias, ao Comandante da RM, solicitando o desembaraço alfandegário das armas e munições, apresentando o passaporte no ato, como comprovante da viagem*

*efetuada, e o respectivo CII, obtido previamente, exceto para armas de pressão de uso permitido, adotando-se, para os viajantes estrangeiros, o mesmo procedimento, dispensando-se a apresentação do CII. (grifo nosso)*

#### **4. DA IMPORTAÇÃO DE ARMAS DE AR**

A importação das armas de pressão é tratada diferentemente dos casos em que as mesmas seriam importadas através de bagagem acompanhada.

Assim, no casos de importação, definidos pelo art. 183 do decreto 3.665/00 há a entrada tão somente da arma de pressão sem o acompanhamento do proprietário, já os casos descritos no art. 218 do mesmo decreto, são hipóteses em que o proprietário entra no território nacional juntamente com a mercadoria. Portanto, a diferença entre as duas hipóteses é tão somente a entrada em território nacional do proprietário juntamente com a arma de pressão ou não.

Além disso, o decreto 3.665/00 dispõe no seu art. 183 que nos casos de importação de armas de pressão, diferentemente do que ocorre nos casos de entrada da mercadorias trazidas por bagagem acompanhada, exige-se a licença previa do Exército, após julgar sua conveniência, dessa forma:

*Art. 183. As importações de produtos controlados estão sujeitas à licença prévia do Exército, após julgar sua conveniência.*

#### **5. DAS PORTARIAS NÚMEROS 036/1999, 006/2007 E 056/2017 DO MINISTÉRIO DA DEFESA**

Originariamente a portaria nº 036/1999 do Ministério da Defesa definiu o que seriam as armas de pressão e estabeleceu que diferenciação de idade para a compra de armas de pressão por mola ou gás comprimido. Tinha-se como idade mínima para a as armas de pressão por mola, 18 anos e, para as de gás comprimido, 21 anos, desde que fossem de calibre menor ou igual a

6 mm, podendo nesses casos ser vendidas em comércio não especializado, nesta forma:

*Art. 16. As armas de pressão, por ação de mola ou gás comprimido, não são armas de fogo, atiram setas metálicas, balins ou grãos de chumbo, com energia muito menor do que uma arma de fogo.*

*Art. 17. As armas de pressão por ação de mola, com calibre menor ou igual a 6 (seis) mm, podem ser vendidas pelo comércio não especializado, sem limites de quantidade, para maiores de 18 (dezoito) anos, cabendo ao comerciante a responsabilidade de comprovar a idade do comprador e manter registro da venda.*

*Art. 18. As armas de pressão por ação de gás comprimido, com calibre menor ou igual a 6 (seis) mm, só podem ser vendidas em lojas de armas e munições, sem limites de quantidade, para maiores de 21 (vinte e um) anos, cabendo ao comerciante a responsabilidade de comprovar a idade do comprador e manter registro da venda.*

No entanto, posteriormente foi editada a portaria nº 006/2007 do Ministério da Defesa que revogou os artigos 17 e 18 da portaria anterior, bem como estabeleceu critérios mais rigorosos na regulamentação da fabricação, comercialização e importação de armas de pressão.

Assim, definiu-se no art. 9º que a fabricação de armas de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola ficaria condicionada a autorização do Comando do Exército.

*Art. 9º. A fabricação de armas de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola fica condicionada a autorização do Comando do Exército, nos termos do art. 42 do R-105.*

Já no seu art. 11, §§ 2º e 3º, definiu-se a aquisição de armas de pressão diretamente do fabricante nacional



ou por importação estaria sujeita a autorização prévia, bem como, seria deferida apenas para colecionadores, atiradores e caçadores registrados no Exército.

*Art. 11, § 2º A aquisição de armas de pressão diretamente do fabricante nacional ou por importação está sujeita a autorização previa da DFPC.*

No presente ano de 2017, foi editada a portaria, de número 056, também do Ministério da Defesa em que exigiu no art. 2º o requisito de registro no exercício de qualquer atividade com o produto controlado pelo Exército (PCE) e no art. 3º, definiu quais seriam as atividades com PCE:

*Art. 2º Para o exercício de qualquer atividade com Produto Controlado pelo Exército (PCE), própria ou terceirizada, as pessoas físicas ou jurídicas devem ser registradas no Exército.*

*Art. 3º As atividades com PCE são a fabricação, o comércio, a importação, a exportação, a utilização e a prestação de serviços, o colecionamento, o tiro desportivo e a caça.*

No entanto, o §2º do art. 2, excepcionou o registro para as armas de pressão, como se demonstra:

***Art. 2º, §2º Ficam dispensadas, ainda, do registro de que trata o caput as pessoas físicas, quando a atividade for utilização de armas de pressão ou fogos de artifício. (grifo nosso)***

Desta forma, atualmente, diante dessa inovação ocasionada pela portaria 056/2017, não há mais que se falar em exigência de registro para a utilização de armas de pressão.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no presente artigo, conclui-se que atualmente mostra-se dispensável qualquer registro no Exército para as atividades de fabricação, comércio, importação, exportação,



utilização e prestação de serviços, colecionamento, tiro desportivo e caça quando se tratar de armas de pressão de acordo com a portaria 056/2017 do Ministério da Defesa.

Desta forma, diferentemente do que entendeu o Superior Tribunal de Justiça na decisão da 6ª Turma que se colaciona abaixo. Isso porque tal decisão se baseou na portaria 002/2010 que exigia a autorização prévia para fins de importação de armas de ar. No entanto, com o advento da portaria 056/2017, tal exigência foi suprimida e, assim não há que se falar em contrabando tendo em vista a desnecessidade de autorização prévia do Exército para a importação de armas de pressão e, portanto, não se trata de produto ilegal ou ilícito:

*Configura contrabando (e não descaminho) a conduta de importar, à margem da disciplina legal, arma de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola, ainda que se trate de artefato de calibre inferior a 6 mm. A importação de arma de pressão está sujeita à autorização prévia da Diretoria de Fiscalização de Produtos Controlados do Exército Brasileiro, e só pode ser feita por colecionadores, atiradores e caçadores registrados no Exército. Além disso, devem se submeter às normas de desembaraço alfandegário previstas no Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados. Logo, trata-se de mercadoria de proibição relativa, sendo a sua importação fiscalizada não apenas por questões de ordem tributária, mas outros interesses ligados à segurança pública. STJ. 6ª Turma. REsp 1.427.796-RS, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, julgado em 14/10/2014*

Houve, portanto, diante a edição da portaria 056/2017, verdadeiro *abolitio criminis* nos casos de condenação pelo crime de contrabando por importação de armas de pressão.

## 7. REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000.** Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3665.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3665.htm). Acessado em: 10 de junho de 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2013.** Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm). Acessado em: 10 de julho de 2017.

BRASIL. **Portaria nº 02 – COLOG, de 26 de fevereiro de 2010.** Regulamenta o art. 26 da Lei nº 10.826/03 e o art. 50, IV, do Decreto nº 5.123/04 sobre réplicas e simulacros de arma de fogo e armas de pressão, e dá outras providências. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/59174583/Port-N%C2%BA-02-COLOG-de-26-fevereiro-de-2010#scribd>. Acessado em: 10 de julho de 2017.

BRASIL. **PORTARIA No 036-DMB, DE 09 DE DEZEMBRO DE 1999.** Aprova as normas que regulam o comércio de armas e munições. Disponível em: [http://www.mariz.eti.br/portaria\\_36\\_DMB.htm](http://www.mariz.eti.br/portaria_36_DMB.htm). Acessado em: 10 de julho de 2017.

BRASIL. **PORTARIA Nº 56 - COLOG, DE 5 DE JUNHO DE 2017.** Dispõe sobre procedimentos administrativos para a concessão, a revalidação, o apostilamento e o cancelamento de registro no Exército para o exercício de atividades com produtos controlados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.dfpc.eb.mil.br/index.php/publicacoes/category/89-comando-logisgico-colog?download=598:portaria-n-56-colog-de-05-de-junho-de-2017&start=120>. Acessado em: 10 de julho de 2017.

BRASIL. **PORTARIA Nº 006 - D LOG, DE -29 DE NOVEMBRO DE 2007.** Regulamenta o art. 26 da Lei nº 10.826/03, sobre réplicas e simulacros de arma de fogo e armas de pressão, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.mariz.eti.br/Port\\_06\\_07\\_DLog%20%20pressao.pdf](http://www.mariz.eti.br/Port_06_07_DLog%20%20pressao.pdf). Acessado em: 10 de julho de 2015.

## **UMA ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90.**

**ANÍBAL DE CASTRO PASSOS RAMOS:**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Consultor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí

**RESUMO:** O presente artigo objetiva demonstrar que não se coaduna com os ditames da Constituição Federal Brasileira a disposição exarada no artigo 3º, inciso VII da Lei nº 8.009 de 1990, que torna penhorável o bem de família do fiador locatício. O Direito atual está direcionado a consagrar direitos e garantias fundamentais que assegurem, em maior escala, a vida digna do ser humano e sua posição de igualdade social. O tema posto em análise insere-se nesse contexto, ante uma nova compreensão atribuída ao instituto civil do bem de família. Com vistas a alcançar o objetivo alhures enunciado, procura-se demonstrar a impropriedade jurídica exarada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, que propugnou a constitucionalidade do mencionado dispositivo infraconstitucional. Palavras-chave: Bem de Família, Fiador, Impenhorabilidade.

**ABSTRACT:** This thesis aims at demonstrating that does not comply with the dictates of the Federal Constitution the provision drawn up on the Article 3, Paragraph VII of the Law nº. 8.009/1990, which makes attachable family good of the guarantor on the lease. The current law is directed to establish rights and safeguards to ensure, on a larger scale, life worthy of man and his position of social equality. The subject putted under review falls in this context, given the new understanding attributed to this civil institute and to the family. In order to achieve the goal stated elsewhere, it is sought to demonstrate the jurisdictional inadequacy drawn up by the Supreme Court in the decision of Extraordinary Appeal nº. 407688-8, that suggested the constitutionality of that legal device. Key words: Family Good, Unseizability, Guarantor.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO CAPÍTULO DO BEM DE FAMÍLIA 1.1 DO CONCEITO DE BEM DE FAMÍLIA 1.2 DAS ORIGENS DO INSTITUTO 1.3 BEM DE FAMÍLIA NO BRASIL CAPÍTULO DA FIANÇA NO CONTRATO DE LOCAÇÃO 2.1 DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS. 2.2. DA OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE DO FIADOR LOCATÍCIO CAPÍTULO AS IMPLICAÇÕES DO

PARADIGMA JURÍDICO ATUAL NO INSTITUTO CIVIL DO BEM DE FAMÍLIA 3.1. BEM DE FAMÍLIA À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL 3.2. DIREITO SOCIAL À MORADIA COMO ARRIMO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA 3.3. A EXPANSÃO ONTOLÓGICO-CONCEITUAL DO BEM DE FAMÍLIA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA. CAPÍTULO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO 4.1. O POSICIONAMENTO ANTERIOR DOS TRIBUNAIS SUPERIORES QUANTO AO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO. 4.2. DA IMPROPRIEDADE DOS FUNDAMENTOS VENCEDORES NO JULGAMENTO DO RE nº 407.688-SP, NO STF. CONCLUSÃO REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

## INTRODUÇÃO

Este trabalho cuida da análise de aspectos jurídicos, políticos, sociais e econômicos relacionados ao instituto do bem de família e aos fundamentos do direito dele decorrente, especialmente no que tange à inconstitucionalidade do art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990, que permite a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação.

Tenta-se, assim, demonstrar que norma insculpida nesse dispositivo legal, além de ofender princípios norteadores da Carta Política atual, não se coaduna com a ampliação do objeto de proteção do bem de família, decorrente, dentre outros aspectos, da expansão dos contornos conceituais da entidade familiar, consagrada pela Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça, e do reconhecimento constitucional do direito à moradia a partir da Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000.

O estudo parte do exame do termo “bem de família”, escolhido pela doutrina pátria para representar, no direito brasileiro, o instituto civil através do qual se protege, seja por ato de voluntariedade ou por determinação legal, o bem imóvel que serve de moradia digna a entidade familiar (em todas as suas acepções fáticas) de ser penhorado em execução para o pagamento de dívida de quem nele reside.

Certamente, a escolha pela mencionada nomenclatura evidencia claramente os motivos pelos quais se originou o instituto jurídico em comento, qual seja o reconhecimento da importância do núcleo familiar e a necessidade de manter sua incolumidade. Dessa forma, este trabalho dá enfoque às raízes do bem de família, no Brasil, que remontam a própria sociabilidade humana, com

enfoque para o respeito social sempre reservado aos laços afetivos constituídos pelos seres humanos, e que, em grande escala, levam às formações familiares, essenciais à própria existência humana.

Cuida-se também de verificar a associação do instituto com a dignidade da pessoa humana, que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, se materializa no reconhecimento dos direitos fundamentais a fim de assegurar o desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Com efeito, modernamente, o direito evoluiu pautado numa tendência de humanizar os sistemas legais, sobretudo através do reconhecimento de direitos que se considera já nascerem com todo ser humano. Tais direitos não representam concessões do Estado ao indivíduo resultantes de suas opções políticas, mas sim núcleos invioláveis de uma sociedade política, sem os quais essa tende a perecer.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 reconheceu e consagrou, em larga escala, direitos e garantias fundamentais (direitos individuais, coletivos, sociais, políticos, a nacionalidade, dentre outros), recebendo o título de Carta Cidadã. E, ao lado disso, instituiu uma ordem jurídica econômica finalística e inclusiva, pautada na compatibilização da livre iniciativa com a valorização do trabalho humano e que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, na forma de seu artigo 170.

Mais ainda, com a Emenda Constitucional nº 26/2000, o direito à moradia foi incluído como Direito Social, no Capítulo 11, do Título dos Direitos e Garantias fundamentais da CF/88, no que se centra a discussão sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, feita neste trabalho.

Este debate é ladeado, ainda, pela análise das profundas mudanças sofridas no conceito jurídico de família ao longo dos tempos. Isso porque, como será demonstrado, este não está mais atrelado unicamente ao vínculo do casamento, e nem a ligações, primordialmente, consanguíneas. Ao contrário, passaram à condição de entidade familiar, por exemplo, a união estável, as famílias anaparental e monoparental e, inclusive, a união homoafetiva, o que representa uma forte ampliação conceitual da noção de família.

Ora, por óbvio, a consagração de direitos básicos do ser humano na carta constitucional e expansão conceitual da família, na esfera jurídica, tiveram repercussão em relação ao bem de família, pois, mais do que servir de proteção à entidade familiar, o instituto passou ser instrumento, em maior escala, de preservação da vida digna seja do indivíduo, singularmente considerado, seja da entidade familiar.

A preleção do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, vai de encontro a esta nova compreensão do tema. Ao designar a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, o dispositivo impõe a quem presta fiança em contrato de locação a renúncia ao seu direito de ter resguardado o bem imóvel essencial a sua vida digna, o que não se compatibiliza com o direito constitucional à moradia.

Ademais, a demonstração da inconstitucionalidade do referido dispositivo de lei, não pode deixar de lado o estudo do julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, ocorrido em oito de fevereiro de 2006, sob a relatoria do Ministro Cezar Peluso, no STF. Isso porque, nesta ocasião, em decisão não unânime, por sete votos a três, o tribunal declarou que o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990, é constitucional<sup>[1]</sup>. E, com esta decisão, alterou o posicionamento que havia propugnado no ano anterior, quando analisou a questão nos Recursos Extraordinários nº 352.940-SP e nº 449.657-SP, ambos de relatoria do Ministro Carlos Velloso.

Não é possível considerar consolidada a discussão acerca desta temática, porquanto o assunto é alvo de fortes debates doutrinários, com enfoque em aspectos indissociáveis ao direito atual, sobretudo concernentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia e, mais especificamente ao direito de moradia.

O objetivo deste trabalho é, portanto, demonstrar a inviabilidade jurídica da convivência do referido dispositivo legal que permite a penhora sobre bem de família do fiador com a Constituição Federal vigente, bem como as razões pelas quais se considera ser equivocado o atual posicionamento da Suprema Corte Brasileira em relação ao tema.



## CAPÍTULO 1

### DO BEM DE FAMÍLIA

#### 1.1 DO CONCEITO DE BEM DE FAMÍLIA

De início, é indispensável evidenciar que o tratamento doutrinário dirigido ao bem de família é deveras superficial, em especial no Brasil, cingindo-se quase sempre à enunciação dos respectivos dispositivos legais que consagraram o instituto no ordenamento brasileiro, no percurso do tempo.

Desse modo, mais importante do que alcançar um conceito que se pretenda melhor ou mais acertado, é, sem dúvida, observar as origens do instituto e o contexto social, político, econômico e jurídico no qual se deu seu ingresso e evolução dentro do direito brasileiro. Este assunto será, portanto, elemento de estudo dos próximos itens deste capítulo.

Expõem-se adiante alguns conceitos doutrinários merecedores de atenção.

Eduardo Zannoni<sup>[2]</sup>, renomado jurista argentino, conceitua:

"El bien de familia constituye una auténtica institución especial que puede coexistir con el régimen patrimonial del matrimonio, aunque, en pureza, opera autónomamente y se rige por normas propias. Consiste en la afectación de un inmueble urbano o rural a la satisfacción de las necesidades de sustento y de la vivienda del titular y su familia y, en consecuencia, se lo sustrae a las contingencias económicas que pudieran provocar, en lo sucesivo, su embargo o enajenación."

Segundo Limongi França, bem de família é "o imóvel urbano ou rural, destinado pelo chefe de família, ou com o consentimento deste mediante escritura pública, a servir como domicílio da sociedade doméstica, com a cláusula de impenhorabilidade" <sup>[3]</sup>.



Cabe destacar que tal conceito evidencia, conforme se demonstrará adiante, a noção empregada pelo Código Civil de 1916. Desse modo, em face do art. 226, § 5º, da CF/88, tal conceituação restou desatualizada, não existindo mais em nosso direito a figura do chefe de família.

Maria Helena Diniz, enfatizando a finalidade do bem de família, o define como "um instituto originário dos Estados Unidos, visando assegurar um lar à família, pondo-a ao abrigo de penhoras por débitos posteriores à instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas condominiais"[4]. Refere-se ao bem de família classificado como voluntário.

Também merece destaque o conceito de Álvaro Villaça, para quem bem de família "é o meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade"[5].

Embora não se mostre de boa técnica definir um instituto pela sua finalidade, vale ressaltar que é exatamente a finalidade do bem de família que o diferencia de outros bens impenhoráveis e inalienáveis.

Salienta-se, por fim, a nomenclatura bem de residência[6], a qual se entende mais apropriada primeiro quando for necessário distinguir a figura criada pela Lei nº 8.009/90 do "bem de família" previsto pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 1.711; segundo, para esclarecer que também o imóvel utilizado para a residência do devedor que mora sozinho encontra-se na área de alcance da lei ora mencionada.

## 1.2 DAS ORIGENS DO INSTITUTO.

Tem-se que a sociabilidade é característica fundamental da nossa espécie, de modo que a maior parte da vida humana se passa em grupos. Nessa esteira, desde os primórdios da vivência humana, verifica-se o respeito social destinado à proteção e defesa do núcleo íntimo familiar.

Primitivamente, em diversas culturas, a casa representava não somente um abrigo à família, mas um verdadeiro santuário, onde se adoravam os antepassados e Deus e onde, respeitosa e, enterravam-se os mortos.

Com vistas a proteger a religião doméstica e em reconhecimento à propriedade privada, o Direito Romano, durante sua República, proibia a alienação do patrimônio familiar, porquanto imprescindível à perpetuação dos bens dos antepassados. Posteriormente, no período do Império romano, por consequência de alterações ocorridas na sociedade e na família latina, a necessidade de tal defesa do patrimônio familiar firmou-se por cláusulas de inalienabilidade criadas nos testamentos.

Ante o exposto, a experiência romana é lembrada, nesse aspecto, dentre aquelas que esboçaram a noção de bem de família e expuseram o latente imperativo social de destinar proteção especial a este, em prestígio à entidade familiar.

Conforme introduz Álvaro Villaça Azevedo, o bem de família recebeu tratamento especificamente jurídico na República do Texas, ainda antes da anexação deste território aos Estados Unidos, com a denominação de Homesfead (traduz-se "local do lar"), através da Lei do Homesfead ou Homesfead Exemption Act, de 26 de janeiro de 1839[7].

Em meados do século XIX, o panorama político e econômico no Texas era de crise. O território recebia acentuado número de imigrantes e sofria com a contínua quebra das empresas da região e a problemática conjuntura econômica, de modo que as famílias texanas estavam ameaçadas pela miséria. A lei texana do Homestead veio proteger tais famílias do desabrigo e consequente destruturação, nos seguintes termos:

"De e após a passagem desta lei, será reservado a todo cidadão ou chefe de uma família, nesta República, livre e independente do poder de um mandado de *feri facias* ou outra execução, emitido de qualquer Corte de jurisdição competente, 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, incluindo o bem de família dele ou dela, e melhorias que não excedam a 500 dólares, em valor, todo mobiliário e utensílios domésticos, provendo para que não excedam o valor de 200 dólares, todos os instrumentos (utensílios, ferramentas) de lavoura (providenciando para que não excedam a 50 dólares), todas as ferramentas,

aparatos e livros pertencentes ao comércio ou profissão de qualquer cidadão, cinco vacas de leite, uma junta de bois para o trabalho ou um cavalo, 20 porcos e provisões para um ano; e todas as leis ou partes delas que contradigam ou se oponham aos preceitos deste ato são ineficazes perante ele. Que seja providenciado que a edição deste ato não interfira com os contratos entre as partes, feitos até agora. (Digest of the Laws of Texas § 3.798).<sup>[8]</sup>

Nessa esteira, o jurista americano Rufus Waples conceitua o Homesfead como “a residência da família, possuída, ocupada, consagrada, limitada, impenhorável e, por diversas formas, inalienável, conforme estatuído na lei”<sup>[9]</sup>.

Em síntese, a partir ideia do Homesfead Exemption Act não seria possível aos credores, principalmente aos bancos, penhorar e leiloar os imóveis, as residências, de sorte que as famílias abatidas pela crise ficariam incentivadas a reestruturar-se.

Ressalta-se que as bases do bem de família traçadas na primitiva República do Texas permanecem vivas na legislação americana atual, nos estados que admitem sua existência.

### 1.3 BEM DE FAMÍLIA NO BRASIL.

No Brasil, aponta-se o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, como pioneiro na enumeração de casos de isenção de penhora em relação a determinados bens do devedor executado. Contudo, não chegou a ser contemplada a situação do bem imóvel que lhe servisse de domicílio.

Ademais, por um longo período, vários esforços para instituição do bem de família no ordenamento jurídico pátrio foram obstados, sobretudo pela tendência prevalecente ao tempo na legislação brasileira em destinar proteção, em maior intensidade, aos credores em relação aos devedores.

O Projeto Beviláqua, assim chamado o anteprojeto do Código Civil Brasileiro na Primeira República, chegou à Câmara e ao Senado sem contemplar o

instituto jurídico em apreço. Porém, em 1º de dezembro de 1912, a Comissão Especial do Senado aceitou, em seu parecer, uma emenda de seu presidente, Feliciano Penna, fazendo incluir no Código Civil quatro artigos regulando o Homesfead, que passaram a constituir o Bem de Família do Código Civil Brasileiro de 1916, inserido no livro dos bens, através dos artigos 70 a 73.

A dita regulamentação representava uma influência do poder marital, inerente a sociedade da época, na legislação civil ao permitir que o chefe da família instituísse um, dentre seus bens, sobre o qual recairia proteção enunciada no art. 70, do Código Beviláqua, conforme se constata, *in verbis*:

"Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade."

Assim, era o marido (chefe da família) que instituía o bem de família, que se tornava isento de responder por dívidas, salvo em relação aos impostos que sobre o bem recaíssem. Ademais, conforme se depreende do parágrafo único do mesmo artigo, a proteção duraria enquanto vivos fossem os cônjuges e a prole permanecesse incapaz. Portanto, tinha-se como causa de extinção do bem de família a morte de ambos os cônjuges e a maioridade da prole.

Resta evidente, ante o exposto, que a dicção exarada no Código Civil de 1916 relaciona-se ao que a doutrina brasileira classificou como bem de família voluntário. Tal espécie trata-se de ato de previdência do proprietário do bem que, visando a futura proteção da família, voluntariamente atribui a este a condição de bem de família, evitando que o mesmo seja alvo de execução de eventual dívida.

Em similitude ao caso americano, foi em um cenário de crise financeira, durante o governo Fernando Collor de Mello, que se promoveu uma importante evolução legislativa, através da qual foram ultrapassadas as barreiras jurídicas até então conquistadas em relação ao instituto civil em apreço. A edição

da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, vulgarmente apelidada de Lei Sarney, manifestou de maneira nítida a intenção do Estado Brasileiro em oferecer proteção à família, principalmente em tal período de recessão.

A aludida lei inovou, no momento em que enorme parcela da sociedade brasileira tinha seus bens expropriados diante do momento de insolvência generalizada, ao instituir segurança legal e automática ao bem de família. Nesse caso, a instituição não dependeria de ato de previdência do proprietário, de maneira que se considera instituidor o próprio Estado.

Assim dita o dispositivo que abre a mencionada lei:

Art. 10. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Destarte, embora ainda fosse possível valer-se da faculdade de instituir bem de família voluntário, a lei pôs a salvo o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, tornando-o impenhorável, não mais respondendo este por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas na própria lei.

Vale dizer, neste ponto, que se tornou discutível a viabilidade prática de manutenção do instituto do bem de família voluntário ou convencional, ante a nova conjectura jurídica. Primeiramente, há quem julgue desnecessária sua instituição, já que a proteção do bem de família pela Lei nº 8.009/90 é

automática. Além disso, é evidente que o primeiro traz despesas de escritura e registro ao instituidor, o que não ocorre quanto ao instituto que consta da lei específica. Por último, diante da clara limitação à autonomia privada existente no bem de família convencional, já que o imóvel passa a ser também inalienável, como regra. Tais aspectos conferem ao bem de família legal prevalência na prática jurídica.

Trata-se, aqui, de norma jurídica de notória natureza pública, sobretudo em razão de seus fundamentos jurídicos e objeto de sua proteção.

Com efeito, a proteção da entidade familiar é o principal motivo e alicerce histórico para a criação do instituto do bem de família, de modo que a própria nomenclatura que lhe foi conferida remete a tal fato. Essa proteção reflete-se, sobretudo, no resguardo ao domicílio da família. Compreende-se que a casa é de fundamental importância para a segurança da família que nela reside, e evita sua eventual desestruturação.

A despeito do acima sublinhado, a impenhorabilidade prelecionada pela Lei nº 8.009/90 não é absoluta, de modo que o próprio texto legal traz, em seus artigos 2º a 4º, hipóteses em que a proteção ao domicílio familiar não incide.

Dentre estas, tem importância para o presente trabalho a preleção do inciso VII do artigo 3º da Lei Sarney (incluído pela Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, a Lei do Inquilinato), que afirma, *ipsis literis*:

"Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...)

*VII -por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação."*

A lei permite, nesse aspecto, que seja penhorado o bem de família daquele que adquirir posição de fiador locatício, não permitindo que este seja resguardado de penhora no caso de eventual execução sempre que o locatário não cumpre com as obrigações decorrentes da locação, em circunstâncias legalmente previstas.

## CAPÍTULO 2

### DA FIANÇA NO CONTRATO DE LOCAÇÃO

#### 2.1 DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.

Em deferência à relação guardada entre o contrato de locação e de fiança locatícia com a concretização do direito à moradia – conquanto a locação não necessariamente exista para tanto, é indubitável a atual intensidade em que tal espécie contratual serve para este fim – faz-se necessário explicar brevemente sobre a função social dos contratos e sua relação com a tese proposta no presente estudo.

A função social, que significa a prevalência do interesse público sobre o privado, bem como a magnitude do proveito coletivo em detrimento do meramente individual, é um fenômeno modernamente massificado que inspira todo o ordenamento jurídico. Conforme coloca Fábio Konder Comparato, compreender o direito, em seus diferentes ramos, a partir de uma função social é reconhecer que esse deve existir para atender às finalidades da norma jurídica<sup>[10]</sup>.

A Constituição Federal de 1988, ao disseminar em nossa vivenda uma enorme coleção de direitos extrapatrimoniais, estabeleceu o reconhecimento de uma função social a diversas categorias jurídicas (a exemplo à propriedade, à família, aos negócios jurídicos contratuais), rompendo, neste ponto, com o padrão retributivo decorrente do brocardo *suum cuique tribuere* e esforçando-se para inaugurar as bases de uma justiça mais distributiva.

Assim, quanto aos negócios contratuais, dentre os quais a locação e fiança locatícia, exprimirem a necessária harmonização dos interesses privativos dos contraentes com os interesses de toda a coletividade significa exercer a autonomia contratual obedecendo à função social do contrato.

São dizeres de Theodoro Júnior:



É inegável, nos termos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de Direito, não de submetem-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos<sup>[11]</sup>.

Em igual caminho, expõe Miguel Reale:

Na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis: ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916, ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a "socialização dos contratos"; ou, então, assume uma posição intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas. Não há dúvida que foi essa terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2002.

É a essa luz que deve ser interpretado o dispositivo que consagra a função social do contrato, a qual não colide, pois, com os livres acordos exigidos pela sociedade contemporânea, mas antes lhes assegura efetiva validade e eficácia<sup>[12]</sup>.

Conforme anota este excelso jurista, as disposições legais acerca de função social dos contratos, conquanto constituam uma intensa e necessária limitação ao poder dos contraentes de livremente estabelecer o conteúdo contratual, não afastam a vontade com elemento subjetivo essencial à conclusão destes, nem impedem a indispensável conclusão das diversas espécies contratuais na atualidade.

Nessa esteira, ensina o professor César Fiuza que os "contratos são instrumentos de movimentação da cadeia econômica, de geração e circulação de

riquezas. É por seu intermédio que a economia se movimenta. Eles geram empregos, criam oportunidades para a promoção do ser humano. Nisto reside sua função social"[13].

Desse modo, a liberdade individual e a iniciativa pessoal continuam sendo a razão de ser dos contratos, no entanto, uma visão mais humanitária do Estado Democrático de Direito torna necessária a intervenção estatal, seja através da legislação ou da atuação judiciária, em determinados aspectos da regulamentação contratual, a fim de limitar a autonomia da vontade preservando o interesse coletivo que eventualmente pode ser afetado se houver exercício abusivo daquela. Assim, resta relativizado o antigo princípio contratual do *pacta sunt servanda*.

O atual Código, perfilhando tal visão humanitária do Direito Civil, norteada pelos ditames do Direito Civil Constitucional, corrente jurídica que preleciona a leitura do direito privado à luz da Constituição, trouxe expressa disposição acerca da função social dos contratos em seus artigos 421[14] e 2.053[15].

A lição de Flávio Taturce, doutrinador do Direito Civil Constitucional, sobre a função social dos contratos é completa ao estabelecer o elo entre a função social do contrato e a necessária garantia de direitos fundamentais do homem. Assim ele dita:

"O primeiro deles, a dignidade da pessoa humana, está estampado no art. 1º, 111, do Texto Maior, sendo a valorização da pessoa um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Um contrato nunca, jamais, poderá trazer lesão a esse princípio máximo.

O segundo princípio visa a solidariedade social, outro objetivo fundamental da República, conforme art. 30, I, da CF/1988. Outros preceitos da própria Constituição trazem esse alcance, caso do seu art. 170, pelo qual: 'a ordem econômica, findada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social'.

Por fim, o princípio da isonomia ou igualdade lato sensu, traduzido no art. 50, caput, da Lei Maior, eis que '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'. Quanto a essa igualdade, princípio maior, pode ser a mesma concebida pela seguinte oração: 'A lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais'<sup>[16]</sup>.

O referido autor, na obra indicada, declara, ainda, que a função social do contrato é regramento de ordem pública que tem fundamento constitucional decorrente da função social da propriedade, concebida em sentido amplo, conforme os artigos 5º, incisos XXII e XXIII, e 170, inciso 111, da Carta Magna.

A Primeira Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado nº 23, pelo qual: "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana". O direito constitucional à moradia, como exteriorização da dignidade da pessoa humana, deve limitar a autonomia privada, portanto.

Em consonância com as considerações apresentadas até então, a proteção ao bem de família como instrumento determinante de garantia de direitos fundamentais não pode ser suplantada frente a autonomia da vontade. Desse modo, sempre que o exercício desta se der em contrato de fiança locatícia deverá sofrer limitação por força da função social inerente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Conclui-se, assim, que a prestação de fiança em garantia a contrato de locação não pode distanciar-se da função social inerente aos contratos e permitir a penhora do bem de família do fiador, ofendendo sua dignidade e seu direito à moradia.

## 2.2. DA OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE DO FIADOR LOCATÍCIO.

No esforço de demonstrar a clara afronta ao princípio da isonomia, no tocante ao tratamento diferenciado para o bem de família do locatário e do fiador, faz-se necessário apresentar apontamentos acerca da obrigação e da responsabilidade do fiador locatício, comparando-a com a do locatário, e, assim, demonstrar a necessidade de igual proteção ao direito à moradia de ambos.

Inicialmente, faz-se cogente conceituar o instituto. Muito bem o faz Pontes de Miranda, nos seguintes termos:

A fiança é promessa de ato-fato jurídico ou de outro ato jurídico, porque o que se promete é o adimplemento do contrato, ou do negócio jurídico unilateral, ou de outra fonte de dívida, de que se irradiou, ou se irradia, ou vai irradiar-se a dívida de outrem<sup>[17]</sup>.

Assim, a fiança é uma garantia pessoal ou fidejussória<sup>[18]</sup>, celebrado *intuitu personae*, pelo qual alguém se obriga a pagar ao credor o que a este deve um terceiro.

Quando o fiador assume a obrigação de garantir um contrato se torna responsável nos exatos termos em que se obrigou e, caso não haja o pagamento da dívida, responde com seus bens patrimoniais pessoais. Desse modo, se o devedor não pagar a dívida ou seus bens não forem suficientes para cumprir a obrigação, o credor poderá voltar-se contra o fiador, reclamando o pagamento, sendo-lhe um direito legítimo.

Nestes termos o artigo 818 do Código Civil conceitua:

Art. 818: Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.

É clara a natureza acessória e subsidiária deste contrato, na medida em que só existe como garantia da obrigação de outrem, dependendo de um

contrato principal e tendo sua execução subordinada ao inadimplemento deste, pelo devedor. Assim, se declarada nula a obrigação principal, desaparece a fiança, salvo se a nulidade resultar unicamente de incapacidade pessoal do devedor nos termos do artigo 824 da lei civil. Além disso, tendo em vista que o contrato acessório não pode sobrepujar o principal, a fiança pode ser pactuada em valor menor ao da obrigação principal ou contraída em condições menos onerosas que esta, mas nunca excedê-la.

Vale salientar que significativa parcela da doutrina civilista atribui à fiança o caráter unilateral, "porque gera obrigações, depois de ultimado, unicamente para o fiador"<sup>[19]</sup>. Ademais, é contrato formal (a ser assumido obrigatoriamente na forma escrita, jamais sendo admitida sua presunção), benéfico, tendo em vista que não admite interpretação extensiva, e gratuito, via de regra, embora possa assumir caráter oneroso sempre que o afiançado remunera o fiador pela fiança prestada.

O Código Civil, em seus artigos 827 à 836, trata sobre os efeitos da fiança. Dentre estes se destaca o benefício de ordem, que é o direito assegurado ao fiador de exigir do credor que acione, em primeiro lugar, o devedor principal, isto é, que os bens do devedor principal sejam excutidos antes dos seus. Tal efeito decorre do caráter subsidiário acima mencionado. Para que o fiador tenha direito ao benefício da ordem, não pode haver no contrato renúncia expressa quanto ao benefício ou estabelecimento de solidariedade.

Cita-se como segundo efeito a sub-rogação. O fiador terá o direito de reaver, em face do locatário, aquilo que gastou adimplindo a obrigação por meio de uma ação regressiva contra o afiançado, prevista no artigo 595, parágrafo único, do CPC.

O artigo 37, caput, da Lei 8.245 de 18 de outubro 1991, a atual Lei do Inquilinato, previu três modalidades de garantia nos contratos de locação em seu artigo 37, dentre as quais a fiança locatícia. *In verbis*:

Art. 37: No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:

1-caução;

11-fiança;

111 - seguro de fiança locatícia.

Calha salientar que, havendo legislação específica a tratar da fiança prestada em contrato de locação, o Código Civil apenas complementa a Lei do Inquilinato em caso de eventual lacuna. Nada obstante tal fato, a fiança locatícia não é distinta da comum no que concerne a sua natureza e às características acima apontadas.

Isto posto, urge demonstrar a contradição existente entre a ressalva trazida pela Lei de Locações, no que alterou a Lei nº 8.009/90, incluindo o inciso VII ao seu art. 3º, e as disposições constitucionais relativas ao direito à moradia fundamental ao homem.

Conforme a legislação ora enunciada, o bem de família do locatário (garantidor de sua moradia) será protegido pelo manto da impenhorabilidade, contudo o mesmo não ocorre em relação ao daquele que se obrigou perante o locador mediante fiança, pois o imóvel que lhe serve de residência digna será penhorável.

A autonomia privada, "consagradora de um dos mais importantes princípios do Direito Privado Contemporâneo, constitui um regramento básico, de ordem particular - mas influenciado por normas de ordem pública - , pelo qual, na formação dos atos e negócios jurídicos, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais"[20]. Neste aspecto, ambos locatário e fiador locatício, em regra, podem exercer, em iguais condições, sua liberdade de pactuar, dentro dos limites da lei, dentre os quais está, o direito à moradia (pelos fundamentos já anotados).

Do mesmo modo, se ambos têm o mesmo direito de autonomia da vontade e este se encontra restrito em iguais proporções pela necessidade constitucionalmente prevista de proteção à dignidade humana e da família, especialmente no que importa garantir condições de moradia, o bem de família de ambos deveria ser alcançado pela impenhorabilidade trazida pela Lei Sarney, considerados os motivos, anteriormente expostos, que levaram a edição desta.

Vale aqui a lição do antigo brocardo hermenêutico: "*ubi eadem ratio, ibi eadem legis*", para o qual onde existe a mesma razão fundamental, deverá prevalecer a mesma regra de direito. Assim dito, se alguém tem plena liberdade de querer ou não se tornar locatário e outrem igualmente a tem de assumir ou não a condição de fiador locatício, deverão ser aplicadas a ambos as normas jurídicas relativas a restrições à autonomia da vontade, bem como ser a ambos concedidas as proteções inerentes a garantia da dignidade da pessoa humana.

No mesmo plano, salienta-se que a Constituição optou, conforme restará melhor esclarecido no capítulo seguinte, por trazer expressos em seu texto uma série de direitos fundamentais do homem, dentre os quais aquele resguardado pelo princípio da isonomia.

Prescreve o caput do art. 5º da nossa Constituição Federal de 1988: "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 igualdade, a segurança e a propriedade (...)".

As efetivas desigualdades, de várias categorias, existentes e eventualmente estabelecidas por lei, entre os vários seres humanos, desafiam a inteligência dos juristas a determinar os conceitos de "iguais" e "iguais perante a lei". Assim, cumpre como papel do jurista a interpretação do conteúdo dessa norma, tendo em vista a sua finalidade e os princípios consagrados no Direito Constitucional, para que desta forma o princípio realmente tenha efetividade. Vale a lembrança de que o significado válido dos princípios é variável no tempo e espaço, histórica e culturalmente.

Tal preceito constitucional se faz presentes em diversas constituições atuais, orientando o ordenamento jurídico dos Estados Modernos. O insigne José Afonso da Silva, afirma que "porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais"<sup>[21]</sup>, portanto, o fim igualitário, a muito já era buscado.

Assim, o referido princípio assume dupla aplicação, qual seja: uma teórica, com a finalidade de repulsar privilégios injustificados; e outra prática, ajudando na diminuição dos efeitos decorrentes das desigualdades evidenciadas diante do caso concreto.



É inegável, afinal, que a incidência da exceção do inciso VII da Lei nº 8.009/90, tratando distintamente as obrigações do locatário e do fiador no que se refere à impenhorabilidade do bem de família, ocasionaria uma situação incoerente ao trazer um gravame maior ao fiador, não protegido pelo benefício legal, violando a própria natureza da espécie contratual em comento ao tornar o contrato acessório mais oneroso em relação ao principal.

Em conclusão, é válido revelar a aula de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Partindo-se da premissa de que as obrigações do locatário e do fiador têm a mesma base jurídica o contrato de locação –, 'não é justo que o garantidor responda com o seu bem de família, quando a mesma exigência não é feita para o locatário'. Isto é, se o inquilino, fugindo de suas obrigações, viajar para o interior da Bahia, e 'comprar um único imóvel residencial', este seu bem será 'impenhorável', ao passo que o fiador continuará respondendo com o seu próprio 'bem de família' perante o locador que não foi pago. À luz do Direito Civil Constitucional – pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil parece-me forçoso concluir que este dispositivo de lei 'viola o princípio da isonomia' insculpido no art. 551 da CF, uma vez que 'trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação[22].

## CAPÍTULO 3

### AS IMPLICAÇÕES DO PARADIGMA JURÍDICO ATUAL NO

#### INSTITUTO CIVIL DO BEM DE FAMÍLIA

##### 3.1. BEM DE FAMÍLIA À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL.

Modernamente, é nítida a superação da rigidez na dicotomia entre as esferas do direito público e privado, vislumbrando-se em diversos ramos da ciência jurídica pontos comuns de contato entre estes. Tal partição, cujas origens remontam os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema jurídico atual.

Com maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa, fundindo-se, por vezes, o interesse de um e de outro.

Tal convergência se faz notar em vários os campos do ordenamento, seja em virtude do emprego de instrumentos privados por parte do Estado, em substituição aos arcaicos modelos autoritários, seja na elaboração da categoria dos interesses difusos e supra-individuais, ou ainda no que tange aos institutos privados, na atribuição de função social à propriedade, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos, na objetivação da responsabilidade e na obrigação legal de contratar.

Nesse sentido, afirma-se que a austera separação das mencionadas esferas jurídicas, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada<sup>[23]</sup>.

Em consonância com a compreensão alhures perfilhada, a Constituição da República de 1988 delineou um novo modelo de Estado Democrático de Direito fundamentado na dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, conforme expõe seu art. 1º<sup>[24]</sup>. Surge, nesse momento, um novo paradigma ante os objetivos constitucionais de

construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza (art. 3º da atual Constituição Federal)[25].

Com efeito, grande parte da doutrina especializada, antiga e moderna, encontra-se coesa em torno do caráter normativo das prescrições constitucionais, isto é, de sua juridicidade como fonte de validade para os demais atos normativos do sistema[26].

Assim, evidencia-se que as normas constitucionais garantem a uniformidade do ordenamento jurídico exatamente utilizando o potencial do sistema jurídico em um renovado positivismo, que não se exaure na pura e simples obediência à letra da lei, mas que, acatando substancialmente as escolhas políticas do legislador constituinte, estende os valores constitucionais a toda legislação.

Vale mencionar os dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet, em obra na qual desenvolve muito bem a idéia do mínimo existencial, para o qual a dignidade humana é:

"a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos"[27]

O renomado jurista observa que a dignidade da pessoa humana é princípio a "imantar" o sistema jurídico, assim dizendo:

"( ... ) parece-nos já ter restado clarificado ao longo da exposição, que o reconhecimento da condição normativa da dignidade, assumindo de princípio (e até mesmo como

regra) constitucional fundamental, não afasta o seu papel como valor fundamental para toda a ordem jurídica (e não apenas para esta), mas, pelo contrário, outorga a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade"[28].

Em síntese, a pessoa humana foi elevada ao vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito.

Resta fortalecida a tendência de não mais se permitir a utilização das normas constitucionais apenas em sentido negativo, isto é, como limites dirigidos somente ao legislador ordinário[29]. Sustenta-se, ao contrário, o seu caráter transformador, entendendo-as Como fundamento conjunto de toda a disciplina normativa infraconstitucional, como princípio geral de todas as normas do sistema.

A rigor, portanto, o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação entre Estado e indivíduo, mas também na relação situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado.

O enfoque proposto desponta como um caminho obrigatório, inelutável, em razão da consagrada natureza normativa dos enunciados constitucionais.

É precípua o papel destes também na teoria das fontes do direito civil. Por consequência, configura-se inevitável a inflexão da disciplina civilista à obediência aos enunciados constitucionais, os quais não deixam de primar pela proteção de bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social.

Como resultado de tais rumos da evolução jurídica, surge o chamado Direito Civil Constitucional. Essa expressão é amplamente utilizada na atualidade para indicar o método de análise do direito essencialmente privado à luz do Texto Maior e, sobretudo, dos ditames de proteção da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia. Trata-se de interpretação que visa consubstanciar um Direito Civil renovado, mais justo e solidário.

Igualmente, emprega-se, para fazer alusão a esse novo padrão ontológico, a elocução personalização do Direito Civil, considerando seu apelo assecuratório das garantias relativas à dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira, Fachin defende a existência de um patrimônio personalíssimo, relacionado com a "verificação concreta de uma esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana à luz do atendimento de necessidades básicas ou essenciais". Sua tese, conhecida como "estatuto jurídico do patrimônio mínimo", é de fundamental importância, pois propõe a colocação da pessoa e suas necessidades fundamentais em primeiro plano e coaduna-se, portanto, com as tendências de "despatrimonialização" ou "personalização" do Direito Civil [30].

Nessa esteira, salienta-se como exemplo marcante dessa nova perspectiva o dispositivo constitucional que abre o capítulo. do Título dedicado à ordem econômica e financeira.

Assim, o art. 170 da Carta Maior, regulando os princípios gerais da atividade econômica, dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Trata-se de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana a privilegiar os valores existenciais sempre que a eles se contrapuserem os valores patrimoniais.

Da mesma maneira, qualquer norma ou cláusula contratual estabelecida entre particulares deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas do direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais.

A transformação não é de pequena monta. O direito civil enquanto regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, recebe incremento da vida social, da família, das associações, dos grupos comunitários, de onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.

Ante o exposto, facilmente vislumbra-se que o núcleo fundamental desenvolvido pela teoria do Direito Civil Constitucional corresponde àquele mesmo que serve de razão à proteção jurídica dirigida ao bem de família, assim

desde suas origens (em respeito à instituição familiar, âmbito essencial de desenvolvimento do ser humano), como na atualidade, relacionado à proteção da dignidade humana, ainda que sem vinculação a qualquer núcleo familiar específico.

Nesse aspecto, a Lei nº 8.009/90 é emblemática da aplicação deste acertado deslocamento dos valores no ordenamento atual.

### 3.2. DIREITO SOCIAL À MORADIA COMO ARRIMO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA.

O intento do presente trabalho, conforme já mencionado, é demonstrar a incompatibilidade material entre a preleção do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/1990 e o texto constitucional brasileiro, em especial posteriormente à aprovação da Emenda Constitucional nº 26, no ano de 2000, responsável por introduzir no rol constitucional dos direitos sociais o direito à moradia. Faz-se oportuno, portanto, aprofundar a análise deste direito em aspectos considerados essenciais para o alcance do mencionado escopo.

De início, é necessário situar o tema dentro do estudo dos direitos fundamentais. Neste ponto, é imperioso observar que é recente o reconhecimento de direitos fundamentais do homem em proclamações explícitas as declarações de direitos<sup>[31]</sup>. Além disso, adverte-se estar longe o esgotamento de suas possibilidades, sobretudo tendo em vista que a evolução da humanidade importa obrigatoriamente na conquista de novos direitos.

Com efeito, uma questão técnica apresentou-se no desenvolver das declarações de direitos, qual seja a necessidade de assegurar sua efetividade através de um conjunto de meios e recursos jurídicos, denominado genericamente de garantias fundamentais. Tal exigência técnica determinou que o reconhecimento de direitos fundamentais devesse realizar sob formulação jurídica mais caracterizadamente positiva. Assim primou-se pela inserção dos direitos fundamentais no texto das constituições, uma vez que as declarações de direitos careciam de força e de mecanismos jurídicos que lhes garantissem eficácia bastante.

Neste ponto, é muito clara e precisa a preleção do jurista italiano Biscaretti di Ruffia, ora transcrita:

"No curso do século XIX, a enunciação dos direitos e deveres dos indivíduos sofreu uma dupla transformação: passou para o próprio texto das Constituições, imprimindo às suas fórmulas, até então abstratas, o caráter concreto de normas jurídicas positivas (ainda que de conteúdo geral e de princípio), válidas para os indivíduos dos respectivos Estados (dita subjetivação), e, não raro, integrou-se também de outras normas destinadas a atuar uma completa e pormenorizada regulamentação jurídica de seus pontos mais delicados, de modo a não requerer ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário (ou seja, sua positivação)"[32].

Faz-se mister recordar que, no campo do direito positivado, a expressão direitos fundamentais do homem é reservada para designar as prerrogativas e instituições que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência livre, digna e igual de todas as pessoas. Nessa esteira, assevera o constitucionalista José Afonso da Silva:

"No qualitativo fundamentais acha a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana."[33].

No mesmo sentido, o jurista Paulo Bonavides faz referência a Konrad Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo, para afirmar: "criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam"[34].



Usualmente, a doutrina constitucionalista, no intuito de esquematizar a evolução dos direitos fundamentais, bem como o seu reconhecimento nas declarações de direitos e cartas constitucionais ao longo do tempo, classifica tais direitos em gerações. Sem adentrar nas minúcias relativas ao tema, afirma-se que o direito à moradia é direito social, sendo, portanto, qualificado dentre os direitos fundamentais de segunda geração[35].

Como obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX, surgiram os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como coletivos ou das coletividades, introduzidos no constitucionalismo das diversas formas de Estado Social. Sobre a origem de tais princípios, assevera Paulo Bonavides: "nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula"[36].

Enquanto dimensão dos direitos fundamentais do homem, os direitos sociais devem ser compreendidos como prestações positivas proporcionadas pelo Estado, de modo direto ou indireto, e pronunciadas sob a forma de normas constitucionais, tendentes a possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos. Assim, afiguram-se como direitos que buscam atingir isonomia em situações sociais desiguais, ressaltada, nesse aspecto, sua relação com o princípio da igualdade (em seu sentido material).

Verificou-se uma tendência de que os direitos sociais deixassem de ser regulados nos diversos textos constitucionais em capítulos relativos à ordem social, nos quais geralmente também o eram os direitos concernentes à ordem econômica. Nesse aspecto, a Constituição de 1988 trouxe um capítulo próprio para tratar dos direitos sociais e, bem distante deste, um título sobre a ordem social. Entretanto, não há que se pensar que houve uma cisão radical no tratamento dessas matérias, de modo que os direitos sociais continuam a ser algo ínsito na ordem social.

Pelo exposto, vislumbra-se que o constituinte escolheu por separar os conteúdos dos direitos relativos a cada um dos objetos sociais alvo de proteção, deles tratando no capítulo dos direitos sociais, deixando para regular no título da ordem social de seus mecanismos e aspectos organizadores.

Neste contexto, José Afonso da Silva faz importante ressalva em relação ao posicionamento da atual Carta Política do Brasil no que se refere à dimensão social dos variados direitos fundamentais por ela consagrados, dando relevo à importância da relação existente entre os direitos sociais e os demais direitos fundamentais colimados na constituição:

“A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados em seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. Com isso transita-se de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal para a democracia de conteúdo social, se não de tendência socializante. [...] O certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de se verificar a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente.” [37].

A normatividade dos direitos sociais foi tema de muita controvérsia doutrinária. De início tal normatividade foi considerada essencialmente programática, ou seja, passaram por uma fase de baixa normatividade, em virtude da própria da natureza de direitos que exigem do Estado prestações materiais nem sempre pagáveis por exiguidade, carência ou limitação de meios ou recursos.

Assim, anteriormente, tais direitos foram remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização as garantias habitualmente ministradas por instrumentos processuais, como ocorre com outros direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

A doutrina indica que tais direitos atravessaram a crise concernente a sua observância e execução desde que recentes constituições, inclusive a

brasileira (em seu artigo 5º, parágrafo 1º), formularam preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Ante o exposto, mais acertadamente, têm convergido os estudiosos no sentido de conferir maior eficácia aos direitos fundamentais de segunda geração, de tal sorte que sua aplicabilidade é imediata e não mais dependente da via legislativa. Tal entendimento resulta da noção de que somente dotando de eficácia os direitos sociais constitucionalmente previstos faz-se manifestar sua principal garantia.

Pode-se anteceder à previsão constitucional do direito à moradia a ratificação pelo Estado Brasileiro a Declaração Universal da Pessoa Humana (art. 25) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11).

Ademais, o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, já tratava do tema ao prever a imprescindibilidade da moradia assegurando o direito do trabalhador urbano e rural a um "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim".

Igualmente exerceu tal papel o inciso IX do artigo 23 da Carta Magna. Este mesmo, anteriormente à edição da Emenda Constitucional nº 26/2000, que inseriu o referido direito no rol de direitos sociais, já previa que é da competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento".

No citado momento, ainda antes de prever propriamente o direito em comento, o legislador constituinte traduziu um poder-dever do poder público de que implicava uma contrapartida do direito correspondente a tantos necessitem de uma habitação. Tal contrapartida foi finalmente introduzida no ordenamento através da emenda acima aludida, através da explicitação do direito à moradia no art. 60 do texto constitucional, pontualmente, dentre os direitos sociais.

É oportuno, após a devida contextualização do tema, tecer considerações acerca da significação e do conteúdo do direito em análise.

Segundo a própria etimologia do verbo morar, do latim "*morari*", que significava demorar, ficar, o direito à moradia está atrelado à noção de residência ou habitação. Novamente utilizam-se os ensinamentos do renomado constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva para elucidar o tema quanto a este assunto. Assim ele afirma:

"O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar. No "morar" encontramos a ideia básica de habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, com a mesma conotação de permanecer ocupando um local permanentemente. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria. [ ...] Mas é evidente que a obtenção da casa própria pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia"[38]

É de suma importância a ressalva feita pelo autor no que logra estabelecer o sentido do direito em análise, sobretudo diferenciando-o do direito à propriedade imóvel. Assim, percebe-se que o primeiro é mais amplo não se realizando única e exclusivamente a partir da obtenção de imóvel destinado a residência, mas através de medidas, das mais variadas possíveis, destinadas, direta ou indiretamente, a garantir que todo cidadão e a sua família um teto.

Ademais, sendo o direito à moradia, em determinados aspectos, exteriorização da dignidade da pessoa humana, impõe-se que o bem destinado a consagrá-lo seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto, no qual seja possível preservar outros direitos individuais constitucionalmente garantidos como a intimidade pessoal, a privacidade familiar e a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, incisos X e XI, da Constituição Federal de 1988). Não fosse assim seria um direito depauperado.

Não é demasiado ainda mencionar que o direito constitucional em apreço tem duas faces, uma negativa e outra positiva. A primeira reporta-se ao fato de que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que implica a abstenção do Estado e de terceiros. Já a segunda, consiste no direito de obter de fato uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional. Trata-se esta última da nota principal deste direito, qual seja a legitimação da pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação de caráter prático do Estado. Aí reside sua condição de eficácia.

Calha destacar que esta condição se revela não apenas na preleção do art. 6º, caput, do documento constitucional, mas em diversos momentos de seu texto. O artigo 3º da constituição atual, anteriormente citado, codifica dentre os objetivos da república pátria a construção de uma sociedade livre e solidária e a erradicação da pobreza, esforços estes que, notadamente, relacionam com o direito à moradia, sobretudo porque não há marginalização maior do que não se ter um teto para si e para a família.

Além desta norma, apontam à eficácia de tal direito o disposto no artigo 23, incisos X e XI da Carta Magna, igualmente já citados, que dão competência comum as entidades políticas para "combater as causas da pobreza e os fatores da marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos", bem como para "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento". Trata-se de norma específica determinando a ação positiva do Estado com vistas a criar condições de habitação adequada a todos.

É conclusivo o dizer de Clito Fornaciari Júnior no que concerne a inadequação da determinação legal de penhorabilidade do bem de família do fiador locatício e sua diferença em relação às demais ressalvas compiladas no artigo 3º da lei nº 8.009/90. Assim ele menciona:

"o elenco do art. 30 da Lei 8.009 comporta por si só interpretação restritiva, exatamente porque expõe exceções à regra geral, que é a da impenhorabilidade do bem destinado à moradia da família. Nessa linha, a ressalva, portanto a penhora, deve prevalecer somente

quando, por meio dela, assegura-se um direito de relevância igualou maior que aquele da moradia, o que se dá diante de crédito alimentar, trabalhista ou, ainda, quando da aquisição de bem com produto de ato ilícito. No caso da locação isso não se verifica, até porque se coloca como credor, na relação obrigacional, alguém que é somente um investidor.”[39].

Neste aspecto, considera-se que o direito do locador de ter seu crédito satisfeito, seja através da execução do locatário ou do fiador, não pode superar ou afastar o direito a moradia e, reflexamente, a dignidade humana. Nestes termos afirma Carlos Gonçalves que "não pode a execução ser utilizada como instrumento para causar a ruína, a fome, o desabrigo do devedor e sua família, gerando situações incompatíveis com a dignidade humana"[40].

Por todo o exposto, bem como por demais razões a serem expostas no decorrer do presente trabalho, considera-se inconstitucional a possibilidade de penhora no caso em questão, por afronta aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, aqui exteriorizada através do direito à moradia.

### 3.3. A EXPANSÃO ONTOLÓGICO-CONCEITUAL DO BEM DE FAMÍLIA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.

Em conformidade com os argumentos até então exposto, é evidente que o instituto do bem de família, sobretudo em sua espécie legal, foi alvo de diversos debates, sobretudo em momento posterior à edição da Emenda Constitucional nº 22, que trouxe à tona a necessidade de estabelecer guarita concreta ao direito à moradia. A definição dos contornos conceituais do instituto em comento, que determinaram sua evolução e o dotaram de nova amplitude, é resultado de um esforço da jurisprudência brasileira.

O instituto do bem de família surge na atualidade como instrumento (dente os vários existentes) de proteção à dignidade humana e ao patrimônio mínimo indispensável à existência humana. A seguir será demonstrado que está na contramão, portanto, o entendimento exarado pelo Superior Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688, pois o avanço

jurisprudencial do tema moveu-se, cada vez mais, ao reconhecimento a imprescindibilidade de tais direitos.

Conforme já foi indicado na introdução do tema, não obstante o bem de família tenha surgido como decorrência do imperativo social de preservação da entidade familiar em si, a evolução histórica desta mesma foi determinante na expansão ontológico-conceitual do instituto civil em apreço. Desse modo, no mesmo passo em que a legislação, a doutrina e jurisprudência pátria passaram a dar interpretação extremamente ampliativa à família brasileira, reconhecendo sua importância e estreita relação com o desenvolvimento da personalidade humana, alterou-se o objeto de proteção do bem de família.

Assim, a mantilha da impenhorabilidade (enquanto instrumento assecuratório do bem de família) passou a recair não somente sobre o bem imóvel de famílias ditas convencionais.

Observa-se que, nos termos do art. 226 da Constituição Federal, a família seria decorrente do casamento, da união estável ou da entidade monoparental (constituída entra ascendentes e descendentes)[41]. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu, em julgamento de extrema relevância e de persistente atualidade, que o rol constitucional exposto no aludido artigo é meramente exemplificativo, *numerus apertus*, decidindo que o imóvel em que residiam duas irmãs é Bem de Família e, portanto, impenhorável:

Execução. Bem de família. Ao imóvel que serve de morada às embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata a Lei 8.009/1990 (STJ, REsp 57.606/MG, rel. Min. Fontes de Alencar, 4.8 Turma, julgado 11.04.1995, DJ 15.05.1995, p. 13.410).

Adverte-se, no mesmo sentido, acerca da discussão evidenciada nos seio jurisdicional e doutrinário sobre a proteção do imóvel em que reside pessoa solteira. Perfilhando o entendimento capitulado anteriormente, atinente ao deslocamento do objeto de proteção do instituto do bem de família, o supracitado tribunal afirmou que o fim teleológico da lei n. 8.009/1990 não é proteger necessariamente um grupo de pessoas, mas a pessoa: a sua dignidade e o direito



constitucional à moradia, o que ampara a impenhorabilidade também do imóvel de residência do solteiro.

Dos vários julgados, destaca-se o seguinte, pelo teor de sua ementa:

PROCESSUAL -EXECUÇÃO -IMPENHORABILIDADE - IMÓVEL RESIDÊNCIA-DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO -LEI 8.009/1990 -A interpretação teleológica do art. 1.º, da Lei 8.009/1990, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. -É impenhorável, por efeito do preceito contido no art. 1.º da Lei 8.009/1990, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário" (STJ, EREsp 182.223/SP, julgado 06.02.2002, Corte Especial, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, rel. acórdão Min. Humberto Gomes de Barros. DJ 07.04.2003, p. 00209, REVJUR, vol. 00306, p. 00083; Vide: ST J, REsp 276.004/SP (RST J 153/273, JBCC 191/215), REsp 57.606/MG (RSTJ 81/306), REsp 159.851/SP LEXJTACSP 174/615 -REsp 218.377/ES -LEXSTJ 136/111, ROR 181355, RST J 143/385)

Demonstrando tratar-se de questão já consolidada, das decisões mais recentes, extrai-se a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA BEM DE FAMÍLIA OCUPAÇÃO UNICAMENTE PELO PRÓPRIO DEVEDOR. EXTENSÃO DA PROTEÇÃO DADA PELA LEI N. 8.009/90. I. Segundo o entendimento firmado pela Corte Especial do ST J (EResp n. 182.223/SP, Rel. pl acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 07.04.2003, por maioria), considera-se como 'entidade familiar', para efeito de impenhorabilidade de imóvel baseada na Lei n. 8.009/90, a ocupação do mesmo ainda que exclusivamente pelo próprio executado.

11. Ressalva do ponto de vista do relator. 111. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para afastar a penhora". (STJ, REsp 759.962/DF, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 22.08.2006, DJ 18.09.2006 p. 328)

Tal posicionamento restou consagrado com a edição da Súmula 364 do STF, ao inferir que "o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

A tendência de expansão da proteção ao direito à moradia, especificamente por intermédio da impenhorabilidade que advém da natureza do bem imóvel considerado como bem de família, é confirmada por julgados que apontam que inclusive ao imóvel locado a terceiro deve ser aplicada a Lei nº 8.009/90. Neste caso o imóvel locado é impenhorável desde que os seus aluguéis sejam utilizados para a locação de outro, destinado à residência do locador do primeiro e de sua família.

PROCESSUAL CIVIL EXECUÇÃO. PENHORA DE IMÓVEL BEM DE FAMÍLIA. LOCAÇÃO A TERCEIROS. RENDA QUE SERVE A ALUGUEL DE OUTRO QUE SERVE DE RESIDÊNCIA AO NÚCLEO FAMILIAR. CONSTRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. LEI 8.009/1990, ART. 1.º. EXEGESE. SÚMULA 7, STJ. I. A orientação predominante no STJ é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/1990 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado. 11. Caso, ademais, em que as demais considerações sobre a situação fática do imóvel encontram obstáculo ao seu reexame na Súmula 7 do ST J. 111. Agravo improvido" (ST J, AGA 385.692/RS, julgado 09.04.2002, 4.a Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 19.08.2002, p. 177. Veja: STJ, REsp 114.119/RS, 302781/SP, 159.213/ES (ROR 15/385) e 183.042/AL).

Declarou, ainda, o STF a impenhorabilidade do bem imóvel luxuoso, considerando que o alto valor do bem imóvel não impede sua caracterização como bem de família, desde que destinado à finalidade residencial, caso em que igualmente constituiu guarita à dignidade humana. Nestes termos expõe-se a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL -DIREITO CIVIL -QUESTÃO PRELIMINAR JULGAMENTO PROFERIDO POR CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES CONVOCADOS POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADOS PARÂMETROS LEGAIS -PRECEDENTES -EXISTÊNCIA DE vício REDIBITÓRIO E O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO DA FORMA MENOS ONEROSA AO DEVEDOR - PREQUESTIONAMENTO -AUSÊNCIA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ -PENHORA -PARTE IDEAL DE IMÓVEL - POSSIBILIDADE -PRECEDENTES -BEM DE FAMÍLIA - AVALIAÇÃO -JUízo DINÂMICO -BEM IMÓVEL DE ELEVADO VALOR -IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITOS DE IMPENHORABILIDADE ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRAÇÃO INEXISTÊNCIA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO -MULTA - IMPOSSIBILIDADE INTUITO PROCRASTINATÓRIO - AUSÊNCIA -INCIDÊNCIA DA SÚMULA 98/STJ -RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.I -A jurisprudência desta Corte Superior já teve oportunidade de indicar que é possível o julgamento por Turmas ou Câmaras constituídas, em sua maioria, por juízes convocados, desde que a convocação se dê dentro dos parâmetros legais e que observadas as disposições estabelecidas pela Constituição Federal. 11 -As questões concernentes à existência de vício redibitório, bem como quanto ao prosseguimento da execução da forma menos gravosa ao devedor, não foram objeto de debate ou deliberação no acórdão recorrido, não obstante a oposição de embargos declaratórios, o que atrai a incidência da Súmula 211/ST J.III -É possível a penhora de

parte do imóvel, caracterizado como bem de família, quando for possível o desmembramento sem sua descaracterização. Precedentes. IV -A avaliação da natureza do bem de família, amparado pela lei nº 8.009/90, por ser questão de ordem pública e não se sujeitar à preclusão, comporta juízo dinâmico. E essa circunstância é moldada pelos princípios basilares dos direitos humanos, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do nosso Estado Democrático, nos termos do 1º, inciso 111, da Constituição da República. V -Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, de acordo com o artigo 1º, da lei nº 8.009/90, basta que o imóvel sirva de residência para a família do devedor, sendo irrelevante o valor do bem. VI -O art. 3º da lei nº 8.009/90, que trata das exceções à regra da impenhorabilidade, não faz trazer nenhuma indicação concernente ao valor do imóvel. Portanto, é irrelevante, para efeitos de impenhorabilidade, que o imóvel seja considerado luxuoso ou de alto padrão. Precedente da ego Quarta Turma. VII -Acerca do índice de correção monetária, impõe-se reconhecer que, não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados. VIII -Os embargos de declaração foram opostos com o intuito de prequestionamento, vedando-se, por lógica, a imposição de multa procrastinatória, nos termos do que dispõe o enunciado da Súmula 98/ST J.IX -Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.[42]

É oportuno mencionar que diante da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a união estável homoafetiva[43], restou estendida aos membros de união deste gênero a proteção de seus respectivos bens de família.

A amplitude de proteção, para esses casos, é justa, razoável e proporcional, concretizando o Texto Constitucional. Não há dúvidas de que a norma definidora da impenhorabilidade é de ordem pública, sobretudo em virtude do objeto que intenta proteger. Assim reconhece a Súmula nº 205 do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da extensão de sua incidência, cuja preleção é a seguinte: "A Lei nº 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência".

Ante o exposto alhures, que a constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.000/1990, pelo qual o fiador de locação pode ter o seu imóvel de residência penhorado, conforme declarado pelo Pleno Supremo tribunal Federal por maioria de votos, destoa do caminho perfilhado pelo mesmo órgão jurisdicional e viola princípios básicos presentes na Constituição Federal.

Não é possível entender que a celebração de contrato de fiação locatícia possa ter como ônus ao fiador a renúncia a seu bem de família. Se assim ocorrer, verificar-se-á um exercício inadmissível da autonomia privada, visto que não restou observado o dirigismo estatal imposto às relações subjetivas através da previsão constitucional de garantia a moradia digna, em consonância com os ditames constitucionais atuais, bem como com a mais certa jurisprudência.

## CAPÍTULO 4

### DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORABILIDADE DO BEM

#### DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO

#### 4.1. O POSICIONAMENTO ANTERIOR DOS TRIBUNAIS SUPERIORES QUANTO AO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO.

Já se sublinhou brevemente que, logo após o advento da Emenda Constitucional nº 26, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça manifestaram sua incompatibilidade com o art. 3º, inciso VII, da Lei Sarney, afirmando não ter sido este dispositivo recepcionado ante a nova redação do art. 6º da Constituição Federal. Conquanto tenha havido posterior alteração hermenêutica a esse respeito por parte dos mencionados tribunais, acredita-se

que esse é o entendimento mais adequado a realidade jurídica e política alcançada na atualidade.

Nesse aspecto, é conveniente apontar o teor de certos julgamentos proferidos pelos excelsos tribunais, anteriores à apreciação do Recurso Extraordinário nº 407.688 e contrários a este no que concerne a seus fundamentos centrais, demonstrando novamente a impropriedade do mais recente entendimento adotado.

De início, destaca-se a decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, proferida em abril de 2005, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 352.940-4/SP, na qual o colendo Ministro brevemente expõe as razões pelas deve ser considerado inconstitucional o inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90. Literalmente:

Em trabalho doutrinário que escrevi 'Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil', texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos 111, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos 111 e da ANAMATRA, em 10.03.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6.º, CF, é um direito fundamental de 2.ª geração -direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família -a moradia do homem e sua família -justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1.º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3.º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto

quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3.º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000[44].

Em igual sentido colocou-se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 449.657 -SP e nº 415.563 -SP, igualmente de relatoria do Ministro Carlos Velloso[45].

O Superior Tribunal de Justiça reconhecia os mesmos fundamentos acima demonstrados, não admitindo a recepção do artigo em análise frente a nova redação do artigo 6º da Constituição Federal, após o ano de 2000, a saber os julgamentos dos Recursos Especiais nº 745.161-SP, nº 631.262-MG, nº 699.837-RS, nº 796.597 (todos da 5ª Turma do STJ).

Apresenta-se, a exemplo, a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. LOCAÇÃO. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90. NÃO RECEPÇÃO. I - Inadmitem-se as preliminares arguidas em contrarrazões à mímica do necessário prequestionamento, porquanto não foram objeto de discussão pelo e. Tribunal a quo (Súmula nº 282 do Pretória Excelso). /I - Com respaldo em recente julgado proferido pelo Pretória Excelso, é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 30, VII, da Lei nº 8.009/90 não foi recepcionado pelo art. 60 da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000). Recurso provido. (STJ, REsp 745.161/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18.08.2005, DJ 26/09/2005 p. 455)

Da análise das decisões jurisprudenciais ora citadas, verifica-se que o antigo posicionamento majoritário dos Tribunais Superiores no país melhor se coaduna com as razões defendidas neste trabalho, sobretudo porque perfilha pelo reconhecimento da moradia como instrumento inevitável ao desenvolvimento da



personalidade humana e preza pela igualdade entre o locatário e o fiador locatício.

#### 4.2. DA IMPROPRIEDADE DOS FUNDAMENTOS VENCEDORES NO JULGAMENTO DO RE nº 407.688-SP, NO STF.

Uma vez demonstrada sua importância para o tema desenvolvido neste trabalho, salienta-se que o Recurso Extraordinário nº 407.688-SP foi interposto contra acórdão do antigo Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que havia negado provimento ao agravo de instrumento interposto pela recorrente. Tal agravo pretendia reformar decisão em que o juiz da causa indeferiu o pedido de liberação do bem de família do recorrente, objeto de constrição em processo executivo com fundamento na exceção legal à regra da impenhorabilidade de tais bens (art. 3º, inciso VII, da lei nº 8.009/90), tendo em vista a condição de fiador locatício da recorrente.

O aludido recurso foi conhecido e teve provimento negado por maioria dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, então presididos pelo Ministro Nelson Jobim. Vencidos os votos dos Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello, que deram provimento ao recurso. Ressalta-se que o Ministro Marçó Aurélio fez consignar que entendia necessária a audiência da Procuradoria, tendo em vista a questão constitucional.

Neste ponto, volta-se aos preceitos exarados no mencionado julgamento com vistas a refutar os principais argumentos apresentados pelos votos vencedores supramencionados, de modo a confirmar categoricamente sua inadequação jurídica e destacar a legitimidade dos votos vencidos.

Primeiramente, busca-se rechaçar os argumentos atinentes a falta de normatividade dos direitos sociais, enquanto direitos fundamentais de segunda geração (como já esclarecido previamente). Tal questão relaciona-se ao estudo acerca da imposição às relações privadas, com o mesmo peso e com o mesmo rigor, das limitações e obrigações impostas ao Estado em virtude da previsão constitucional de uma série de direitos fundamentais do homem.

Neste ponto, os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence salientaram a questão da eficácia horizontal do direito à moradia nas relações privadas. Sendo o artigo 6º da Carta Magna norma de caráter programático, esclareceram os colendos Ministros que a efetivação do direito fundamental em apreço pelo Estado poderá realizar-se através de várias modalidades de prestação, o que, de fato, é inquestionável. Afirmam, entretanto, que a citada exceção trazida pela lei nº 8.009/90 é uma das modalidades de conformação do direito à moradia por via normativa, haja vista que permite que uma grande classe de pessoas tenha acesso à locação.

Tal argumento é precisamente refutado pelo Ministro Eros Grau que afirma que o legislador está vinculado por seus preceitos, pois de modo contrário bastaria a omissão do poder legislativo, para que tal preceito constitucional fosse retirado de vigência. No mesmo sentido, expôs que o argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a transferência da função constituinte ao legislador, em consonância com a lição do Tribunal Constitucional da República da Alemanha.

O Ministro Cezar Peluso aduziu, sendo acompanhado pelos demais votos vencedores do julgamento, que a expropriabilidade daquele bem do fiador tende, posto que por via oblíqua, também a proteger o direito social à moradia, protegendo direito inerente a condição de locador, não um qualquer direito de crédito. A aplicação da norma jurídica julgada constitucional favoreceria desse modo, o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores.

Nessa esteira, aduz:

A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retratação e de dificuldade de acesso ao mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade das garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel. Nem tampouco, que acudir essa distorção, facilitando celebração dos contratos e com isso realizando, num de

seus múltiplos modos de positivação e de realização histórica, o direito social de moradia é a própria ratio legis da exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da lei nº 8.009, de 1990. São coisas óbvias e intuitivas[46].

Em que pese seja plausível a afirmação de que o direito de moradia tenha múltiplos modos de positivação e de realização histórica, não é possível vislumbrar que a facilitação dos contratos locatícios que tenha como causa a possibilidade de expropriação do bem de família do fiador naqueles casos seja consectário do direito à moradia. O credor locatício não pode ter seu crédito satisfeito a qualquer custo, sobretudo em virtude da função social inerente também ao contrato de locação. Do mesmo modo, não é possível considerar que o mercado imobiliário seja fomentado mediante o desrespeito a isonomia e a dignidade da pessoa.

Caso se posicione pela inconstitucionalidade do artigo 3º, VII, da Lei Sarney, causará forte impacto ao mercado de locações imobiliárias, concordar com penhorabilidade do bem de família do fiador causará dano ainda mais grave ante a violação direta a diversos princípios e regras exarados na Constituição Federal pátria e estruturais do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Nesse aspecto, não hão de faltar políticas públicas adequadas à manutenção do equilíbrio do mercado locatício, cuja importância é inegável, porém sem o comprometimento do direito social e da garantia constitucional. O poder público deve desenvolver e adotar medidas sempre consonantes aos preceitos constitucionais.

Finalmente, é imperioso mencionar que caso o benefício a impenhorabilidade tiver ressalva quanto ao bem do fiador locatício operar-se-á uma situação absurda, a qual foi muito bem lembrada pelo Ministro Eros Grau:

“(...) o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão da aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo

imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento de suas obrigações, dele, locatário” [47].

Aqui fica patente a afronta ao princípio da isonomia, tendo em conta que o afiançado, quando não paga o aluguel poupa para pagar a quitar prestação de casa própria e, além disso, tem o benefício da impenhorabilidade, porém o fiador não o tem.

Por todo o exposto, pugna-se pela completa impropriedade jurídica dos votos vencedores no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-SP.

## CONCLUSÃO

O bem de família é instituto civil que nasceu em reconhecimento da entidade familiar como núcleo social essencial ao desenvolvimento humano. Desse modo, sua inclusão na esfera jurídica deu-se, como já demonstrava, inclusive, o direito romano, no sentido de estabelecer mecanismos de proteção ao patrimônio que garantia a estrutura familiar, sobretudo o imóvel domiciliar.

Uma recente mudança de paradigma jurídico levou os direitos fundamentais ao centro de atenção do direito. Uma vez reconhecidos tais direitos, inerentes ao ser humano, e garantidores de sua liberdade, igualdade, solidariedade e segurança contra ingerências decorrentes das escolhas político-governamentais e da atuação arbitrária do Estado contra o ser humano, foram largamente reconhecidos e positivados pela Constituição Federal de 1988. Calha salientar, nesse ponto, a edição da Emenda Constitucional nº 26/2000 que acrescentou àqueles o direito social à moradia.

Simultaneamente, a doutrina e jurisprudência brasileiras, sensíveis às mudanças sociais e as mais diversas novas situações daquelas decorrentes, alteraram sua concepção de família, ampliando-a. Passaram ser familiar a entidade na qual fossem verificados os elementos afetividade, publicidade e estabilidade.

A noção brasileira de bem de família não ficou, de qualquer modo, imune as referidas mudanças. Verificou-se, conforme exposto, uma expansão do

objeto de proteção do bem de família pelo reconhecimento de que, ainda mais importante do que proteger o núcleo estrutural familiar, é assegurar a dignidade humana. Essa mudança é simbolizada pelo teor da Súmula 364 do ST J, que estendeu a proteção aos solteiros, separados e viúvos.

A Lei nº 8.009/90, editada para regulamentar o bem de família legal, foi alterada, contudo, para incluir dentre as exceções à garantia de impenhorabilidade do único imóvel residencial aquela referente à obrigação decorrente de fiação em contrato de locação.

O aludido dispositivo foi objeto de análise pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-SP, tendo este propugnado a constitucionalidade deste teor legal. Em síntese, alegou-se que prevalece, no presente caso, a liberdade de contratar do cidadão em detrimento de seu direito à moradia, porquanto aquele tem a chance de escolher se avaliza ou não um contrato de locação e deve arcar, nessa condição, com os riscos que a condição de fiador implica. Por fim, afirma-se que a eliminação de tal caso de penhorabilidade romperia o equilíbrio do mercado, desestimulando a oferta de imóveis a locação. Nesse aspecto, posicionar a favor da preleção legal implicaria, obliquamente, em fomentar a concretização do direito à moradia.

O presente trabalho demonstrou detalhadamente as razões pelas quais tal entendimento não merece amparo jurídico, as quais são muito bem resumidas nos dizeres de Rosalice Fidalgo Pinheiro e Katya Isaguirre, jovens expoentes da escola do Direito Civil Constitucional do Estado do Paraná. *In verbis*:

“Em conformidade com argumentos lançados, a prevalência do voto vencido, proferido pelo Min. Eros Grau, na decisão do STF, impõe-se em um Estado que se queira democrático de direito. Considerando-se que este deposita na dignidade da pessoa humana, os contornos de sua axiologia material, torna-se imprescindível o reconhecimento de direitos fundamentais. Eis que a democracia concretiza-se na promoção de direitos sociais, compreendidos da designação de direitos fundamentais, perfazendo a dimensão social do Estado. Por fim, há de se recordar a que a realidade de mercado não possui força

para subverter a tutela existencial da pessoa. A negativa à penhora do bem de família do fiador é postura necessária para busca de um verdadeiro equilíbrio de valores na sociedade contemporânea. Sob este aspecto, há de se ressaltar que o Estado pode e deve estabelecer meios mais adequados à proteção do mercado imobiliário, por meio de regras que, por exemplo, tornem o seguro-fiança mais atrativo e protetivo ao direito de crédito do locador. Não se trata, portanto, de 'postura acadêmica voltada à inviabilizar o direito de moradia', mas de uma construção que demonstra a nova função da doutrina e sua contribuição para o processo evolutivo do Direito. Para além da tradicional função de simples mediação dos conflitos, a doutrina tem o dever de assumir uma postura crítica de condições positivas para a transformação qualitativa do homem”[48].

Vale dizer, por fim, que o Supremo Tribunal Federal é órgão judiciário protetor da Constituição Federal, contudo, suas decisões não podem ser rígidas a ponto de não admitirem uma posterior revisão. Do contrário, ocasionar-se-ia o inconcebível fenômeno de fossilização interpretativa da Constituição Federal e uma inegável petrificação da evolução jurisprudencial, pois as interpretações conferidas pelo Excelso Tribunal só poderiam, nestes casos, ser afastadas por alteração legislativa superveniente.

É imperioso, portanto, reconhecer a possibilidade de alteração de suas decisões com a finalidade de adequá-las à realidade fática e jurídica exarada pela Carta Magna e suas emendas, bem como as próprias finalidades do Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de Família: Com Comentários à lei 8.009/90. 5a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 93.

BASCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Dirifto costituzionale, Napoli: Casa Editrici Dott., 1965.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 4a ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

DE MENDONÇA, Carvalho. Contratos no Direito Civil Brasileiro. t. 11.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luís Edson. O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FIUZA, César. Curso Completo de Direito Civil. 12a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. O bem de família na execução da fiança. In A penhora e o bem de família do fiador da locação. coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1988.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Volume 111. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito Civil Brasileiro, Volume III: contratos e atos unilaterais. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2009.

GONÇALVES, Carlos. Impenhorabilidade do bem de família. 4a ed., Porto Alegre: Ed. Síntese, 1998.



HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição, trat. de G. Mendes, Porto Alegre. Sérgio Fábris, 1991; J. Afonso da Silva, A aplicabilidade das normas constitucionais, SP. Ed. RT, 1982.

MARMITT, Arnaldo. Bem de Família, Rio de Janeiro: Aide, 1995.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsói, 1955.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; ISAGUIRRE, Katya. O direito à moradia e o STF: um estudo de caso acerca da impenhorabilidade do bem de família do fiador. In Diálogos sobre Direito Civil. Volume 11. Org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE, Miguel. Função Social do Contrato. Disponível em: Acesso em: 01.07.2011

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa: construindo a compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005..

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores Uda., 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: RT, 1993.

TARTUCE, Flavio. A função social dos contratos -do código de defesa do consumidor ao novo código civil, 1a ed., São Paulo: Ed. Método, 2005.

TATURCE, Flávio; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O princípio da autonomia privada e o direito contratual contemporâneo. In Direito Contratual. Temas Atuais. São Paulo: Método, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Contrato e a sua Função Social, Rio de Janeiro. Forense. 2004.

ZANONI, Eduardo. Derecho Civil: Derecho de Familia, tomo 1. 2ª ed. Buenos Aires. Editora Astrea, 1993.

NOTAS:

[1]

O julgado do Recurso Extraordinário nº 407.688-SP, em 2006, concluiu pela constitucionalidade do art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90. Segue a respectiva ementa: “EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (RE 407688, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147)”.

[2]

ZANONI, Eduardo. **Derecho Civil: Derecho de Familia, tomo 1.** 2ª ed. Buenos Aires. Editora Astrea, 1993. p. 558-559.

[3]

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 1988, p.117.

[4]

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1: Teoria Geral do Direito Civil.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.378.

[5]

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família: Com Comentários à lei 8.009/90.** 5a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 93.

[6]

A terminologia aqui empregada, “bem de residência”, é empregada por Carlos Alberto Bittar, em artigo citado por Arnaldo Mamit (**Bem de Família**, Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 23).

[7]

AZEVEDO, Ob. Cit.

[8]

AZEVEDO, Ob. Cit. p. 27.

[9] WAPLES, Rufus. **A Treatise on Homestead and Exemption**. Chicago. T.h. Flood, 1893.

[10] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4a ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 177.

[11] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e a sua Função Social**. Rio de. Janeiro. Forense. 2004. p.06.

[12] Excerto disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>

[13] FIUZA, César. **Curso Completo de Direito Civil**. 12ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

[14] Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

[15] Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

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

[16] TARTUCE, Flavio. **A função social dos contratos – do código de defesa do consumidor ao novo código civil**, 1ª ed., São Paulo: Ed. Método, 2005, p. 65-66.

[17] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 291.

[18] DE MENDONÇA, Carvalho. **Contratos no Direito Civil Brasileiro**. t. 11, p. 457-458.

[19] GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume III: contratos e atos unilaterais**. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2009, p. 531.

[20] TATURCE, Flávio; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **O princípio da autonomia privada e o direito contratual contemporâneo**. In *Direito Contratual. Temas Atuais*. São Paulo: Método, 2008, p. 49.

[21] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: RT, 1993, p.195.

[22] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Volume III**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 289.

[23] Não se pode negar a existência de raízes culturais e referências legislativas que tratam, ainda hoje, matérias em conformidade com a distinção entre direito público e direito privado. Todavia, não parecem mais aceitáveis nem a validade da *summa divisio*, nem os critérios clássicos de diferenciação, considerando a unidade do ordenamento.

[24] “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.”

[25] “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

[26] HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, trat. de G. Mendes, Porto Alegre. Sérgio Fábris, 1991; J. Afonso da Silva, A aplicabilidade das normas constitucionais, SP. Ed. RT, 1982.

[27] SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa: construindo a compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In **Dimensões da dignidade**.

**Ensaio de filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.37.

[28] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 75-76.

[29] É ainda a ótica da doutrina tradicional que pretende, assim, conservar “íntegro”, isto é, sem alterações, o corpo do direito civil.

[30] FACHIN, Luís Edson. **O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 03.

[31] Nesse aspecto, elucida José Afonso da Silva: “Certo é que, no correr dessa evolução, alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaborados, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o Interdicto de Homine Libero Exhibendo, remoto antecedente do habeas corpus moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade. (...) Foi, no entanto, no bojo da Idade Média que surgiram os antecedentes mais diretos das declarações de direitos.” SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009. p. 151.

[32] BASCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Diritto costituzionale, Napoli: Casa Editrici Dott.,** 1965, pp. 695/696.

[33] SILVA, José Afonso da, *Ob. Cit.* p. 178.

[34] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 560.

[35] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

[36] BONAVIDES, Paulo. *Ob. Cit.* p. 564.

[37] SILVA, José Afonso da, *Ob. Cit.* p. 184-185.

[38] SILVA, José Afonso da, *Ob. Cit.* p. 314.

[39] FORNACIARI JÚNIOR, Clito. **O bem de família na execução da fiança. In A penhora e o bem de família do fiador da locação.** coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 2003. p. 102.

[40] GONÇALVES, Carlos. **Impenhorabilidade do bem de família**. 4a ed., Porto Alegre: Ed. Síntese, 1998, p.27.

[41] CF/88: “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.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

[42] REsp 1178469/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 10/12/2010.

[43] Os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pelo Procuradoria Geral da República e pelo então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. O julgamento aconteceu no dia 04 de maio de 2011, momento em que o relator, ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do art. 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

[44] Disponível em: <http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64647> > Acesso em 17/06/2017.

[45] EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressalvando a penhora `por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação': sua não- recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 449.657 SP, Relator Min.: Carlos Velloso, Data do julgamento: 27/05/2005. Data da Publicação: 09/05/2005)

[46] RE 407688, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, p. 885.

[47] RE 407688, *cit.*, p. 889.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; ISAGUIRRE, Katya. O direito à moradia e o STF: um estudo de caso acerca da impenhorabilidade do bem de família do fiador. In *Diálogos sobre Direito Civil*. Volume 11. Org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 162.



## TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

**LUIZA HELENA DA SILVA GUEDES:**  
Servidora pública federal do Tribunal Regional Federal 5ª Região, graduação em Administração de Empresas e Direito, pós-graduação em Direito Constitucional.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo a análise da Teoria da Perda de Uma Chance, seu posicionamento entre as modalidades de dano material e a problemática que cerca a aplicação da tese. Foi estudada também, ainda que brevemente, o instituto da responsabilidade civil e seus elementos essenciais. O método usado foi o dedutivo, fundamentado por meio de livros, doutrinas, artigos científicos e jurisprudência.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil - Dano Emergente- Lucros Cessantes- Teoria da Perda de Uma Chance.

**ABSTRACT:** The present article aims to analyze the Theory of Loss of Chance, its positioning between the modalities of material damage and the problem surrounding the application of the thesis. The institute of civil liability and its essential elements were also studied, albeit briefly. The method used was deductive, based on books, doctrines, scientific articles and jurisprudence.

**Keywords:** Civil Liability- Emerging Damage- Ceasing Profits- One Chance Loss Theory

**Sumário:** Introdução. 1. Responsabilidade Civil. 1.1 Dano Emergente. 1.2 Lucros Cessantes. 2. Teoria da perda de uma chance. Conclusão. Referências.

---

### INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar a teoria da perda de uma chance e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente será feita uma breve análise do instituto da responsabilidade civil e seus elementos essenciais. Será ainda objeto de apreciação o dano material, nas suas vertentes dano emergente e lucro cessante.

Por fim, o trabalho aprofundou-se no estudo da Teoria da Perda de Chance, com foco na sua diferenciação de outros institutos e problemas enfrentados pela jurisprudência para aplicá-la.

## **1. RESPONSABILIDADE CIVIL**

A responsabilidade civil é o instituto que determina a obrigação de indenizar um dano causado. Tal responsabilização pode decorrer da prática de um ato ilícito, do descumprimento de uma obrigação contratual ou, em alguns casos, da prática de um ato lícito.

Para a correta compreensão do tema objeto do presente trabalho, se faz necessária uma abordagem, ainda que superficial, quanto aos elementos imprescindíveis para responsabilização.

Inicialmente, é necessário haver uma conduta, seja omissiva ou comissiva, por parte do agente causador do dano, ou mesmo por parte de terceiro, em determinados casos previstos em lei.

Também se faz imprescindível a ocorrência de um dano, pois não há dever de reparação na inoccorrência de prejuízo. O dano pode ser moral, quando a lesão atinge a esfera da intimidade psíquica, ou material, quando atingido o patrimônio, nas suas vertentes dano emergente e lucro cessante, que serão vistos a seguir.

Deve haver uma relação de causa-efeito entre a conduta e o dano, ao que a doutrina dá o nome de nexos causal.

Por fim, apenas para os casos de responsabilidade civil na modalidade subjetiva, deve-se aferir a existência de dolo ou culpa, sendo o dolo a conduta intencional para determinado resultado e culpa quando o dano advém de imprudência, negligência ou imperícia.

### **1.1 Dano emergente**

Conforme visto, dano material é o prejuízo patrimonial sofrido pela vítima, que pode ser de duas naturezas: dano emergente e lucro cessante.

Dano emergencial diz respeito ao que o lesado efetivamente perdeu. Portanto, pode ser mensurado financeiramente e indenizado. Há autores que

defendem ser também indenizável o dano indireto, que seria aquele decorrente não da conduta, mas do dano direto. A ideia remete a uma cadeia de prejuízos, em que a vítima sofre um prejuízo principal (dano direto) e, como consequência deste suporta outro, indireto.

O dano emergente pode ser ainda classificado como dano presente, ou dano futuro. Parte da doutrina defende que por força do art. 403 do Código Civil<sup>[1]</sup>, o ordenamento jurídico pátrio só teria dotado o dano presente. D'outra banda, os defensores da dicotomia argumentam que a ausência de previsão legal não seria óbice à indenização de dano futuro, uma vez que só haveria exigência de dano decorrente de "efeito direto e imediato", pouco importando o momento em que se produz.

### **1.2 Lucros Cessantes**

Por sua vez, os lucros cessantes consistem na frustração na expectativa de um ganho, ou, na conceituação dada pelo art. 402 do Código Civil, o que o credor "*razoavelmente deixou de lucrar*".

Não se trata de uma projeção hipotética: cabe ao credor demonstrar que o lucro seria auferido não fosse a ocorrência da conduta danosa. Ainda que tenha certa carga de probabilidade, deverá ser indicada de forma concreta, ainda que parcialmente, o montante do prejuízo e de que forma o ganho seria alcançado, de forma a demonstrar uma "certeza de pertença futura"<sup>[2]</sup>.

## **2. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE**

A teoria da perda de uma chance consiste, essencialmente, na indenizabilidade de uma chance perdida. Em outras palavras, trata-se de indenizar uma oportunidade de ganho que deixou de ser experimentada por uma conduta lesiva. Apesar de haver alguns civilistas que consideram a perda de uma chance uma subespécie de dano emergente, neste trabalho, perfilha-se a corrente que costuma situá-la entre os danos emergentes e os lucros cessantes, como uma modalidade intermediária de dano patrimonial.

O Ministro Luis Felipe Salomão, quando do julgamento do REsp 1.190.180/SP, tratou do tema com brilhantismo, pelo que se passa a transcrever trecho do seu voto:

*Primeiramente, cumpre delinear, com mais precisão, do que cogita a teoria aventada no acórdão recorrido, conhecida no direito brasileiro, por influência francesa, de "teoria da perda de uma chance". É certo que, ordinariamente, a responsabilidade civil tem lugar somente quando há dano efetivo verificado, seja moral, seja material, este último subdivido na clássica estratificação de danos emergentes e lucros cessantes. Nesse cenário, a teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Daí porque a doutrina sobre o tema enquadra a perda de uma chance em uma categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, mas, tampouco, se reduz a um dano hipotético (cf. SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007). No mesmo sentido é o magistério de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, no sentido de aplicar-se a teoria da perda de uma chance "nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, conseguir um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc" (Comentários ao novo Código Documento: 12820604 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 6 de 10 Superior Tribunal de Justiça Civil, volume XIII (...). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 97). Com efeito, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por*

*ato ilícito de terceiro. Conclui-se, com amparo na doutrina, que a chance perdida guarda sempre um grau de incerteza acerca da possível vantagem, ainda que reduzido, de modo que "se fosse possível estabelecer, sem sombra de dúvida, que a chance teria logrado êxito, teríamos a prova da certeza do dano final e (...) o ofensor seria condenado ao pagamento do valor do prêmio perdido e dos benefícios que o cliente teria com a vitória na demanda judicial. Por outro lado, se fosse possível demonstrar que a chance não se concretizaria, teríamos a certeza da inexistência do dano final e, assim, o ofensor estaria liberado da obrigação de indenizar" (SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p. 101).*

A perda de chance não se confunde com o dano emergente: neste, indeniza-se o dano patrimonial efetivo, certo; aquela procura reparar uma perda incerta, mas com probabilidade de ocorrência. A identificação com os lucros cessantes é maior, mas cumpre distinguir tais modalidades.

Ao contrário do lucro cessante, na perda de uma chance não se indeniza um dano, um resultado, mas a oportunidade perdida; assim, não é necessária prova concreta do prejuízo, mas apenas a demonstração de que a conduta gerou a perda da possibilidade de tentar, não sendo necessário provar que a vítima seria agraciada pelo resultado útil por ela cobijado.

Com efeito, apesar da teoria guardar certo grau de incerteza quanto a possível vantagem, a chance deve ser razoável, séria, com reais chances de ser atingida. Nas palavras da Ministra Nancy Andrighi, *"a adoção da teoria da perda de chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a possibilidade de perda da chance de lucro para atribuir a tal fato as consequências adequadas"* (REsp 1.079.185).

Assim, se por um lado deve-se cuidar para não deixar danos sem a devida indenização, é necessário cautela para não se indenizar meras probabilidades.

Por essa razão, a prova da perda de uma chance se mostra mais difícil ao credor, que além de apontar a conduta a alijar a possibilidade de ganho, deve

demonstrar que tal possibilidade certamente iria se concretizar caso a conduta não se verificasse.

Em conhecido caso, uma candidata que participava do Programa Show do Milhão, veiculado pelo SBT, desistiu de responder uma questão, ficando com os 500 mil reais que já tinha assegurado em etapas anteriores do jogo. Posteriormente, foi a justiça pleitear o complemento do valor, alegando que teria sido formulada pergunta sem resposta possível. O Superior Tribunal de Justiça findou por condenar a emissora ao pagamento de R\$120 mil, equivalente a um quarto do valor que faltava, por ser a essa a probabilidade matemática de acerto de questão com quatro assertivas. O relator afirmou não haver como concluir, *“mesmo dentro da esfera de probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão”*(REsp 788.459).

A doutrina costuma apontar que a definição do valor da indenização pela perda de uma chance é sempre delicada e problemática. Como a chance é algo possível, mas incerto, a indenização não deve corresponder exatamente ao que se deixou de ganhar. Tampouco deve ficar muito aquém.

Conforme já consignado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.254.141/PR), *“admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional”*.

Um exemplo trazido por Felipe P. Braga Netto<sup>[3]</sup>, elucida bem a questão:

*“Em determinado caso, um médico e professor universitário foi a um congresso em Washington, representando o Brasil na organização Pan-americana de saúde. Na volta, surpreendeu-se com o extravio da bagagem, que continha materiais didáticos, projetos, estudos, presentes etc. No dia seguinte ao retorno, prestaria um exame de seleção de mestrado. O abalo psíquico, segundo o médico, aliado à perda da bagagem (contendo material de estudo) foi a causa da reprovação na seleção. Ele foi indenizado pelos danos morais, mas não,*



*como pretendia, com o valor correspondente à bolsa integral que teria se fosse aprovado no mestrado.*

*O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao votar, ponderou: 'Entendo que a companhia aérea não pode ser condenada a indenizar o valor integral da bolsa que o autor perdeu por ter prestado concurso em condições psicológicas adversas. É possível que esse incidente lhe tenha trazido transtorno, abalando-o a ponto de não prestar um bom concurso. Deve ser indenizado por isso. Incluo até também uma parcela correspondente à perda da chance de prestar um melhor exame. Condenar a companhia a pagar o valor da bolsa é dar como certo o fato de que o autor teria sido aprovado no concurso, como também o fato de que não foi aprovado por causa do extravio. Como tudo isso são probabilidades, penso que a reparação deve ser deferida, mas não no valor correspondente a o da bolsa (STJ, REsp 300.190, 4ª T., DJ 18/03/02).'*

Assim, o magistrado da causa deverá ponderar acerca da oportunidade perdida, devendo estabelecer, quanto maior a probabilidade de ganho, maior o valor da indenização.

## **CONCLUSÃO**

O instituto da responsabilidade civil prevê a reparação daquele que foi vítima de um prejuízo em decorrência de ato de outrem. Para que esteja configurada a necessidade de indenizar, faz-se necessário que estejam presentes os seguintes elementos: a) a conduta, seja comissiva ou omissiva; b) o dano, patrimonial ou extrapatrimonial; c) o nexo causal entre a conduta e o dano; e apenas para os casos de responsabilidade civil subjetiva, d) a culpa ou dolo.

Os civilistas costumam classificar os danos materiais em dano emergente e lucro cessante. O primeiro seria tudo aquilo que se perdeu; o segundo, o que se deixou de ganhar, dentre essas duas modalidades, alguns doutrinadores costumam citar a perda de uma chance.



A indenização pela perda de uma chance consiste na necessidade de indenizar a vítima, não por uma perda patrimonial, ou por ter deixado de auferir um ganho, mas pela perda de uma oportunidade que poderia trazer uma situação financeira mais favorável. Apesar da teoria guardar certo grau de incerteza quanto a possível vantagem, a chance deve ser razoável, séria, com reais chances de ser atingida, não devendo ser indenizada meras probabilidades.

O maior problema na aplicação da Teoria da Perda de uma chance está na definição do valor da indenização. Como a chance é algo possível, mas incerto, a indenização não deve corresponder exatamente ao que se deixou de ganhar. Tampouco deve ficar muito aquém. Cabe ao julgador, num juízo de ponderação, fixar o valor, observando que quanto mais provável a chance de êxito, mais próximo do valor do ganho perdido deve ser arbitrada a indenização.

#### REFERÊNCIAS

Braga Netto, Felipe Peixoto. Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ. 12.ed.rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. O dano na responsabilidade civil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1805, 10jun. 2008. Disponível em: . Acesso em: 30 maio 2017.

DUQUE, Bruna Lyra; FONSECA, Cesar Augusto Martinelli. A teoria pela perda de uma chance e a sua caracterização como dano emergente.. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10782](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10782)>. Acesso em maio 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil: obrigações. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

GARCIA, Fábio Bittencourt. *Breves considerações acerca da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 197. Disponível em: Acesso em: 30 mai. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: . Acesso em maio 2017.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007

#### **NOTAS:**

[1] Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

[2] SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. Pág. 17

[3] Braga Netto, Felipe Peixoto. Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ. 12.ed.rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. Pág. 283.

## SERVIDÃO CULTURAL EM PAUTA: UMA ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE ENVOLTÓRIA DO PATRIMÔNIO CULTURAL TOMBADO

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

**Resumo:** Inicialmente, ao se analisar o tema colocado em debate, prima anotar que a servidão administrativa se apresenta como direito real público que permite a Administração utilizar a propriedade imóvel para viabilizar a execução de obras e serviços que atendam ao interesse público. Nesta toada, é verificável que, com a substancialização da servidão administrativa, ocorre o exercício paralelo de outro direito real em favor de um prédio, o qual passa a ser denominado de *dominante*, ou mesmo de uma pessoa, de modo tal que o proprietário não é mais o único a exercer os direitos dominiais sobre a *res*. O entorno do patrimônio cultural protegido é de fácil fixação, porquanto, em consonância com o artigo 18 do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, sem prévia autorização do Instituto Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou capaz de reduzir a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou, ainda retirar o objeto, fixando-se, em tal hipótese, multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto. Convém mencionar que o dispositivo supramencionado estabelece, ainda, como consequência da servidão, a inviabilidade de edificação de obras tendentes a alterar o cenário em que o patrimônio cultural tombado se explicita, de modo a assegurar, de maneira maximizada, o alcance dos efeitos oriundos do ato de reconhecimento cultural.

**Palavras-chaves:** Intervenção do Estado. Servidão Administrativa. Servidão Cultural.

**Sumário:** 1 Intervenção do Estado na Propriedade: Breve Escorço Histórico; 2 Ponderações Introdutórias ao Instituto da Servidão Administrativa; 3 Fundamentos da Servidão Administrativa; 4 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 5 Servidão Cultural em Pauta: Uma análise da intervenção do Estado na Propriedade Envoltória do Patrimônio Cultural Tombado.

---

### 1 Intervenção do Estado na Propriedade: Breve Escorço Histórico

Em uma primeira plana, o tema concernente à intervenção do Estado na propriedade decore da evolução do perfil do Estado no cenário contemporâneo. Tal fato deriva da premissa que o Ente Estatal não tem suas ações limitadas tão somente à manutenção da segurança externa e da paz interna, suprindo, via de consequência, as ações individuais. *“Muito mais do que isso, o Estado deve perceber e concretizar as aspirações coletivas, exercendo papel de funda conotação social”*[1], como obtempera José dos Santos Carvalho Filho. Nesta esteira, durante o curso evolutivo da sociedade, o Estado do século XIX não apresentava essa preocupação; ao reverso, a doutrina do *laissez faire* assegurava ampla liberdade aos indivíduos e considerava intocáveis os seus direitos, mas, concomitantemente, permitia que os abismos sociais se tornassem, cada vez mais, profundos, colocando em exposição os inevitáveis conflitos oriundos da desigualdade, provenientes das distintas camadas sociais.

Quadra pontuar que essa forma de Estado deu origem ao Estado de Bem-estar, o qual utiliza de seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por meio de uma intervenção decidida, algumas das consequências consideradas mais penosas da desigualdade econômica. *“O bem-estar social é o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias”*[2], compreendo, aliás, as exigências materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente considerados. Com realce, são as necessidades consideradas vitais da comunidade, dos grupos, das classes que constituem a sociedade. Abandonando, paulatinamente, a posição de indiferente distância, o Estado contemporâneo passa a assumir a tarefa de garantir a prestação dos

serviços fundamentais e ampliando seu espectro social, objetivando a materialização da proteção da sociedade vista como um todo, e não mais como uma resultante do somatório de individualidades.

Neste sentido, inclusive, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo N° 672.579/RJ, firmou entendimento que *“ainda que seja de aplicação imediata e incondicional a norma constitucional que estabeleça direitos fundamentais, não pode o Ente Estatal beneficiar-se de sua inércia em não regulamentar, em sua esfera de competência, a aplicação de direito constitucionalmente garantido”*[3]. Desta feita, para consubstanciar a novel feição adotada pelo Estado, restou necessário que esse passasse a se imiscuir nas relações dotadas de aspecto privado. *“Para propiciar esse bem-estar social o Poder Público pode intervir na propriedade privada e nas atividades econômicas das empresas, nos limites da competência constitucional atribuída”*[4], por meio de normas legais e atos de essência administrativa adequados aos objetivos contidos na intervenção dos entes estatais.

Com efeito, nem sempre o Estado intervencionista ostenta aspectos positivos, todavia, é considerado melhor tolerar a hipertrofia com vistas à defesa social do que assistir à sua ineficácia e desinteresse diante dos conflitos produzidos pelos distintos grupamentos sociais. Neste jaez, justamente, é que se situa o dilema moderno na relação existente entre o Estado e o indivíduo, porquanto para que possa atender os reclamos globais da sociedade e captar as exigências inerentes ao interesse público, é carecido que o Estado atinja alguns interesses individuais. Ao lado disso, o norte que tem orientado essa relação é a da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo verdadeiro postulado político da intervenção do Estado na propriedade. *“O princípio constitucional da supremacia do interesse público, como modernamente compreendido, impõe ao administrador ponderar, diante do caso concreto, o conflito de interesses entre o público e o privado, a fim de definir, à luz da proporcionalidade, qual direito deve prevalecer sobre os demais”*[5].

## **2 Ponderações Introdutórias ao Instituto da Servidão Administrativa**

Inicialmente, ao se analisar o tema colocado em debate, prima anotar que a servidão administrativa se apresenta como direito real público que permite a Administração utilizar a propriedade imóvel para viabilizar a execução de obras

e serviços que atendam ao interesse público. Nesta toada, é verificável que, com a substancialização da servidão administrativa, ocorre o exercício paralelo de outro direito real em favor de um prédio, o qual passa a ser denominado de *dominante*, ou mesmo de uma pessoa, de modo tal que o proprietário não é mais o único a exercer os direitos dominiais sobre a *res*. Com realce, insta ponderar que a servidão administrativa estabelecida em favor de prédio materializa a servidão real, ao passo que se beneficiar determinada pessoa constituirá a servidão pessoal. Afora isso, mister se faz sobrelevar que a servidão administrativa, consoante as lições apresentadas pelo festejado José dos Santos Carvalho Filho, consiste no “*direito real público que autoriza o Poder Público a usar a propriedade imóvel para permitir a execução de obras e serviços de interesse coletivo*”<sup>[6]</sup>.

Não discrepa de tal entendimento Meirelles que, com o destaque reclamado, coloca em evidência que a “*servidão administrativa ou pública é ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública*”<sup>[7]</sup>. Ressoando o sedimento doutrinário, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao apreciar a Apelação Cível N° 70039145073, já decidiu que a “*servidão administrativa é direito real de uso, estabelecido em favor da Administração Pública ou de seus delegados, incidente sobre a propriedade particular*”<sup>[8]</sup>. É plenamente observável, notadamente a partir do escólio adotado, que as servidões administrativas dão ao a um direito real público, eis que sua instituição decorre da atuação do Ente Estatal, com o fito primevo de atender a fatores de interesse público. Nesta senda, é observável, justamente, que o aspecto caracterizador que difere o instituto em tela da servidão decorrente do direito privado, norteadas pelas disposições albergadas pela Lei N° 10.406, de 10 de janeiro de 2002<sup>[9]</sup>, tendo como participantes da relação jurídica pessoas de iniciativa privada, descansa justamente na presença do Ente Estatal.

Além disso, o núcleo fundamental de ambos os institutos ora mencionados se alicerçam no mesmo paradigma. Neste almiré, em que pese a identidade de núcleos, perceptíveis são os aspectos distintivos da servidão privada e da servidão administrativa, quais sejam: a) a servidão administrativa busca atender a interesse público, ao passo que a servidão privada, respaldada pelo Estatuto Civil, visa satisfazer interesse privado; b) a servidão administrativa sofre o



influxo dos ditames e princípios do direito público, ao passo que as servidões privadas estão sujeitas aos cânones e corolários do direito privado. Constitui verdadeiro ônus real imposto a um imóvel, particular ou público, no interesse de satisfazer o interesse público. Ao lado disso, com efeito, cuida salientar que, em sede de servidão administrativa, o imóvel serviente poderá ser tanto um privado, o que ocorre comumente, ou mesmo o público. Afora isso, em se tratando de limitação singular, a constituição do instituto em tela é passível de indenização ao proprietário.

### 3 Fundamentos da Servidão Administrativa

Ao se analisar a servidão administrativa, mister se faz aludir que o fundamento da instituição da intervenção do Estado na propriedade privada encontra descanso na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, tal como a função social da propriedade, claramente delineada no artigo 5º, inciso XXIII[10], e artigo 170, inciso III[11], ambos da Constituição Federal de 1988. Assim, o sacrifício da propriedade cede lugar ao interesse público que inspira e norteia a atuação interventiva do Ente Estatal. Inexiste uma disciplina normativa federal específica acerca das servidões administrativas, sendo comumente utilizada a norma insculpida no artigo 40 do Decreto-Lei N° 3.365, de 21 de junho de 1941[12], que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. *“Com esforço interpretativo, contudo, podemos entender que o titular do poder de instituir as servidões é o Poder Público (que na lei é o expropriante) e que, em alguns casos, será observado o procedimento da mesma lei para a instituição do ônus real”*[13].

São exemplos mais comuns da servidão administrativa a instalação de redes elétricas e a implantação de gasodutos e oleodutos em áreas privadas para a execução de serviços públicos. A acepção clássica do instituto em discussão envolve a nomeado servidão de trânsito, isto é, aquela que provoca a utilização do solo, promovendo a redução da área útil do imóvel do proprietário. Farta é a jurisprudência, inclusive, que explicita a natureza de servidões administrativas as hipóteses apresentadas acima, consoante se infere:

**Ementa:** Apelação cível. Servidão de eletroduto. Passagem de linha de transmissão de energia elétrica. Controvérsia quanto ao valor da indenização. - A servidão



administrativa enseja ao proprietário do imóvel o direito a justa e prévia indenização em dinheiro. - Servidão administrativa é direito real de uso, estabelecido em favor da Administração Pública ou de seus delegados, incidente sobre a propriedade particular. Sua instituição acarreta indenização dos prejuízos efetivamente sofridos pelo particular, não se indenizando o valor total da propriedade. - Laudo pericial realizado judicialmente que não apresenta irregularidades, devendo ser utilizado para fins de arbitramento da indenização pelos prejuízos sofridos pelo proprietário do imóvel serviente. Negaram provimento à apelação. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Terceira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70036651628/ Relatora: Desembargadora Matilde Chabar Maia/ Julgado em 02.08.2012) (grifou-se).

**Ementa:** Apelação. Indenização. Desapropriação indireta. Prolongamento de ruas projetado. Canalização de esgoto. Servidão administrativa. No caso, não está em questão apenas a destinação futura da área, mas o uso atual, já efetivado, segundo os apelantes. O uso de imóvel para escoamento do esgoto municipal pode ser considerado como servidão administrativa, pois, nessa hipótese, não se efetiva a transferência da propriedade, configurando-se apenas um ônus especial ao bem. Sendo considerada servidão administrativa, embora os proprietários continuem com o domínio e a posse, cabível indenização se comprovado prejuízo decorrente da restrição de uso da propriedade. Nessas circunstâncias, não há como considerar a parte autora carecedora de ação por falta de interesse processual, pois necessita de tutela de utilidade jurídica. Sentença desconstituída. Deram parcial provimento ao apelo. Unânime. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70037997202/ Relator:

Desembargador Alexandre Mussoi Moreira/ Julgado em 13.06.2012) (destacou-se).

**Ementa:** Apelação cível. Condomínio. Ação de indenização. Corte de grama. Servidão administrativa de passagem. Ônus do proprietário do imóvel. 1. A servidão administrativa constitui-se em restrição ao uso da propriedade, imposta pelo Poder Público ao particular (neste caso) com o objetivo de resguardar interesse da coletividade, regendo-se ou por acordo firmado entre as partes, ou por sentença judicial. 2. No caso dos autos, houve acerto amigável formalizado através de Escritura Pública, da qual se extrai que os proprietários foram indenizados pela PETROBRÁS pelos prejuízos (presentes e futuros) decorrentes da mencionada servidão, ocasião em que outorgaram plena e irrevogável quitação, declarando nada mais ter a reclamar "a qualquer título". 3. Como se não bastasse os termos da quitação outrora outorgada, os proprietários permaneceram utilizando a área para circulação (inclusive para trânsito de veículos), devendo, portanto, suportarem os ônus decorrentes de sua conservação. Apelo desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Décima Nona Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70046929196/ Relator: Desembargador Eugênio Facchini Neto/ Julgado em 27.03.2012) (grifou-se).

*“Algumas vezes as servidões administrativas são suportadas pelas particulares ou pelo Poder Público sem qualquer indenização, dado que sua instituição não lhes causa qualquer dano, nem lhes impede o uso normal da propriedade”[14], a exemplo do que se verifica na afixação de placa de denominação de rua ou de gancho para sustentar fios de rede energia elétrica dos trólebus em parede de prédio situado em determinados cruzamentos, bem como com a colocação de postes nas calçadas por concessionárias de serviço público. Com efeito, não se verifica nas situações explicitadas acima qualquer*

interferência, por parte do Ente Estatal, que possa produzir prejuízos ao proprietário particular, não cabendo, portanto, em teoria, verba indenizatória.

#### **4 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios**

Em sede de comentários introdutórios, cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. *“A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”*<sup>[15]</sup>. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que *“o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental”*<sup>[16]</sup>. Quadra anotar, por imperioso, que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como

elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

**Ementa:** Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que *“expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo”*[17]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. *“O patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas*

*comunidades e grupos em função de seu ambiente”[18], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.*

O Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[19], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[20], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio.

Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Fiorillo[21], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos insertos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

### **5 Servidão Cultural em Pauta: Uma análise da intervenção do Estado na Propriedade Envoltória do Patrimônio Cultural Tombado**

Preliminarmente, delinear, de maneira conceitual, o entorno do patrimônio cultural protegido é de fácil fixação, porquanto, em consonância com o artigo 18 do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, sem prévia autorização do Instituto Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou capaz de reduzir a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou, ainda retirar o objeto, fixando-se, em tal hipótese, multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

Marchesan[22] vai apontar que o dispositivo do decreto-lei supramencionado diz menos do que deveria, tendo efeito contido em suas linhas acerca das elementares.

Nesta esteira, a expressão “vizinhança” compreende tudo aquilo que é passível de interferência na apreensão do bem tombado, devendo, pois, o bem localizado em sua proximidade ou não. No mais, “como o decreto-lei que rege o tombamento no plano nacional não especificou sequer o procedimento administrativo para delimitação e especificação das restrições que recaem sobre a área de entorno” (MARCHESAN, s.d., p. 17), sendo que normalmente ocorre que o órgão responsável por estabelecer o tombamento agrega a ele uma portaria, por meio da qual especifica o entorno e explicita as restrições que serão cominadas aos sujeitos os bens nele inseridos. Neste passo, convém mencionar que o dispositivo supramencionado estabelece, ainda, como consequência da servidão, a inviabilidade de edificação de obras tendentes a alterar o cenário em que o patrimônio cultural tombado se explicita, de modo a assegurar, de maneira maximizada, o alcance dos efeitos oriundos do ato de reconhecimento cultural.

Trata-se, portanto, de reconhecer que, no cenário urbano em que o patrimônio cultural encontra-se inserto, incumbe àquele o destaque e não os demais imóveis que se encontram nas cercanias. Ora, os imóveis servientes desempenham papel secundário, materializando apenas o cenário propício em que o bem tombado se encontra, de maneira a assegurar a máxima visibilidade do bem protegido. Igualmente, o artigo 18, apesar de tímido e acanhado em suas disposições, estabelece a proibição da poluição visual ou, ainda de colocação de objetos capazes de alterar, comprometer ou destoar a visibilidade no cenário em que o bem se encontra integrante.

Farias[23], ainda, vai explicitar que o procedimento administrativo tendente à criação da área do entorno observe os requisitos abaixo: (i) localização precisa do sítio cultural ou natural e seus limites com as parcelas territoriais que envolvem a área circundante afetada; (ii) dados jurídicos precisando os proprietários e os ocupantes das parcelas territoriais mediatas; (iii) indicação detalhada do sítio qualificado na categoria de proteção prevista no inciso V do artigo 216 da Constituição Federal; (iv) estado de preservação legal acerca do sítio inicial, principalmente o seu diagnóstico detalhado, se está ameaçado de prejuízo iminente ou eventual; (v) histórico descritivo sobre as condições arquitetônicas ou



ecológicas das áreas circundantes e informações sobre eventuais projetos de trabalhos ou atividades de construção urbana ou rural, de reforma agrária, de expropriação etc., que possam repercutir na área envoltória.

Di Pietro<sup>[24]</sup>, ainda, vai sustentar que a servidão oriunda do artigo 18 do decreto-lei em comento aperfeiçoa típica intervenção do Estado na propriedade privada, na qual aparece o prédio tombado como dominante e os prédios da vizinhança, afetados pelos desdobramentos do princípio da proteção do entorno, como servientes. Interessante, ainda postular que, apesar de se tratar de típica servidão, a autora supramencionada considera que o dever de respeito à ambiência não é passível de indenização. Igualmente, inexistente no ordenamento jurídico a distância média do bem tombado sobre a qual incide a servidão em comento, variando diante do caso concreto, tendo como balizador a moldura e os elementos contextualizadores do patrimônio tombado, de maneira a assegurar que sua representatividade cultural seja preservada.

#### REFERÊNCIA:

**BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017

\_\_\_\_\_. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei N° 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei N° 9.985, de 18 de Julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III



e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais.** 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

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

FARIAS, Bernadete Ferreira. **Zonas de proteção:** novas limitações ao direito de propriedade. Florianópolis: Obra Jurídica, 1994.

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

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **O Entorno dos Bens Tombados na Legislação Brasileira**. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

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

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

#### NOTAS:

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 711.

[2] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 661.

[3] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo N° 672.579/RJ. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito administrativo. Servidor público. Adicional noturno. Regime de plantão semanal. Necessário reexame da legislação infraconstitucional. Análise do contexto fático-probatório. Impossibilidade. Incidência da súmula 279 do STF. Agravo regimental desprovido. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 29.05.2012. Publicado em 19 jun. 2012. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[4] MEIRELLES, 2012, p. 662.

[5] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso em Mandado de Segurança N° 27.428/GO. Administrativo. Servidor público. Determinação de abertura de conta corrente em instituição financeira pré-determinada. Recebimento de proventos. Possibilidade.

Recurso ordinário improvido. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 03.03.2011. Publicado em 14mar. 2011. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[6] CARVALHO FILHO, 2011, p. 717.

[7] MEIRELLES, 2012, p. 688.

[8] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível N°70039145073. Apelação cível e recurso adesivo. Servidão de eletroduto. - A apelação interposta contra sentença que não foi alterada no julgamento dos embargos de declaração prescinde de ratificação para ser recebida pelo juízo de primeiro grau. Precedentes desta Corte. Ausência de previsão legal de ratificação da apelação interposta antes do julgamento dos embargos declaratórios. - Recurso adesivo que se apresenta intempestivo e deserto. Não conhecimento. - Servidão administrativa é direito real de uso, estabelecido em favor da Administração Pública ou de seus delegados, incidente sobre a propriedade particular. Sua instituição acarreta indenização dos prejuízos sofridos pelo particular, não se indenizando o valor total da propriedade, mas tão-somente a diminuição do valor do imóvel. - Acolhimento do laudo realizado pelo perito judicial, pois profissional equidistante das partes, observado o contraditório, a ampla defesa, e utilizado o método comparativo. - Atualização do valor depositado para imissão provisória na posse até a data do laudo judicial, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da demandada. - Verba honorária minorada em observância ao disposto no art. 27, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41, com a redação introduzida pela MP nº 1.997-33/99. Rejeitaram a preliminar, não conheceram do recurso adesivo e deram parcial provimento à apelação. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Matilde Chabar Maia. Julgado em 03 nov. 2011. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[10] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017: “**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: (omissis) **XXIII** - a propriedade atenderá a sua função social”.

[11] Ibid: “**Art. 170**. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

*digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (omissis) III - função social da propriedade”.*

[12] Idem. **Decreto-Lei N° 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017: “**Art. 40.** *O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei’.*

[13] CARVALHO FILHO, 2011, p. 719.

[14] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 891.

[15] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017, p. 15-16.

[16] MEIRELLES, 2012, p. 634.

[17] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do *jus excludendi* de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (n° 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[18] BROLLO, 2006, p. 33.

[19] BRASIL. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[20] BROLLO, 2006, p. 33.

[21] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 80.

[22] MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **O Entorno dos Bens Tombados na Legislação Brasileira.** Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017, p. 16.

[23] FARIAS, Bernadete Ferreira. **Zonas de proteção:** novas limitações ao direito de propriedade. Florianópolis: Obra Jurídica, 1994, p. 65.

[24] PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo.** 20 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.