

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 825

(Ano IX)
(28/10/2017)

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

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



26/10/2017 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Crimes militares praticados contra civil - competência de acordo com a Lei 13.491/17](#)

ARTIGOS

27/10/2017 Lucas Grangeiro Bonifácio

» [Anencéfalo e o direito à vida: consequências jurídicas do julgamento da ADPF 54](#)

27/10/2017 Bruno Betti Costa

» [A extradição de Cesare Battisti](#)

27/10/2017 Verônica Miranda Pereira

» [Penhorabilidade do bem de família imóvel de alto valor: análise sob o prisma do mínimo existencial](#)

27/10/2017 Paula Fabrine Andrade Pires

» [Responsabilidade civil do Estado por omissão](#)

26/10/2017 Fernanda Aparecida Borges de Andrade

» [Impenhorabilidade do bem de família: extensão do benefício ao fiador](#)

26/10/2017 Priscila Rodrigues Ghedini

» [Análise acerca da possibilidade de extinção de tributo mediante dação em pagamento de bens móveis](#)

26/10/2017 Camila Padilha Fernandes

» [Qual medida processual tomar quando um juiz declina sua competência?](#)

25/10/2017 Kássio Henrique dos Santos Aires

» [A mulher e o ordenamento jurídico: Uma análise do tratamento de gênero pela legislação civil brasileira](#)

25/10/2017 Rogério Faustino da Silva Júnior

» [O princípio da transcendência no âmbito processual trabalhista](#)

25/10/2017 Felipe Gustavo Galesco

» [A Teoria do Adimplemento Substancial do Contrato de Seguro](#)

24/10/2017 Maristela Aparecida Dutra

» [Da representação legal nos negócios jurídicos](#)

24/10/2017 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

» [Decadência Moral, Violência Sexual](#)

24/10/2017 Magno Ritchiely Barbosa Cipriano

» [A relação de trabalho e a relação de emprego e suas diferenças](#)

24/10/2017 Roberto Monteiro Pinho

» [Acesso a justiça e o direito negligenciado](#)

23/10/2017 Mariana Caitano da Silva Barbosa

» [A legalidade da penhora do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço em razão do inadimplemento do devedor de alimentos](#)

23/10/2017 Lilia Marques de Andrade

» [Reflexão sobre a limitação temporal para reclamação do vício oculto e redibitorio a luz do Código de Defesa do Consumidor e Código Civil Brasileiro](#)

23/10/2017 Rogério Faustino da Silva Júnior

» [Efeitos da justiça gratuita no processo do trabalho no âmbito da reforma trabalhista](#)

23/10/2017 Roberto Monteiro Pinho

» [LOMAN reacionária contaminou o Judiciário](#)

CRIMES MILITARES PRATICADOS CONTRA CIVIL - COMPETÊNCIA DE ACORDO COM A LEI 13.491/17

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.

A Lei 13.491/17 alterou a competência das Justiças Militares Federal e Estadual, promovendo sua ampliação.

O intento deste trabalho é traçar, despretensiosamente, as primeiras linhas interpretativas da alteração legal, inclusive abrindo espaço para alguns questionamentos que ainda podem ser objeto de acesa polêmica doutrinária e jurisprudencial.

Uma primeira alteração de monta diz respeito ao afastamento da Justiça Comum dos crimes dolosos contra a vida praticados por militares das forças armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) contra civis. A competência agora passa a ser da Justiça Militar Federal. Isso porque a legislação sob comento alterou o conceito de “crime militar” para abranger os casos previstos agora no artigo 9º., § 2º., incisos I a III do CPM. [\[1\]](#) Portanto, algum caso de suposto homicídio de civil ocorrido em ações das Forças Armadas, em apoio às forças de Segurança Pública dos Estados, por exemplo, como tem ocorrido, será de competência da Justiça Militar Federal.

Não há inconstitucionalidade na alteração, vez que a Constituição Federal, quanto aos Militares da União, apenas dispõe em seu artigo 124 que cabe à Justiça Militar “processar e julgar os crimes militares definidos em lei”. Assim sendo, no campo da Justiça Militar Federal, a competência está atrelada ao conceito do que seja “crime militar” e esse conceito é atribuído, pela própria CF, à lei ordinária. Quando o Código Penal Militar define como crime militar, mesmo o homicídio de civil por militar em dadas circunstâncias, apenas cumpre o mandamento constitucional de proceder à definição de crime militar e, por reflexo, delimitar a competência da Justiça Militar Federal. Observe-se que quando se trata na CF da competência da Justiça Militar Federal, não existe previsão de ressalva quanto aos crimes dolosos contra a vida de civil (vide artigos 122 a 124, CF).

Essa limitação se dá, somente no caso da Justiça Militar Estadual, nos termos do artigo 125, § 4º., CF. Ali se estabelece a competência da Justiça Militar Estadual para o julgamento dos “militares dos Estados” nos “crimes militares definidos em

lei”. Entretanto, existe a ressalva da competência do júri quando a vítima for civil, o que demonstra que a competência nos crimes dolosos contra a vida de civil, perpetrados, em tese, por militares, ainda que no exercício da função, será da competência da Justiça Comum Estadual (Tribunal do Júri).

Dessa forma a Lei 13.491/17 não poderia, sob pena de inconstitucionalidade, retirar a competência do Júri e atribuir à Justiça Militar Estadual o processo e julgamento de crimes dolosos contra a vida perpetrados, em tese, por Policiais Militares contra civis, ainda que no exercício da função. Tal alteração somente seria possível por meio de emenda constitucional.

Então, a legislação em destaque manteve, em seu artigo 9º., § 1º., a competência da Justiça Comum Estadual (Tribunal do Júri) para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil. A alegação de que se estaria fazendo referência a um suposto “Tribunal do Júri” da Justiça Militar soa absolutamente absurda. A uma porque simplesmente não existe tal previsão sequer no Código de Processo Penal Militar, o qual somente prevê os procedimentos ordinário ou comum e procedimentos especiais, inexistindo sequer menção à instituição do Tribunal do Júri. [2] A duas, porque é notório que a Constituição Federal ao tratar do “júri” no artigo 125, § 4º., somente poderia se referir àquele afeto à Justiça Comum, mesmo porque inexistente Tribunal do Júri no âmbito da Justiça Militar, conforme antes exposto. Além disso, pretender distorcer o texto constitucional e agora o legal para falar de um *fantástico* Tribunal do Júri Militar é pretender tapar o sol com peneira, como popularmente se diz, quanto às motivações da emenda constitucional que retiraram da Justiça Militar os crimes dolosos contra a vida perpetrados por Policiais Militares, devido a pressões internacionais e tratados sobre Direitos Humanos de que o país é signatário, tendo em vista a alta letalidade em confrontos (e aqui não se discute a questão da legalidade ou não das mortes, já que se trata de uma competência para processo e julgamento, quando prevalece, até prova em contrário, a presunção de inocência). Não obstante, é uma “cegueira deliberada” pretender ocultar as circunstâncias em que a Emenda Constitucional 45/04 se construiu no que tange a essa guinada da competência da Justiça Militar Estadual para o Tribunal do Júri, óbvia e notoriamente, da Justiça Comum Estadual, jamais militar. Como dito, era mesmo impossível que o legislador constituinte fizesse referência a um suposto “Tribunal do Júri Militar” inexistente, uma espécie de *espectro fantasmagórico jurídico* inventado “ad hoc” e “a posteriori” em atividade tipicamente corporativista. Se pretendesse sua criação, o constituinte derivado o faria expressamente, jamais procedendo a simples alusão do júri, na clara intenção de excepcionar e afastar a Justiça Militar. [3]

Correto o ensinamento de Rosa:

“No Brasil, o Júri é uma instituição da Justiça Comum dos Estados e excepcionalmente poderá existir no âmbito da Justiça Federal quando envolver interesses da União, como ocorre, por exemplo, quando um funcionário federal em serviço seja vítima de homicídio praticado por um cidadão, este será processado e julgado na Justiça Federal. Portanto, com base nos preceitos constitucionais e nas disposições estabelecidas na legislação infraconstitucional não é possível a existência do Tribunal do Júri no âmbito da Justiça Militar dos Estados, Distrito Federal e União”. [4]

Porém, no que tange aos demais crimes, o inciso II, do artigo 9º., ganhou nova redação, ampliando sobremaneira a competência da Justiça Militar Estadual. Agora todos os crimes, previstos no CPM ou mesmo sem previsão neste e somente na Legislação Penal Comum (Código Penal e Leis Esparsas), serão julgados pela Justiça Militar, desde que, em resumo, sejam praticados por Policial Militar em serviço, no exercício da função. [5] Crimes como os de Abuso de Autoridade (Lei 4898/65) ou de Tortura (Lei 9455/97), embora sem previsão expressa no CPM, passam a ser de competência da Justiça Militar Estadual, desde que perpetrados por Policiais Militares no exercício das funções.

Observe-se que quanto aos crimes de abuso de autoridade praticados por militar contra civil, existe a Súmula 172, STJ, determinando a competência da Justiça Comum. Da mesma forma, há a Súmula 6 do STJ, afirmando que no caso de acidente de trânsito com viatura da Polícia Militar, se houver vítima civil, a competência também seria da Justiça Comum. Há ainda a Súmula 75, STJ, estabelecendo a competência da Justiça Comum para o julgamento de policial militar no crime de promoção ou facilitação de fuga de preso de estabelecimento penal. Além disso, no caso de desacato que não seja praticado “contra superior, militar ou assemelhado ou funcionário civil no exercício de função ou em razão dela, em lugar sujeito à administração militar”, tem sido considerada a competência da Justiça Comum, ainda que “praticado por militar em serviço”. [6] No entanto, à vista da nova redação legal explícita, tais mandamentos jurisprudenciais podem ser revistos.

Uma questão que pode, talvez, manter a competência da Justiça Comum nestes casos, é o fato de que a atividade de policiamento ostensivo – preventivo não é considerada “militar”, mas civil. Isso porque a atividade policial não tem natureza originalmente militar. Ela é integrante das atividades civis. Mir é enfático ao afirmar que “o policial está inserido em contexto diametralmente oposto ao do militar”. [7] Dessa forma, considerando que o Policial Militar no exercício de

policiamento ostensivo – preventivo não estaria em atividade de natureza militar, realmente a competência permaneceria na Justiça Comum. Essa é uma possibilidade interpretativa, mas não há como saber, no momento, qual será o posicionamento dos Tribunais. Arriscando uma opinião, entende-se que a tendência seja a de atribuir à Justiça Militar todo o qualquer suposto delito perpetrado por Policial Militar em serviço, após o advento da Lei 13.491/17. Contudo esse não será o melhor direcionamento interpretativo, vez que submeteria militares a uma espécie de foro privilegiado quando cometem, em tese, crimes contra civis e em atividade tipicamente civil (atividade policial). É de entender que a norma trazida pela Lei 13.491/17 não é inconstitucional em si, mas pode ser inquinada desse vício de acordo com a interpretação e aplicação que se lhe empreste na prática forense.

Loureiro Neto, por exemplo, tem uma visão ampla do seria um militar em serviço. Afirmo o autor que “a expressão ‘em serviço’ deve ser entendida como qualquer atividade de natureza militar *ou policial militar* praticada pelo militar em cumprimento a determinação superior” (grifo nosso). [8]

Outro problema interessante diz respeito ao direito intertemporal. Como ficarão os casos que atualmente estão na Justiça Comum Estadual e Federal e que passaram a ser de competência da Justiça Militar?

Quando ocorre alteração de competência territorial, há discussão sobre a aplicação da chamada “*perpetuatio jurisdictionis*”, ou seja, a manutenção da competência original, mesmo com a mudança territorial. Esse é o entendimento majoritário (no caso de alteração de competência territorial – “*ratione loci*”), por aplicação por integração do artigo 43, CPC, nos termos do artigo 3º., CPP. Há, contudo, entendimento de que o processo deve deslocar-se para o novo juízo competente, já que, ao reverso do CPC, o CPP não contém regra para esse tipo de situação (posição minoritária).

Ocorre que no caso da alteração da competência da Justiça Comum para a Militar, não se trata de competência territorial relativa (“*ratione loci*”), mas sim de competências absolutas em razão da matéria (“*ratione materiae*” – crimes militares) e em razão do cargo (“*ratione personae*” – militares). Esses casos são excepcionados até mesmo pelo artigo 43, CPC de forma expressa. A “*perpetuatio jurisdictionis*” ali é determinada apenas quanto à competência territorial, excetuando-se as alterações de “competência absoluta”. Portanto, pode-se dizer que à unanimidade o entendimento será de que os feitos em andamento deverão ser remetidos à Justiça Militar para prosseguimento. Isso deve ser aplicado também com relação aos Inquéritos Policiais em andamento na Polícia Civil que versem sobre casos onde houve alteração da competência, pois, em se tratando agora de crimes militares, passam a ser de atribuição da Polícia Judiciária Militar.

Doutra banda, permanecendo os crimes dolosos contra a vida praticados, em tese, por Policiais Militares contra civis, quando em serviço, de competência da Justiça Comum, perdeu o legislador uma preciosa oportunidade de por fim à celeuma acerca da atribuição de Polícia Judiciária Civil ou Militar para sua apuração na fase de Inquérito. Isso porque, embora se possa concluir pela atribuição da Polícia Civil, já que a competência é da Justiça Comum, conforme norma constitucional (artigo 125, § 4º., CF e mesmo do CPM, artigo 9º., § 1º.), permanece em vigor (há que discutir a validade), o artigo 82, § 2º., do CPPM, o qual dispõe que: “Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum”. Este último dispositivo, desde que não se o considere inconstitucional frente ao disposto no artigo 125, § 4º., CF, atribuiria à Polícia Judiciária Militar a condução das investigações, mesmo em caso de crimes dolosos contra a vida de civil, supostamente perpetrados por Policiais Militares. Somente depois de concluída a fase investigatória e remetido o feito à Justiça Militar, esta o enviaria à Justiça Comum. A questão gera controvérsia e isso poderia ter sido solvido pelo legislador, a nosso ver, estabelecendo claramente a atribuição da Polícia Civil para essas apurações, ou então, o que nos parece incoerente com a intenção da norma constitucional, atribuindo de maneira clara a atribuição à Polícia Judiciária Militar e afastando expressamente a atuação da Polícia Civil. De qualquer forma, teríamos maior segurança jurídica e sairíamos do atoleiro de interpretações díspares em que nos encontramos. Obviamente, quanto aos crimes dolosos contra a vida perpetrados por militares das Forças Armadas, a atribuição somente pode ser da Polícia Judiciária Militar respectiva, pois que atualmente passam a ser também da competência da Justiça Militar Federal.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMPANINI, João Carlos. A criação do Tribunal do Júri na Justiça Militar. Disponível em <http://www.oliveiracampaniniadvogados.com.br/artigos/a-criacao-do-tribunal-do-juri-na-justica-militar/>, acesso em 16.10.2017.

LOBÃO, Célio. *Direito Processual Penal Militar*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIR, Luís. *Guerra Civil*. São Paulo: Geração Editorial, 2004.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Tribunal do Júri na Justiça Militar – Impossibilidade Jurídica. Disponível em <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/3573213> , acesso em 16.10.2017.

NOTAS:

[1] A redação é a seguinte: Art. 9º., § 2º. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: I- do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas conforme o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais (...).

[2] Cf. LOBÃO, Célio. *Direito Processual Penal Militar*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 449.

[3] Essa tese de pretender que o “júri” previsto na CF e agora no artigo 9º., § 1º., CPM, seja um “Tribunal do Júri Militar”, é defendida de forma esdrúxula por Campanini em artigo jurídico, jamais tendo sido acatada desde a Emenda 45/04. Cf. CAMPANINI, João Carlos. A criação do Tribunal do Júri na Justiça Militar. Disponível em <http://www.oliveiracampaniniadvogados.com.br/artigos/a-criacao-do-tribunal-do-juri-na-justica-militar/>, acesso em 16.10.2017.

[4] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Tribunal do Júri na Justiça Militar – Impossibilidade Jurídica. Disponível em <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/3573213> , acesso em 16.10.2017.

[5] Artigo 9º., II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados”...

[6] BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 311.

[7] MIR, Luís. *Guerra Civil*. São Paulo: Geração Editorial, 2004, p. 417.

[8] LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 23.

ANENCÉFALO E O DIREITO À VIDA: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO JULGAMENTO DA ADPF 54

LUCAS GRANGEIRO BONIFÁCIO: Técnico Judiciário da Justiça Federal de Primeiro Grau - SJPB, atuando como Oficial de Gabinete do Juízo da 6ª Vara Federal/SJPB. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar as consequências jurídicas do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 pelo Supremo Tribunal Federal, mormente em relação à condição de ente humano do feto anencéfalo, bem como no atinente aos seus direitos sucessórios. Trata-se de questão polêmica, uma vez que a ação trabalha com temas pendentes de melhor definição na área jurídica, em especial no Biodireito, tais como o questionamento em relação a quando, para o direito, começa e termina a vida. Para tanto, o método de abordagem utilizado será o hipotético-dedutivo; de procedimento, o comparativo; e a técnica de pesquisa, a documentação indireta.

Palavras-Chave: Direito Constitucional; ADPF 54; Direito à vida; Anencefalia; Direitos Sucessórios.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the legal consequences of the judgment of the Argument of Non-compliance with the Fundamental Precept 54 by the Federal Supreme Court, especially in relation to the human condition of the anencephalic fetus, as well as to its inheritance rights. This is a controversial issue, because the action works with pending issues of better definition in the legal area, especially in the right field, such as the questioning of when, for the law, life begins and ends. To do so, the approach method used will be the hypothetico-deductive method; of procedure, the comparative; and the research technique, indirect documentation.

Keywords: Constitutional right; ADPF 54; Right to life; Anencephaly; Sucessory Rights.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. A ANENCEFALIA SEGUNDO A MEDICINA; 3. TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS; 4. DIREITO À VIDA; 4.1. DIREITO À VIDA SEGUNDO

A DOCTRINA NACIONAL; 4.2. DIREITO À VIDA DO FETO ANENCEFALO SEGUNDO O STF; 5. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA EXISTÊNCIA DE MERO CONFLITO APARENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO; 6. CONCLUSÕES; 7. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 trata de questão polêmica em nossa sociedade. Tem a ação como objetivo a declaração de inconstitucionalidade de interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal pelo qual a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico resta incriminada. Desse modo, estar-se-ia reconhecendo direito subjetivo da gestante a realização de tal procedimento, quando de sua vontade^[1].

Polêmica por, essencialmente, três motivos. Primeiro, a ação trabalha com temas pendentes de melhor definição na área jurídica, em especial no biodireito, tais como o questionamento em relação a quando, para o direito, começa e termina a vida. Segundo, a ação implica, mesmo que indiretamente, numa avaliação sobre a influência da religião no Estado. Cada crença propaga seus valores e ideais sobre os limites da vida, não podendo o Estado adotar um deles em detrimento dos outros, mas estando impedido, também, de simplesmente escanteá-los. Terceiro, a *atipicidade da* antecipação terapêutica do parto representa uma bandeira de luta do movimento feminista em prol dos direitos reprodutivos da mulher e a sua liberdade em sentido amplo.

Por esses motivos, foi realizada audiência pública nos dias 26 e 28 de agosto e 04 e 16 de setembro de 2008^[2]. Estiveram presentes representantes de diversos setores da sociedade, os quais podemos dividir em quatro grupos: (1) representantes da religião ou filosofia, em que destacamos a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Igreja Universal e a Associação Médico-Espírita do Brasil; (2) profissionais da saúde, dentre os quais o Conselho Federal de Medicina e a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia; (3) representantes das mulheres, como a Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais

e Direitos Reprodutivos; (4) e representantes dos deficientes, a exemplo da Escola da Gente^[3].

No conjunto dos argumentos presentes na ocasião destacamos dois: (1) o feto de anencéfalo não apresenta vida em potencial, podendo ser comparado a um natimorto cerebral; (2) o feto com anencefalia é ser vivo e, portanto, deve ter tutelado seu direito a vida. O primeiro argumento foi apresentado, em geral, pelos profissionais da saúde; o segundo, pelos representantes religiosos^[4].

A escolha entre um dos dois argumentos leva a diferentes técnicas de resolução do caso. Se o feto tem direito a vida, passa-se à ponderação de direitos, através da técnica do sopesamento. Se não o tem, basta a interpretação conforme a Constituição dos citados artigos do Código Penal. Em outras palavras, a escolha entre um dos argumentos acaba por resultar em juízo sobre a existência de colisão real de princípios fundamentais ou mero conflito aparente.

No julgamento da ADPF 54, que se deu nos *dias 11 e 12 de abril de 2012*, resultou vencedora a segunda tese, ou seja, a de que não há conflito real de princípios fundamentais.

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo verificar as consequências práticas de o STF ter decidido que no mérito da questão haveria mero conflito aparente de direitos, ou seja, da negativa do direito à vida a tais fetos. O Tribunal utilizou um critério material, e não meramente formal, sobre a vida, considerando aquele feto como um natimorto cerebral.

A importância da análise reside no fato de que parte da sociedade civil defendia a existência de vida no feto anencefálico, merecendo esta tutela. Assim, a negativa do Tribunal em relação a tal direito assenta visão diversa na matéria, resultando diversas consequências que afetam a sociedade e podem ser objeto de futuras querelas jurídicas, tais como o status jurídico de tal feto, as questões pertinentes a sua personalidade jurídica.

2. A ANENCEFALIA SEGUNDO A MEDICINA

Fixar o significado de certos conceitos se mostra necessário para a clareza do artigo e a seleção apropriada do objeto de pesquisa. Segundo a literatura médica, ocorre aborto quando a interrupção da gravidez se dá antes da 20ª semana. Perante a lei, aborto é a interrupção dolosa da gravidez a qual se segue a morte do feto. Nesse caso a morte seria consequência do abortamento. Entretanto, há exclusão de ilicitude nos casos de tal procedimento representar único meio de salvar a vida da gestante, ou quando a gravidez resulta de estupro. No primeiro caso denominamos aborto terapêutico; no segundo, sentimental, humanitário ou ético[5]. A literatura médica ainda registra o aborto eugênico[6], que é a interrupção da gravidez da criança portadora de deficiências físicas e/ou mentais, que exigiriam cuidados especiais.

Segundo a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), a anencefalia é grave anomalia fetal que resulta na falha do fechamento do tubo neural. Não a possibilidade de sobrevivência. A maior parte desses fetos apresenta parada nos batimentos cardíacos fetais antes do parto; uma pequena parcela apresenta batimentos fora do útero, situação, porém, que persiste apenas por algumas horas ou raramente por alguns dias[7].

A antecipação terapêutica do parto, como a própria nomenclatura afirma, consiste na antecipação do parto a fim de assegurar a saúde da mãe, já que a permanência do feto em seu útero é potencialmente perigosa, representando mesmo risco de vida. Difere do aborto, já que neste a morte do feto é produto do procedimento, enquanto no caso dos fetos anencéfalos a morte é inevitável.

A anencefalia é uma malformação congênita. Podemos definir malformação como uma anomalia irreversível da formação de um tecido ou de órgão, resultante de um problema intrinsecamente ligado ao desenvolvimento embrionário. São qualificadas de congênitas, porque perceptíveis no momento do nascimento[8]. Elas possuem caráter heterogêneo. Podem ser únicas ou múltiplas, primárias ou secundárias. As primárias são resultado de um evento intrínseco ao desenvolvimento, ou seja, têm causa genética. Podem se produzir em qualquer dos estados de desenvolvimento intrauterino, podendo se manifestar através de

consequências funcionais e alterações morfológicas[9].As secundárias resultam de um fator extrínseco ao processo normal de desenvolvimento. Resulta tanto da perturbação do processo de formação normal de uma estrutura, quanto pela lesão de um órgão ou estrutura já formados[10]. Por outro lado, a diferenciação em múltiplos ou únicas se refere ao desenvolvimento concomitante de diversas malformações.

A anencefalia se origina de uma neurulação anormal que ocorre ainda no primeiro mês de gestação[11]. Pode ter causas genéticas ou ambientais, dentre as quais destacamos vírus, uso de certas drogas durante a gestação, radiações, ausência de ácido fólico, entre outros[12].

De acordo com Alberto MVL et al[13], os fetos portadores dessa anomalia possuem as seguintes características:

“o encéfalo posterior aparece como uma massa vâsculo esponjosa (estroma angiomaso) na base do crânio, com ausência simétrica da calvária acima das órbitas. Quando o defeito do fechamento do tubo neural é extenso, pode estar associada à raquisquise. Um feto anencefálico a termo pode ser natimorto ou pode viver por algumas horas ou dias, estando os hemisférios cerebrais ausentes, dando uma aparência afundada à cabeça; o diencéfalo e o mesencéfalo podem estar ausentes também, já a hipófise na maioria das vezes está presente, embora seja muito pequena, sendo que a causa imediata da anencefalia trata-se da falência no crescimento do telencéfalo. Outra característica marcante é o aumento desproporcional da região dos ombros.”

A literatura médica assenta que importante na prevenção da anencefalia é a administração de ácido fólico à mulher nos meses que antecedem a gestação, ou mesmo nas primeiras semanas desta. De fato, pesquisas revelam que tal atitude pode diminuir em até 70% a incidência da doença[14].

No que diz respeito à gestante, a FEBRASGO afirma que é sensível a relação entre a anomalia e complicações na gravidez. Nesse sentido:

“A literatura científica demonstra a associação entre anencefalia fetal e maior frequência de complicações maternas, como hipertensão arterial e aumento do volume de líquido amniótico (polidrâmio), alterações respiratórias, hemorragias vultosas por descolamento prematuro da placenta, hemorragias no pós-parto por atonia uterina e embolia de líquido amniótico (grave alteração que cursa com insuficiência respiratória aguda e alteração na coagulação sanguínea). Portanto, a manutenção da gestação eleva o risco de morbimortalidade materna[15]”

Entretanto, é de se destacar pesquisa realizada por pesquisadores suíços com o objetivo de demonstrar a possibilidade de continuação normal da gravidez após o diagnóstico de anencefalia. Assim, o estudo foi realizado em um grupo de 211 mulheres grávidas de anencéfalos. Nesse quadro, 58% dos fetos pertenciam ao sexo feminino; enquanto 42%, ao sexo masculino. Apenas 7% deles morreram no útero, tendo 72% nascido com vida. Dentre estes a maioria sobreviveu apenas um dia[16].

3. TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS

A colisão de princípios fundamentais passa pela definição entre regras e princípios. Princípios são mandatos de otimização, que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus. Ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das realidades jurídicas e fáticas. Por outro lado, as regras são normas de caráter mais específico e que não admitem restrição no seu cumprimento. Elas ou podem ser cumpridas ou não. Não admitem realização em diferentes graus[17].

Os conflitos entre regras são resolvidos ou pela declaração de invalidade de uma das regras ou pela introdução, em uma delas, de uma cláusula de exceção que elimina o conflito. As colisões de princípios, por sua vez, são solucionadas pela técnica da ponderação. Diante de certas circunstâncias determinado princípio deve preceder a outro, isto é, diante do caso concreto os princípios adquirem pesos diversos e o de maior relevância deve prevalecer no caso[18].

A resolução da colisão de princípios se dá pelo princípio da proporcionalidade. Ele visa verificar a constitucionalidade das medidas

restritivas de direitos fundamentais, através da avaliação entre os fins procurados e os meios utilizados. Tal juízo é feito a partir dos três subprincípios da proporção: a adequação, a necessidade e a proporção em sentido estrito[19].

Pela adequação, o intérprete verifica se a medida utilizada está apta a atender um fim constitucionalmente legítimo. Ademais, deve verificar-se se o meio é adequado para atender a tal fim. Após tal juízo, podem restar diversos meios possíveis de se atingir a medida almejada. Deve-se, nesse sentido, escolher dentre os meios aptos para atingir o fim desejado, aquele menos lesivo aos princípios. Isto é, se não há a possibilidade de substituir a medida por outra menos gravosa. Esta segunda avaliação corresponde a aplicação do subprincípio da necessidade[20]. Por fim, aplica-se a proporcionalidade em sentido estrito. Aqui deve-se atribuir pesos aos direitos e verificar se a importância da realização do direito que prevalece compensa o grau de afetação ao direito restringido[21]. Nesses termos, Alexy elabora a seguinte lei de ponderação: *“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de um principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro”*[22]

Nesses termos, é bastante elucidativo o comentário feito por Carolina Lima sobre a técnica:

“O processo de ponderação ocorre em três etapas. Primeiro, o intérprete verifica a intensidade da restrição do direito fundamental. (...) Na sequência, deve-se justificar a importância da realização do direito antagônico. (...) Por fim, deverá o intérprete analisar se a importância da realização do fim pretendido é apta a justificar a intervenção no direito fundamental restringido.[23]”

Na carta de 1988, o rol dos direitos fundamentais é povoado de regras e princípios, estando estes em maior número. Isso porque grande parte deles encontra-se sob um enunciado de abertura semântica e de forte carga valorativa[24]. Nesse sentido, verificamos que o direito a vida do anencéfalo e o direito à liberdade reprodutiva da mulher se apresentam na forma de princípios, tal como definidos por Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

Baseado nesse raciocínio, parte da sociedade civil defendia que no caso em questão haveria colisão de direitos fundamentais que deveriam ser sopesados. Parte da doutrina também o afirmava. O STF, entretanto, no julgamento da causa não compartilhou de tal visão. Afirmou que havia conflito aparente de direitos, não possuindo o feto direito à vida, ante a sua inviabilidade. Percebe-se que foi fundamental para a preterição da técnica de proporção, no caso, o fato de o feto não ser considerado pela maioria dos ministros como sujeito de direitos.

4. DIREITO À VIDA

4.1. DIREITO À VIDA SEGUNDO A DOUTRINA NACIONAL

A vida não pode ser considerada em sentido puramente biológico, ou seja, direito de não ter interrompido o fluxo natural da vida a não ser pela morte, mas deve ser visto numa acepção biográfica. Assim, consiste no direito do indivíduo de “escrever” sua própria vida, ou seja, de possuir autonomia. Assim pensa o jurista José Afonso da Silva^[25]. Ele, ademais, encontra diversas dimensões na vida. Assim, aquele direito presente no art. 5º, caput, da CF teria imbricado em seu conteúdo o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e o direito à existência^[26].

O direito a existência faz referência ao “direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interferido o processo vital senão pela morte espontânea”^[27]. O direito a integridade física se relaciona com a proibição de agressões contra o corpo humano, já que este é o lócus da vida^[28]. Ademais, a vida humana também é povoada por valores imateriais, como os morais. Para o professor, “a moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial^[29]”. Nesse sentido, esta outra dimensão, referente a integridade moral, também é abarcada no direito à vida.

Em relação ao aborto, o jurista afirma que a Constituição parece não admiti-lo. Diz, ainda, que tudo irá depender da decisão sobre quando

começa a vida. Nesse sentido, afirma que a ele, parece-lhe já haver vida no feto[30].

Marcelo Alexandrino, por sua vez, afirma que a Constituição protege a vida intra e extra-uterina. Ademais, segundo o autor, a vida não se resume à sobrevivência física. Antes, possui um duplo aspecto: numa dimensão biológica, traduz o direito à integridade física e psíquica; numa dimensão mais ampla, significa o direito a existência digna[31].

Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que o direito à vida ocupa lugar de destaque no ordenamento brasileiro. Tal resulta tanto da Constituição quanto dos tratados internacionais em que o Brasil é parte. No Texto Magno o direito à vida é proclamado como o primeiro dos cinco valores que conformam a lista dos direitos fundamentais: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade[32]. Já no âmbito internacional, o autor enumera diversos tratados como a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, que elucidam o grande valor dado à vida, tomando-o como inerente à pessoa humana[33].

Ainda sobre o assunto, o autor trata sobre a titularidade da vida humana. Para ele, o ordenamento protege toda vida humana, ou seja, a vida pertencente ao ser humano. Nesse sentido, em sendo ser humano, este é titular do direito à vida. Ademais, humano seria todo ser resultante de fecundação entre os gametas feminino e masculino. Nesse sentido, cabe a citação:

“O nascituro é ser um ser humano. Trata-se indisputavelmente, de um ser vivo, distinto da mãe que o gerou, pertencente à espécie biológica do *homo sapiens*. Isso é o bastante para que seja titular do direito à vida – apanágio de todo ser que surge do fenômeno da fecundação humana. O direito à vida não pressupõe mais do que pertencer à espécie *homo sapiens*. Acreditar que somente haveria pessoa no ser dotado de autoconsciência é reduzir o ser humano a uma propriedade do indivíduo da espécie humana, que inclusive pode ser perdida ao longo da sua existências.[34]”

O autor ainda trata da questão do aborto e da possível colisão dos direitos da mãe e do nascituro. Nesse sentido, em suas palavras:

“Embora a gravidez também diga respeito à esfera íntima da mulher, o embrião humano forma um ser humano distinto da mãe, com direito à vida, carente de proteção eficaz pelos poderes públicos – não importando nem mesmo o grau de saúde ou o tempo de sobrevivência que se possa prognosticar para a criança por nascer. Daí a justificação da tutela penal, impeditiva de que o problema do aborto seja reconduzido a uma singela questão de autodeterminação da mãe – qualquer que seja o estágio de desenvolvimento da gravidez.[\[35\]](#)”

Alexandre de Moraes afirma que o direito à vida é pré-requisito para o exercício dos demais direitos. Ademais, o autor afirma que seu marco inicial deve ser dado pelo biólogo, devendo o jurista apenas fazer o enquadramento legal. Nesse sentido, o autor conclui que a vida viável começa com a nidação, quando se inicia a gravidez e finaliza afirmando que “a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina[\[36\]](#).”

Carolina Alves de Souza Lima, por sua vez, toma a vida como direito fundamental, sendo este pressuposto para a titularidade dos diversos direitos. Ademais, afirma a autora que o Texto Magno não faz distinção entre a vida intra e extra-uterina. Nesse sentido, ela elenca duas características de tal direito: todos os seres humanos têm direito à vida, ou seja, este é um direito universal; e ele tem início com a concepção[\[37\]](#).

Em relação a esta última característica da vida, cabe a seguinte citação:

“A partir da fecundação, há um novo ser, com individualidade própria e com carga genética já definida. O conceito se diferencia desde a concepção, tanto de sua mãe como de seu pai, como de qualquer pessoa. (...) A vida é protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, a partir da concepção, em decorrência de o Estado brasileiro ter incorporado ao sistema constitucional a Convenção Americana de Direitos Humanos, que tutela a vida desde aquele momento[\[38\]](#)”

Diante do apresentado, percebemos que o direito à vida é tratado pela doutrina, em termos gerais, em duas dimensões que aqui chamaremos aspecto formal e aspecto material. A primeira diz respeito aos seus marcos delimitatórios. Nesse sentido, a discussão sobre quando começa a vida, se com a concepção ou o nascimento. A segunda dimensão se relaciona com a dimensão imaterial da vida humana, que vai além do fator meramente biológico. Diz respeito a possibilidade do indivíduo ser inserido no mundo social, cultural e aí travar relações com seus pares. Trata-se, portanto, da dimensão biográfica daquele direito. Nesse sentido, é de se ressaltar que, segundo o apresentado, o feto anencefálico teria direito à vida se a tomássemos apenas em seu sentido formal. Entretanto, verifica-se inviável no que diz respeito ao material.

A partir da análise do julgamento da ADPF 54, verificamos que os ministros, no caso concreto, atribuíram maior valor ao aspecto material da vida em detrimento do formal. Nesse sentido, a partir de diversas constatações, como a total inviabilidade para a vida extra-uterina do feto anencefálico, os ministros decidiram que ele não seria titular do direito à vida. É o que passamos a tratar no próximo tópico.

4.2. DIREITO À VIDA DO FETO ANENCEFALO SEGUNDO O STF

No julgamento do mérito, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a antecipação terapêutica do parto consistiria em conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, II, do Código Penal. No julgamento, prevaleceu o voto do relator Min. Marco Aurélio.

O ministro começa a discutir, em seu voto, as diversas características do feto que apresenta anencefalia como a falta de parte do encéfalo e da calota craniana. A partir de tais constatações, elucida algumas consequências daí advindas, como a falta da vida psíquica, da mobilidade, da sensibilidade e da integração de quase todas as funções corpóreas^[39]. Conclui que tal feto é um natimorto, sem qualquer expectativa de vida. De fato, afirma o Ministro que “o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão.^[40]”

No que diz respeito à possibilidade do feto anencéfalo ser titular do direito à vida, o Ministro não reconhece sua titularidade, antes afirma que anencefalia e vida são termos contrários. São elucidativas suas palavras:

Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida^[41].

Percebemos, ante a leitura do voto do eminente ministro, que foi *sobrelevada* a importância do aspecto material da vida. Ora não há de se negar que no caso de feto anencéfalo há concepção. Esta resulta de fecundação entre gametas humanos tendo, portanto, um ser humano como resultado. Se há concepção e ser humano, segundo vários doutrinadores haveria vida. Certamente esta seria curta e inviável no ambiente extrauterino, já que a maioria de tais fetos morre alguns minutos ou horas após o seu nascimento, e que diante disso este direito à vida poderia ser restringido ante os direitos reprodutivos da mulher^[42], mas ainda assim ele estaria presente.

Não foi esta, entretanto, a opinião do douto ministro. Este afirmou, como supracitado, que tal feto não tem nem nunca terá tal direito. Para chegar a esta conclusão, ele observa que diante das incapacidades físicas do anencéfalo (falta de parte do encéfalo e da calota craniana) resulta faltosa a vida psíquica e a sensibilidade. Tais características acarretariam deficiência insanável impossibilitando que o aspecto material da vida fosse preenchido.

Nesse mesmo sentido se porta a Ministra Rosa Weber. Afirma que o direito não protege a mera vida orgânica, mas antes aquela que possibilite ao seu titular uma mínima interação social. Em suas palavras:

“Essa situação indica que para o direito o que importa não é o simples funcionamento orgânico, mas a possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social. Não interesse em proteger a mera vida orgânica. Até porque sabe-se que sem o cérebro o organismo não sobrevive por muito tempo e ainda que sobrevivesse não teria nenhuma função subjetiva a ser partilhada intersubjetivamente[43]”

A ministra ainda assevera que “o interesse jurídico é a proteção das capacidades de convivência, emoção, inter-relação, cognição, consciência” [44].

Nesse mesmo sentido, o Ministro Ayres Brito assevera que tal feto não tem direito a vida. Em suas palavras:

“Inexiste o crime de aborto naquelas específicas situações de interrupção voluntária de gravidez que tenha por objeto um natimorto cerebral, um ser padecente de inviabilidade vital. (...) o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação não é impeditivo da transformação desse organismo, que ali se desenvolve, numa pessoa humana em sentido biográfico[45]”

5. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA EXISTÊNCIA DE MERO CONFLITO APARENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO

Como podemos perceber, o Tribunal excelso negou o direito à vida ao feto anencefálico. Tal fica evidente quando verificamos que não foi utilizada a técnica da ponderação de direitos como técnica de julgamento. Ora, esta pressupõe uma colisão de direitos de diversos titulares. No caso concreto, entretanto, restou assentado que estão em questão apenas os direitos sexuais da mulher e sua dignidade humana. A preterição da técnica acaba por elucidar a não titularidade do direito à vida por parte do anencefálico. Ademais, tal posição foi expressamente sustentada pela maioria dos ministros ressaltando, aqui, a posição do ministro Marco Aurélio que afirmou serem antitéticos vida e anencefalia.

Dessa posição tomada pelo Tribunal, aduzimos algumas consequências: (1) o feto anencefálico não é considerado ser humano; (2) ele não é titular de direitos; (3) não possui personalidade jurídica; (4) não possui direitos sucessórios.

Paulo Gonet Branco afirma que a Constituição protege toda vida humana. Ressalta, ademais, que esta só está presente em seres humanos[46]. Assim, onde há ser humano existe vida, mas onde esta desaparece, aquele também passa a não existir. Nesse sentido, se é negado a titularidade do direito à vida ao feto anencefálico podemos deduzir que também lhe é interdito a qualidade de ser humano.

Em relação à titularidade de outros direitos, Afonso da Silva afirma que o direito à vida é pressuposto para a existência de todos estes outros. Afirma o jurista “que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos[47]”. Nesse sentido também se posiciona Paulo Gustavo Gonet Branco ao afirmar que “a existência humana é pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição[48]”. Assim, após pequena reflexão, podemos afirmar que se tal feto não é titular do direito à vida, não o será de qualquer outro direito.

No que diz respeito à personalidade jurídica, Carlos Roberto Gonçalves afirma que esta é a “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil[49]. O autor associa tal conceito ao de pessoa humana. Assim, afirma o autor que “todo aquele que nasce com vida, torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade[50]”. Flávio Tartuce afirma que a personalidade jurídica pode ser conceituada como sendo a “soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa”[51].

Em todos os casos, verifica-se que são pressupostos para a existência da personalidade jurídica no caso de pessoa natural (1) a vida, (2) a qualidade de ser humano. Ora, como acima comentado, o Tribunal decidiu que os anencéfalos não têm direito à vida, nem são seres humanos. Daí é corolário o fato de não possuírem personalidade jurídica.

O feto anencéfalo não é titular de direito à vida nem possui personalidade jurídica. É, então, forçoso admitir que não possui também direitos sucessórios, mesmo que nasça e respire. Gonçalves afirma que ocorre nascimento quando a criança é separada do ventre materno. Para se dizer que nasceu com vida, o autor afirma que basta ter respirado[52]. Isto porque "perante o nosso direito, qualquer criatura que venha a nascer com vida será uma pessoa, sejam quais forem as anomalias e deformidades que apresente"[53]. No caso de anencéfalo a regra é diversa. Mesmo que nasça e respire, não adquirirá personalidade jurídica, já que não possui direito à vida, nem é pessoa humana.

Tal constatação importa para o que diz respeito aos direitos sucessórios. Ora imaginemos a seguinte situação trazida por Gonçalves:

Muitas vezes torna-se de suma importância saber se o feto, que morreu durante o parto, respirou e viveu, ainda que durante alguns segundos, principalmente se, por exemplo, o genitor, recém-casado pelo regime da separação de bens, veio a falecer, estando vivos os seus pais. Se o infante chegou a respirar, recebeu, *ex vi legis*, nos poucos segundos de vida, todo o patrimônio deixado pelo falecido pai, a título de herança, e a transmitiu, em seguida, por sua morte, à sua herdeira, que era a sua genitora. Se, no entanto, nasceu morto, não adquiriu personalidade jurídica e, portanto, não chegou a receber nem a transmitir herança deixada por seu pai, ficando esta com os avós paternos[54].

Nesse caso, se o feto for de anencéfalo não importará se este respirou ou não, de qualquer forma não herdará o patrimônio. Isso porque ele não é titular de direitos à vida nem de qualquer outro direito, não possuindo também personalidade jurídica.

6. CONCLUSÕES

O artigo desenvolvido analisou as consequências para o mundo jurídico do julgamento da ADPF 54 pelo Supremo Tribunal Federal. Podemos identificar as seguintes: (1) o feto anencefálico não é considerado ser humano; (2) ele não é titular de direitos; (3) não possui personalidade jurídica; (4) não possui direitos sucessórios.

A discussão da condição jurídica do nascituro é questão ainda controversa no Direito. Há aqueles que defendem a aquisição da personalidade no momento da concepção – os denominados concepcionistas. Outros afirmam que só há personalidade no momento do nascimento – os natalistas. Há, ainda, estudiosos que afirmam estarem os direitos do nascituro já são assegurados quando no ventre da mãe, mas estão sujeitos a uma condição de suspensão de eficácia, o nascimento. Esta última linha é denominada teoria condicional.

No contexto dessa questão amplamente debatida e controversa no mundo jurídico, surge outra: a personalidade jurídica do feto anencefálico. O presente trabalho afirmou que tal feto não possui personalidade segundo a posição do STF no julgamento da ADPF 54. Entretanto, faz-se necessário estudo mais apurado sobre o caso, que analise a posição da doutrina nacional e internacional sobre o assunto e que aborde a forma como tal questionamento é tratado em ordenamentos jurídicos alienígenas.

Tal discussão tem especial relevo quando colocamos em debate a possibilidade de fetos anencefálicos serem titulares de direitos patrimoniais. De acordo com o entendimento clássico, basta que o feto respire na hora do nascimento para que adquira personalidade jurídica e, assim, os aqueles direitos. Ora, apesar da ausência de parte do encéfalo, o feto que apresenta tal anomalia geralmente respira quando nasce, morrendo alguns instantes após. Nesse sentido, perquire-se se ele poderia herdar e posteriormente transmiti-la, concluindo-se, conforme julgamento do STF, que não poderiam.

7. REFERÊNCIAS

ALBERTO, Miryan Vília Lança; GALDOS, Alvaro Carlos Riveros; MIGLINO, Maria Angélica; SANTOS, José Manoel dos. **Anencefalia**: causas de uma malformação congênita. Disponível em: <http://www.revistaneurociencias.com.br/edicoes/2010/RN1802/351%20revisao.pdf>. Acesso em 26 de ago. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº 54. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. 11e 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.radiojustica.jus.br/radiojustica/exibirHome!downloadArquivo.action?downloadConteudo=205160>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública ADPF 54. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição inicial Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>. Acesso em: 20 de nov. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Rel. Marco Aurélio na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em: 20 de abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº 54. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. 11e 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.radiojustica.jus.br/radiojustica/exibirHome!downloadArquivo.action?downloadConteudo=205157>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº 54. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. 11e 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.radiojustica.jus.br/radiojustica/exibirHome!downloadArquivo.action?downloadConteudo=205159>

DECHELOTTE, P; DELEZOÏDE, A.L. **Pathologie du développement: malformations congénitales.** Disponível em: <http://medidacte.timone.univ-mrs.fr/webcours/umvf/anapath/disciplines/niveaudiscipline/niveaumodule/chapitre5/leconimprim.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. **Posição da FEBRASGO sobre gravidez com fetos anencéfalos.** Disponível em: <http://itpack31.itarget.com.br/uploads/fba/arquivos/Carta-FETO-ANENCEFALO.pdf>. Acesso em 25 de ago. 2017.

GIORGI, Marcela Maria Gomes. **Aborto no poder judiciário: o caso da ADPF 54.** 2010. 186f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte geral.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

HERCULES, Hygino de C. **Medicina Legal: Texto e Atlas.** São Paulo: Atheneu, 2011

JAQUIER, M.; KLEIN, A; BOLTSHAUSER, E. **Spontaneous pregnancy outcome after prenatal.** Disponível em: <http://www.anencephalie-info.org/pdf/outcome.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017.

JURILOFF, Diana M.; HARRIS, Muriel J. **Mouse models for neural tube closure defects.** Disponível em: <http://hmg.oxfordjournals.org/content/9/6/993.full.pdf>. Acesso em 26 de ago. 2017.

LIMA, Carolina Alves de Lima. **Aborto e anencefalia: Direitos fundamentais em colisão.** 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2011

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2012.

PEREIRA, Gerson O.; GUSMÃO, Luiz Carlos B. **Medicina Legal Orientada**: Sinopse de assuntos de Medicina Legal orientada para os Cursos de Medicina, Direito e concursos da área. Recife: Nossa Livraria

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Lei de introdução e parte geral. 8ª ed. São Paulo: Método, 2012.

NOTAS

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição inicial Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>. Acesso em: 20 de nov. 2016. p. 22

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública ADPF 54. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: jun. 2017.

[3] GIORGI, Marcela Maria Gomes. **Aborto no poder judiciário**: o caso da ADPF 54. 2010. 186f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010. p. 73 – 78

[4]GIORGI, Marcela Maria Gomes. **Aborto no poder judiciário**: o caso da ADPF 54. 2010. 186f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010. p. 78 – 90

[5] HERCULES, Hygino de C. **Medicina Legal**: Texto e Atlas. São Paulo: Atheneu, 2011. p. 575 – 584

[6] PEREIRA, Gerson O.; GUSMÃO, Luiz Carlos B. **Medicina Legal Orientada**: Sinopse de assuntos de Medicina Legal orientada para os Cursos de Medicina, Direito e concursos da área. Recife: Nossa Livraria, 2011. p. 213.

[7] FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. **Posição da FEBRASGO sobre gravidez com fetos**

anencéfalos.

Disponível

em: <http://itpack31.itarget.com.br/uploads/fba/arquivos/Carta-FETO-ANENCEFALO.pdf>. Acesso em 25 de ago. 2017.

[8] DECHELOTTE, P; DELEZOÏDE, A.L. **Pathologie du développement: malformations congénitales.** Disponível em: <http://medidacte.timone.univmrs.fr/webcours/umvf/anapath/disciplines/niveaudiscipline/niveau module/chapitre5/leconimprim.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017. p. 01.

[9] Ibid, p.1

[10] Ibid, p.3

[11] ALBERTO, Miryan Vilia Lança; GALDOS, Alvaro Carlos Riveros; MIGLINO, Maria Angélica; SANTOS, José Manoel dos. **Anencefalia: causas de uma malformação congênita.** Disponível em: <http://www.revistaneurociencias.com.br/edicoes/2010/RN1802/351%20revisao.pdf>. Acesso em 26 de ago. 2017. p. 245.

[12] Ibid, p. 247

[13] Ibid, p.246

[14] JURILOFF, Diana M.; HARRIS, Muriel J. **Mouse models for neural tube closure defects.** Disponível em: <http://hmg.oxfordjournals.org/content/9/6/993.full.pdf>. Acesso em 26 de ago. 2017.

[15] FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. **Posição da FEBRASGO sobre gravidez com fetos anencéfalos.** Disponível em: <http://itpack31.itarget.com.br/uploads/fba/arquivos/Carta-FETO-ANENCEFALO.pdf>. Acesso em 25 de ago. 2017. p. 2

[16] JAQUIER, M.; KLEIN, A.; BOLTSHAUSER, E. **Spontaneous pregnancy outcome after prenatal.** Disponível em: <http://www.anencephalie-info.org/pdf/outcome.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017. p. 952

[17] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.85,86

[18] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993 p. 81-89

[19] LIMA, Carolina Alves de Lima. **Aborto e anencefalia: Direitos fundamentais em colisão.** 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 150.

[20] Ibid., p.157

[21] Ibid., p.158

[22] ALEXY, op.cit., p.161

[23] LIMA, op.cit., p. 160

[24] Ibid, p. 140

[25] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 197, 198

[26] Ibid, p.198

[27] Ibid, p.198

[28] Ibid, p.199

[29] Ibid, p.201

[30] Ibid, p.202

[31] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado.** 9ª ed. São Paulo: Método, 2012. p. 120

[32] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.289.

[33] Ibid., p. 290

[34] Ibid., p.293, 294

[35] Ibid., p. 297

[36] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 40

[37] LIMA, Carolina Alves de Lima. **Aborto e anencefalia: Direitos fundamentais em colisão.** 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p.37-40

[38] Ibid., p.42

[39] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Rel. Marco Aurélio na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em: 20 de abril 2017. p. 47

[40] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Rel. Marco Aurélio na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em: 20 de abril 2017. p. 50

[41] Ibid.p. 60

[42] LIMA, Carolina Alves de Lima. **Aborto e anencefalia: Direitos fundamentais em colisão**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011

[43] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº 54. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. 11e 12 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.radiojustica.jus.br/radiojustica/exibirHome!downloadArquivo.action?downloadConteudo=205157>.

[44] Idem

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº 54. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. 11e 12 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.radiojustica.jus.br/radiojustica/exibirHome!downloadArquivo.action?downloadConteudo=205160>

[46] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p; 291

[47] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.p. 198

[48] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., op. cit., p. 289

[49] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte geral**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 94

[50] Ibid. p. 94

[51] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral**. 8ª ed. São Paulo: Método, 2012. p. 116

[52] GONÇALVES. op.cit., p. 101

[53] GONÇALVES. op. cit., p. 102

[54] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte geral**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.102

A EXTRADIÇÃO DE CESARE BATTISTI

BRUNO BETTI COSTA: Especialista em Direito Administrativo, Advogado atuante na área e Professor de Direito Administrativo e Constitucional em universidades, bem como em cursos preparatórios para OAB e Concursos.

RESUMO: Desde março de 2007, o Brasil vem enfrentando uma discussão complexa a respeito do caso Cesare Battisti. O governo italiano alega que o ex-ativista é responsável por quatro assassinatos e que merece a prisão perpétua. O ministro da Justiça Tarso Genro concedeu a Battisti o *status* de refugiado. Agora, cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre a questão que tem causado polêmica e repercutido em toda a sociedade internacional.

PALAVRAS-CHAVES: Extradicação; Cesare Battisti; Supremo Tribunal Federal; Brasil; Itália.

SUMÁRIO: 1) Introdução; 2) Histórico; 3) Dos argumentos a favor da extradicação; 4) Impactos da extradicação ou asilo político; 5) Considerações Finais

1) Introdução

Cesare Battisti, ex-ativista italiano e um dos chefes da organização de extrema esquerda “Proletários Armados pelo Comunismo”, foi acusado pela Justiça Italiana de ter participação em quatro homicídios, entre os anos de 1977 e 1979, e foi condenado, em seu país, à prisão perpétua. Battisti viveu na França até que, em 2004, a Corte de Acusação de Paris determinou sua extradicação. No dia 18 de março de 2007, o ex-ativista foi preso no Brasil, onde aguarda seu julgamento.

Este trabalho, então, abordará a discussão sobre a extradicação de Cesare Battisti. Esse tema foi escolhido por estar inserido no tema geral do trabalho interdisciplinar: Decisões dos Tribunais Superiores. Além disso, o tema está sendo maciçamente veiculado nos meios de comunicações, o que também despertou o interesse do grupo.

É objetivo do trabalho é defender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o caso que, até o momento (o julgamento foi interrompido), é favorável à extradição de Cesare Battisti. Para tanto, fizemos uma leitura precisa de todo o teor do voto do ministro César Peluso, bem como de opiniões de outros juristas que discorreram sobre o assunto.

O trabalho apresentará o histórico do caso Cesare Battisti até a sua chegada ao Brasil, a discussão no Supremo Tribunal Federal e os impactos que o caso provocará nas sociedades brasileira e internacional.

2) Histórico

Cesare Battisti se dispôs a transformar a Itália numa sociedade comunista aos 22 anos. Encontrou no PAC, “Proletários Armados para o Comunismo”, grupo paramilitar de muito pouca expressão, o meio de lutar contra o regime político vigente. Mas ao PAC foram atribuídos quatro homicídios: de Antonio Santoro, um agente penitenciário, sob a alegação de maltratar prisioneiros, (1978); o de Pierluigi Torregiani, morto em Milão (1979); o de Lino Sabadin, sob a alegação de ser simpatizante do fascismo, morto em Veneza (também em 1979); e, finalmente, o de Andrea Campagna, agente policial que havia participado das primeiras prisões no caso Torregiani, morto em Milão (1979).

Em 1979, Battisti foi condenado a doze anos de prisão pelo crime de “participação em bando armado”, conseguiu fugir da prisão de Frosinone, em 4 de outubro de 1981, foi para a França e, durante cerca de um ano, viveu clandestinamente, em Paris. Logo depois mudou-se para o México, instalando-se em Puerto Escondido.

O presidente francês François Mitterrand indicou, em 21 de abril de 1985, no 65º Congresso da *Ligue des Droits de l'Homme*, que "pessoas envolvidas em atividades terroristas na Itália até 1981 e que tivessem abandonado a violência" poderiam optar pela não extradição para a Itália, caso não praticassem mais crimes. Acreditando nesta declaração, Battisti retornou para a França em 1990, mas acaba sendo preso, em razão de um pedido de extradição da justiça italiana, em 1991. Permaneceu na prisão de Fresnes por quatro meses, antes de ter sua extradição negada, em abril de 1991, pela Câmara de Acusação de Paris que o declara, por duas vezes, não extraditável.

Vive então na França, onde trabalhou como escritor e editor. Depois de quase dez anos do trânsito em julgado, o processo contra Battisti é reaberto na Itália, sendo o mais forte elemento da acusação o depoimento de um preso "arrepentido" - Pietro Mutti. Em fevereiro de 2004, o Conselho de Estado da França analisou novo pedido e autorizou que Cesare Battisti fosse extraditado. Porém, antes que o decreto fosse assinado, Battisti fugiu, em 24 de agosto de 2004. Foi preso em 18 de março de 2007 no Brasil, por conta de mandado de prisão preventiva para fins de extradição (PPE 581) expedido pelo Supremo Tribunal Federal.

Preso e com destino encaminhado para voltar a Itália, recorreu ao CONARE (Comite Nacional para Refugiados) e posteriormente ao Ministro da Justiça Tarso Genro, conforme orienta o artigo 29 da Lei 9474/97, que em Janeiro de 2009 considerou procedente o pedido de refúgio.

3) Dos Argumentos a favor da extradição

A República Italiana requereu ao Estado Brasileiro, em 2007, a extradição do italiano Cesare Battisti, nascido na cidade de Cisterna di Latina. Esse pedido é regulamentado pelo Tratado de Extradicação entre o Brasil e Itália, firmado em 1989 e promulgado em 1993, no qual em seu artigo 1º as partes se obrigam "a entregar à outra, mediante solicitação, segundo as normas e condições estabelecidas no [...] tratado, as pessoas que se encontrem em seu território e que sejam procuradas pelas autoridades judiciais da parte requerente, para serem submetidas [...] a execução de uma pena restritiva de liberdade pessoal". Cesare Battisti foi condenado na Itália à prisão perpétua, por quatro assassinatos; como descreve o relator do processo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso:

a) Homicídio de ANTONIO SANTORO, agente de custódia do cárcere de Udine, acontecido nessa cidade em 6.6.1977. Ditado por mera aversão às atividades profissionais da vítima e, ainda, provável sentimento de desforra de desavenças pessoais geradas durante o encarceramento, o crime teria sido praticado por Battisti, que simulou estar namorando em local próximo ao do fato e se aproveitou da distração da vítima para lhe desferir dois

tiros pelas costas (arts. 110, 112 nº 1, 575, 577 nº 3, 61 nº 10 do Código Penal italiano);

b) Homicídio de LINO SABBADIN, perpetrado em Mestre, em 16.2.1979. Battisti, no interior do estabelecimento comercial de propriedade da vítima, desfechou-lhe diversos tiros à queima-roupa. O motivo apurado para o delito consistiria em vingança pelo assassinato de um amigo de Battisti pela vítima, em tentativa de assalto ao estabelecimento (arts. 110, 112 nº 1, 575, 577 nº 3 do Código Penal italiano);

c) Homicídio de PIERLUIGI TORREGIANI, cometido em Milão, em 16.2.1979. Battisti teria participado do planejamento do homicídio desse joalheiro, também por vingança, executando-o mediante emboscada (arts. 110, 112 nº 1, 575 do Código Penal italiano);

d) Homicídio de ANDREA CAMPAGNA, ainda praticado em Milão, a 19.4.1979. Neste caso, Battisti participou do planejamento do crime e foi o autor dos cinco disparos que mataram a vítima à traição. A motivação consistiu em ter a vítima participado da prisão de alguns dos presumidos autores do homicídio de TORREGIANI (arts. 110, 112 nº 1, 61 nº 10, 575, 577 nº 3 do Código Penal italiano).

O STF baseado na Constituição Brasileira de 1988, no tratado citado, no Estatuto dos Refugiados, nos princípios gerais do Direito, na doutrina e na jurisprudência é favorável à extradição de Cesare Battisti. Enquanto, o Ministro da Justiça, Tarso Genro, mostra-se contrário; prova disso que, no dia 14 de janeiro de 2009, ele atribui o status de refugiado político ao ex-ativista de extrema-esquerda.

Todavia o STF entende que Battisti não poderia ser considerado refugiado, pois não se enquadraria nos requisitos do artigo 1º da Lei 9474/97:

“Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.”

Afinal, é evidente que os argumentos de Tarso Genro são equivocados, pois a insinuação de que, no período em que os crimes foram cometidos e julgados, o Estado italiano não era democrático e reprimia as ações armadas e os movimentos políticos, são infundados; uma vez que o julgamento de Cesare obedeceu o devido processo legal e os princípios do contraditório e da ampla defesa. Visto que o extraditando foi julgado por três tribunais italianos que o condenaram ou confirmaram sua condenação, pela autoria e co-autoria de homicídios qualificados com requintes de crueldade. Essa decisão foi posteriormente confirmada pelos dois tribunais franceses que apreciaram o pedido de extradição quando Cesare encontrava-se na França. O que foi novamente retificado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Além disso, o argumento do extraditando de que o processo aconteceu à revelia é derrubado pelos próprios autos dos julgamentos, pois ele se fez representar por mais de um advogado, inclusive na Itália. Vejamos: a nomeação dos mesmos ocorreu por meio de duas cartas manuscritas e uma datilografada. Esse fato demonstra que Cesare exerceu seu direito de não comparecer pessoalmente perante a justiça e tinha pleno conhecimento do andamento dos processos. Além disso, vale lembrar que “a circunstância de que a condenação tenha ocorrido à revelia não constitui, por si só, motivo para recusa de extradição”, de acordo com o artigo 5º, “a” do supracitado Tratado de Extradção.

Outro argumento utilizado pelo Ministro da Justiça refere-se ao fato de Cesare ter ficado preso em locais que abrigavam presos políticos, portanto, demonstrando que os crimes cometidos pelo mesmo seriam dessa natureza. E, para justificar que os crimes seriam políticos, também sustentou que a concessão da extradição na França se deu por razões políticas, pois inicialmente Cesare havia conseguido asilo nesse país por ser considerado militante político de esquerda. Entretanto, esses argumentos não são suficientes para determinar a natureza política. Também, as perseguições políticas não ocorreram no país requerente, mas sim em um terceiro.

Mesmo que os crimes tenham sido cometidos por membros de uma facção política, da qual fazia parte o extraditando, eles foram marcados por crueldade e desprezo pela vida, como afirma o procurador-geral da República Antonio Fernando Souza “Cesare Battisti foi condenado por homicídios que, embora guardem certa motivação política, não tiveram como plano de fundo, por exemplo, uma manifestação ou rebelião, além do que ceifaram a vida de civis e de autoridades que se encontravam então indefesas”. E Cesar Peluso corrobora:

“Os homicídios dolosos, cometidos com premeditação pelo ora extraditando, não guardam relação próxima nem remota com fins altruístas que caracterizam movimentos políticos voltados à implantação de nova ordem econômica e social. Revelam, antes, puro intuito de vingança pessoal, enquanto praticados contra dois policiais, cujas funções eram exercidas em presídios que abrigavam presos políticos e comuns, e dois comerciantes que teriam reagido a anteriores tentativas de assalto a seus estabelecimentos.”

O artigo 1-F, “b” do Estatuto dos Refugiados confirma que o status de refugiado não pode ser atribuído a Cesare Battisti, pois as regras desse estatuto não são aplicadas àqueles que “cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados”. E a Lei nº 9.474/97, em seu artigo 1º, III, ainda diz que aqueles que praticaram crimes comuns considerados hediondos não poderão ser beneficiados com o refúgio e o homicídio qualificado se enquadra nessa categoria, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.072/90.

Quanto à extradição argumenta-se que ela não poderia ser concedida, haja vista terem os crimes prescritos; contudo, a prescrição só se dará em 2013, pois a pena imposta a Cesare transitou em julgado em 31 de março de 1993, data que inicia a contagem do prazo prescricional. Ressaltando que a prisão do mesmo para fins de extradição, no Brasil, também interrompeu o prazo de prescrição. Segundo Cesar Peluso, a defesa de Cesare provavelmente confundiu a prescrição da pretensão condenatória com a da pretensão executória, ao alegar que o prazo de prescrição começaria a correr em 13 de dezembro de 1988, quando o extraditando foi condenado em primeiro grau.

Como a lei brasileira proíbe constitucionalmente a prisão perpétua, o STF impõe uma condição à extradição:

“A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais – considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, ‘b’ da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo – estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira”.

Ou seja, o Estado Italiano deverá se comprometer a comutar a pena perpétua por privativa de liberdade por um período máximo de trinta anos, e que seja subtraído o tempo em que Cesare esteve preso no Brasil.

Uma vez ser todas as exigências e condições satisfeitas para a concessão de extradição (artigo 2º do citado Tratado)^[1] e não havendo nenhuma das hipóteses que possam configurar recusa (artigos 3º e 6º)^[2], o presidente será obrigado a cumpri-la, conforme o artigo 1º do Tratado de Extradição celebrado entre o Brasil e a Itália.

4) Impactos da extradição ou do asilo político

A decisão do Supremo Tribunal Federal referente ao pedido de extradição do governo italiano quanto ao ex-ativista Cesare Battisti trouxe, inicialmente, ao cenário brasileiro, grandes discussões sobre qual seria a decisão final do governo. Isso se deve, pois o Poder Executivo, representado na figura do Ministro da Justiça, procurou, em um primeiro momento, conceder o refúgio ao italiano. Contudo, o Poder Judiciário Nacional, representado pela figura do STF, apontou que a escolha, constitucional e internacionalmente correta, seria extraditá-lo.

Esse debate polêmico trouxe grande repercussão na mídia brasileira, uma vez que jornais, telejornais, programas de rádio e sites da internet de grande audiência e credibilidade passaram a veicular informações explicando o caso ocorrido, os argumentos de diversos grupos e personalidades no mundo político e jurídico a respeito do mesmo, bem como os prováveis desfechos de toda a história.

Além de aparecer como figura recorrente nas manchetes dos principais meios de comunicação nacional, o caso de Cesare Battisti também foi alvo de comentários por diversos países ao redor do globo, principalmente, na Itália, de onde o réu é nacional.

No mundo jurídico, o julgamento do pedido de extradição do ex-ativista gerou inflamados debates entre diversos doutrinadores e juristas. Até mesmo o Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, ensaiou a tentativa de demonstrar sua opinião frente à decisão do STF. Contudo, o próprio STF rebateu as declarações do presidente invocando o art. 102, inciso I, alínea “g”, da Constituição Federal de 1988, que determina ser competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal julgar e processar originariamente os pedidos de extradição solicitados por Estado estrangeiro.

Não obstante, pode-se citar como grupos de influência que debatem o tema e se portam de maneira a concordar com a extradição de Cesare Battisti, o Parlamento Europeu, o ex-ministro do STF, Francisco Rezek, o partido brasileiro Democratas e o Conare (Comitê Nacional de Refugiados).

Caso, a sentença do Supremo Tribunal Federal seja quanto à procedência da extradição, pode-se concluir que as relações internacionais entre Brasil e Itália, bem como entre o Brasil e a Comunidade Européia serão estreitados,

uma vez que, através de uma decisão legítima dentro da regulamentação do direito interno brasileiro, dos princípios gerais do direito e das determinações dos tratados, o pedido do governo italiano foi atendido. Além disso, a procedência do pedido refletirá, em um primeiro momento, a vontade do povo brasileiro, representado nas inúmeras pesquisas feitas pelos meios de comunicação que a todo o momento apontam ser a vontade popular a favor da extradição.

Todavia, caso o pedido seja julgado improcedente teremos a permanência do ex-ativista, acusado de vários crimes hediondos dentro do território brasileiro. Por fim, a improcedência levaria a um aumento de tensões nas relações entre Brasil e Itália o que poderia dificultar possíveis acordos futuros, fato que seria negativo para um país com grande potencial de ascensão no cenário internacional como o Brasil, que apenas conseguiu esse status graças à boa reputação no que concerne às relações internacionais.

5) Considerações Finais

Chegando ao final de nosso estudo, percebemos quão difícil e problemático é este tema.

Tema conflitante, cuja solução depende de uma hermenêutica profunda que, apenas, a Suprema Corte brasileira poderia solucionar.

O caso nos proporcionou a interdisciplinaridade das matérias do Direito. É um típico caso envolvendo Direito Internacional Público, passando por Direito Penal e, até mesmo, Direito Administrativo. Esta última disciplina, se manifesta no tocante ao asilo político concedido pelo Ministro da Justiça, uma vez ter sido concedida administrativamente.

Então, nosso estudo, como já demonstrado na seção 3 – Dos argumentos a favor da extradição – está de acordo com a prévia decisão do Supremo Tribunal Federal ao ser a favor da extradição do italiano Cesare Battisti.

Ao final do julgamento, brilhante será a sentença do STF se confirmar a extradição do italiano. Primeiro pelo cumprimento correto das leis envolvidas. Segundo pela pacificação de eventuais conflitos entre Brasil e Itália, o que poderia acarretar desnecessárias discussões.

Referências:

BRASIL. Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 28 de julho de 1951. Dispõe sobre **O estatuto dos refugiados e Apátridas**. Disponível em http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030623152049/20030623154056>. Acessado em 05/10/2009.

BRASIL. Decreto nº 863, de 9 de Julho de 1993. Dispõe sobre **Tratado de Extradicação entre Republica Federativa do Brasil e Republica italiana**. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/113208/decreto-863-93>>. Acessado em 02/10/2009.

BRASIL. Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre **Código Penal Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acessado em 05/10/2009.

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre **Os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, e determina outras providencias**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8072.htm>>. Acessado em 07/10/2009.

BRASIL. Lei nº 9.474 de 22 de Julho de 1997. Dispõe sobre **mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providencias**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acessado em 05/10/2009.

Br.br101.org. Disponível em . Acessado em 06/10/2009.

D' AGOSTINO, Rosanne. **Relator no STF vota por extradicação de Battisti, com diminuição da pena para 30 anos**. Disponível em

<<http://noticias.bol.uol.com.br/brasil/2009/09/09/ult5773u2408.jhtm>>.

Acessado em 02/10/2009.

O Estadão. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/especiais/entenda-o-caso-cesare-battisti,49329.htm>>. Acessado em 06/10/2009.

O Estadão. Disponível em . Acessado em 06/10/2009.

O Globo. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2009/09/10/para-leitores-cesare-battisti-deveria-ser-extraditado-767547912.asp>>. Acessado em 06/10/2009.

STF. **EXTRADIÇÃO 1.085-9 REPÚBLICA ITALIANA.** Dispõe sobre a decisão do relator Ministro Cesar Peluso sobre o extraditando Cesare Battisti. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/>> Acessado em 30/09/2009.

STF. **Ministro Cezar Peluso vota pela extradição de Cesare Battisti.** Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1861123/ministro-cezar-peluso-vota-pela-extradicao-de-cesare-battisti>>. Acessado em 05/10/2009.

NOTA:

[1] “ARTIGO 2

Casos que Autorizam a Extradicação

1. Será concedida a extradição por fatos que, segundo a lei de ambas as Partes, constituírem crimes puníveis com uma pena privativa de liberdade pessoal cuja duração máxima prevista for superior a um ano, ou mais grave.

2. Ademais, se a extradição for solicitada para execução de uma pena, será necessário que o período da pena ainda por cumprir seja superior a nove meses.

3. Quando o pedido de extradição referir-se a mais de um crime, e algum ou alguns deles não atenderem às condições previstas no primeiro parágrafo, a extradição, se concedida por um crime que preencha tais condições, poderá ser estendida também para os demais. Ademais, quando a extradição for solicitada para a execução de penas privativas de liberdade pessoal aplicadas por crimes

diversos, será concedida se o total das penas ainda por cumprir for superior a 9 meses.

4. Em matéria de taxas, impostos, alfândega e câmbio, a extradição não poderá ser negada pelo fato da lei da Parte requerida não prever o mesmo tipo de tributo ou obrigação, ou não contemplar a mesma disciplina em matéria fiscal, alfandegária ou cambial que a lei da Parte requerente.

[2] “ARTIGO 3

Casos de Recusa de Extradicação

1. A extradição não será concedida:

a) se, pelo mesmo fato, a pessoa reclamada estiver sendo submetida a processo penal, ou já tiver sido julgada pelas autoridades judiciárias da Parte requerida;

b) se, na ocasião do recebimento do pedido, segundo a lei de uma das Partes, houver ocorrido prescrição do crime ou da pena;

c) se o fato pelo qual é pedida tiver sido objeto de anistia na Parte requerida, e estiver sob a jurisdição penal desta;

d) se a pessoa reclamada tiver sido ou vier a ser submetida a julgamento por um tribunal de exceção na Parte requerente;

e) se o fato pelo qual é pedida for considerado, pela Parte requerida, crime político;

f) se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados;

g) se o fato pelo qual é pedida constituir, segundo a lei da Parte requerida, crime exclusivamente militar. Para os fins deste Tratado, consideram-se exclusivamente militares os crimes previstos e

puníveis pela lei militar, que não constituam crimes de direito comum.”

“ARTIGO 6

Recusa Facultativa da Extradicação

1. Quando a pessoa reclamada, no momento do recebimento do pedido, for nacional do Estado

requerido, este não será obrigado a entregá-la. Neste caso, não sendo concedida a extradicação, a Parte requerida, a pedido da Parte requerente, submeterá o caso às suas autoridades competentes para eventual instauração de procedimento penal. Para tal finalidade, a Parte requerente deverá fornecer os elementos úteis. A Parte requerida comunicará sem demora o andamento dado à causa e, posteriormente, a decisão final.

2. A extradicação poderá igualmente ser recusada:

a) se o fato pelo qual for pedida tiver sido cometido, no todo ou em parte, no território da Parte requerida ou em lugar considerado como tal pela sua legislação;

b) se o fato pela qual for pedida tiver sido cometido fora do território das Partes, e a lei da Parte requerida não prever a punibilidade para o mesmo quando cometido fora do seu território.”

PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA IMÓVEL DE ALTO VALOR: ANÁLISE SOB O PRISMA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

VERÔNICA MIRANDA PEREIRA: Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Planalto de Araxá- UNIARAXÁ, Advogada militante na Comarca de Araxá-MG.

Maristela Aparecida Dutra(Orientadora)**

RESUMO: O instituto do bem de família surgiu em 1839, nos Estados Unidos, como forma de proteção às famílias atingidas pela grave crise econômica da época. Isso porque, até então, não havia qualquer restrição à execução de bens, podendo o indivíduo se ver, de um momento para outro, reduzido à miséria para que seus credores fossem satisfeitos. A partir de então, o instituto foi adotado em inúmeros países, ressalvadas, obviamente, as peculiaridades de cada um. No Brasil, o bem de família pode ser dividido em duas espécies: legal e voluntário. Não obstante tenham características próprias, ambos possuem como objetivo resguardar um patrimônio mínimo que possibilite ao proprietário e a seu núcleo familiar viver com dignidade. Todavia, há casos concretos em que a finalidade do objetivo é deturpada, uma vez que o imóvel a ser protegido possui elevado valor. Assim, faz-se imprescindível que o Poder Judiciário analise a questão embasado nos princípios do Direito e visando sempre à concretização da justiça, bem como que sejam realizadas inovações legislativas sobre o tema, criando-se critérios mais objetivos sobre a caracterização do bem de família.

Palavras-chaves: Bem de família; Patrimônio mínimo; Mínimo existencial; Tutela jurisdicional efetiva; Princípio da ponderação.

ABSTRACT: The homestead institute was first conceived in 1839, in the United States of America, as a form of protecting the families which were affected by the economic crisis. This was made so because, until then, there was no restriction regarding the execution of goods, so that the individual could suddenly see itself brought down to misery just to satisfy his creditors. From then onward, the institute was adopted in many countries, except, obviously, their own peculiarities. In Brazil, the homestead institute can be split into two types: legal and voluntary. Notwithstanding that each has its own characteristics, both have as their goal to guard a minimal patrimony that would allow the owner and his family live with dignity. However, there

are concrete cases that the goal's purpose is perverted, since that the residential property has a high value. Therefore, it is indispensable that the Judicial Power analyzes the question at hand based on the principles of law and always aiming at the implementation of justice, as well as that legislative innovations are made about the topic, thus creating more objective criteria about the characterization of homestead.

Keywords: Homestead; Minimal property; Existential minimum; Effective jurisdictional protection; Deliberation principle.

Sumário: Introdução. 2 O bem de família no direito brasileiro. 2.1 Histórico. 2.2 Conceito. 2.2.1 Expansão jurisprudencial e doutrinária do conceito de bem de família. 2.3 Hipóteses de exceção à impenhorabilidade do bem de família. 3 A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. 4 Conflito entre direitos fundamentais: direito à moradia x direito à tutela jurisdicional efetiva. 4.1 Análise quanto à ocorrência de colisão entre esses direitos tratando-se de imóvel de elevado valor. 5 Inovações jurisprudenciais. 6 Necessidade de critérios limitadores à impenhorabilidade do bem de família. 7 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não se caracterizou apenas como enunciação formal de princípios, mas também como plena positivação de direitos que possibilitaria que qualquer pessoa exigisse sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Assim, visando à construção de uma sociedade mais justa e solidária, a constitucionalização dos direitos fundamentais possibilitou que os efeitos deles incidissem em todos os ramos do Direito, notadamente nas relações privadas entre os particulares e entre o Estado e os particulares.

Nesse contexto:

Com constitucionalização do direito quer-se aqui fazer menção (...) à irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito. O principal aspecto desta irradiação (...) revela-se na vinculação das relações entre particulares a direitos

fundamentais, também chamada de efeitos horizontais dos direitos fundamentais (SILVA, 2011, p. 18).

O Direito tem como principal função a proteção ao ser humano, uma vez que, sem respeito à pessoa humana não há justiça e sem justiça, que é limitadora do Direito, não há Direito. Destarte, um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, deve assegurar condições mínimas de existência ao indivíduo, como moradia, educação, saúde, alimentação e segurança. A Constituição Federal traz como direito social, inclusive, o lazer.

Nessa seara, o Estado deve garantir que ninguém tenha sua dignidade ferida, e não somente assegurar a sobrevivência do indivíduo. Portanto, cabe ao Estado fornecer àqueles que lhe são tutelados moradia digna, educação de qualidade, sistema de saúde eficiente e acesso a todos os demais direitos fundamentais previstos, tendo sempre como norte a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem qualquer distinção.

Atendo-se ao direito de moradia, necessário dizer que, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi reconhecido como pressuposto para a dignidade humana, estando há muito presente no ordenamento jurídico. Entretanto, apenas foi inserido no rol dos direitos sociais constitucionalmente previstos em 2000.

Como instrumento de proteção a esse direito, surge, com o Código Civil de 1916, o instituto do bem de família. Assim, nasce para o proprietário de um bem imóvel a possibilidade de registrá-lo no cartório civil competente como bem família, ficando este resguardado de execução por dívidas posteriores ao ato. Vislumbra-se, então, que a intenção da criação da figura do bem de família era evitar que o bem imóvel utilizado como habitação do proprietário e seu núcleo familiar lhes fosse subitamente tirado, o que poderia, em última análise, levá-los à miséria.

Contudo, cabia ao proprietário tomar as medidas necessárias ao registro, o que, por vezes, não era feito ante a falta de informação ou, até mesmo, de condição financeira para quitação dos emolumentos. Não preenchidos os requisitos legais, não se reconhecia o bem imóvel como bem de família e ele

acabava por responder à execução, vendo-se o executado em situação de grave vulnerabilidade social.

Somente com o advento da Lei 8.009/90, a proteção do patrimônio mínimo do executado foi tida como norma de ordem pública, sendo a ele e a sua família garantido um mínimo existencial que lhes possibilite viver dignamente frente à execução de eventuais dívidas contraídas. Todavia, há casos em que imóveis a princípio caracterizados como bens de família possuem elevado valor, suficiente para quitação da dívida e manutenção de vida digna ao seu proprietário após a execução. Tal situação pode, inclusive, fomentar a prática de fraude à execução, contradizendo totalmente a ideologia por trás do instituto do bem de família.

Por conseguinte, objetivando a um sistema jurídico saudável, livre de anomalias e inseguranças jurídicas, faz-se necessário que o Poder Judiciário, ao analisar o caso concreto, verifique se se trata, de fato, de hipótese de reconhecimento e proteção do bem de família, aplicando os princípios jurídicos existentes. Da mesma forma, o Poder Legislativo precisa se ater às situações existentes no plano real, criando critérios limitadores do bem de família, a fim de que sejam repelidas quaisquer tentativas de fraudes às execuções.

2 O BEM DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 HISTÓRICO

A instituição do bem de família teve origem nos Estados Unidos, mais precisamente no Estado do Texas, quando este ainda fazia parte do território mexicano, e recebeu o nome de *homestead*. Enxergando no território americano, com o fim da colonização inglesa, oportunidade de aumento de lucro e de desenvolvimento, os bancos europeus ali se fixaram, o que gerou enorme facilidade de crédito, concedido livremente sem exigência de garantias. Todavia, a emissão de moeda sem lastro e a concessão desenfreada de empréstimos não puderam se sustentar por muito tempo: surge a grande crise, que durou de 1837 a 1839.

Tal abalo econômico não atingiu somente os bancos que agiram de forma negligente, mas principalmente a população, que se viu endividada e com seu patrimônio totalmente desprotegido de eventuais atos executórios. Em outras

palavras, como menciona Azevedo (2002), as quebras foram inevitáveis e colocaram as famílias americanas, de uma hora para outra, em completo desabrigo econômico e financeiro.

Nesse contexto, em 1839, é promulgado o *Homestead Exemption Act*, que passa a garantir a cada cidadão determinada área de terras, isenta de penhora. Percebe-se que a criação desse instituto teve como razão proteger o mínimo necessário ao indivíduo para que ele e seu núcleo familiar tenham uma vida digna, evitando que direitos sociais sucumbam ante direitos patrimoniais.

Pode-se ilustrar a figura do instituto através do seguinte trecho:

O instituto do *homestead* pode ser entendido como privilégio que concede às famílias ou às pessoas em geral para continuarem a viver em suas casas livre da ação de seus credores. A propriedade do *homestead* abrange não só a residência principal, mas também o terreno, os prédios adjacentes e seus acessórios que sejam necessários para o uso da família (ZILVETI, 2006, p. 32).

Resta claro, então, que o cerne do bem de família é proteger o bem utilizado pelo núcleo familiar como lar e o mínimo existencial frente às cobranças de cunho patrimonial.

O êxito do *Homestead Exemption Act* foi grande, tanto que o instituto foi adotado por outros Estados norte-americanos, ultrapassando, inclusive, as fronteiras de seu país criador. Atualmente, a figura do bem de família é concebida em inúmeras legislações, obviamente, com alterações que procuram adaptá-la à realidade e às necessidades de cada Estado.

No Brasil, o bem de família foi introduzido ao ordenamento jurídico com o Código Civil de 1916, sendo também objeto de disciplina no Decreto-Lei nº 3.200/41, na Lei nº 6.015/73 e no Código de Processo Civil.

A primeira polêmica acerca do tema surge com a alocação do instituto no Código Civil. O Código Civil de 1916 o colocava na Parte Geral, completando o regime dos bens. Na ocasião, permitia que os chefes de família escolhessem um prédio como domicílio desta e, a partir de então, estaria ele isento de execuções

por dívidas, ressalvada as advindas de impostos a ele inerentes. O projeto de Código Civil de 1965 o transpôs para o Direito de Família, local em que o Código Civil atual o mantém. Pereira (2010, p. 609) destaca que “compondo agora o “Livro de Família”, o instituto há que priorizar a convivência familiar, sobrepondo-a aos interesses unicamente patrimoniais”.

Inicialmente, a instituição do bem de família era atribuição dada ao chefe de família, assim entendido, pela doutrina da época, o marido e, de forma excepcional e subsidiária, a mulher. Ultrapassado tal entendimento, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 igualou homens e mulheres em direitos e obrigações. Entretanto, a proteção então vigente mostrava-se insuficiente para que fosse alcançada a proteção do mínimo existencial da família: o país atravessava período de inflação gritante e muitos não procediam ao registro, ato essencial para que se caracterizasse o imóvel como impenhorável.

Nesse cenário, em 1990, foi editada a Medida Provisória nº 143, que objetivava resguardar de atos executórios o imóvel utilizado pela entidade familiar como lar independentemente da vontade do proprietário, isto é, independentemente de registro. Rapidamente, a referida medida foi transformada em lei (Lei 8.009/90) e o bem de família reconhecido independente de ato solene passou a ser denominado bem de família legal.

Consagra-se, então, a dualidade de regimes do bem de família no Direito Brasileiro: o voluntário e o legal.

2.2 CONCEITO

No ordenamento jurídico brasileiro, há duas espécies de bem de família: o voluntário e o legal. Este está previsto no Código Civil nos artigos 1.711 a 1.722 e é instituído através de escritura pública pela entidade familiar ou por testamento, enquanto aquele decorre da Lei nº 8.009/90, sendo sua constituição involuntária. Deixadas as diferenças de lado, fácil inferir que a finalidade das duas modalidades é a mesma, isto é, ambas possuem como objetivo resguardar à família um patrimônio mínimo que lhe assegure uma vida digna, restando inatingível pela execução de eventuais dívidas.

O bem de família voluntário, também chamado convencional, pode ser instituído pelos cônjuges ou pela entidade familiar, através de escritura pública ou testamento. Ainda, poderá o terceiro, mediante testamento ou doação e, desde que haja aceitação expressa dos cônjuges ou da entidade familiar beneficiados, instituir bem de família.

A grande inovação trazida pelo Código Civil consiste em permitir que abranja também valores móveis corpóreos ou incorpóreos. Dessa forma, entendem-se também por bem de família as pertenças e acessórios do imóvel, bem como os valores mobiliários cuja renda seja aplicada na manutenção do bem e da família.

Ressalva-se que o referido diploma legal traz como requisito para caracterização de bem de família que este não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição. Destarte, ao promover a caracterização, a lei requer que o instituidor seja proprietário do bem e goze de solvência. Assim, ao se falar de bem de família convencional, fala-se em ato voluntário do proprietário do bem móvel ou imóvel, revestido de requisitos burocráticos, com o objetivo de protegê-lo em nome da célula familiar. Em caso de bem imóvel, por exemplo, o ato deve ser levado a registro no cartório competente.

Outrossim, uma vez constituído o imóvel como bem de família, este só poderá ser alienado com o consentimento dos interessados e, se for o caso, dos representantes legais, bem como ficará isento de execução por dívida contraída posteriormente ao ato, enquanto viver um dos cônjuges ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade.

Depreende-se, também, da leitura do Código Civil que a administração do bem de família compete a ambos os cônjuges, não havendo que se falar em extinção dele caso a sociedade conjugal se dissolva. Todavia, se dissolvida por morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá requerer a extinção. Da mesma forma, há extinção do bem de família com a morte de ambos os cônjuges e advento da maioridade dos filhos, se não sujeitos à curatela. Entretanto, apesar de ser uma importante garantia à dignidade do devedor, a hipótese de bem de família voluntário se mostra insuficiente para proteger a população como um todo, tendo em vista que, para constitui-lo, é necessário preencher requisitos burocráticos que, por si só, dificultam a efetivação do direito. Além disso, subentende-se que ele é

interessante para aqueles que possuam razoável patrimônio, uma vez que tem como limite um terço dele, e não para aqueles que possuem apenas um imóvel.

Corroborando esse entendimento, tem-se:

Só haverá necessidade de sua criação pelos meios retro mencionados na hipótese do parágrafo único, do art. 5º, da Lei nº. 8.009/90, ou seja, quando o casal ou entidade familiar possuir vários imóveis, utilizados como residência, e não desejar que a impenhorabilidade recaia sobre o de menor valor. Neste caso, deverá ser estabelecido o bem de família mediante escritura pública, registrada no Registro de Imóveis, na forma do art. 1.714 do Código Civil, escolhendo-se um imóvel de maior valor para tornar-se impenhorável (GONÇALVES, 2010, p. 561).

Feitas as considerações acima, é possível concluir que, de fato, fazia-se imprescindível o advento de lei que fornecesse meio de se alcançar efetivamente a proteção pretendida quando da criação do instituto do bem de família. Além de não exigir os trâmites burocráticos e demais requisitos previstos para a modalidade voluntária, a Lei nº 8.009/90 estendeu a proteção às plantações, às benfeitorias de qualquer natureza e aos equipamentos e móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. Destarte, o bem de família legal protege não só o imóvel em que reside a célula familiar, mas também os bens indispensáveis para que ela viva de forma digna, como é o caso da mobília.

Com o advento da Lei nº 8.009/90, passou-se a se considerar bem de família aquele utilizado pela entidade familiar para sua moradia, havido como impenhorável por este diploma legal, independentemente de qualquer manifestação de vontade do proprietário nesse sentido. Desta forma, a instituição do bem de família legal se dá automaticamente, desvinculada de qualquer vontade ou negócio jurídico do beneficiário. Por essa razão, é possível dizer que a instituição do bem de família por ato de vontade, expresso em escritura pública ou testamento, perdeu, em grande parte, sua utilidade. Nesse sentido:

A inspiração desse diploma é, sem dúvida, o bem de família tradicional, de nosso Código Civil. Entretanto, perante essa lei de ordem pública, deixa de ter maior

utilidade prática o bem de família voluntário, por nós já referido como de pouco alcance prático. Estando agora, por força de lei, isento de penhora o imóvel residencial que serve de moradia, não há necessidade de o titular do imóvel se valer do custoso procedimento para estabelecer o bem de família. Os efeitos a partir da lei são automáticos (VENOSA, 2010, p. 396).

Por fim, vale ressaltar que, nos termos da Lei nº 8.009/90, excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, as obras de arte e os adornos suntuosos. Tal exceção fundamenta-se justamente na ideia do mínimo patrimonial: eles são dispensáveis, não se caracterizando como bens essenciais a uma vida digna. Ademais, outras exceções à impenhorabilidade do bem de família são elencadas na referida lei e estas serão objeto de análise em tópico específico deste capítulo.

2.2.1 Expansão jurisprudencial e doutrinária do conceito de bem de família

Considerando que o instituto do bem de família foi criado pensando-se mais na ideia de proteção a um patrimônio mínimo, de respeito à dignidade da pessoa humana, do que na instituição família, é possível encontrar na doutrina e na jurisprudência desdobramentos do conceito anteriormente analisado.

Destarte, vislumbram-se casos no mundo fático em que o bem de família não é aquele em que vive uma família formada por uma mulher, um homem e seus filhos, isto é, um casal heterossexual e sua prole. As maneiras de o homem se relacionar diversificam-se e modificam-se ao longo do tempo, sendo restritivo e discriminatório proteger apenas um tipo familiar. Senão vejamos:

A unidade familiar, sob o prisma social e jurídico, não mais tem como baluarte exclusivo o matrimônio. A nova família estrutura-se independentemente das núpcias. Coube à ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais, que se fizeram sentir mais acentuadamente em nosso país na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra. Na década de 70, em

toda a civilização ocidental, fez-se sentir a família conduzida por um único membro, o pai ou a mãe. Novos casamentos dos cônjuges separados formam uma simbiose de proles. (...) Casais homoafetivos vão paulatinamente obtendo reconhecimento judicial e legislativo. Em poucas décadas, portanto, os paradigmas do direito de família são diametralmente modificados (VENOSA, 2010, p. 6).

Nesse contexto, a casa de qualquer ser humano, independentemente da maneira que o indivíduo tenha escolhido para se relacionar, incluindo-se aqui aquele que preferiu abster-se de constituir vínculos afetivos com outrem – o solteiro, deve ser protegida. Assim, é possível afirmar, fazendo-se uma interpretação teleológica da Constituição Federal, especialmente de seu art. 226 e, trazendo o seu conteúdo ao tema ora esmiuçado, que a família a ser protegida pelo Estado não se restringe àquela constituída através do matrimônio, da união estável ou até mesmo à monoparental. O intuito da Carta Magna é maior: a moradia de todo e qualquer ser humano deve ser resguardada, uma vez que indispensável à dignidade de seu titular.

Compulsando a jurisprudência e a doutrina, vê-se o *status* de bem de família sendo aplicado a imóvel em que residem irmãos, viúvos, casais homoafetivos e, como dito alhures, pessoas solteiras. Pereira (2010, p. 609) afirma que “há de se estender a impenhorabilidade da residência à família substituta nas hipóteses de tutela e guarda judicial concedidas na forma do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente”. Ademais, cite-se como exemplo a Súmula nº 364 do Superior Tribunal de Justiça que dispõe que “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Inevitável concluir que a finalidade definitiva do instituto do bem de família é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia, e não o conceito engessado de família propriamente dito.

2.3 HIPÓTESES DE EXCEÇÃO À IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

O instituto do bem de família, como dito acima, tem por fim preservar a dignidade da pessoa humana não retirando do indivíduo sua moradia. Contudo, não se trata de um direito absoluto que se sobrepõe a todas as outras normas. Visando à harmonia, à coerência e, até mesmo, à segurança do ordenamento jurídico brasileiro, o bem de família possui restrições. A própria lei 8.009/90 traz, em seu art. 3º, as exceções à sua impenhorabilidade.

Pois bem, o inciso I do referido artigo trazia como ensejadores de penhora do bem de família os créditos referentes aos trabalhadores da própria residência e as respectivas contribuições previdenciárias. Contudo, a Lei Complementar nº 150, de 2015, e que entrou em vigor na data de sua publicação, revogou expressamente a hipótese em questão no seu art. 46. Desta forma, o imóvel habitado pelo empregador doméstico devedor e sua família tornou-se impenhorável, podendo ser oposta tal objeção em eventual feito executivo.

Já o inciso II, do art. 3º, da Lei 8.009/90, dispõe que o bem de família poderá ser atingido para satisfazer crédito decorrente do financiamento destinado à sua construção ou aquisição. Aqui, o legislador procurou evitar o enriquecimento ilícito do devedor – não seria justo que, após cumprida sua parte no contrato, o credor se visse impossibilitado de cobrar seu crédito por estar o bem, advindo de sua prestação de serviço, revestido de impenhorabilidade.

O inciso III traz a possibilidade de o devedor de alimentos ter seu bem de família constrito em razão desse tipo de crédito. Entretanto, tal hipótese não é irrestrita: a Lei 13.144/2015, que entrou em vigor na data de sua publicação, resguardou a meação do coproprietário que viva em união estável ou conjugal com o devedor, salvo caso em que ambos sejam responsáveis pela obrigação. Portanto, como forma de proteção ao alimentado, que também integra da unidade familiar, poderá ser o imóvel penhorado.

Outro crédito tido como exceção à impenhorabilidade do bem de família é o decorrente de impostos, taxas e contribuições inerentes ao imóvel, constante do inciso IV, do art. 3º, da Lei 8.009/90. Desse modo, a inassiduidade quanto ao pagamento dos tributos ligados à fruição e à manutenção do imóvel enseja sua constrição. O inciso V permite que o bem imóvel dado como garantia real pela unidade familiar seja penhorado para a execução de hipoteca que sobre ele recaia, tendo em vista a renúncia expressa à proteção dada ao bem de família

pelo devedor. Por sua vez, o inciso VI traz que são penhoráveis os imóveis adquiridos com produto de crime ou que visem à execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. Com efeito, não admitir tal exceção seria permitir e até mesmo incentivar a atividade criminosa no país.

Por fim, afasta-se a impenhorabilidade do bem de família por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. Tal hipótese possui como objetivo proteger o mercado imobiliário e facilitar o aluguel de imóveis, uma vez que a obrigação locatícia que possui algum tipo de garantia se mostra muito mais atrativa aos proprietários e aos locatários, tornando o negócio mais seguro e, por consequência, diminuindo o risco e o valor do aluguel.

Não obstante o objetivo fundado dessa previsão acima exposto, ainda há muita controvérsia sobre sua razoabilidade. Isso porque, para parte da doutrina, não parece proporcional e equilibrado proteger o afiançado em detrimento do fiador pelo inadimplemento do primeiro. Neste sentido:

De todas as exceções do art. 3º, esta parece ser a regida de forma mais inadequada, por colocar o fiador em situação de inferioridade frente ao próprio afiançado. Este inciso, embora represente uma segurança importante para o locador, mantendo a utilidade e a eficácia da garantia representada pela fiança, tem o aspecto negativo de proteger excessivamente o locatário inadimplente em detrimento do fiador, normalmente de boa-fé, que poderá ter grandes transtornos e prejuízos (CZAJKOWSKI, 1998, p. 111).

De toda forma, apesar de não haver consenso na doutrina, o dispositivo permanece plenamente válido e vigente.

Por todo o exposto, é possível perceber que as exceções previstas na Lei 8.009/90 nada são além de uma demonstração da harmonia inerente ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim, apesar da grande proteção dada ao bem de família, esta não é absoluta, devendo ser afastada em alguns casos para que não ocorra grave lesão ao direito de outrem e à segurança jurídica.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Como dito alhures, ao se falar em bem de família, fala-se, necessariamente, de proteção ao mínimo existencial e, conseqüentemente, de proteção à dignidade da pessoa humana. Assim, para que se compreenda a função do instituto do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro é preciso compreender, antes, o significado e a dimensão da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Pois bem, a dignidade trata-se de direito inerente a qualquer pessoa, ou seja, a todas as pessoas, sem exceção, apresentando-se como um elemento que caracteriza o ser humano como tal e que dele não pode ser dissociado. Dessa forma, é possível concluir que a dignidade é intrínseca à pessoa e independente de sua cultura, classe social, cor, origem e atitude, ainda que imoral ou criminosa.

Em outras palavras, pode-se conceituar dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

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 (MORAES, 2013, p. 48).

Portanto, ainda que o indivíduo pratique atividade criminosa ou fira a dignidade de outrem, a sua condição como humano permanece intacta, não havendo que se falar em perda ou até mesmo em mitigação da sua dignidade. Com feito, não seria razoável que a proteção à dignidade da pessoa fosse utilizada a bel prazer da sociedade, podendo aferi-la de acordo com cada indivíduo e com cada caso.

Ademais, logo em seu art. 1º, inciso III, a Constituição Federal de 1988 apresenta como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa

humana. Trata-se de um fundamento axiológico que se estende a todo o ordenamento, a todos os âmbitos, isto é, aplica-se a concepção de dignidade da pessoa humana nas áreas trabalhista, cível, penal, administrativa, eleitoral, bem como nos demais ramos do Direito. Destarte, este princípio orienta as atividades estatais e as privadas, apresentando-se como um mínimo protetivo.

Pode-se dizer, em outras palavras, que a dignidade da pessoa humana é um valor positivado, um axioma que se tornou fundamento do Estado brasileiro. Por esta razão, o princípio é recorrentemente suscitado nas mais diversas áreas jurídicas, podendo ser arguido a qualquer tempo e por qualquer pessoa que a ele vislumbre lesão.

Ainda, é possível perceber que o princípio da dignidade é um princípio que visa à estruturação, à construção e à indicação de ideias diretas primárias e básicas de toda a ordem constitucional e, por conseguinte, jurídica. Assim, para a efetiva aplicação desse princípio, todas as searas do Direito deverão observá-lo, tendo-o sempre como norte. Fachin (2008, p. 105) destaca que “todos os institutos fundamentais do Direito Civil devem atender à dignidade da pessoa, desde a propriedade funcionalizada, passando pelas relações de família até as obrigacionais”.

Dessa feita, é fundamental que o Estado forneça ao indivíduo proteção legal ao mínimo existencial, uma vez que este é imprescindível a uma vida, de fato, digna. Surge, então, a noção de patrimônio mínimo, a qual preconiza que a pessoa deve ser o centro de todo o Direito Privado em detrimento do patrimônio. Contudo, ressalta-se que o objetivo do conceito de patrimônio mínimo não é atacar o direito à propriedade e ao crédito, mas somente impedir que eles se sobreponham à dignidade da pessoa.

Importante esclarecer que o conceito de mínimo existencial abrange não apenas bens de cunho monetário e econômico, mas também os bens jurídicos, bem como que a garantia dele está intimamente ligada à busca por uma sociedade mais igualitária, justa e solidária. Nesse contexto:

As condições básicas para a existência humana, somadas aos elementos necessários ao exercício da sua dignidade, é que configuram o núcleo do mínimo

existencial. Esse compreende o conjunto de situações materiais a uma existência com dignidade, mas não somente uma existência meramente física, como também espiritual e intelectual, fundamentais em um Estado que, pela feição democrática, demanda a participação dos indivíduos nas gerências públicas e, pelo aspecto liberal, permite a cada um o alcance de seu próprio desenvolvimento (BARCELLOS, 2002, p. 198).

Por todo o exposto, afirma-se que o patrimônio mínimo é fundamental, em maior âmbito, ao Estado e à construção de uma nova realidade social - mais equilibrada e democrática - e, em menor âmbito, ao próprio indivíduo, possibilitando-lhe uma vida verdadeiramente digna.

O bem de família apresenta-se, assim, como importante instrumento de proteção ao mínimo existencial, haja vista que obsta a penhora do imóvel residencial do devedor e de seu núcleo familiar, impedindo que sejam reduzidos à miséria e, conseqüentemente, que tenham ferida sua dignidade enquanto humanos.

4 CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À MORADIA x DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

A impenhorabilidade é um meio de defesa a ser oposto contra penhora que intente recair sobre bem imprescindível à residência ou à manutenção alimentar do executado. Assim, como já dito alhures, a impenhorabilidade mostra-se extremamente importante para a preservação da dignidade do devedor através da proteção à sua moradia, constituída como direito fundamental.

É sabido que a moradia, desde os tempos remotos, é necessidade essencial dos seres humanos. Todavia, tal direito apenas foi reconhecido como pressuposto para a dignidade da pessoa humana com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, sendo recepcionado pelo texto constitucional brasileiro, no ano de 2000, através da Emenda Constitucional nº 26, pelo que passou a integrar o rol de direitos sociais do art. 6º, da Constituição Federal de 1988.

Os direitos sociais estão intimamente ligados ao princípio da igualdade, uma vez que objetivam garantir ao indivíduo condições materiais consideradas imprescindíveis para o pleno gozo de seus direitos, isto é, que visam reduzir a desigualdade entre as pessoas através da oferta de melhores condições de vida a elas. Por essa razão, os direitos sociais tendem a exigir que o Estado intervenha na ordem social, diferentemente dos direitos de liberdade.

Desse modo, os direitos sociais (também chamados de direitos de segunda geração) representam a interrupção do Estado Liberal para que possa surgir o Estado Social de Direito, que exige ações estatais positivas a fim de que tais direitos sejam preservados e efetivamente concretizados. Em resumo:

Os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que confira um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, inciso IV (MORAES, 2013, p. 24).

Lado outro, o inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal/88, traz que a lei não poderá excluir lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário. É de conhecimento geral que a autotutela é proibida no ordenamento jurídico brasileiro e que, com isso, tem-se o Estado como titular exclusivo da jurisdição. Como contrapartida a este monopólio, foi conferido aos particulares o direito de ação. Assim, tem-se, por direito de ação, o direito à sentença de mérito. Contudo, o direito a sentença de mérito, por si só, não satisfaz nem corresponde ao direito à tutela jurisdicional efetiva: é preciso que, além de ser reconhecido pelo Estado, o direito material seja realizado. Destarte, tal direito fundamental deve ser entendido como a junção de outros dois, quais sejam, o direito à sentença e o direito aos meios executivos para que o provimento seja efetivamente concretizado no mundo dos fatos.

De modo mais simples, não basta que o juiz declare o direito, é preciso, também, que sejam garantidas formas eficazes para a satisfação dele. Nas lições de MARINONI:

A coisa julgada material, além de se constituir em pilar do Estado Democrático de Direito, é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. (...) O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não significa apenas a resolução adequada do litígio, mas também direito fundamental à tutela jurisdicional que ponha término à contenda ou que finalize a disputa (MARINONI, 2011, p. 138).

Nesse contexto, o credor que executa judicialmente seu crédito tem o direito de o ver quitado. Por conseguinte, é possível dizer que, uma vez constituída a obrigação e não cumprida voluntariamente, cabe ao Estado compelir o devedor a satisfazê-la e, ao Direito fornecer os instrumentos necessários para que, na coerção, não haja lesão à dignidade de nenhuma das partes. Outrossim, a jurisdição não se restringe à solução dos impasses e conflitos individuais, possuindo, ainda, um caráter social de manutenção do próprio Estado. Não há que se falar em justiça se, reconhecido um direito através da jurisdição, o Estado não empreender ou não for capaz de empreender os esforços e meios necessários à execução da tutela concedida.

Com efeito, o Direito – e sua efetiva aplicação – mostra-se essencial à sociedade, uma vez que possui como objetivos a ordem das relações sociais e a harmonia entre os interesses privados e públicos, através da realização dos direitos fundamentais sem aniquilar ou mitigar injustificadamente os demais direitos.

Por todo o exposto, inegável o caráter fundamental do direito à tutela jurisdicional efetiva, tendo em vista ser decorrente da própria existência dos direitos. Em outras palavras, a tutela jurisdicional efetiva é essencial para a própria execução e efetivação dos demais direitos que, quando lesados ou ameaçados, dela invariavelmente dependem. Quando, no feito executivo, o devedor alegar possuir apenas um bem passível de satisfazer o débito, bem como alegar ser este utilizado por si e por seu núcleo familiar como residência, isto é, suscitar a impenhorabilidade sob a égide de se tratar de bem de família, é provável que haja conflito entre o direito de moradia do executado e o direito à tutela jurisdicional efetiva do exequente.

Nessa esteira, a Lei 8.009/90 estabelece a impenhorabilidade da imóvel utilizado como morada, excepcionando somente raras hipóteses, as quais já foram elencadas neste trabalho. Não há, assim, no ordenamento jurídico brasileiro atual, qualquer distinção entre o imóvel residencial de elevado e o de baixo valor, o de vasta ou o de diminuta extensão, ou cuja finalidade ultrapasse a morada, sendo todos impenhoráveis frente a uma execução.

Destarte, a impenhorabilidade do bem de família, por vezes, revela-se desproporcional e até injusta, visto que protege, além da residência do devedor e de sua família, o supérfluo e o luxuoso. Nesse momento, o instituto impede a execução e, conseqüentemente, a tutela jurisdicional efetiva. Em tais casos, por se vislumbrar possível colisão de direitos fundamentais, o instrumento adequado à solução do impasse e à melhor aplicação do direito ao caso concreto é o princípio da ponderação.

4.1 ANÁLISE QUANTO À OCORRÊNCIA DE COLISÃO ENTRE ESSES DIREITOS TRATANDO-SE DE IMÓVEL DE ELEVADO VALOR

A Constituição Federal é composta por um conjunto de princípios e regras que possuem o mesmo grau de hierarquia e que formam um todo harmônico. Dessa feita, nenhum direito fundamental é ilimitado e absoluto, possuindo, como margem, os demais direitos fundamentais. Justamente por esse caráter harmônico da Constituição, é possível que haja conflito entre dois ou mais direitos fundamentais quando o exercício de um direito pelo seu titular for de encontro ao exercício de direito fundamental diverso pelo outro titular.

Assim, quando, no caso concreto, houver colisão de direitos fundamentais, as circunstâncias e características inerentes a ele deverão ser analisadas para que se alcance a solução mais justa. Em outras palavras, quando dois direitos fundamentais se opuserem, um deles deverá ceder. Entretanto, não há que se falar em aniquilamento ou mitigação total de um dos direitos, ocorrendo tão somente um balanceamento entre eles a fim de se identificar qual atinge melhor, naquele caso específico, a justiça buscada pelo Direito. Logo, não obstante os direitos estarem no mesmo nível hierárquico, um deles terá maior peso diante das particularidades do caso. Tem-se, aqui, a aplicação do princípio da ponderação.

Relembrando o exposto em outros trechos deste trabalho, a dignidade da pessoa possui uma enorme abrangência, uma vez que dela decorrem inúmeros direitos, sendo frequentemente suscitada nas mais diversas celeumas dos mais diversos ramos. Moraes (2013, p. 48) afirma, a título de exemplo, que “o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil”.

Todavia, devido a essa grande aplicabilidade, faz-se necessária extrema cautela ao se arguir a dignidade da pessoa humana, pois, se aplicada ilimitadamente, poderá ferir os demais direitos considerados fundamentais. Assim como todos os demais direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana não é absoluta. Com efeito, o Estado poderá privar o cidadão, em situações específicas, de um de seus direitos fundamentais em razão de outro, garantindo, desta forma, a harmonia do ordenamento jurídico.

Nesse sentido:

Percebe-se, assim, que a dignidade, como um valor individual de cada ser humano, deverá ser avaliada e ponderada em cada caso concreto. Não devemos nos esquecer, contudo, daquilo que se denomina como sendo um núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser abalado (GRECO, 2011, p. 73).

Nesse contexto, quando se prioriza o direito à moradia do executado, há restrição, invariavelmente, do direito do exequente, que deixa de possuir garantia à quitação da dívida. Com isso, impede-se o exercício do direito à tutela jurisdicional efetiva, já que impossível a penhora. Todavia, como já mencionado antes, o conflito entre direitos fundamentais é inevitável, uma vez que a Constituição Federal a eles atribui o mesmo valor, estando todos no mesmo nível. E, em grande parte dos casos em que a impenhorabilidade do bem de família é levantada, esta é concedida, tendo em vista que não é razoável subjugar o devedor à miséria, isto é, atingir o seu mínimo existencial e, conseqüentemente, a sua dignidade, para que o crédito seja satisfeito.

O problema se apresenta na falta de critérios para a identificação do bem de família: se nenhum outro bem for encontrado, além do imóvel residencial, o credor terá obstado seu direito à satisfação da dívida independentemente da utilidade, valor ou extensão do bem. Obrigatório reconhecer que, além das hipóteses constantes do rol do art. 3º, da Lei 8.009/90, há casos em que o direito à moradia e, conseqüente o direito à dignidade da pessoa e ao seu patrimônio mínimo, não serão atingidos se perfectibilizado o direito à tutela jurisdicional efetiva.

Permitir que a lei supracitada seja utilizada como óbice à penhora de imóvel de elevado valor, ainda que este seja utilizado, de fato, como residência da família, feriria gravemente o princípio da ponderação. Isso porque não seriam observadas a razoabilidade e a proporcionalidade entre o bem jurídico tutelado – o patrimônio excedente àquele que se caracteriza como indispensável a uma vida digna, supérfluo – e o bem jurídico sacrificado – a pretensão do exequente em ter seu crédito satisfeito.

Assim, possível dizer que a proteção conferida pela Lei não objetiva assegurar a manutenção de seu padrão de vida, mas sim resguardar ao executado um conjunto de bens indispensáveis e essenciais para que viva dignamente. Em outras palavras, luxo e ostentação transcendem o conceito de dignidade guardado pela Lei. Forçoso concluir que a dignidade, o direito à moradia e, até mesmo o direito ao patrimônio mínimo do executado, não sofrem lesão quando o imóvel a ser penhorado possuir alto valor, uma vez que, caso realizada a constrição e paga a dívida, o remanescente poderá ser utilizado para que se adquira outro imóvel de menor valor.

Nesse contexto, ante a ausência de choque entre direitos fundamentais, poder-se-ia falar em constrição de imóvel, a priori impenhorável sob a égide da Lei 8.009/90, que supere ostensivamente o patrimônio necessário à constituição de uma moradia digna, não havendo que se falar em lesão a este direito. Tem-se:

De um modo geral, considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício de um direito fundamental por parte de outro

titular. A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bem constitucionalmente protegidos (CANOTILHO, 1991, p. 1.253).

Contudo, na presente hipótese, não há nem que se falar em colisão de direitos em sentido impróprio, uma vez que se vê totalmente possível - e justo - que se efetue a penhora de imóvel de alto valor para que se atinja o direito à tutela efetiva do credor e o de moradia do devedor, doravante mais modesta. Por todo o exposto, seria desproporcional e inconstitucional crer que a impenhorabilidade do bem de família é absoluta, especialmente no que se refere a imóveis de alto valor, devendo ser afastada a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais nessa hipótese.

5 INOVAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Tem-se na jurisprudência uma importante fonte para a solução de conflitos jurídicos, bem como um filtro para possíveis litígios. Ao consultar qual o entendimento dos tribunais sobre o assunto cerne do conflito a parte terá maiores condições de analisar a viabilidade da propositura da ação. Nesse sentido, visando a decisões sólidas e justas, é função do juiz assegurar que o processo tramite de acordo com os preceitos constitucionais, legais e processuais. Devem-se ser observados, por exemplo, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da celeridade, da economicidade e da boa-fé processual. De outra banda, diferentemente do tempo em que o direito dispensava sua proteção prioritariamente ao patrimônio, restringindo-se, assim, a poucos indivíduos, atualmente ele serve ao homem, enquanto sujeito de direito, exaltando a sua dignidade.

Para tanto, criaram-se mecanismos que buscam desestimular qualquer atuação contrária à boa-fé, à morosidade injustificada e aos demais atos que possuam como finalidade obstar ou dificultar a tutela jurisdicional efetiva. Sendo o juiz a representação do Estado na solução dos litígios, natural que ele seja o principal fiscal da obediência aos preceitos do ordenamento jurídico. Corroborando essa afirmação:

A responsabilidade pela adequada repressão à má-fé processual e pela necessária valorização do processo justo repousa muito mais sobre o julgador do que sobre o legislador. Este pôs nas mãos daquele poderosos instrumentos éticos para moralizar o processo e tornar a prestação jurisdicional compatíveis com os anseios do Estado Social Democrático (THEODORO JÚNIOR, 1996, p. 61).

Dessa forma, é papel do juiz o combate a qualquer tipo de fraude, uma vez que não se pode permitir que o credor tenha seu direito lesado por artifícios escusos e imorais. Assim, mais do que repreender os atos das partes que sejam lesivos ao processo, o juiz deve agir ativamente na relação processual. Por tal razão, o juiz, não apenas de forma passiva, deve atuar no processo sempre que assim as partes requererem, pronunciando-se sobre os atos processuais e atuando no litígio ainda que não haja previsão legislativa para o caso concreto, isto é, é dever do juiz agir ainda que haja omissão legislativa do ordenamento jurídico brasileiro. Não raras vezes, chegar à solução do conflito só é possível através de interpretação sistematizada de normas e princípios. Surge, então, a jurisprudência.

A título de exemplo da importância da atuação dos magistrados é possível citar o próprio conceito de bem de família, uma vez que este não pode ser reduzido à letra da lei, sob pena de desamparar aqueles indivíduos que não estão inseridos em uma família tida como tradicional, ou seja, composta por pai, mãe e filhos.

É possível estender esse raciocínio ao bem de família. A legislação atual não traz qualquer limitação de valor do imóvel a ser qualificado como bem de família e, portanto, impenhorável. Quando não se criam limites razoáveis, abre-se caminho para que injustiças – e até mesmo fraudes – aconteçam, ao se permitir que o exequente não tenha seu crédito satisfeito para que o imóvel impenhorável do executado, de valor muito acima ao de imóvel considerado como de padrão médio de vida, seja preservado. Nesse sentido:

O juiz tem o poder-dever de negar a aplicação à lei infraconstitucional, na medida e na extensão em que se revele, no caso concreto, contrária a um direito

fundamental, ou mesmo impondo-lhe limitações excessivas (GUERRA, 1998, p. 58)

Destarte, ainda que não haja previsão legislativa acerca do valor do bem de família, o magistrado possui, no ordenamento jurídico, as técnicas e instrumentos necessários para permitir a penhora do imóvel utilizado como residência do devedor e que, em muito, supere o considerado necessário para a manutenção de uma vida digna. Não obstante, não há dúvidas de que essa falta de previsão de limite de valor a fim de configurar um imóvel como bem de família é um dos maiores empecilhos dos juízes ao interpretar a legislação de maneira sistemática a fim de restringirem a proteção do instituto àqueles que realmente dele necessitam.

Nesse contexto, os tribunais brasileiros, felizmente, começam a reconhecer a relativização da impenhorabilidade do imóvel luxuoso utilizado como residência da família e que, a princípio, é tido como bem de família. A Justiça do Trabalho tem se mostrado pioneira quanto à penhora de imóvel suntuoso utilizado pelo devedor como moradia. O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ao julgar Agravo de Petição dos autos nº 01549005819885020008, entendeu pela possibilidade da penhora do imóvel estimado em R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), consoante avaliação de oficial de justiça, para quitação da dívida de R\$ 41.123,50 (quarenta e um mil cento e vinte três reais e cinquenta centavos). Dessa forma, embora tenha restado comprovado nos autos que o imóvel, de fato, era o único do devedor, bem como a inexistência de má-fé, o fundamento da decisão se pautou na razoabilidade. Explica-se: não é razoável que esse vultoso patrimônio encontre-se em reunido em um único imóvel, resguardado pela impenhorabilidade, quando se encontram insolventes seus titulares por um débito proporcionalmente ínfimo. Assim, a penhora, neste caso, além de viabilizar o pagamento da dívida, possibilitaria ao devedor, com o dinheiro que lhe fosse devolvido, a obtenção de outro imóvel equivalente ou ligeiramente menos suntuoso do que o constrito. Dessa forma, teve-se reconhecida a impenhorabilidade, porquanto se tratava de bem de família; todavia, esta foi afastada pela desproporcionalidade de sua manutenção ante o elevado valor do bem, não havendo que se falar em lesão à dignidade da pessoa humana e ao seu mínimo existencial caso efetivada a constrição.

Entretanto, decisões como essa acabam sendo reformadas quando chegam ao Tribunal Superior do Trabalho, apesar de representarem importante avanço jurisprudencial. A Corte Superior as reforma sob o fundamento de que não há, na Lei 8.009/90, qualquer limitação de valor para que o imóvel seja qualificado como de família, não sendo o fato de ele ser luxuoso suficiente para afastar a impenhorabilidade.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça analisou a questão em recente julgado, no Recurso Especial nº 1351571/SP (2012/0226735-9). O relator, ministro Luis Felipe Salomão propôs uma releitura da jurisprudência acerca da possibilidade de penhora do único imóvel de família quando de alto padrão. No caso em tela, o valor do débito era de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) à época da execução, no ano de 2003, e o imóvel foi avaliado entre R\$ 470.000,00 (quatrocentos e setenta mil reais) e R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). Em seu voto, o ministro, em suma, afirma que o Superior Tribunal de Justiça apresenta, de fato, interpretação literal e restrita da Lei 8.009/90 há anos, ressaltando que chegou o momento de uma visão mais consoante com a evolução da sociedade brasileira. Nesse contexto, preceitua que a negativa de penhora do imóvel de elevado valor feriria o princípio constitucional da razoabilidade, uma vez que não há que se considerar razoável a intangibilidade do patrimônio que exceda o necessário a uma vida digna, em detrimento da pretensão do credor em haver seu crédito satisfeito. Termina dizendo que os objetivos da lei protetiva do bem de família – a dignidade humana e o direito à moradia – não serão prejudicados caso perfectibilizada a constrição, tendo em vista que a parte executada poderá continuar residindo de maneira digna em imóvel ainda assim de padrão superior ao médio. Dessa forma, o ministro Salomão inovou ao prelecionar o afastamento da absoluta impenhorabilidade determinada pela lei a fim de permitir a penhora de fração ideal de imóvel de elevado valor, objetivando, mediante a razoabilidade, resguardar tanto a satisfação do crédito do exequente quanto a dignidade do executado.

Contudo, o voto do relator foi vencido pelos os dos três outros ministros que atuaram no julgamento do referido recurso especial. Em síntese, em seus votos, os ministros alegaram que não é possível promover a penhora total ou parcial do único imóvel residencial do devedor por duas razões: não há previsão de ressalva ou de regime jurídico distinto em razão do valor econômico do bem e questões afetas a luxo, suntuosidade, grandiosidade e alto valor são

indiscutivelmente subjetivas, inexistindo, até o momento, parâmetro legal ou margem de valoração.

Pelo acima colocado, fácil perceber que o fundamento essencial das reformas das decisões que acolhem a possibilidade de penhora do bem de elevado valor é a ausência de previsão legislativa, não obstante a faculdade dos magistrados de interpretarem a lei baseados nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, visando a uma proteção do direito do credor, nos casos em que a dignidade do devedor e de seu núcleo familiar não sofre lesão ou ameaça de lesão pela penhora, mudanças legais poderiam ser a solução para a celeuma.

6 NECESSIDADE DE CRITÉRIOS LIMITADORES À IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

Semelhante a todos os procedimentos jurídicos, o de execução necessita constantemente de inovações para que consiga efetivamente promover a eficácia da tutela jurisdicional. Ademais, tais inovações precisam estar em consonância com mecanismos que tragam ao processo celeridade, tendo em vista que a lentidão do Judiciário, por si só, já é um forte fator de desestimulação àquele que busca a satisfação de seu crédito judicialmente. Assim:

A morosidade gera a descrença do povo na justiça; o cidadão se vê desestimulado de recorrer ao Poder Judiciário quando toma conhecimento da sua lentidão e dos males (angústias e sofrimentos psicológicos) que podem ser provocados pela morosidade da litispendência. Entretanto, o cidadão tem direito a uma justiça que lhe garanta uma resposta dentro de um prazo razoável (MARINONI, 2000, p. 36).

Destarte, é natural que sempre haja mudanças legislativas que possibilitem a adequação do processo às novas realidades e demandas sociais, almejando a plena eficácia do feito processual, através de procedimentos mais ágeis e justos. Pode-se citar, a título de exemplo de inovação relativamente recente e extremamente importante para o sucesso do procedimento executivo, a penhora *online* realizada através do sistema BacenJud.

No que diz respeito à limitação do valor do imóvel residencial considerado de família, já houve algumas tentativas de sua implantação no ordenamento jurídico brasileiro.

Como dito alhures, o patrimônio mínimo é o conjunto patrimonial capaz de assegurar vida com dignidade à pessoa humana, agindo como um verdadeiro instrumento de cidadania e justificando a separação de uma parcela básica de bens para atender às necessidades elementares do indivíduo. Desse modo, a proteção do patrimônio mínimo não pode ser atrelada à exacerbação da pessoa.

Importante trazer, neste momento, o art. 833, inciso II, do atual Código de Processo Civil, que claramente teve como fulcro a concepção do patrimônio mínimo, senão vejamos:

Art. 833. São impenhoráveis:

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida.

Assim, considerando o dispositivo em questão, infere-se que a impenhorabilidade do bem de família, ao menos no que diz respeito aos bens móveis, alcança somente o que for essencial para a manutenção de um padrão médio de vida. Tem-se, então, a concretização da teoria do patrimônio mínimo, consagrando-se a ideia de que a lei deve resguardar apenas o que é necessário ao devedor para que este viva dignamente, e não o que é supérfluo. Ademais, ao se proteger bem de elevado valor, tal ato estaria desprovido de fundamento jurídico ante a ausência de dignidade do titular a ser resguardada.

Todavia, no que diz respeito a bens imóveis, não se consagraram as mesmas mudanças. Nesse contexto, o Projeto de Lei nº 51, de 2006, nº 4.497/04 na Câmara dos Deputados, que alterou dispositivos do então Código de Processo Civil relativos à execução, trazia, em seu teor, previsão normativa que deferia a alienação de imóvel cujo valor ultrapassasse 1000 (mil) salários mínimos. Verificada a possibilidade e efetivada a constrição, o valor até esse limite deveria ser devolvido ao executado ante o seu caráter impenhorável. Confira-se:

Art. 649: (...)

Parágrafo único. Também pode ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a 1000 (mil) salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade.

Entretanto, o seguinte dispositivo foi abolido, em veto presidencial, sob a justificativa de que romperia a tradição trazida pela Lei 8.009/90 de que a impenhorabilidade não se vinculada a qualquer valor. Ressalva-se que, não obstante o parágrafo único não ter sido sancionado, no veto presidencial, foi-lhe reconhecida razoabilidade.

Na mesma senda, houve a apresentação da Emenda nº 358, de autoria do Deputado Federal Júnior Coimbra, ao projeto da Lei 13.105/15, isto é, ao atual Código de Processo Civil. A proposta muito se assemelha à que acima fora apresentada, objetivando que a impenhorabilidade restrinja-se a imóveis cujo valor econômico não supere 1000 (mil) salários mínimos. Assim o é que:

Art. 790. São absolutamente impenhoráveis:

(...)

XII – o bem imóvel de residência do devedor e sua família até o limite de 1000 salários mínimos.

O fundamento apresentado para a emenda é de que ela se apresentaria como óbice àqueles devedores abastados que se valem do instituto do bem de família para se esquivarem de suas obrigações, constituindo situação de verdadeiro abuso de direito, bem como de que a jurisprudência já aponta a possibilidade de afastamento da impenhorabilidade, uma vez que a ideia do instituto é garantir um patrimônio mínimo capaz de proporcionar dignidade ao devedor e sua família. Mais uma vez, a tentativa de inclusão de critério limitador quanto ao valor do imóvel considerado bem de família não prosperou.

Contudo, entende-se que a criação de um critério mais objetivo se faz urgente para que sejam solucionados de forma justa os casos concretos. Se, de um

lado, tem-se o devedor, que não pode ter seu patrimônio retirado de forma com que se veja reduzido a um patamar de indignidade, do outro, tem-se o credor, também sujeito de direitos, e, por conseguinte, merecedor de idêntico respeito. É fácil inferir que a negativa de penhora de imóvel de elevado valor, com base na lei que prevê a impenhorabilidade do bem de família, ofende os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ora, é impossível considerar razoável a intangibilidade do imóvel que excede o essencial e imprescindível a uma vida digna, em detrimento da pretensão totalmente legítima do credor em ter seu crédito satisfeito. No entanto, percebe-se que, ante a ausência legislativa acerca do tema, os tribunais vêm decidindo majoritariamente pelo caráter absoluto da impenhorabilidade do único imóvel residencial do executado.

Com base nas disposições acima apresentadas, acredita-se ser imprescindível a atualização da legislação, havendo previsão de limites valorativos quando da caracterização do bem de família, a fim de que se alcance efetivamente a justiça, resguardando o direito do devedor ao mínimo existencial e o do credor à satisfação da obrigação.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A impenhorabilidade do bem de família, seja na sua modalidade legal seja na voluntária, isto é, seja pela Lei 8.009/90 seja pelo Código Civil, representa importante instrumento de proteção ao devedor e ao seu núcleo familiar. Assim o é que tal garantia não se restringe a instrumento de proteção do direito à moradia e à dignidade humana da pessoa, mas também se mostra como exemplo concreto do Brasil como Estado Social de Direito, que prioriza os direitos do indivíduo ante os patrimoniais.

Ademais, essa proteção não se restringe aos sujeitos integrantes de famílias tidas como tradicionais, ou seja, compostas por pai, mãe e filhos. Cada indivíduo é sujeito de direitos, devendo ser a ele proporcionadas condições mínimas de dignidade para que desfrute de uma vida digna. Nesse contexto, desfrutam de impenhorabilidade os imóveis pertencentes aos solteiros, aos viúvos, aos casais homoafetivos e a qualquer outra pessoa que o tenha como única residência.

Lado outro, a impenhorabilidade do bem de família não tem como objetivo aniquilar o direito do credor de ter seu crédito satisfeito. O instituto foi criado para que se resguardasse a esfera mínima de patrimônio do indivíduo, de modo que um direito de caráter patrimonial não se sobreponha sobre direitos de caráter fundamental, especificamente os relativos à dignidade da pessoa. Ademais, a Constituição Federal traz que a função social da propriedade deve ser observada, o que se respeita com a aplicação da impenhorabilidade em questão.

Contudo, é importante que não seja dado caráter absoluto à impenhorabilidade do imóvel bem de família, até mesmo para que esta não seja utilizada como instrumento de fraude pelos devedores alheios às normas legais e aos deveres éticos. Prevendo tal desvio, a própria Lei 8.009/90 traz, em seu art. 3º, hipóteses de exceção à impenhorabilidade. Cite-se, como exemplo, o crédito referente a impostos, taxas e contribuições inerentes ao próprio imóvel residencial.

Todavia, a legislação não prevê todas as hipóteses em que seria razoável desconsiderar a impenhorabilidade conferida ao bem de família, a fim de que fosse efetivamente encontrada a solução mais justa para os direitos conflitantes do exequente e do executado. Nesse time, incluem-se os imóveis de elevado valor que, em muito, superam o conceito de patrimônio mínimo.

A princípio, vislumbra-se uma colisão entre dois direitos fundamentais quando se fala em penhora de imóvel de elevado valor, quais sejam, o direito à moradia e, conseqüentemente, à dignidade e o direito à tutela jurisdicional efetiva. No entanto, o exercício do direito à tutela jurisdicional efetiva através da penhora de referido imóvel não fere a dignidade do devedor, uma vez que, com o saldo remanescente, este poderia adquirir outro imóvel de menor valor. Portanto, necessário reconhecer que não há sobreposição de direito patrimonial sobre social tampouco conflito entre normas constitucionais fundamentais no caso em tela.

Nesses casos, não há que se falar em razoabilidade se o devedor permanece com seu imóvel suntuoso e luxuoso intacto em detrimento da pretensão do credor, que vê seu direito à tutela jurisdicional efetiva completamente frustrado. Destarte, imprescindível que seja concebida limitação valorativa do imóvel bem de família, tendo em vista que sua impenhorabilidade tem como fundamento e objetivo a proteção da dignidade do devedor e não do vasto patrimônio dele.

Logo, se, por um lado, no curso do processo executivo, deve-se proteger o devedor para que lhe seja resguardada àquela parcela de patrimônio imprescindível à dignidade dele, por outro lado, não se pode olvidar por completo do credor, que ingressa no Judiciário e nele deposita confiança de que terá seu crédito quitado.

Nesse contexto, já houve algumas tentativas de mudança legislativa e alguns julgados afastando a impenhorabilidade absoluta quando se trata de imóvel de elevado valor. Entretanto, nenhuma alteração foi sancionada e a jurisprudência é minoritária, sendo as decisões reformadas constantemente quando analisadas pela instância superior.

Não obstante o fracasso dessa vertente até o momento, a incipiente mudança de pensamento dos magistrados e legisladores apresenta-se como importante conquista para o avanço do Direito e sinal de que, no futuro, a limitação de valor do imóvel pode ser tida como instrumento de uma solução mais justa em feitos executivos.

Importante ressaltar que não se defende a alteração irresponsável do ordenamento jurídico tampouco de seus princípios. Com a criação de limite de valor para a qualificação de um imóvel como bem de família, busca-se, pelo contrário, a reafirmação e convivência harmônica de todos os valores jurídicos do sistema brasileiro. Em outras palavras, não se busca a ruína do instituto da impenhorabilidade, mas somente sua interpretação em consonância com o ordenamento constitucional, respeitando garantias e direitos fundamentais, especificamente o direito à tutela jurisdicional efetiva do credor.

Como dito alhures, ainda que seja possível ao magistrado, atualmente, o afastamento da impenhorabilidade após interpretação sistemática do ordenamento jurídico, tais decisões são pouco aceitas pela corrente majoritária e frequentemente reformadas pelos tribunais. Por esta razão, entende-se que uma inovação legislativa, que apresentasse critérios objetivos de caracterização do bem de família, especificamente sobre o seu valor, traria maior efetividade e justiça ao processo de execução.

REFERÊNCIAS

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Bem da Família com Comentários a Lei 8.009/90**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. **Bem de Família**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil: Direito de Família**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 5v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 6v.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CZAJKOWSKI, Rainer. **A Impenhorabilidade do Bem de Família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. A Dignidade da pessoa Humana no Direito Contemporâneo: Uma Contribuição à Crítica da Raiz Dogmática do Neopositivismo Constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 35, p. 102-107, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011, 3v.

_____. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Fraude contra credores: a natureza jurídica da sentença pauliana**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Agravo de Petição nº 01549005819885020008. São Paulo, SP, 28 de março de 2014. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125354035/agravo-de-peticao-ap-1549005819885020008-sp-01549005819885020008-a20>>. Acesso em: 20 de abril de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1351571 / SP (2012/0226735-9). Brasília, DF, 06 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201202267359>. Acesso em: 26 de abril de 2017.

****** Doutoranda em Direito Civil Comparado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC-SP, Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresarias pela Universidade de Franca-UNIFRAN, Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade de Franca- UNIFRAN, Professora de Direito Civil, Processo Civil e Direito do Consumidor no Centro Universitário do Planalto de Araxá- UNIARAXA, advogada militante na Comarca de Araxá-MG.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

**PAULA FABRINE ANDRADE
PIRES:** Acadêmica do Curso de Direito da
Faculdade Católica do Tocantins.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA(Orientadora)[\[1\]](#)

Resumo: O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos, decorre do art. 37, §6º da Constituição Federal. A responsabilidade civil do Estado é objetiva, conforme disposto no texto constitucional, ocorre que parte da doutrina e da jurisprudência entende ser necessária a comprovação de culpa quando se trata de omissão estatal. O presente trabalho se desenvolveu por meio de pesquisa bibliográfica pelo método dedutivo e teve por objetivo analisar se a responsabilização estatal diante dos casos de omissão permanece objetiva, conforme narra a Constituição, ou se pode o ente responder de forma subjetiva, tendo em vista entendimento doutrinário.

Palavras chave: Responsabilidade civil. Estado. Omissão.

Abstract: The duty to compensate for damages, including moral damages, effectively caused by an act of state agents or by the inadequacy of public services, derives from art. 37, §6 of the Federal Constitution. The civil liability of the State is objective, as provided in the constitutional text, it occurs that the part of doctrine and jurisprudence deems it necessary to prove guilt. The present work was developed through a bibliographic research using the deductive method and had the objective of analyzing whether state accountability in cases of omission remains objective, according to the Constitution, or whether it can respond subjectively, with a view to doctrinal understanding.

Keywords: Civil responsibility. State. Omission.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução da Responsabilidade Civil do Estado. 3. Responsabilidade Civil do Estado na CRFB/88. 4. Responsabilidade por Omissão do Estado. 5. Omissão Genérica e Específica. 6. Entendimento Jurisprudencial Frente a Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. 7. A Responsabilização do Estado e

o Princípio da Reserva do Possível 8. Responsabilidade do Agente Estatal e Direito de Regresso do Estado. 9. Considerações Finais. 10. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nos primórdios do desenvolvimento histórico da responsabilidade civil do Estado, era preponderante a teoria da irresponsabilidade no reinado de grandes déspotas, que acreditavam ser a representação de Deus na Terra. Com a centralização do poder político e o nascimento de monarquias nacionais, foi-se superando o poder político descentralizado dos antigos feudos. No Estado Absolutista, era visível a negação deste na reparação de danos que eventualmente causava a particulares. Já no Liberalismo, pela pouca participação do Estado nas relações privadas, ainda prevalecia a teoria da irresponsabilidade que só viria a ser substituída no Estado Democrático de Direito. Este último solidificou-se sobre a ideologia de direitos e deveres para os entes estatais, admitindo-se assim, a responsabilização civil do Estado por danos causados a terceiros por seus agentes públicos.

No Brasil, desde a primeira constituição, na época do Império, já se admitia a responsabilidade civil na Administração Pública. Atualmente, danos causados por atuações comissivas, pelo Estado, são facilmente perceptíveis tanto para juristas como para particulares prejudicados por essas condutas. No entanto os danos causados por condutas omissivas, não são translúcidos e geram contradições na doutrina e jurisprudência.

Com isso, será objeto de estudo a responsabilidade civil objetiva do Estado (prevista no artigo 37 da Constituição Federal de 1988) bem como se é necessário ou não a identificação de elementos como a conduta do Estado, o dano, o nexo de causalidade, e o elemento subjetivo, dolo ou culpa, como preposto de teorias baseadas na responsabilidade objetiva e subjetiva do Estado – coexistentes nas decisões judiciais.

2. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Atualmente o Estado responde pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, por ato comissivo ou omissivo, porém, nem

sempre foi assim. A responsabilidade civil do Estado passou, basicamente, por quatro fases, até ser consolidada a teoria da responsabilidade objetiva.

Em um primeiro momento, a ideia que prevaleceu no mundo era de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade. A alegação de que “o rei nunca errava” (the king can do no wrong e leroi ne peut mal faire) baseia a primeira fase da responsabilidade civil, que é a fase da irresponsabilidade do Estado (CARVALHO, 2016, p. 322). Observe-se que no Brasil, não houve período de total irresponsabilidade do Estado, mesmo sem dispositivo legal, a responsabilidade da administração pública sempre existiu (CAHALI, 1999).

Logo após, vigorou a teoria da responsabilidade com culpa. O embasamento aqui é a intenção do agente. Para que se possa admitir a incidência dessa teoria, necessita-se da comprovação de quatro elementos, quais sejam: a conduta do Estado; o dano; o nexo de causalidade; e o elemento subjetivo, dolo ou culpa (conduta praticada com imprudência, imperícia ou negligência). Neste caso, essencial a demonstração desses elementos, pois a falta de um deles gera a exclusão da responsabilidade.

A terceira fase, chamada de teoria da culpa administrativa veio para trazer uma maior proteção à vítima, chegando, então, à responsabilidade subjetiva baseada na culpa do serviço. Neste caso, a vítima apenas deve comprovar que o serviço foi mal prestado ou prestado de forma ineficiente ou ainda com atraso, sem necessariamente apontar o agente causador. Não se baseia na culpa do agente, mas do serviço como um todo e, por isso, denomina-se Culpa Anônima (CARVALHO, 2016, pag. 323).

Por fim, a última fase, a teoria da responsabilidade objetiva, trouxe uma maior proteção ao lesado. Nessa forma de responsabilidade dispensa a verificação do fator culpa em relação ao fato danoso. Por isso, ela incide em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, bastando que o interessado comprove a relação causal entre o fato e o dano (CARVALHO FILHO, 2006, p. 451), portanto, para que haja responsabilidade objetiva, basta que comprovem três elementos: a conduta de um agente público, o dano causado a terceiro e o nexo causal.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CRFB/88

Reza o art. 37, § 6º, da Constituição:

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

Nesse mesmo sentido estabelece o art. 43 do Código Civil:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, partes destes, dolo ou culpa.

Portanto, aplica-se a teoria da responsabilidade objetiva do Estado prevista no aludido dispositivo constitucional, quando se verifica ato comissivo da Administração, por meio de seus agentes, bastando, nestas hipóteses, a análise acerca do ato praticado, do dano causado e do nexo de causalidade entre ambos.

Em relação aos seus agentes, observa-se que o texto constitucional inclui as pessoas jurídicas de Direito Público da Administração Direta, além de autarquias e fundações públicas de Direito Público, as quais serão responsabilizadas objetivamente. Alcança, também, todas as pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, fundações públicas de Direito Privado que prestem serviços públicos, e também as pessoas privadas delegatárias de serviços públicos (concessionárias e permissionárias de serviços), não integrantes da Administração Pública. As empresas públicas e as sociedades de economia mista somente se incluem nesse dispositivo se criadas para a prestação de serviços públicos, caso contrário, a responsabilidade será regulamentada pelo direito privado.

Deste modo, evidencia-se que Constituição Federal consagrou a teoria da responsabilidade objetiva, com fundamento no risco administrativo, como fundamento da responsabilidade civil do Estado, isto, pois, condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da atividade administrativa, ou seja, aos casos que houver relação entre a atuação do agente público e o dano.

Todavia, o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite abrandamento e, até mesmo, isenção da própria responsabilidade civil do Estado em hipóteses excepcionais, como caso fortuito e força maior, ou de culpa exclusiva da vítima.

Um clássico exemplo de responsabilidade objetiva do Estado é a questão da bala perdida. Em um confronto entre policiais e bandidos e pessoas inocentes são atingidas, evidente o dever de indenizar, independente da bala ter partido da arma do policial ou do bandido. Isto, pois, sempre que o dano resultar da atividade estatal haverá o dever de indenizar objetivamente. Se a vítima foi atingida na troca de tiros entre policiais e bandidos, não há dúvida de que a ação dos agentes contribuiu de forma crucial para o evento. Só não haverá esse dever de indenizar, nos casos de bala perdida que não se sabe de onde partiu e não guarda nenhuma relação com a atividade policial.

Assim sendo, para que seja reconhecida a responsabilidade objetiva do Estado, é necessário que estejam presentes os três elementos, requisitos desta, quais sejam, conduta do agente público que atue nesta qualidade, dano e nexó de causalidade. Não estando presentes esses elementos, inexistente a responsabilização estatal.

4. RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO DO ESTADO

Conforme já mencionado, o art. 37, §6º da Constituição atribui responsabilidade extracontratual objetiva ao Estado na hipótese de danos que decorram de alguma conduta comissiva e omissiva dos seus agentes.

Contudo, no caso de omissão estatal, maiores ponderações se impõem, já que a questão não é seara de suave colheita. Aliás, nesse sentir, há questões tormentosas, tanto da jurisprudência, quanto doutrinárias. Isto porque o Texto Constitucional (art. 37, § 6º, do CF/88) não é claro a respeito da solução jurídica para casos de danos oriundos da comissão por omissão da Administração (Min. LUIZ FUX. RE nº 841526/RS).

Segundo a lição de Matheus Carvalho (2016, p. 331):

Existem situações fáticas em que o dano é causado a um particular em virtude de uma não atuação do agente

público. Nesses casos, analisamos o regramento aplicado à responsabilização do Estado decorrente da omissão dos seus agentes, ou seja, da ausência de conduta do agente, em situações nas quais teria o dever de atuar previsto em lei. A maioria da doutrina entende que a conduta omissiva não está abarcada pelo art. 37, §6º da CRFB. O não fazer do Estado, a falta de atuação do Estado não geraria responsabilidade objetiva nos moldes do texto constitucional, que traz implícita, em seus termos, a existência de uma conduta como elemento da responsabilidade pública. A doutrina e a jurisprudência dominantes reconhecem que, em casos de omissão, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva, onde o elemento subjetivo está condicionando o dever de indenizar. Então, nas omissões a regra é a aplicação da teoria subjetiva.

Portanto, para uma prestigiada corrente a responsabilidade do Estado é subjetiva no caso de omissão. Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Ou seja, só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha impedir o evento lesivo (MELLO, 2012 p. 1029).

Assim, a omissão que gera responsabilidade é aquela violadora de um dever de agir. Em outras palavras, os danos por omissão são indenizáveis somente quando configurada omissão dolosa ou omissão culposa. Aplicando-se a teoria subjetiva, a vítima tem o ônus de provar a ocorrência de culpa ou dolo, além da demonstração dos demais requisitos: omissão, dano e nexos causal.

A regra, com relação ao Estado, é a responsabilidade objetiva na modalidade risco administrativo sempre que o dano for causado por agente público nessa qualidade e houver um nexos de causalidade entre a conduta e o dano. Entretanto, há responsabilidade subjetiva nos casos em que o dano não é causado pela atividade estatal, nem pelos seus agentes, mas por fenômenos da natureza ou por fato da própria vítima ou de terceiros, tais como assaltos. O Estado não responde

de forma objetiva por tais fatos, pois não foram causados por sua atividade, todavia, poderá responder subjetivamente com base na culpa anônima ou falta de serviço, se por omissão (genérica) concorreu para não evitar o resultado quando tinha o dever legal de impedi-lo.

Segue entendimento de ALEXANDRINO e PAULO (2011, p. 762):

São exemplos das situações ora em foco uma manifestação pública, em que uma multidão de terceiros (particulares, não agentes públicos) venha a causar danos às pessoas, depredando propriedades; ou a ocorrência de eventos da natureza, como vendavais e enchentes, quem venham a causar prejuízos à população. Nessas hipóteses, a indenização estatal só será devida se restar comprovada que determinada omissão culposa da Administração concorreu para o surgimento do resultado danoso, ou seja, que o dano não teria ocorrido se a Administração tivesse prestado adequadamente os serviços públicos de que o ordenamento jurídico lhe incube (responsabilidade subjetiva, na modalidade culpa administrativa ou culpa anônima).

Deste modo, evidente que o Estado responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Porém, quando se trata de omissão do agente estatal, há de se analisar duas hipóteses. A primeira hipótese é a que o Estado responde de forma subjetiva pela sua omissão, devendo a vítima comprovar, além dos requisitos da responsabilidade objetiva, a culpa ou o dolo do ente, demonstrando que houve falta na prestação de um serviço que deveria ser prestado pelo Poder Público, e que se assim tivesse feito, teria evitado o dano.

Já na segunda hipótese o Poder Público, em caso de omissão, assim como nos atos comissivos, responde sob a ótica da responsabilidade objetiva, são os casos em que a Administração tem o dever específico de agir e se omite. Isso porque, parte da doutrina e da jurisprudência entende que o art. 37, §6º não faz distinção entre ação e omissão, sendo aplicado a responsabilidade objetiva em ambos os casos.

5. OMISSÃO GENÉRICA E OMISSÃO ESPECÍFICA

Ante da indefinição a respeito da omissão do Estado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se orientou no sentido de que a responsabilidade civil do Poder Público por omissão também está fundamentada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, configurado o nexo causal entre o dano sofrido pelo particular e a omissão da Administração em evitar a sua ocorrência quando tinha a obrigação legal específica de fazê-lo, surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova da culpa na conduta administrativa. Neste caso trata-se de omissão específica.

Ainda sobre a omissão estatal, entende o Superior Tribunal de Justiça que a Administração pode responder de forma subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la. Em suma, a responsabilidade civil do Estado por omissão pode surgir a partir da prova da deficiência do serviço em geral (mau funcionamento, retardamento do serviço ou mesmo a inexistência) e não da conduta culposa de algum agente público específico, tratando-se de omissão genérica.

Conforme ensino de Sergio Cavalieri Filho (2012):

Haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. São exemplos de omissão específica: morte de detento em rebelião em presídio (Ap. Civ. 58957/2008, TJRJ); suicídio cometido por paciente internado em hospital público, tendo o médico responsável ciência da intenção suicida do paciente e nada fez para evitar (REsp. 494206/MG); paciente que dá entrada na emergência de hospital público, onde fica internada, não sendo realizados os exames determinados pelo médico, vindo a falecer no dia seguinte (Ap. Civ. 35985/2008, TJRJ); acidente com aluno nas dependências de escola pública – a pequena vítima veio a morrer afogada no horário escolar, em razão de queda em bueiro existente no pátio da escola municipal (Ap. Civ. 3611/1999, TJRJ). Em suma, a omissão específica, que faz

emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso.

E continua:

Em contrapartida, a omissão genérica tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva. São exemplos de omissão genérica: negligência na segurança de balneário público – mergulho em lugar perigoso, conseqüente tetraplegia; o infortúnio ocorreu quando a vítima, aos 14 anos, após penetrar, por meio de pagamento de ingresso, em balneário público, mergulhou de cabeça em ribeirão de águas rasas, o que lhe causou lesão medular cervical irreversível (REsp.418713-SP); queda de ciclista em bueiro há muito tempo aberto em péssimo estado de conservação, o que evidencia a culpa anônima pela falta do serviço (Ap. Civ. 4846/2008, TJRJ); estupro cometido por presidiário, fugitivo contumaz, não submetido à regressão de regime prisional como manda a lei – *fauteduservicepublica* caracterizada; a omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão (REsp. 409203/RS); poste de ferro com um sinal de trânsito cai sobre idosa no calçadão de Ipanema – a base de metal que sustentava o sinal estava bastante enferrujada e acabou quebrando com o apoio da idosa (Globo, 12/07/2010). (2012, p. 268-269).

Posto isto, na omissão específica, há uma presunção de que houve uma omissão culposa do Estado, assim, a pessoa que sofreu o dano não precisa

comprovar a culpa da Administração, isto, pois, esta responsabilidade é do tipo objetiva. Como por exemplo, um preso que sofre lesão dentro da penitenciária, devido a uma briga com o companheiro de cela. A causa do dano não foi a atuação de um agente público, e sim uma omissão do Estado, que neste caso, não atuou diligentemente a fim de impedir a lesão sofrida pela pessoa que estava sob sua custódia. Sendo assim, desnecessária a comprovação de culpa quando se trata de omissão específica.

Já na omissão genérica, que faz insurgir a responsabilidade subjetiva do Estado, caberá ao particular provar que a atuação normal e regular do Poder Público teria sido suficiente para evitar o dano por ele sofrido. É o caso de acidente de carro devido a buracos na rodovia. Compete ao particular demonstrar que sem aqueles buracos, devido à omissão da Administração Pública, o acidente não teria ocorrido, além de comprovar o dano e o nexo causal

6. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL FRENTE À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Pacificado o entendimento de que responde objetivamente a Administração pelos danos advindos de ações de seus agentes, sendo necessário apenas a comprovação do dano e do nexo causal. Entretanto, conforme já explanado anteriormente, há uma certa divergência jurisprudencial e doutrinária no que tange à sua responsabilidade frente aos atos omissivos.

Entende parte dos doutrinadores e da jurisprudência que o Estado responde, objetivamente, em casos que possui o dever específico de agir, tratando-se de omissão específica. Outra parte defende que, se o Estado não agiu, não é o causador do dano, não restando obrigado a indenizar os prejuízos, podendo responder, entretanto, de forma subjetiva, com base na culpa anônima ou falta de serviço, a chamada omissão genérica.

A respeito do tema, os tribunais pátrios já tiveram a oportunidade de se manifestar por diversas vezes. Na prática, as cortes brasileiras aplicam a responsabilidade objetiva quando a Administração tem o dever específico de agir e sua omissão cria situação para a ocorrência do evento danoso, como em casos de morte de detento, acidente ou morte de aluno e/ou paciente enquanto

permanecem no interior do estabelecimento público, além de outras hipóteses. Nesse sentido, observe-se:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento público de ensino. Acidente envolvendo alunos. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido. (STF 1ª T ARE 754.778 Rel. Dias Toffoli/DJe de 19/12/2013

Nota-se que, a partir do momento em que o aluno está sob a guarda do Estado, este tem o dever de zelar pela sua integridade física. Não garantindo essa segurança, responde a Administração pela sua omissão. Seguindo o mesmo entendimento, em recente julgado, o Estado foi condenado a indenizar devido a morte de um detento na cadeia (RE 841.526/RS).

Entende o STF que nesses casos, a morte do preso gera responsabilidade civil objetiva para o Estado, em decorrência da sua omissão em cumprir o dever legal de proteção que lhe é imposto pelo artigo 5º, inciso XLIX^[2], da Constituição Federal.

No ARE 662.563 AgR/GO, DJe de 02/04/2012, o Min. GILMAR MENDES, relator, afirmou em seu voto que “[...] a jurisprudência dominante desta Corte que se firmou no sentido de que a negligência estatal no cumprimento do dever de

guarda e vigilância dos detentos configura ato omissivo a dar ensejo à responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que, na condição de garante, tem o dever de zelar pela integridade física dos custodiados [...]”.

Porém, observe-se que tudo depende do caso concreto. De certo haverá ocasiões que a Administração Pública proverá todas as condições de segurança para evitar o dano e, ainda assim, o acidente ocorrerá, seja por fato imputável ao preso, seja por fato absolutamente imprevisível ou por força maior, contra os quais o Poder Público jamais poderia tomar alguma providência capaz de garantir a segurança do preso.

Até mesmo o caso de homicídio, poderá haver situações em que o Estado não será responsabilizado pela morte do detento, por exemplo, quando um preso mata o outro por legítima defesa.

De outra banda, é aplicada a responsabilidade subjetiva (omissão genérica) em casos de acidentes provocados pela má manutenção em suas vias, ou por animais na pista, falta de atendimento em hospitais públicos, falha na prestação de serviços públicos entre outros. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO.
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE
TRÂNSITO EM RODOVIA FEDERAL. BURACO NA PISTA.
MORTE DO MOTORISTA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC.
INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OMISSÃO.
OCORRÊNCIA DE CULPA. DANOS MORAIS.
IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. PROPORCIONALIDADE.
TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. SÚMULA 54/STJ.
PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
SÚMULA 284/STF. 1. Não há violação do art. 535 do CPC
quando o Tribunal de origem analisa adequada e
suficientemente a controvérsia objeto do recurso especial.
2. Na hipótese dos autos, restaram assentados no acórdão
os pressupostos da responsabilidade subjetiva, inclusive a
conduta culposa, traduzida na negligência do Poder Público
na conservação das rodovias federais. O acolhimento da
tese do recorrente, de existir culpa exclusiva da vítima,

demandaria a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, providência obstada pela Súmula 7/STJ. 3. Manutenção do valor fixado nas instâncias ordinárias por dano moral (R\$ 100.000,00 - cem mil reais), por não se revelar nem irrisório, nem exorbitante. (...) 7. Recurso especial conhecido em parte e não provido' (STJ, REsp 1356978/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/09/2013).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MUNICÍPIO (ADMINISTRAÇÃO INDIRETA) - OMISSÃO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE - ÓBITO DO CÔNJUGE DA AUTORA EM HOSPITAL MUNICIPAL - FALHA NO ATENDIMENTO EMERGENCIAL PELOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE - DEMONSTRAÇÃO DE TODOS OS ELEMENTOS DO DEVER DE INDENIZAR - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE MUNICIPAL CONFIGURADA - SENTENÇA REFORMADA - APELO PROVIDO. (TJPR - 3ª C.Cível - AC - 1388133-7 - União da Vitória - Rel.: Cláudio de Andrade - Unânime - - J. 01.09.2015)

Nessas hipóteses, o Estado não agiu, mas o dano foi causado justamente pela sua omissão, seja por não ter providenciado a reparação da rodovia esburacada, seja por não oferecer atendimento suficiente aos pacientes em um hospital público.

7. A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos, decorre do art. 37, §6º da Constituição.

Diante das ações cada vez mais corriqueiras no judiciário, requerendo indenizações por reparações de danos causados pelo Poder Público, este, muitas

vezes, vem se socorrendo ao princípio da reserva do possível para afastar sua responsabilidade, ou seja, aduz que o Estado está subordinado à existência de recursos públicos disponíveis para a sua atuação.

Esse princípio teve origem na Alemanha, em 1972, quando estudantes, através de ação judicial, pleitearam direito de ingresso em Universidade Pública, no curso de medicina. Os estudantes basearam-se na Lei Fundamental Alemã, que em seu artigo 12, I, estabelecia que “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional”. O Tribunal decidiu, então, que tais direitos seriam efetivados dentro da reserva do possível, ou seja, as vagas disponibilizadas eram equivalentes à capacidade financeira do Estado em arcar com os custos decorrentes desse exercício.

Pois bem, de acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Foi tema de recente decisão do Supremo Tribunal Federal a responsabilidade estatal por omissão. Decidiu-se no RE 580.252/MS, a obrigação da Administração Pública de indenizar um detento em decorrência das condições degradantes da penitenciária.

O autor/detento, requereu o pagamento de indenização por dano moral causado pelas ilegítimas e sub-humanas condições a que está submetido no cumprimento de pena em estabelecimento prisional situado no Município de Corumbá, Mato Grosso do Sul. A omissão estatal ocorreu tendo em vista que os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e higiene do estabelecimento prisional não foram sanados, mesmo após o decurso de um lapso temporal quando da formalização do laudo da vigilância sanitária.

No presente caso, evidente que o Poder Público se omitiu diante dos problemas da unidade prisional, mesmo tendo o dever específico de agir. O Estado, defendeu-se alegando, em suma, o princípio da reserva do possível, que impõe a implementação de políticas públicas e que isto depende da disponibilidade financeira do Estado, sendo, deste modo, incabível a condenação por danos morais.

Refutando os argumentos, afirmou o relator, Ministro Teori Zavascki:

[...] não há como acolher os argumentos que invocam, para negar o dever estatal de indenizar, o "princípio da reserva do possível", nessa dimensão reducionista de significar a insuficiência de recursos financeiros. Faz sentido considerar tal princípio em situações em que a concretização de certos direitos constitucionais fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas sujeitas à intermediação legislativa ou à intervenção das autoridades administrativas. Em tais casos, pode-se afirmar que o direito subjetivo individual a determinada prestação, que tem como contrapartida o dever jurídico estatal de satisfazê-la, fica submetido, entre outros, ao pressuposto indispensável da reserva do possível, em cujo âmbito se insere a capacidade financeira do Estado de prestar o mesmo benefício, em condições igualitárias, em favor de todos os indivíduos que estiverem em iguais condições.

E continuou:

Não se nega que a eliminação ou, pelo menos, a redução de violações à integridade e à dignidade da pessoa dos presos dependem da adoção de políticas públicas sérias e voltadas especificamente à obtenção de tais resultados. Disso não decorre, porém, que as violações causadoras de danos pessoais, mesmo morais, aos detentos, ainda ocorrentes, devam ser mantidas impunes ou não passíveis de indenização, ainda mais nas circunstâncias fáticas descritas na presente causa, em que o próprio acórdão recorrido admite que 'é notório que a situação do sistema penitenciário sul-mato-grossense tem lesado direitos fundamentais seus, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica'. Porque juridicamente bem diferenciadas e inconfundíveis, merecem tratamento

diferenciado as seguintes situações: uma, a de instituir políticas públicas de melhoria das condições carcerárias, que aqui não está em discussão; e a outra, juridicamente bem distinta, a do dever do Estado de indenizar danos individuais – seja de natureza material, seja de natureza moral – causados a detentos. É dessa última que aqui se trata. A obrigação de ressarcir danos, que é imposta pelas leis civis a qualquer pessoa que os cause (Código Civil, arts. 186 e 927), é também do Estado, que, mais que decorrer de norma civil (Código Civil, art. 43), tem previsão em superior norma constitucional específica, o art. 37, § 6º, dispositivo autoaplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo.

Assim sendo, evidente que o julgamento supramencionado abre precedentes para novas ações com pedidos fundados na omissão do Estado diante das situações precárias das penitenciárias. Porém, ainda assim, não é justificável que se utilize o princípio da reserva do possível, até porque, só faz sentido considerar este princípio em ações judiciais nas quais está sendo pedida a implementação de políticas públicas.

O princípio em questão também é muito utilizado em ações judiciais que envolvam saúde.

O Sistema Único de Saúde, que passa por um período caótico, se vê cada vez menos capaz de atender toda a demanda que chega até ele. A escassez de remédios, leitos, medicamentos e até de médicos é realidade de grande parte dos hospitais públicos do país.

Cidadãos que só querem ver seus direitos garantidos, ingressam com ações no Poder Judiciário, para ver se, ao menos assim, conseguem tratamento de saúde necessário, medicamentos, etc. Em sua defesa, mais uma vez, o Estado alega que esses direitos, no caso, à saúde, só podem ser garantidos quando há disponibilidade de recursos públicos. Em síntese, a necessidade de previsão orçamentária é apontada, muitas vezes, como um limite à atuação do Estado para a efetivação de direitos sociais.

Sobre o tema, ressaltou o Ministro Humberto Martins, no julgamento do Recurso Especial nº 1.185.474/SC:

[...] A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da “limitação de recursos orçamentários” frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.

Deste modo, observe-se que a efetivação dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é decorrência de um juízo discricionário e nem pode ser encarada como tema que depende única e exclusivamente da vontade pública. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador (Min. HUMBERTO MARTINS. REsp nº 1.185/474/SC).

O Estado como ente garantidor de direitos e garantias fundamentais, bem como, promotor de políticas públicas, não pode e não deve se omitir diante de situações que são de sua responsabilidade. Até porque, por ser o Estado democrático de direito, onde todos são iguais perante a lei, não se pode admitir que parte dos indivíduos sejam privados de seus direitos fundamentais.

8. RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO E O DIREITO DE REGRESSO DO ESTADO

Estabelece o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, inserido no capítulo concernente à estrutura organizacional e principiológica da Administração Pública, que "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

O direito de regresso é a faculdade que tem o Estado de exigir do funcionário público, causador de dano ao particular, a devolução da quantia que a Fazenda Pública teve de adiantar à vítima de ação ou omissão, em virtude do mau funcionamento do serviço público, por dolo ou culpa.

Questão digna de nota interpretativa e de relevante amplitude prática reside, portanto, em saber se a vítima da suposta conduta ilícita cometida pelo agente público, no exercício de suas funções, deve demandar unicamente em face do Estado, através da pessoa jurídica a qual esteja vinculado o servidor (o qual pode exercer o direito de regresso posteriormente), ou se, tem a faculdade processual em demandar alternativamente contra um ou outro ou mesmo cumulativamente contra ambos, em litisconsórcio facultativo.

Diverso é o entendimento sobre o tema. O Superior Tribunal de Justiça, assim como parte da doutrina, entende que a Constituição impõe ônus maior ao Estado por conta do risco administrativo, porém, não prevê uma demanda de curso forçado em face do Poder Público quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto.

Entende a Corte, portanto, que não é conferido ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, neste caso, sendo possível a sua inclusão no polo passivo da demanda, se assim o desejar.

Em razão dessas vantagens e desvantagens, pode, o particular, exercer seu direito de ação diretamente contra o servidor, autor do ato ilícito lesivo, devendo estar ciente, porém, que, diferentemente da responsabilidade objetiva do Estado, a responsabilização pessoal do agente público será apurada mediante critérios

subjetivos, através da necessária demonstração da culpa ou dolo do agente que provocou o dano, a teor do art. 186 e 927 do Código Civil.

Em linha de pensamento diverso, a Suprema Corte e outros doutrinadores, possuem entendimento mais positivista. Segundo o entendimento do Pretório Excelso o § 6º do art. 37 da Constituição da República consagra dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público interno, plenamente solvente para suportar o pagamento do dano, e, a outra, em prol do agente estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular, pelo que este é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação indenizatória, ainda que como litisconsorte. (Min. CARLOS AYRES, RE nº 327.904-1)

Aliás, a ilegitimidade passiva dos agentes públicos nas ações que visam à indenização por danos causados por eles a terceiros decorre, também, do princípio da impessoalidade, que, analisado sob um dos seus aspectos, informa que os atos praticados pelos agentes públicos são imputados ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual atua. Confira o entendimento do STF:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Responsabilidade civil do estado. Inclusão do agente público no polo passivo da demanda. Impossibilidade. Ilegitimidade passiva. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de não reconhecer a legitimidade passiva do agente público em ações de responsabilidade civil fundadas no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, devendo o ente público demandado, em ação de regresso, ressarcir-se perante o servidor quando esse houver atuado com dolo ou culpa. 2. Agravo regimental não provido. (ARE 908331 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma. DJe:18/05/2016)

Portanto, há duas correntes, a do STJ, que admite que o agente público seja parte legítima para compor polo passivo em ação de indenização contra o Estado, sendo faculdade do autor escolher contra quem vai demandar. E outra, a do STF, que entende ser parte ilegítima na demanda o servidor autor do dano, devendo o administrado demandar exclusivamente em face do Poder Público. Neste caso o

servidor responderá apenas de forma civil e administrativa perante o órgão ao qual esteja vinculado.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilização extracontratual do Estado passou por diversas evoluções jurídicas. Partiu da teoria da irresponsabilidade do Estado, passou pela responsabilidade com culpa, teoria da culpa administrativa e teoria do risco administrativo, sendo este último o mais benéfico para a sociedade, tendo em vista não ser necessária a comprovação de dolo ou culpa.

Conforme a Constituição Federal de 1988, o Estado responde pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, consagrando a responsabilização objetiva do Poder Público. Por outro lado, alguns doutrinadores e parte da jurisprudência defendem a tese de que é necessária a comprovação de dolo ou culpa, nos casos de omissão.

Portanto, em relação a essa divergência, conclui-se que, quando não se pode exigir do Estado uma atuação específica, tendo este, contudo, um dever genérico de agir, e o serviço não funciona, funciona mal ou tardiamente, haverá omissão genérica, pela qual responde o Poder Público subjetivamente. Já quando o Estado tem o dever específico de agir e sua omissão cria situação propícia para a ocorrência de um evento danoso, ocorrerá omissão específica e a Administração responde de forma objetiva.

Outra divergência quanto ao texto do art. 37, §6º, é sobre a legitimidade ou não do servidor público para compor o polo passivo em demanda de reparação de danos contra o Estado. O STF já entendeu que o particular poderia demandar diretamente contra o agente público, adotando também essa linha de entendimento o STJ. Porém, a Suprema Corte do país superou essa tese e hoje adota o entendimento de que o servidor é parte ilegítima na demanda, devendo responder apenas administrativamente.

10. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense; Forense: Método, 2011

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 04/04/2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.185.474/SC.** Relator: Ministro Humberto Martins. Publicado no DJe em 30/04/2015. Acesso em: 07/10/2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental nº 908331.** Relator: Dias Toffoli. Publicado no DJe em 18/05/2016. Acesso em: 11/10/2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 327.904-1/SP.** Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em: 15/08/2006. Acesso em 11/10/2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 841526/RS.** Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado no DJe em 30/30/2016. Acesso em: 23/09/2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 580.252/MS.** Relator: Ministro Teori Zavascki. Publicado no DJe em 17/02/2017. Acesso em: 06/10/2017

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**, 3ª Ed., Bahia: Juspodvm, 2016

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**, 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012)

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Revista de doutrina

da 4ª região, Porto Alegre (RS), 24ª ed. Julho. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 10/10/2017

NOTAS:

[1] Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutoranda em Tecnologia Nuclear IPEN/USP. E-mail Karine.mota@catolica-to.edu.br

[2] 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:

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA: EXTENSÃO DO BENEFÍCIO AO FIADOR

FERNANDA APARECIDA BORGES DE ANDRADE: Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Planalto de Araxá-UNIARAXÁ.

MARISTELA APARECIDA DUTRA

(Orientadora)**

RESUMO: O presente estudo tem por escopo a análise do bem de família no que tange a sua impenhorabilidade, destacando os principais pontos do Código Civil e da lei 8.009/90, com aprofundamento em alguns assuntos controvertidos. A pesquisa foi desenvolvida mediante processo metodológico dedutivo, utilizando-se do método bibliográfico, estudo dogmático jurídico e estudo histórico. A origem do instituto remonta o início do século XIX, no estado do Texas, Estados Unidos, em meio a uma grave crise econômica. No Brasil, o bem de família foi tratado pela primeira vez pelo Código Civil de 1916. Em suma temos que o Código Civil trata do bem de família voluntário, ou seja, aquele cuja instituição depende de declaração da família ou entidade familiar, seguido do respectivo registro em cartório. Lado outro, a lei 8.009/90 cuida do bem de família legal, isto é, aquele cuja impenhorabilidade é estabelecida pela própria lei, que é norma de ordem pública, em defesa do direito à moradia das famílias, principalmente aquelas economicamente menos favorecidas. Frisa-se, entretanto, que o Código Civil impõe requisitos mais rigorosos para instituição do bem de família, tal qual o requisito de que o imóvel a ser destinado a bem de família não pode ultrapassar um terço de todo o patrimônio líquido. Enquanto que na lei 8.009 os requisitos limitam-se, basicamente, ao afastamento do devedor insolvente. Por estas e outras razões, o bem de família voluntário vem sendo pouco utilizado, o requisito acima mencionado, imposto pelo Código Civil, implica na inaplicabilidade do instituto, previsto naquele diploma, para maioria das famílias brasileiras. Contrapartida, a lei 8.009/90 tem se mostrado um meio eficiente de proteção social das famílias e entidades familiares. Todavia, na contramão do preceito incutido pela mencionada lei, o disposto no artigo 3º, inciso VII, do referido diploma, permite a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação. Embora o assunto hoje seja

pacífico pela jurisprudência, uma vez que foi editada confirmando a sua aplicabilidade, e ainda, seja aceito pela doutrina majoritária. O referido dispositivo confronta princípios importantes contratuais, como o princípio da supremacia da ordem pública e o equilíbrio entre as partes; e principalmente, ofende princípios constitucionais, quais sejam o princípio da isonomia e a importantíssima dignidade da pessoa humana. Destaca-se que este último é, inclusive, fundamento para a criação da lei 8.009/90, como forma de proteção ao direito social à moradia.

Palavras-chaves: Bem de família; fiador; locação; isonomia; dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: The present study has as scope an analysis of the homestead and not its impenhorabilidad, highlighting the main points of the Civil Code and Law 8.009 / 90, with deepening in controversies. The research was developed through a methodological method of deduction, using the bibliographic method, legal dogmatic study and historical study. The origin of the institute dates back to the early nineteenth century, in the state of Texas, United States, in the midst of a serious economic crisis. In Brazil, the family property was treated for the First Time by the Civil Code of 1916. In short, I have to say that the Civil Code deals with a voluntary family member, or one or another institution depends on a family or family member's declaration, followed by registry. On the other hand, Law 8,009 / 90 takes care of the legal family property, that is, that is impenhorabilidad is established by law, which is a rule of public order, in defense of the right to housing of families, especially those economically less favored. It should be noted, however, that the Civil Code imposes stricter requirements for the institution of family welfare, which the requirement that the property is a family welfare can not exceed one third of all equity. While in Law 8,009 the requirements are limited, basically, to the removal of the insolvent debtor. For these and other reasons, the voluntary family property, which is a little used, the aforementioned requirement, the civil code tax, implies in the institute's inability, Counterpart, Law 8.009 / 90 has been shown to be an efficient means of Protection of families and family entities. However, contrary to the precept introduced by law, the provisions of article 3, item VII, of said decree, authorize the attachment of the family property of the guarantor of the lease. Although today, you have an opinion on the subject, and once it has been edited confirming its applicability, and yet, accepted by majority doctrine. What is the principle of supremacy of public order and balance between the parties;

And above all, it offends constitutional principles, which are the principle of isonomy and an important dignity of the human person. It should be emphasized that this last one is also the basis for the creation of Law 8.009 / 90, as a form of social protection right to the house.

Keywords: homestead; guarantor; location; isonomy; dignity of human person.

Sumário: Introdução. 1- Historicidade. 2. Conceito. 3 Natureza Jurídica. 4 Bem de família no Código Civil. 5- Impenhorabilidade do bem de família sob a égide da lei 8.009/90. 6- Penhorabilidade do bem de família do fiador. 6.1 – Discussão jurisprudencial 6.2 – O direito contratual e a penhorabilidade do bem de família do fiador 6.2.1 – Contrato de Fiança. 6.2.2 – Princípios do Direito Contratual. 6.2.3 – Da afronta aos princípios de Direito Contratual. 6.3 – O direito a moradia e constituição federal. 7 – Considerações finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O bem de família surgiu no estado do Texas, EUA, no começo do século XIX, lá era conhecido como *homestead*. No Brasil foi introduzido com o Código Civil de 1916. De lá pra vem sendo um importante instrumento de defesa social. Atualmente, encontra-se previsto no Código Civil de 2002, que trata do bem de família voluntário e também na lei 8.009/90, sob a forma de bem de família legal.

Data vênua, a grande problemática no que rege o assunto diz respeito a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação (artigo 3º, inciso VII, da lei 8.009/90), a qual constitui uma exceção a regra do bem de família legal. Vislumbra-se que tal possibilidade foi amplamente discutida e criticada, pela doutrina e jurisprudência. Ocorre que o mencionado dispositivo afronta vários princípios, tanto do direito contratual e, principalmente, do direito constitucional, o que em nosso ordenamento jurídico, em virtude da supremacia constitucional, não é admitido.

1 – HISTORICIDADE

O surgimento do instituto hoje conhecido como bem de família remonta o começo do século XIX, nos Estados Unidos, mais precisamente no estado do Texas, no ano de 1839.

Sua criação, que se deu com a promulgação da lei *Homestead Exemption Act*, em razão de uma grave crise econômica que acometeu os Estados Unidos da América do Norte, tinha como objeto a fixação de famílias naquele vasto estado, permitindo que a pequena propriedade rural, sob a condição de sua destinação à residência do devedor, ficasse isenta de penhora.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 601), “(...) Na Constituição Texana de 1845 o homestead era definido como uma porção de terra pertencente aos chefes de família protegida contra a alienação judicial forçada, por quaisquer débitos contraídos por seu proprietário posteriormente à aquisição da propriedade.” Destaca-se que o valor do imóvel, não poderia exceder a dois mil dólares e o tamanho era limitado até duzentos acres de terra. Além disso, o *homestead* somente poderia ser vendido com o consentimento da esposa.

No Brasil, o bem de família foi introduzido pelo Código Civil de 1916, o qual o dispunha nos artigos 70 a 73, no Livro II, intitulado “Dos Bens”.

A Constituição Federal de 1988, também não deixou de tratar do instituto, estendendo o benefício ao produtor rural pela primeira vez no Brasil, o fez através do artigo 5º, inciso XXVI, o qual aduz “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva (...)”.

Mormente, o diploma mais importante hoje vigente é a lei 8.009, promulgada em 29 de março de 1990, a qual instituiu o bem de família obrigatório ou involuntário.

2 – CONCEITO

O bem de família, de forma geral, compreende o imóvel utilizado pela família ou entidade familiar como residência, juntamente com suas pertenças, que em razão da lei ou por ato do instituidor, goza de proteção contra eventuais atos

de constrição. Sua finalidade é a defesa do direito à moradia, como sustentáculo da dignidade da pessoa humana.

Na definição de Carlos Roberto Gonçalves *apud* Ricardo Arcoverde:

O bem de família é o direito de imunidade relativa à apreensão judicial, que se estabelece, havendo cônjuges ou entidade familiar, primeiro por força de lei e em alguns casos ainda por manifestação de vontade, sobre imóvel urbano ou rural, de domínio e/ou posse de integrantes, residência efetiva desse grupo, que alcança ainda os bens móveis quitados que a guarneçam, ou somente esses em prédio que não seja próprio, além das pertencas e alfaias, eventuais valores mobiliários afetados e suas rendas.

O bem de família se divide em duas espécies, quais sejam: bem de família legal, prevista na lei 8.009/90 e o bem de família convencional, estabelecido pelo Código Civil. Podemos estabelecer como principal diferença entre as duas modalidades, a forma de instituição. Visto que enquanto o bem de família obrigatório é instituído pela própria lei, que oferece proteção às famílias, independentemente de assim o requerem, o bem de família convencional depende de declaração ou requerimento, através de escritura pública ou testamento, para garantir a impenhorabilidade do imóvel.

No que diz respeito aos destinatários da proteção conferida ao bem de família, temos que atualmente, o entendimento doutrinário prevaiente é que gozam da proteção conferida ao bem de família, as famílias matrimonializadas e também, aquelas abarcadas pela entidade familiar, quais sejam, as famílias oriundas de união estável e as monoparentais, compreendidos por viúvos, divorciados e ainda, pelos solteiros. Desta forma, a entidade familiar, deve ser entendida, hodiernamente, como um grupo social unido pelos laços de afetividade.

3 – NATUREZA JURÍDICA

A posição dominante acerca da natureza jurídica do bem de família parece ser a de Caio Mário (2010, p. 602), o qual assevera que “a instituição do bem de família é uma forma de afetação de bens a um destino especial que é ser a

residência da família, e, enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio.”

Por corolário, infere-se que não há transmissão de domínio, ao passo que o imóvel utilizado pela família como moradia, fica resguardado, seja por força da lei ou por instituição de alguém, não respondendo por dívidas comuns. Exceto aquelas cuja origem é relacionada com o próprio imóvel, por exemplo, IPTU, despesas de condomínio, dentre outros.

4 – BEM DE FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL

Como já dito anteriormente o Código Civil brasileiro, entre os artigos 1.711 a 1.722, aborda o bem de família voluntário, isto é, aquele cuja instituição é feita por ato e vontade do instituidor.

Frisa-se que o bem de família, não refere-se somente ao imóvel urbano ou rural onde a família se assenta, mas também as suas pertenças e acessórios (artigo 1.712, do Código Civil), tais como móveis indispensáveis à manutenção da família, os instrumentos de trabalho, gados, excetuando, entretanto, aqueles de elevado valor.

Ainda, o artigo 1.712, do diploma legal em análise, estabelece que o bem de família poderá abranger valores mobiliários cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família, desde que tais valores não excedam o valor do prédio instituído.

No que se refere a iniciativa para a instituição, verifica-se que são legítimos para instituir o bem de família, os cônjuges ou a entidade familiar, através de testamento ou escritura pública. Ou ainda, o terceiro, que poderá o fazer através de testamento ou doação, neste último caso, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 603), “dependendo da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados, pois a eles é reservada a faculdade de anuir em receberem um bem por liberalidade, porém subordinado ao gravame que o marca”. Destaca-se, ainda, que “o terceiro não está sujeito ao limite de um terço do patrimônio” (VENOSA, 2010, p. 410).

A administração do bem de família, conforme artigo 1.720, do CC, compete a ambos os cônjuges, sendo que na falta destes, passará para o filho mais velho, se maior for, ou, caso contrário, ao seu tutor.

São requisitos para a instituição do bem de família: não ser o instituidor insolvente; o patrimônio a ser destinado à bem de família não poderá ultrapassar um terço de todo o patrimônio líquido do instituidor; e, em se tratando de instituição por terceiro, é necessária a aceitação expressa dos cônjuges ou da entidade familiar.

Ademais, o bem de família ficará isento de penhoras somente quanto as dívidas posteriores a sua instituição. Ainda, excluem-se, da regra de impenhorabilidade, as dívidas oriundas do próprio imóvel, como os tributos relativos ao prédio, ou as despesas condominiais.

No que tange a extinção da impenhorabilidade do bem de família voluntário, a princípio temos que esta se dá pelo óbito dos cônjuges, ou pela maioria da prole.

Destarte, artigo 1.719, do CC, prevê a hipótese de extinção do bem de família, desde que, por motivo superveniente, comprovada a impossibilidade de sua manutenção, nas condições em que foi instituído. Explica Silvio de Salvo Venosa que “pode ocorrer que o imóvel e os bens móveis acessórios que o secundam se tornem excessivos ou insuficientes para a família, necessitando esta de outro prédio ou de outros investimentos garantidores”.

Neste caso, haverá a extinção ou será autorizada a sub-rogação dos bens que o constituem em outros. Frisa-se, porém, que tal procedimento deve, obrigatoriamente, ser feito pelas vias judiciais, ficando a decisão a cargo do juiz, após o consentimento dos interessados ou de seus representantes legais e a oitiva do Ministério Público.

Por fim, vale dizer que como regra, a dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família. Porém, se tal dissolução se der por morte de um dos cônjuges e o bem de família for o único imóvel do casal, será facultado ao outro extingui-lo.

5 – IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA SOB A ÉGIDE DA LEI 8.009/90

Conforme já mencionado, a lei 8.009/90 cuida do bem de família involuntário ou legal, ou seja, aquele que independe de manifestação de vontade, ou de ato comissivo da entidade familiar para a sua instituição, uma vez que, neste caso, é a própria lei que determina a edificação do bem de família. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 609): “Diverso do bem de família estatuído pelo Código Civil, este tipo de bem de família é imposto pelo próprio Estado, por norma de ordem pública, em defesa da célula familiar”.

Característica importante do bem de família legal, se comparado àquele de que trata o Código Civil, é que no primeiro não há limitação de valor ao imóvel a ser protegido, bem como dispensa o registro em cartório quanto a condição de bem de família. Fatos estes que resultam na sua maior aplicabilidade em relação ao segundo, que por sua vez, hoje se encontra em desuso.

Destaca-se que, conforme o artigo 1º, parágrafo único da lei 8.009/90, o conceito de bem de família involuntário compreende além do imóvel em si, no qual se assenta a família, também as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza, todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional e ainda os móveis que guarnecem a residência, desde que quitados. Inobstante, não se incluem neste conceito, estando, portanto, passíveis de penhora, os veículos de transporte, as obras de arte e os adornos suntuosos (artigo 2º da Lei 8.009/90).

Ademais, as famílias ou entidades familiares que não possuem imóvel residencial próprio também estão resguardadas por esta lei. Neste caso, a impenhorabilidade recai sobre os seus bens móveis, desde que quitados, que guarnecem o imóvel por eles locado e, é claro, desde que estes não pertençam ao locador.

Na hipótese da residência familiar se constituir em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á a sede da moradia, com os respectivos bens móveis, sendo penhoráveis, portanto, o restante da propriedade.

Excetua-se, no entanto, a pequena propriedade rural, a qual goza de proteção constitucional, sendo impenhorável no seu todo, desde que seja trabalhada pela

família e que a dívida executada seja oriunda da própria atividade produtiva nela desempenhada, nos termos do artigo 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal.

Ademais, observa Caio Mario da Silva Pereira (2010, p. 609):

Não se pode afastar a incidência dos benefícios da lei especial se o bem tiver sido instituído, também, na forma do Código Civil. Nada obsta que a impenhorabilidade prevista nos dois diplomas legais incida sobre o mesmo imóvel.

Vale mencionar, que a impenhorabilidade do bem de família é norma de ordem pública, portanto, preenchidos os requisitos legais, deve ser declarada de ofício pelo juiz. Ademais, assevera-se que a intangibilidade do imóvel familiar é assegurada, ainda que diante da revelia do devedor.

Para fins de instituição do bem de família involuntário, é necessário que o casal ou entidade familiar estejam estabelecidos no imóvel, com o intuito de ali residir com *animus permanendi*, conforme preceitua o artigo 5º da lei em comento.

Ressalta-se, no entanto, que, possuindo a entidade familiar um único imóvel, ainda que ele esteja locado à terceiros, o referido imóvel não perderá a sua qualidade de bem de família, desde que a renda obtida com a locação seja revestida para subsistência ou moradia de sua família, conforme a súmula 486 do STJ.

No que se refere a extinção do bem de família legal, temos que a morte de um dos cônjuges, ou de um membro da entidade familiar não o extingue. Entretanto, se o cônjuge sobrevivente do imóvel se mudar, e neste não ficar residindo nenhum filho menor, a proteção legal será afastada e o imóvel ficará sujeito a penhora.

Além disso, na hipótese de divórcio ou dissolução da união estável, subsiste o bem de família, sendo que neste caso, a posse e administração do bem ficará a cargo daquele que permanecer com a guarda dos filhos (PEREIRA, 2010).

Por fim, excetuam-se da regra imposta pela lei 8.009/90, as dívidas provenientes do próprio imóvel, seja para a sua aquisição, seja para sua manutenção (impostos, taxas); a execução de alimentos; a execução de hipoteca

onde o bem de família tenha sido oferecido como garantia; a execução de sentença penal condenatória ou quando o bem foi adquirido como produto de crime; e quando da obrigação decorre de fiança concedida em contrato de locação. Vale dizer que a insolvência também afasta a impenhorabilidade, de modo que se o bem foi adquirido após a insolvência, a impenhorabilidade não prevalecerá.

6 – PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

A possibilidade de penhora do bem de família do fiador em contrato de locação está prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90. Ela foi ali incluída pelo artigo 82 da Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato). De acordo com Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 405), “o legislador do inquilinato apercebeu-se que a aplicação da impenhorabilidade dificultaria a obtenção de fiadores na locação.”

A alteração do artigo trouxe muita discussão acerca de sua constitucionalidade. Para os adeptos a esta corrente, a inconstitucionalidade se dá, dentre outros motivos, em razão de ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que o fiador, neste caso, não recebe tratamento igual ao locatário, sendo o imóvel do locatário impenhorável, enquanto que o imóvel do fiador fica sujeito a penhora.

Lado outro, aqueles que julgam plenamente aplicável o artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, sustentam que, neste caso, o locatário e o fiador não possuem obrigações iguais, ao passo que o locatário responde pelas obrigações assumidas no contrato de locação, enquanto que o fiador responde pelo contrato acessório de garantia.

A discussão se alastrou por muitos anos, dividindo a opinião da doutrina, e as decisões dos tribunais, havendo de ser editada súmula pelo STJ para pacificação da controvérsia. A súmula 549, que foi aprovada em 14/10/2015 e publicada no Diário Oficial em 19/10/2015, dispõe: “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.”

Apesar do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que é acompanhado pelo Supremo Tribunal Federal, em relação à matéria, encerrar as divergências jurisprudenciais, no âmbito doutrinário a discussão permanece, ante a perplexidade que causa esta disposição.

Vislumbra-se que a lei do inquilinato, a qual foi responsável por alterar a redação do artigo 3º, inciso II, da Lei 8.009/90, que dispõe que “a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”, o fez com a finalidade, única e exclusivamente, econômica, qual seja dificultar a obtenção de fiadores e, conseqüentemente, assegurar maior efetividade à garantia por estes prestada.

Nesse sentido os ensinamentos de Marina Valverde *apud* Genácea da Silva Alberton (2010, p. 23):

O art. 82 da Lei 8.245/91, ao acrescentar o inc. VII à execução da parte final do art. 3º da Lei 8.009/90, estabelecendo como afastada a impenhorabilidade do imóvel familiar “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”, visava tão-somente proteger a locação.

Em contrapartida, a lei 8.009/90, que institui o bem de família legal, tem finalidade social, qual seja resguardar o direito à moradia (artigo 6º da Constituição Federal), com fundamento do princípio primordial da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

6.1 – DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL

A lei 8.009/90, quando promulgada, isentou o bem de família de penhora, inclusive, o fazendo também em relação ao fiador no contrato de locação.

Outrossim, como consequência da inovação trazida pela referida lei, o mercado imobiliário retraiu, ante a insegurança jurídica dos contratos locatícios, uma vez que os garantidores destes, agora tinham uma importante ferramenta de proteção a fim de resguardarem seus bens.

Conseqüentemente, no ano de 1991, foi instituída a Lei do Inquilinato, impulsionada pela pressão do ramo imobiliário, na tentativa de recuperar a confiança no mercado. O referido diploma, então, em seu artigo 82, alterou o artigo 3º da lei 8.009/90, incluindo como exceção a impenhorabilidade desta última, o bem de família do fiador em contrato de locação.

Apesar de polemica e muito discutida, a alteração foi enfim aceita. No entanto, no ano de 2000, quando da Emenda Constitucional nº 26, de 24 de fevereiro de 2000, veio átona novamente a discussão acerca da constitucionalidade do inciso VII, artigo 3º, da Lei 8.009/90.

A referida emenda constitucional foi responsável por alterar o artigo 6º da Constituição Federal, o qual elenca o rol dos direitos sociais, ampliando-o para incluir “o direito à moradia”.

Inicialmente, após a referida Emenda Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento pela inconstitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, uma vez que o mencionado dispositivo não teria sido recepcionado pelo artigo 6º da Constituição Federal, que elevou “a moradia” ao rol dos direitos sociais.

Lado outro, quando do julgamento do recurso extraordinário nº 407.688, julgado pelo pleno, em 08/02/2006, o entendimento firmado foi outro. De acordo com Marina Valverde (2010, p. 20), quando da referida sessão,

os ministros debateram duas questões: se deve prevalecer a liberdade individual e constitucional de alguém ser ou não fiador, e arcar com a respectiva responsabilidade, ou se o direito social à moradia, previsto na Constituição, deve ter prevalência.

Nesse, estabeleceu-se, o atual entendimento quanto a matéria, sedimentado pelo STF. O voto prevalecente foi o do Ministro-Relator Cezar Peluso, acompanhado por maioria de votos. Nele decidiu-se pela admissibilidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação, sob a justificativa de que não paira sobre a lei 8.009 obscuridade, e ainda, o fiador tem a faculdade de escolher se irá garantir o contrato de locação ou não, devendo estar ciente, caso aceite, dos riscos inerentes a obrigação assumida.

O voto contrário, sustentou que a Constituição Federal tem por escopo a proteção da família e da moradia, sendo este último um direito fundamental de segunda geração, em razão de estar previsto no artigo 6º da Carta Magna e, portanto, o bem de família não poderia se sujeitar a atos de constrição. No entanto, tal entendimento foi derrotado, por maioria de votos, passando, desde então, o STF

a decidir pela aplicação do artigo 3º, inciso VII, da lei 8.009/90, pelos fundamentos suscitados pelo Ministro Cezar Peluso.

O Superior Tribunal de Justiça, em contrapartida, desde o início, firmou entendimento no sentido da coexistência entre o artigo 3º, inciso VII, da lei 8.009/90 e o novo artigo 6º, da CF/88, defendendo que não haveria nenhuma inconstitucionalidade.

Recentemente, foi editada súmula pelo Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de uniformizar os julgados quanto a matéria. A súmula 549, cuja publicação se deu em 19 de outubro de 2015, estabelece que: “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.”

6.2 – O DIREITO CONTRATUAL E A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

No âmbito do direito contratual a controvérsia gira em torno do princípio da isonomia, o qual aduz que se considerarmos dois indivíduos, sob as mesmas condições, estes devem ser tratados com igualdade. Logo, tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade, na medida de suas desigualdades.

Na situação em análise, qual seja, locatário e fiador em contrato de locação, verifica-se que temos dois indivíduos em uma mesma relação jurídica, logo estes deveriam receber o mesmo tratamento. No entanto, em razão do disposto no artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, isso não acontece.

Se por um lado, o locatário, que tem a obrigação principal, tem garantia quanto a impenhorabilidade de seu bem de família, o fiador, cuja obrigação é acessória, pode, por previsão legal, ter seu bem de família penhorado. Desse modo, a lei admitiu que uma obrigação acessória trouxesse mais ônus do que a obrigação principal. O que não nos parece justo.

6.2.1 – Contrato de Fiança

A fiança é, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 554),

o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a pagar ao credor o que a este deve um terceiro. Alguém estranho à

relação obrigacional originária, denominado *fiador*, obriga-se perante o credor, garantindo com o seu patrimônio a satisfação do crédito deste, caso não o solva o devedor.

Nesse sentido, temos portanto, que o contrato de fiança é aquele onde o fiador (terceiro estranho a relação obrigacional originária) se responsabiliza com o seu patrimônio pela obrigação eventualmente não cumprida pelo devedor perante o seu credor. Portanto, a fiança é garantia pessoal ou fidejussória.

Esta modalidade de contrato insere-se na teoria dualista do vínculo obrigacional. Desse modo, o fiador tem a responsabilidade sem existir o débito.

Tem como características ser unilateral, formal, personalíssimo, gratuito, benéfico, típico, acessório e subsidiário.

Diz que o contrato de fiança é unilateral porque gera obrigações unicamente para o fiador, que responderá depois de ultimado o contrato principal, neste último onde figuram a pessoa do credor e do devedor.

No que tange a formalidade, temos que o contrato de fiança depende de forma escrita, não podendo jamais ser presumido. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 556), “uma pessoa pode, por algum motivo honrar o compromisso do devedor e por ele pagar. Mas essa deliberação espontânea nunca presumirá a fiança, se a declaração de vontade não revestir forma escrita, ainda que o instrumento seja particular.” Não poderia ser diferente considerando a finalidade desta espécie contratual, tamanha a obrigação assumida.

Afirma-se que a fiança é contrato personalíssimo ou *intuitu personae*, uma vez que celebrado em função da confiança. O fiador, por ato de discricionariedade, decide se irá ou não prestar a fiança, baseando para tanto, na confiança que deposita no devedor.

Falamos em contrato gratuito, uma vez que o fiador não tem benefício algum com a celebração do contrato, isto é, ele não recebe nada em troca, como regra. No entanto, a fiança pode, excepcionalmente, assumir caráter oneroso. Assim, os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 556):

pode a avença assumir caráter oneroso, quando o afiançado remunera o fiador pela fiança prestada, como acontece comumente no caso de fianças bancárias e mercantis e até mesmo entre articulares, como se verifica nos anúncios publicados em jornais.

O contrato de fiança é benéfico, considerando que nele não se admite interpretação extensiva, isto é, o fiador somente se obriga àquilo que foi, inicialmente, objeto do contrato, não admitindo, portanto, ampliação nas obrigações do fiador.

Ademais, esta espécie contratual é classificada como típico. Isso significa dizer que a fiança é regulamentada em lei, tendo o fiador, pois, quando da constituição do contrato, obedecer as formalidades prescritas por esta.

Ainda, a fiança é contrato acessório, uma vez que pressupõe a existência de um contrato principal e só existe em função desse. Nesse caso, o fiador somente se presta à garantir a obrigação principal de outrem.

Por fim, é contrato subsidiário, uma vez que a obrigação do fiador somente se origina a partir do inadimplemento do devedor. Nesse sentido, sua execução fica condicionada ao não cumprimento da obrigação principal, pelo devedor.

6.2.2 – Princípios do Direito Contratual

Temos como princípios do direito contratual: a autonomia da vontade, a supremacia da ordem pública, o consensualismo, a relatividade dos efeitos do contrato, a vinculação das partes, o equilíbrio dos contratantes, a boa fé e, por fim, a função social do contrato.

a) Autonomia da vontade:

Tal princípio, que está disciplinado no artigo 421 do Código Civil, o qual aduz que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, se resume no poder das partes de dispor sobre seus próprios interesses mediante acordos.

Frisa-se ainda, que tal preceito compõe-se da liberdade de contratar, que diz respeito ao direito de contratar com qualquer pessoa, e também a liberdade contratual, ou seja, a livre estipulação contratual, as partes podem convencionar o que quiserem.

Nesse sentido são os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado.

Por fim, vale mencionar, que tal princípio não é absoluto, recebendo limitações, inclusive, por outros princípios, a exemplo da supremacia da ordem pública e da boa-fé.

b) Supremacia da ordem pública:

Segundo este princípio o interesse social, ou interesse público, deve prevalecer sobre o interesse particular. Como já dito, este princípio constitui uma limitação ao princípio da autonomia da vontade. Destaca-se, no entanto, que em função deste último, ele surgiu, como percepção de que “a ampla liberdade de contratar provoca desequilíbrios e a exploração do economicamente mais fraco.” (GONÇALVES, 2010, p. 44)

Tal preceito encontra-se situado no artigo 2.035 do Código Civil, que preceitua: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

O conceito de ordem pública, embora, de certo modo, seja subjetivo, pode ser aduzido nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves *apud* Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 45): “Pode-se dizer que bons costumes são aqueles que se cultivam como condições de moralidade social, matéria subjetiva a variações de época a época, de país a país, a até dentro de um mesmo país e mesma época.”

c) Consensualismo:

De acordo este princípio para celebração de um contrato não é necessário um instrumento formal, bastando apenas o acordo de vontade entre as partes, exceto quando a lei exigir forma especial. Desse modo, a lei deve abster-se de impor solenidades aos contratantes.

Nesse sentido Carlos Roberto Gonçalves *apud* Carlos Alberto Bittar:

Sendo o contrato corolário natural da liberdade e relacionado à força disciplinadora reconhecida à vontade humana, tem-se que as pessoas gozam da faculdade de vincular-se pelo simples consenso, fundadas, ademais, no princípio ético do respeito à palavra dada e na confiança recíproca que as leva a contratar. Com isso, a lei deve, em princípio, abster-se de estabelecer solenidades, formas ou fórmulas que conduzam ou qualifiquem o acordo, bastando por si para a definição do contrato, salvo em poucas figuras cuja seriedade de efeitos exija a sua observância (como no casamento, na transmissão de direitos sobre imóveis).

d) Relatividade dos efeitos do contrato:

Derivado do princípio da autonomia da vontade, a relatividade dos efeitos do contrato preconiza que o contrato somente gera efeitos entre as partes contratantes, não afetando terceiros. Desta forma, apenas aqueles que assumiram uma obrigação contratual é que podem sofrer os efeitos desta.

Vislumbra-se, no entanto, que com o advento do Código Civil de 2002, este princípio viu-se depauperado, ante o princípio da supremacia da ordem pública, que, por sua vez, passou a se preocupar com os interesses de terceiros (coletividade) diante da celebração de um contrato.

e) Vinculação das partes:

O contrato faz lei entre as partes. Isto é, a manifestação de vontade das partes no contrato os obriga, ficando os contratantes obrigados àquilo que contrataram. Desse modo, as cláusulas contratuais não poderão ser suprimidas nem mesmo pelo juiz. Somente com a anuência da outra parte é que o contrato poderá ser desfeito ou modificado.

Nesse sentido são os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

Sendo o contrato válido e eficaz, devem (as partes) cumpri-lo, não podendo se forrarem às suas consequências, a não ser com a anuência do outro contraente. Como foram as partes que escolheram os termos do ajuste e a ele se vincularam, não cabe ao juiz preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação dos princípios de equidade.

Tal princípio é fundamental para o direito contratual, uma vez que garante a segurança dos negócios jurídicos. No entanto, este também não é um princípio absoluto, sendo limitado, por exemplo, pelo princípio da supremacia da ordem pública.

Ademais, o próprio Código Civil estabelece exceções a este princípio, permitindo que em determinadas situações ele seja afastado, como é o caso de superveniência do caso fortuito ou força maior, ou ainda, quando, por situação superveniente, o contrato torne-se excessivamente oneroso para uma das partes.

Desse modo, podemos dizer que este preceito é fundamentado na máxima da *pacta sun servanda*, ou seja, os pactos devem ser cumpridos. No entanto, recebe limitação pela cláusula *rebus sic stantibus*, que expressa a Teoria da Imprevisão, que possibilita a alteração contratual posterior desde que, havendo alteração das circunstâncias posteriormente, uma parte possa ser prejudicada em relação à outra.

Vale mencionar, que em qualquer caso, a boa-fé dos contratantes sempre será apreciada.

f) Equilíbrio dos contratantes:

Deve haver o equilíbrio entre as partes contratantes, de modo a evitar que uma das partes possa auferir vantagem sobre a outra. Assim, os contratantes devem estar em par de igualdades.

Nesse sentido, se as partes encontram-se em situação de paridade, devem receber tratamento isonômico pela lei quando da contratação. Entretanto, caso

uma das partes seja mais frágil que a outra, esta deve receber tratamento especial, gozando de maior proteção, a fim de que sejam equiparadas as condições dos contratantes.

g) Boa-fé:

Previsto no artigo 422, do Código Civil, cuja redação dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, tal princípio deve ser norteador dos contratos, sob pena, do contratante de má-fé cometer ilícito civil, ficando sujeito a sanções desta natureza (reparação de danos).

Conforme os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 54), o princípio da boa-fé “impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.”

Ademais, a boa-fé aduz que as partes devem agir com honestidade, durante a celebração, execução e conclusão do contrato, isto é, agir de forma correta, com boas intenções, não portando consigo a intenção de lesar a outra parte.

h) Função social do contrato:

Este princípio está legalmente amparado pelo artigo 50, inciso XXIII, da Constituição Federal e pelo artigo 2.035, do Código Civil. Conceitualmente, temos que o princípio da função social sugere que o contrato deve atender a sua finalidade, sendo que esta deve ser lícita. Assim, não se pode admitir a celebração de um contrato de locação, onde o locatário vise à prática de jogos de azar, por exemplo, uma vez que tal atividade contrária norma de caráter público.

De acordo com Fabio Ulhoa Coelho (2012, p. 42), “a cláusula geral da função social é uma expansão da relatividade, com vistas a impedir que sejam afetados negativamente pelo contrato quaisquer interesses públicos, coletivos ou difusos acerca dos quais não podem dispor os contratantes”.

De forma semelhante ao princípio da supremacia da ordem pública, este tem por finalidade a proteção de interesses públicos. Portanto, sua inobservância implica na nulidade do contrato, sem prejuízo das demais sanções previstas em lei.

6.2.3 – Da Afronta aos Princípios de Direito Contratual

Da análise dos princípios acima listados, os quais regem as relações contratuais, temos que a permissão legal para penhora do bem de família do fiador, em contrato de locação, afronta alguns desses preceitos estabelecidos pelos doutrinadores do direito contratual. Dentre os quais destacamos: o princípio da supremacia da ordem pública e o princípio do equilíbrio entre as partes.

Iniciaremos pelo princípio da supremacia da ordem pública, uma vez que, talvez, essa seja a afronta mais evidente.

Como apontado acima, o princípio da supremacia da ordem pública preconiza que o interesse social, ou o interesse público, deve prevalecer sobre o interesse do particular. No entanto, no caso do fiador em contrato de locação, o que ocorre é o inverso. Senão vejamos:

No decorrer deste estudo restou evidenciado de que a impenhorabilidade do bem de família é uma norma de ordem pública, tendo em vista a nobreza do direito tutelado, que constitui uma exigência para o princípio primordial da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido Nayara Moreno Perea (2015): “o bem de família constitui uma norma de ordem pública, pois possui razão social de existir: promove a dignidade da pessoa humana do fiador e de sua família”.

Ainda, a referida proteção constitui um direito social, decorrente do direito à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal.

Contrapartida, a cláusula que permite que o bem de família do fiador em contrato de locação seja penhorado, constitui, claramente, um interesse particular do credor, o locador no contrato de locação.

De acordo com Nayara Moreno Perea (2015), “a exceção à impenhorabilidade que decorre de fiança em locação foi acrescentada na lei 8.009/90 para fomentar as locações e proteger o mercado imobiliário”.

Contudo, o que se verifica, neste caso, é o interesse de um particular, cuja motivação é exclusivamente econômica, se sobrepondo ao interesse público, ao interesse social emanado da Constituição Federal.

Dito isso, passamos a análise do princípio do equilíbrio entre as partes.

Antes de adentrarmos ao mérito da questão, cumpre esclarecer que o fiador, embora tenha obrigação acessória ao do locatário, integra a mesma relação jurídica que o locador e o locatário, portanto, também deve ser considerado como parte no contrato de locação.

Temos pelo princípio *sus*o citado, que as partes devem, quando da celebração do contrato, possuírem condições paritárias, ou seja, uma não pode estar em situação de desigualdade em relação à outra, ou às outras, de modo que, sendo uma parte mais vulnerável que as demais, a lei deverá incumbir-se de igualá-la as demais, fornecendo para ela uma proteção maior.

No caso do contrato de locação, observamos que o fiador é a parte mais vulnerável, uma vez que assumiu uma obrigação onde não experimenta nenhum benefício, possuindo apenas ônus. Desta forma, de acordo com o princípio do equilíbrio entre as partes, o fiador deveria ser especialmente protegido.

No entanto, o que ocorre é exatamente o contrário, o fiador, que é a parte mais vulnerável, é também aquela que está mais sujeita aos riscos do negócio jurídico. Se por um lado o locador tem o seu crédito resguardado, facultando-lhe buscar a satisfação de seu crédito tanto do locatário quanto do fiador, o locatário, que se encontra no gozo do imóvel objeto do contrato, caso decida por não adimplir a dívida, ainda sim, terá o seu bem de família resguardado.

Todavia, o fiador, cuja obrigação é apenas acessória, deve responder pela dívida a qual não deu causa, com todo o seu patrimônio, inclusive com o seu bem de família, que lhe é imprescindível para a garantia da sua dignidade e também de sua família.

Este último princípio guarda estreita relação com o princípio constitucional da isonomia, principalmente a chamada pela doutrina de isonomia material, que nos

diz os iguais devem ser tratados com igualdade e os desiguais com desigualdade, na medida de suas desigualdades.

6.3 – O DIREITO A MORADIA E CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O direito a moradia, como já dito anteriormente está previsto artigo 6º, da Constituição Federal, o qual elenca o rol dos direitos sociais. Ademais, o direito a moradia é um direito fundamental de 2ª geração.

Sabe-se que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, porquanto dela que emergem vários direitos e princípios, dentre os quais se destaca a proteção à família, princípio intrínseco na Constituição, podendo ser abstraído do artigo 226 da Carta Magna.

Nesse sentido os ensinamentos de José Afonso da Silva apud Gomes Canotilho e Vital Moreira:

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o amplo sentido normativo-constitucional e não uma ideia qualquer apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.

Inerente a este último princípio, emerge o direito a moradia. Afinal, como pode uma família ter dignidade sem moradia?! Desta forma, surgiu a preocupação com a proteção da residência onde a família se assenta e, portanto, o bem de família, como garantia essencial para que a família, ou entidade familiar, viva com um mínimo de dignidade.

A doutrina majoritária entende pela constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da lei 8.009/90, para estes, a exceção que exclui o fiador da proteção conferida

ao bem de família, é favorável ao direito a moradia, posto que facilita a locação de um imóvel.

No entanto, nos parece que tal previsão tem finalidade mais econômica do que social. Mesmo porque, a motivação para promulgação da lei 8.245/91 (lei do inquilinato), a qual alterou a lei 8.009/90 para constar a exceção que contempla a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação, foi inquestionavelmente, econômica.

De outro lado, embora minoritária, há aquela corrente que defende a inconstitucionalidade do dispositivo em comento. Nesse caso, o argumento é que tal disposição fere o princípio da isonomia, uma vez que enquanto o locatário, que é a quem interessa o contrato de locação, está imune a penhorabilidade de seu bem de família, o fiador, que possui apenas uma obrigação acessória àquele contrato, fica sujeito a penhora de seu bem de família. Ademais, sustentam ainda, que a aplicação dessa regra viola o direito social de moradia, que é direito fundamental de segunda geração e requisito essencial à garantia da dignidade da pessoa humana

A esta linha filia-se Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 576), que afirma, “tal exceção contém uma certa incongruência, pois, tendo o inquilino como impenhoráveis os bens que guarnecem sua residência, poderia seu fiador sofrer execução de seu bem de família, sua residência.”

Esta ultima tese, que é sustentada pela doutrina civilista constitucionalista, embora minoritária, nos parece mais plausível, considerando o fim para o qual foi instituída nossa atual Carta Magna. Ademais, ainda que considerarmos a questão sobre o prisma econômico, temos que o artigo 170, da Constituição Federal dispõe que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna.

7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O bem de família compreende o imóvel residencial de uma família ou entidade familiar, juntamente com suas pertencas, que em função da lei, ou por declaração de vontade, é isento de atos de constrição.

Criado no estado do Texas, EUA, em meio a uma grave crise econômica, com a finalidade de proteger as famílias daquele estado, o homestead, como era

conhecido na época, se popularizou pelo mundo todo. No Brasil foi tratado pela primeira vez no Código Civil de 1916.

Atualmente, o instituto é abordado pelo atual Código de Civil e pela lei 8.009/90, sendo que, o primeiro cuida do bem de família voluntário e o segundo do bem de família legal.

Verifica-se, entretanto, que com o advento da lei 8.009/90, o tradicional bem de família voluntário perdeu significativamente sua aplicabilidade, uma vez que as formalidades para sua instituição se mostram demasiadamente excessivas ante a simplicidade do instituto do bem de família legal, que se impõe automaticamente como norma de ordem pública.

Fato é que, de um modo ou de outro, a impenhorabilidade do bem de família, constitui um grande avanço social, indispensável à garantia do mínimo existencial das famílias. Assim, em perfeita harmonia com a nossa Constituição Feral, tem que por escopo, dentre outros, a proteção da família, à impenhorabilidade do bem de família, é importante instrumento a fim de garantir o princípio primordial da dignidade da pessoa humana.

Todavia, na contramão deste preceito intrínseco que ronda a impenhorabilidade do bem de família, encontra o disposto no artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, o qual prevê a possibilidade de penhora do bem de família do fiador em contrato de locação.

O dispositivo se mostra, no mínimo, incoerente, ante a finalidade da lei que o trata. Se por um lado a lei 8.009/90 visa a proteção da família, a inclusão do mencionado dispositivo se deu, única e exclusivamente, por interesses econômicos. Notadamente, a lei do inquilinato, que fez incluir este dispositivo na lei 8.009/90, foi criada por influência do ramo imobiliário, que via o mercado retrair após a instituição do bem de família legal.

Ademais, a possibilidade de penhora do bem de família do fiador contradita princípios contratuais, como o princípio da supremacia da ordem pública e o princípio do equilíbrio entre as partes e, ainda, princípios basilares constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que se constituiu como

fundamento para criação do bem de família e o princípio da isonomia, que garante tratamento igual a todos os indivíduos.

Em suma temos a ofensa ao princípio da supremacia da ordem pública, uma vez que se admitiu que a lei do inquilinato, cuja motivação é econômica se sobrepusesse a lei 8.009/90, que é norma de ordem pública. No que tange ao equilíbrio entre as partes, verifica-se que as partes de uma mesma relação jurídica, qual seja fiador e devedor, recebessem tratamento diferente, uma vez que enquanto o devedor principal não pode ter seu bem de família penhorado, a mesma regra não se aplica ao fiador deste mesmo contrato, que inclusive é parte mais vulnerável na relação jurídica, uma vez que não detém qualquer benefício com a celebração do contrato.

No que concerne aos princípios constitucionais, temos em relação a isonomia, basicamente os mesmos argumentos aplicados ao princípio contratual do equilíbrio entre as partes, sendo que este último é reflexo do primeiro. Outrossim, a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana é clara, visto que não se pode considerar uma vida digna sem a garantia de um asilo a família.

Contudo, a impenhorabilidade do bem de família é um importantíssimo instrumento de defesa da família, responsável por garantir a sua dignidade, representando um grande avanço social, principalmente no que se refere a lei 8.009/90. Entretanto, possibilidade de penhora do bem de família do fiador em contrato de locação, vem a demonstrar a realidade de um país e, principalmente, de legisladores, que enaltecem interesses econômicos em detrimento dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS:

OBRAS:

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil 3**. 5. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 3**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 6**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direitos Civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. **Bem de Família**. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MEIOS ELETRÔNICOS:

Civizalhas. A súmula 486 do STJ. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Civilizalhas/94,MI161324,21048-A+sumula+486+do+STJ>>. Acesso em: 16 setembro 2016.

Jusbrasil. A Nova Súmula 549 do STJ e a Questão do Bem de Família do Fiador de Contrato de Locação. Disponível em: <<http://navaraperea.jusbrasil.com.br/artigos/244388325/a-nova-sumula-549-do-stj-e-a-questao-do-bem-de-familia-do-fiador-de-contrato-de-locacao>>. Acesso em: 16 setembro 2016.

Jusbrasil. Princípios do Direito Contratual. Disponível em: >. Acesso em: 27 março 2017.

Migalhas. STJ aprova quatro novas súmulas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI108627,51045-STJ+aprova+quatro+novas+sumulas>>. Acesso em: 16 setembro 2016.

Mundo Notarial. Súmulas do STJ – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.mundonotarial.org/sumula364.html>>. Acesso em: 16 setembro 2016.

O Fiador e seu Bem de Família nos Contratos de Locação e as Recentes Decisões dos Tribunais Superiores. Disponível em: <<http://.html>>. Acesso em: 31 março 2017.

Unibrasil. A impenhorabilidade do bem do família. Disponível em: . Acesso em: 04 agosto 2016.

****** Doutoranda em Direito Civil Comparado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC-SP, Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresarias pela Universidade de Franca-UNIFRAN, Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade de Franca- UNIFRAN, Professora de Direito Civil, Processo Civil e Direito do Consumidor no Centro Universitário do Planalto de Araxá- UNIARAXA, advogada militante na Comarca de Araxá-MG.

ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DE TRIBUTO MEDIANTE DAÇÃO EM PAGAMENTO DE BENS MÓVEIS

PRISCILA RODRIGUES

GHEDINI: graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro/Faculdade Nacional de Direito, pós graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: A dação em pagamento no direito tributário brasileiro é alvo de debates na doutrina e na jurisprudência pátrias mesmo antes da Lei Complementar 104/2001 inserir a dação em pagamento em bens imóveis no rol do artigo 156 do CTN, que elenca as causas de extinção do crédito tributário. Enquanto a possibilidade de entrega de bens imóveis para a quitação de tributos se tornou pacífica a partir da edição do diploma legal mencionado, o uso do instituto no que toca aos bens móveis ainda suscita questionamentos. A finalidade deste trabalho é esclarecer as eventuais possibilidades de aplicação do instituto em relação aos bens móveis à luz da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Direito Tributário – Dação em Pagamento – Bens Móveis – Lei Complementar – Licitação.

1 – INTRODUÇÃO

A possibilidade de instituição da dação em pagamento como causa de extinção do crédito tributário sempre foi um tema que suscitou debates na doutrina e na jurisprudência. Com a edição da Lei Complementar nº 104/2001, que inseriu o inciso XI ao artigo 156 do CTN, a dação em pagamento de bens imóveis como modalidade de extinção do crédito tributário se tornou uma possibilidade clara, desde que as condições fossem estabelecidas em lei específica de cada ente federado. No entanto, a utilização do instituto no que diz respeito à entrega de bens móveis ainda suscita uma série de questionamentos não explorados ou esclarecidos pela doutrina.

À vista disso, o presente trabalho se destina a analisar a possibilidade da instituição de dação em pagamento em bens móveis por lei específica de cada ente federado, inobstante a ausência de sua previsão expressa como causa de extinção do crédito tributário no rol do art. 156 do Código Tributário Nacional. A abordagem será feita à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema,

que será dividida, para fins didáticos, em três momentos, relatados em ordem cronológica, a saber:

(i) Julgamento da Medida Cautelar na ADI 1.917, em 1998, ocasião em que se reputou inconstitucional lei do Distrito Federal que permitia o pagamento de débitos das microempresas, das empresas de pequeno porte e das médias empresas, mediante dação em pagamento de materiais destinados a atender a programas de Governo do DF;

(ii) Julgamento da Medida Cautelar na ADI 2.405-MC, em 2002, momento em que a Corte, por maioria de votos, afirmou ser possível a criação de novas hipóteses de extinção do crédito tributário na via da lei ordinária local;

(iii) Julgamento do mérito da ADI 1.917, em 2007, quando o Tribunal reafirmou a inconstitucionalidade da lei distrital que permitia o pagamento de tributos mediante a entrega de materiais de construção.

Desde logo, cumpre enfatizar que o tema é pouco explorado na doutrina, sendo bastante escassa a abordagem da evolução jurisprudencial a seu respeito, daí a importância de uma análise mais detida. O que se pretende demonstrar, ao final, é que, apesar da ausência de previsão da dação em pagamento em bens móveis no rol do artigo 156 do Código Tributário Nacional, não existe uma vedação categórica à instituição dessa modalidade de extinção do crédito tributário por lei específica de cada ente, o que pode ser extraído da jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, conforme será delineado nas linhas que seguem.

2 – JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NA ADI Nº 1.917-DF: O PRIMEIRO MOMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A primeira oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal se debruçou a respeito da dação em pagamento como forma de extinção do crédito tributário se deu no bojo do julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 1.917, ocasião em que reputou como contrária à Constituição Federal uma lei do Distrito Federal que permitia o pagamento de débitos das microempresas, das empresas de pequeno porte e das médias empresas, mediante dação em pagamento de materiais destinados a atender a programas de Governo do DF, nos termos da ementa:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - EXTINÇÃO. As formas de extinção do crédito tributário estão previstas no Código Tributário Nacional, recepcionado pela Carta de 1988 como lei complementar. Surge a relevância de pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade considerada lei local prevendo nova forma de extinção do crédito tributário na modalidade civilista da dação em pagamento. Suspensão de eficácia da Lei Ordinária do Distrito Federal de nº 1.624/97. (Pleno, ADI 1.917-MC, rel. Min. Marco Aurélio, j. 18.12.1998, DJ 19.09.2003, p. 15).

Em outras palavras, a lei reputada inconstitucional (em sede de Medida Cautelar) instituiu a dação em pagamento como forma da extinção do crédito tributário, mediante a entrega de bens móveis^[1]. Os fundamentos invocados pela Corte para suspender a eficácia da lei distrital foram:

(a) A reserva de lei complementar para tratar das causas de extinção do crédito tributário, nos termos do artigo 146, inciso III, alínea b, da Constituição da República de 1988. A partir dessa premissa, para que fosse possível a extinção do crédito tributário mediante dação em pagamento, tal modalidade teria que estar prevista no Código Tributário Nacional, que estatui as normas gerais em matéria de legislação tributária. Nesse sentido, o próprio CTN, em seu artigo 141, determina que o crédito tributário regularmente constituído só se extingue nos casos nele previstos, o que reforça a necessidade de previsão em lei complementar de normas gerais;

(b) O pagamento de tributos mediante a entrega de materiais esbarraria na necessidade de licitação prévia para realização de obras, serviços e compras pela administração pública, diante do que dispõe o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, de modo que, na hipótese, a dação em pagamento em bens móveis representaria burla ao processo licitatório.

Veja-se que, no julgado em análise, proferido no ano de 1998, o Supremo Tribunal Federal adotou uma interpretação bastante restritiva do art. 141 do CTN, considerando que a dação em pagamento só poderia ser considerada modalidade de extinção do crédito tributário caso fosse prevista como tal no Código Tributário Nacional, recepcionado como lei complementar de normas gerais, na forma do artigo 146, inciso III, alínea b, da Constituição da República.

Ato contínuo, veio à baila a Lei Complementar nº 104/2001, que acrescentou o inciso XI, ao artigo 156 do Código Tributário Nacional, tornando expressa a possibilidade de extinção do crédito tributário pela dação em pagamento de bens imóveis. Note-se que o legislador buscou compatibilizar a disciplina da dação em pagamento como forma de extinção do crédito tributário com o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 1.917, veiculando a nova modalidade de extinção por lei complementar e restringindo o uso do instituto à entrega de bens imóveis, já que a entrega de bens móveis esbarraria na regra da licitação.

Diante do exposto, é possível concluir que, em um primeiro momento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou entendimento no sentido de que a dação em pagamento, enquanto modalidade de extinção do crédito tributário, só poderia ser admitida se veiculada em lei complementar de normas gerais, no caso o Código Tributário Nacional. Daí a pacífica aceitação da dação em pagamento em bens imóveis como causa de extinção do crédito tributário após a sua inclusão no rol do art. 156 do CTN, por intermédio da LC nº 104/2001.

3 – JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NA ADI 2.405-1: A VIRADA DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Em 2002, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.405-1, a dação em pagamento foi novamente submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, o Plenário reputou constitucional uma lei ordinária do Estado do Rio Grande do Sul que previu o uso do instituto para extinção de créditos tributários, mediante a entrega de bens móveis e imóveis.

Na fundamentação, o Tribunal, por maioria de votos, afirmou ser possível a criação de novas hipóteses de extinção do crédito tributário na via da lei ordinária local, alterando expressamente o posicionamento firmado no bojo do julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 1.917. Nesse sentido, é oportuna a transcrição da ementa do julgado:

Ação direta de inconstitucionalidade: medida cautelar: L. estadual (RS) 11.475, de 28 de abril de 2000, que introduz alterações em leis estaduais (6.537/73 e 9.298/91) que regulam o procedimento fiscal administrativo do Estado e a cobrança judicial

de créditos inscritos em dívida ativa da fazenda pública estadual, bem como prevê a dação em pagamento como modalidade de extinção de crédito tributário. **I - Extinção de crédito tributário criação de nova modalidade (dação em pagamento) por lei estadual: possibilidade do Estado-membro estabelecer regras específicas de quitação de seus próprios créditos tributários. Alteração do entendimento firmado na ADInMC 1917-DF, 18.12.98, Marco Aurélio, DJ 19.09.2003: conseqüente ausência de plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 146, III, b, da Constituição Federal, que reserva à lei complementar o estabelecimento de normas gerais reguladoras dos modos de extinção e suspensão da exigibilidade de crédito tributário. [...]**

VI - Licitação (CF, art. 37, XXI) - não ofende o dispositivo constitucional o art. 129 da L. 6.537/73 c/ a red. L. 11.475/00 - que autoriza a alienação dos bens objetos de dação por valor nunca inferior ao que foi recebido e prevê a aquisição de tais bens por município, mediante o pagamento em prestações a serem descontadas das quotas de participação do ICMS. VII - Demais dispositivos cuja suspensão cautelar foi indeferida. (Pleno, ADI 2.405-MC, rel. Min. Carlos Britto, j. 06.11.2002, DJ 17.02.2006, p. 54).

Em síntese, o Pretório Excelso, contrariando a conclusão que havia sido assentada no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 1917-DF, entendeu que a disciplina das causas de extinção do crédito tributário não estaria sujeita à reserva de lei complementar, de modo que os entes federados ostentariam autonomia para estabelecer regras específicas de quitação de seus créditos. Nessa linha, a Corte enfatizou que o pacto federativo permite ao ente estipular a possibilidade de receber algo do seu interesse para quitar um crédito de que é titular.

Ressaltou-se que a Constituição de 1988, tal qual a Constituição de 1967, não reserva à Lei Complementar a enumeração dos meios de extinção e de suspensão dos créditos tributários, salvo no que se refere à prescrição e à decadência, razão pela qual não seria exaustivo o rol dos artigos 151 e 156 do Código Tributário Nacional[2].

Ademais, invocou-se como fundamento a chamada “teoria dos poderes implícitos”, segundo a qual “quem pode o mais pode o menos”. Assim, se o ente pode até mesmo perdoar o que lhe é devido, mediante a edição de lei concessiva de remissão, com mais razão ainda poderia autorizar a extinção do crédito tributária de que é titular por modalidade não prevista no Código Tributário Nacional[3].

Nesse sentido, o Ministro Relator Carlos Britto enfatiza, em seu voto, que o acréscimo da dação em pagamento em bens imóveis no rol do art. 156 do CTN, por intermédio da LC 104/2001, não teve o condão de ampliar as causas de extinção do crédito tributário, uma vez que a dação em pagamento já poderia ser aceita como causa de extinção antes mesmo de sua previsão no CTN[4], tampouco de restringir a dação em pagamento somente aos bens imóveis, uma vez que se trata de medida de economia interna de cada unidade federada, não sendo, por isso, exigida uma uniformidade normativa através da Lei Complementar. É o que se extrai do seguinte trecho do voto:

A disposição, todavia, pelas razões acima expostas, não teve o efeito de ampliar o rol de causas de extinção do crédito tributário, visto que já era aceita pela doutrina a possibilidade de a lei estadual atribuir ao instituto esse efeito, nem muito menos de restringir essa possibilidade aos bens imóveis, dado não se poder ter por razoável qualquer limitação dessa ordem, aos Estados, impedindo-o de aceitar, em pagamento de seus créditos, v.g., títulos públicos por ele mesmo emitidos, ou pela União, o que não passaria de um rematado contrassenso. Nada impedia, nem impede, por isso, em princípio, que a lei estadual, com vista ao incremento da receita, estabeleça novas modalidades de extinção da dívida ativa, como fez a lei gaúcha, ao instituir a dação em pagamento, visto que a transação e a moratória, também nela previstas, estão contempladas no CTN.

A partir de 2002, portanto, o entendimento dominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal passou a ser no sentido de que as causas de extinção do crédito tributário não estariam sujeitas à reserva de lei complementar, prevalecendo a liberdade dos entes federados para o estabelecimento de regras específicas de quitação de seus tributos, de modo que nada impediria a previsão, em âmbito local,

da dação em pagamento em bens móveis como forma de extinção do crédito tributário.

4 – JULGAMENTO DO MÉRITO DA ADI 1.917-DF

Em 2007, com o julgamento definitivo de mérito da ADI 1.917-DF, tem-se o último episódio da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da dação em pagamento em bens móveis^[5]. Nessa ocasião, embora o STF tenha reafirmado o entendimento acerca da inconstitucionalidade da lei distrital que permitia o pagamento de débitos das microempresas, das empresas de pequeno porte e das médias empresas, mediante dação em pagamento de materiais destinados a atender a programas de Governo do DF, desta feita o fez apenas em virtude da violação ao princípio da licitação na aquisição de materiais pela administração pública, nos termos do disposto no art. 37, XXI da CRFB/88.

Em outras palavras, a maioria dos Ministros expressamente reafirmou o entendimento assentado no julgamento da Medida Cautelar na ADI 2.405, no sentido de que não há reserva de lei complementar para a disciplina das causas de extinção do crédito tributário, vigorando a liberdade de cada unidade federada para dispor sobre a forma de quitação de seus tributos. Afastou-se, assim, a violação ao art. 146, inciso III, alínea b, da CRFB/88.

No entanto, entendeu-se que no caso específico da lei distrital objeto de julgamento haveria uma violação, ainda que virtual e indireta, ao princípio da licitação, uma vez que os bens que seriam objeto de dação em pagamento (materiais de construção) só poderiam ser regularmente adquiridos pela Administração por intermédio de licitação. Com esse fundamento, a lei foi declarada inconstitucional.

Percebe-se que a conclusão pela inconstitucionalidade da lei distrital se deu por uma condição pontual e específica, já que os bens objetos da dação instituída por essa lei seriam licitáveis, como regra. Há que se considerar, porém, que a lei federal que institui normas gerais em matéria de licitação (Lei nº 8.666/93) alberga hipóteses em que o procedimento licitatório para a aquisição de bens móveis não será exigido. É o caso da licitação dispensável, cujas hipóteses estão previstas no art. 24 da lei, e, ainda, da inexigibilidade de licitação, que será verificada sempre que houver inviabilidade de licitação, na forma do art. 25 do diploma legal citado.

Nestes casos, não há que se falar em ofensa ao princípio licitatório, de modo que eventual lei local que preveja a dação em pagamento em bens móveis em circunstâncias em que a licitação seja dispensável ou inexigível não será eivada de inconstitucionalidade, de acordo com o entendimento jurisprudencial firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar ADI 2.405 e no julgamento de mérito da ADI 1.917-DF.

5 – CONCLUSÃO.

Diante de todo o exposto, à luz da análise detida da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do instituto da dação em pagamento, é possível concluir que a Corte não consagra uma vedação irrestrita à possibilidade de instituição de dação em pagamento em bens móveis em âmbito local.

Isto porque o atual entendimento do Supremo é no sentido de que a disciplina das causas de extinção do crédito tributário não está submetida à reserva de lei complementar, estando inserida no âmbito da autonomia de cada unidade federativa, que terá liberdade para instituir as modalidades de quitação de seus tributos. Desta feita, não há que se falar em ofensa ao disposto no art. 146, inciso III, alínea b, da CRFB/88.

No entanto, conforme se extrai do julgamento definitivo de mérito da ADI 1.917-DF, a constitucionalidade de uma lei que eventualmente preveja a utilização do instituto em relação aos bens móveis dependerá de uma disciplina harmônica com as regras licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93, para que não haja burla ao disposto no art. 37, inciso XXI da CRFB/88.

Portanto, conjugando-se o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar ADI 2.405 com aquele proferido no julgamento definitivo da ADI 1.917-DF, não se pode concluir pela inconstitucionalidade, em abstrato, de uma lei local que preveja a dação em pagamento em bens móveis como modalidade de extinção do crédito tributário. A constitucionalidade da referida lei, no entanto, dependerá da observância às regras previstas na Lei 8666/93 acerca do processo licitatório.

Deste modo, a lei que disponha sobre a dação em pagamento de bens móveis em condições em que a competição seja inviável ou em que o processo de licitação seja dispensável, não estará, a princípio, eivada de inconstitucionalidade.

6 - BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Carlos Henrique. Revista Dialética de Direito Tributário. Edição nº 24, Dação em Pagamento na Execução Fiscal, 1997.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 15ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1917-5 - DF. Relator. Min Marco Aurélio; Julgamento: 18/12/1998; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347328>. Acesso em: 11.08.2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2405-1 - RS. Relator: Min. Carlos Britto; Julgamento: 06/11/2002; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347580>. Acesso em: 11.08.2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1917-5 - DF. Relator. Min Ricardo Lewandowski; Julgamento: 26/04/2007; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=481954>. Acesso em: 11.08.2016

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: Linguagem e Método. 3ª edição, São Paulo: Editora Noeses, 2009.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 5ª edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 12ª edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

NOTAS:

[1] É oportuno frisar que esse julgamento ocorreu em 1998, antes, portanto, de a Lei Complementar 104/2001 acrescentar o inciso XI ao artigo 156 do CTN, permitindo a dação em pagamento de bens imóveis como forma de extinção do crédito tributário. Logo, neste momento, não havia qualquer previsão acerca da dação em pagamento como forma de extinção do crédito tributário, nem mesmo em bens imóveis.

[2] Nessa linha, Ricardo Lobo Torres sustenta a natureza exemplificativa do rol previsto no artigo 156 do Código Tributário Nacional, tendo em vista a existência de outras hipóteses não previstas no rol mencionado e pacificamente aceitas como formas de extinção do crédito tributário, citando como exemplo a confusão, instituto por meio do qual se confundem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor. *Verbis*: “O CTN desenha, no art.156, o elenco das causas de extinção do crédito tributário. Mas a enumeração não é exaustiva, eis que outras figuras, previstas inclusive no Código Civil, podem extinguir o crédito tributário. A confusão, que extingue a obrigação desde que na mesma pessoa se confundem as qualidades de credor e devedor (art.381), pode ocorrer no direito tributário, como, por exemplo, nos casos em que o ente tributante tenha recebido a herança jacente ou tenha estatizado empresas privadas. A morte do devedor, que não deixa bens, extingue o crédito tributário”. (TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 12ª edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 288).

[3] É relevante destacar que o autor Luciano Amaro sempre defendeu a possibilidade de extinção do crédito tributário pela dação em pagamento de bens móveis mediante previsão em lei específica de cada unidade federada com fundamento na diretriz interpretativa segundo a qual “quem pode o mais, pode o menos”. É valiosa a transcrição de um trecho da lição do autor: “O rol do art. 156 não é taxativo. Se a lei pode o mais (que vai até o perdão da dívida tributária) pode também o menos, que é regular outros modos de extinção do dever de pagar tributo. A dação em pagamento, por exemplo, não figurava naquele rol até ser acrescentada pela Lei Complementar 104/2001; como essa lei só se refere à dação de imóveis, a dação de outros bens continua não listada, mas nem por isso se deve considerar banida. Outro exemplo, que nem sequer necessita de disciplina específica na legislação tributária, é a confusão, que extingue a obrigação se, na mesma pessoa, se confundem a qualidade de credor e a de devedor (CC/2002, art.381). Há ainda, a novação (CC/2002, art.360)”. (AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 15ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 390).

[4] Nesse mesmo sentido, o autor Carlos Henrique Abrão sublinha que a dação em pagamento seria uma espécie do gênero pagamento, razão pela qual não haveria óbice em relação à sua utilização como forma de extinção do crédito tributário, já que estaria inserida, ainda que implicitamente, no inciso I do artigo 156 do Código Tributário Nacional, que dispõe que o pagamento é modalidade de extinção do crédito tributário. *Verbis*: “A dação em pagamento é forma excepcional de extinção do crédito tributário, classificada como espécie do gênero pagamento previsto no artigo 156, inciso I, do CTN. O conceito formal de tributo e a interpretação teleológica do seu mecanismo permitem sublinhar que o legislador não vedou a dação em pagamento na tipologia de extinção da obrigação”. (ABRÃO, Carlos Henrique. Revista Dialética de Direito Tributário. Edição nº 24, Dação em Pagamento na Execução Fiscal, 1997, p. 7).

[5] Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.04.2007, DJ 24.08.2007, p. 22.

QUAL MEDIDA PROCESSUAL TOMAR QUANDO UM JUIZ DECLINA SUA COMPETÊNCIA?

CAMILA PADILHA FERNANDES: Analista processual do Ministério Público do Distrito Federal E Territórios. Pós graduanda em Direito Administrativo.

RESUMO: A nova lei processual civil intencionou ser mais célere. Trouxe inovações, tornando o processo judicial mais eficiente. Entretanto, ao prever as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, não previu expressamente seu cabimento contra decisões envolvendo competência do juízo. O presente artigo pretende mostrar manobras processuais para que a questão seja apreciada antes do recurso de apelação.

PALAVRAS CHAVE: competência, recurso processual, agravo de instrumento.

SUMÁRIO. 1. Introdução 2. Da taxatividade das hipóteses do art. 1015 do NCPC 3. Do caso concreto 4. Da providência tomada no caso concreto 5. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

O novo código de processo civil trouxe como princípio baluarte a primazia da resolução do mérito Isso foi uma resposta aos inúmeros entraves processuais insertos no CPC/73 que, de fato, fazia prevalecer normas instrumentais, em detrimento da pacificação social trazida pela resolução de pretensões resistidas.

2. DA TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DO ART. 1.015 DO NCPC.

Ao tempo em que extinguiu recursos, primou pela celeridade e eficiência processuais. Porém, trouxe também inovações que não trouxeram a rápida solução dos litígios. Dentre elas, foca-se o presente artigo no rol do artigo 1.015, que se refere ao cabimento do agravo de instrumento. Não há previsão expressa de seu cabimento frente decisão de declínio de competência.

Trata-se de um rol taxativo? Jurisprudência recente diz que sim. Vejamos. “Não se conhece de agravo de instrumento interposto fora das hipóteses do art. 1.015 do Código de Processo Civil. É opção política da sistemática atual afastar a

compreensão de que toda interlocutória tem que ser recorrível imediatamente.” [\[1\]](#)

3. DO CASO CONCRETO

O que fazer, então, quando o magistrado entende que é incompetente para julgar tal ação e remete os autos a outro magistrado? Seria o ideal lançar mão de mandado de segurança conforme autoriza o art. 5º, inc. II da Lei 12.016/09? Seria tal manobra eficiente?

Essa foi uma questão ocorrida no bojo de um processo judicial real, que felizmente teve um desfecho satisfatório, sem que se precisasse impetrar mandado de segurança para decidir acerca da (in)competência ventilada.

Resguardada a identidade dos polos a fim de evitar qualquer violação de direitos, eis o fato concreto:

A pessoa jurídica “A” celebrou com o Estado “B” o contrato nº 01/2012. Em razão de improbidade identificada, o MP ajuizou ação distribuída para a 1ª Vara da Fazenda Pública. Em 2013, a mesma pessoa jurídica “A” celebrou contrato nº 02/2014 também com o Estado “B”, mas com objetos diferentes. No entanto, o projeto básico continha cláusulas similares, vício no processo licitatório (dispensa indevida), ausência de prévia dotação orçamentária, direcionamento convocatório e falta de análise pela procuradoria competente. O segundo contrato utilizou moldes formais do primeiro. Ajuizada nova ação de improbidade em 2016, referente ao contrato nº 02/2014, pelo Ministério Público, o processo foi distribuído à 2ª Vara da Fazenda Pública. Ouvidas as partes, o juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública declinou sua competência ao juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública, por julgar que a decisão de um processo poderia interferir no julgamento do posterior, em razão da similaridade de objetos.

O processo foi imediatamente remetido a 2ª Vara da Fazenda Pública.

Se estivesse vigente o CPC/73, caberia indubitavelmente agravo de instrumento da decisão, imediatamente, nos termos do seu artigo 522:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida,

salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)

Parágrafo único. O agravo retido independe de preparo.

Ocorre que o atual diploma processual civil prevê as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento, nos seguintes termos:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Não há, portanto, menção expressa ao cabimento imediato de recurso à decisão de declínio de competência.

O que se tem no panorama atual é que decisões não citadas no referido artigo seriam atacáveis apenas em apelação (ou nas respectivas contrarrazões). Há decisões a respeito, reputando incabível o agravo de instrumento aos casos omissos. Senão vejamos:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MULTIPLA. CONHECIMENTO EM PARTE DO RECURSO. HIPOTESE NÃO ALBERGADA PELO ART. 1.015 DO CPC/15. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PESSOA JURÍDICA. DOCUMENTOS ANEXADOS. DENOTAM AUSÊNCIA PRESSUPOSTOS LEGAIS. INCAPACIDADE FINANCEIRA NÃO COMPROVADA.

I - O art. 1.015, do Código de Processo Civil, estabelece taxativamente, quais as hipóteses cabe o agravo de instrumento, sendo este recurso restrito aos casos nele estabelecidos.

II - Não há espaço interpretativo para o cabimento de agravo de instrumento contra decisões que não se inserem naquele rol.
III-Não logrando pessoa jurídica em comprovar sua pobreza jurídica, não lhe pode ser concedido o benefício da gratuidade de justiça
IV- Recurso parcialmente conhecido. NEGOU-SE provimento ao agravo de instrumento. ([Acórdão n.961196](#), 20160020206999AGI, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 17/08/2016, Publicado no DJE: 29/08/2016. Pág.: 193/210)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO ATACADA FORA DAS HIPÓTESES DO ART. 1.015 DO CPC. ROL TAXATIVO. RECURSO NÃO CONHECIDO. Não se conhece de agravo de instrumento interposto fora das hipóteses do art. 1.015 do Código de Processo Civil. É opção política da sistemática atual afastar a compreensão de que toda interlocutória tem que ser recorrível imediatamente.

([Acórdão n.949783](#), 20160020126340AGI, Relator: CARMELITA BRASIL 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 22/06/2016, Publicado no DJE: 27/06/2016. Pág.: 156/168)

Na lição de Fredie Didier Jr., o art. 1.015, III, CPC, prevê o cabimento de instrumento contra decisão interlocutória que rejeita a alegação de convenção de arbitragem prevê o agravo de instrumento, portanto, contra decisão que nega a eficácia a negócio processual que diz respeito à competência, ainda que reflexamente. Para Fredie, seria possível interpretação extensiva do retromencionado artigo, reputando cabível o agravo de instrumento de qualquer decisão sobre a competência do juízo, seja ela relativa ou absoluta^[2],

Há decisão no mesmo sentido, conforme se vê a seguir:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE ACOLHE PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA. CABIMENTO. ART. 1.015 DO CPC. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA E EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. CABIMENTO DO RECURSO. DECISÃO MONOCRÁTICA REFORMADA.

I. O Código de Processo Civil de 2015 não contempla a decisão que acolhe a preliminar de incompetência no rol dos pronunciamentos que podem ser impugnados por meio de agravo de instrumento descrito em seu artigo 1.015.

II. Não obstante o caráter exaustivo do catálogo do artigo 1.015, não é vedado o recurso à interpretação extensiva ou analógica de alguma das hipóteses nele listadas, sobretudo com o propósito de favorecer a segurança jurídica e a razoável duração do processo.

III. Se, por um lado, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento são dispostas *numerus clausus*, de outro, mostra-se imperioso transigir quanto à possibilidade de extensão de alguma delas a situações dirimidas por decisões substancialmente similares.

IV. Se é agravável a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem e, por via de conseqüência, estabelece a competência do órgão jurisdicional, não há razão para excluir da abrangência recursal do agravo de instrumento a decisão que estabelece a competência interna, isto é, a competência de um órgão jurisdicional em face dos demais.

V. De acordo com a inteligência do parágrafo único do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, no cumprimento de sentença a decisão sobre a competência do juízo da execução, argüida por meio de impugnação na forma do artigo 525, inciso VI, do mesmo diploma legal, pode ser impugnada mediante

agravo de instrumento.

VI. O mesmo pode ocorrer até mesmo no processo de execução, tendo em vista que a incompetência absoluta, muito embora em regra deva ser suscitada por meio de embargos à execução, nos termos do artigo 917, inciso V, do Código de Processo Civil, por força do artigo 64, § 1º, do mesmo Estatuto Processual, "pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício".

VII. A interpretação analógica, também em função desse quadro processual, parece inelutável: se é cabível agravo de instrumento contra decisão acerca de competência no cumprimento de sentença e no processo de execução, deve sê-lo também na fase cognitiva.

VIII. É o que também se verifica no inventário: o juiz considera que a questão que lhe foi submetida extravasa a cognoscibilidade do procedimento especial e remete as partes para as vias ordinárias, com arrimo no artigo 612 do Código de Processo Civil, essa decisão, que versa exatamente sobre competência, também desafia agravo de instrumento nos termos do parágrafo único do artigo 1.015.

IX. Recurso conhecido e provido. ([Acórdão n.978761](#), 20160020344135AGI, Relator: SÉRGIO ROCHA, Relator Designado: JAMES EDUARDO OLIVEIRA 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 19/10/2016, Publicado no DJE: 17/11/2016. Pág.: 529/542)

4. DA PROVIDÊNCIA TOMADA NO CASO CONCRETO

No caso concreto, era necessário lançar mão de qualquer medida processual rápida e eficaz para impedir o declínio de competência, tendo em vista que a remessa dos autos e sua permanência em outro juízo acarretaria atraso na instrução e julgamento. O caso envolvia questão urgente, inadiável, cheia de

questões materiais envolvendo políticas de saúde, de forma que se tornou incabível o mandado de segurança.

Desta feita, no caso prático, utilizando a fundamentação de Fredie Didier Jr. interpôs-se agravo de instrumento, requerendo porém, na peça do art. 1.018 do CPC que o juízo de 1º grau (o da 2ª Vara da Fazenda Pública) suscitasse o conflito negativo de competência.

Ressalte-se que a petição prevista no artigo 1.018 do CPC existe para oportunizar o juízo de retratação. Ocorre que no caso concreto, o processo foi de imediato remetido a outro juízo. Diante disso, interpôs-se também ao juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública a peça de aviso de interposição de agravo de instrumento.

O desfecho do caso foi o seguinte: o agravo de instrumento não foi admitido sob o argumento de que a hipótese não estava prevista no rol taxativo do art. 1015 do CPC. Porém, felizmente, o juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública suscitou o conflito negativo de competência, deferindo pedido de petição neste sentido, utilizando os argumentos do agravo de instrumento anexado em cópia. Desse modo, a questão vai ser avaliada antes da apelação.

5. CONCLUSÃO

Assim, embora se questione a possibilidade de mandado de segurança, a depender do caso, a impetração dele pode não surtir o efeito que se espera. Aguardar o momento da apelação para discutir a (in)competência pode ser tarde demais. E não há empecilho no código processual vigente a que uma parte requeira a suscitação do conflito de competência. Tendo em vista não haver posição sedimentada acerca da taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, vale a pena interpô-lo e, ao mesmo tempo, requerer ao juízo para onde foi remetido o processo que suscite conflito de competência.

INDICAÇÃO BIBLIOGRÁFICA

Livros consultados:

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed Salvador : Ed. Jus Podivm, vol. 1, 2016; f. 237/239;

Sites visitados:

2. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. RAMOS, Fabiana Souza. BONAGURA, Anna Paola. MONTANS, Renato. O agravo de instrumento e o rol do art. 1.015 do novo CPC: taxatividade? Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235291,81042O+agravo+de+instrumento+e+o+rol+do+art+1015+do+novo+CPC+taxatividade>. Acesso em 09/10/2017.

3. SOUZA, Hilton de. O agravo de instrumento no atual Código de Processo Civil. Ambito Jurídico. Rio Grande. no site http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17530. Acesso em 10/10/2017.

NOTAS:

[1] Acórdão 949783 TJDF

[2] DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed Salvador : Ed. Jus Podivm, vol. 1, 2016; f. 237/239.

A MULHER E O ORDENAMENTO JURÍDICO: UMA ANÁLISE DO TRATAMENTO DE GÊNERO PELA LEGISLAÇÃO CIVIL BRASILEIRA

KÁSSIO HENRIQUE DOS SANTOS

AIRES: : Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins, estagiário da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, membro pesquisador do Grupo de Estudo, Pesquisa e Ensino em Ciências Criminais.

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo analisar a forma de tratamento da mulher na legislação civil e constitucional brasileira, estabelecendo como início o Código Civil de 1916 até o atual código civil de 2002. O estudo desejou revelar que forma as 'mulheres' foram construídas pelo discurso jurídico, assim como os avanços e conquistas obtidos ao longo do período delimitado. Buscou-se analisar, por exemplo, como certas liberdades foram retiradas do âmbito de decisão da mulher e passadas para o marido, demonstrando uma clara política machista por parte do Estado.

Palavras-chave: direitos civis; feminismo; igualdade de gênero; mulher.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the way women are treated in Brazilian civil and constitutional legislation, establishing the Civil Code from 1916 until the present civil code of 2002. The study aimed to reveal how women were built by legal discourse, as well as the advances and achievements achieved over the delimited period. It was sought to analyze, for example, how certain freedoms were removed from the women's decision-making and passed to the husband, demonstrating a clear macho policy on the part of the State.

Keywords: civil rights; feminism; gender equality; woman.

Sumário: Introdução. 1. A mulher no código civil de 1916. 2. A conquista do direito ao voto feminino. 3. Um estatuto para a mulher casada. 4. Enfim uma lei para o divórcio. 5. A constituição de 1988. 6. Código civil de 2002. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O papel da mulher na história sempre foi de um ser relegado à submissão, posta à sombra do homem. De relatos como da Bíblia, às lendas como Ilíada e a Odisséia, a mulher era rotulada como fraca, submissa e incapaz. Em legislações antigas, como as leis romanas ou o código de Hamurabi, a mulher não possuía direitos, mas um excesso de deveres que deveriam ser cumpridos. Seu ofício se restringia aos afazeres domésticos e rurais, no que tange plantio e colheita. Salvo alguns casos de mulheres que lideraram reinos ou estiveram à frente do seu tempo, a força da sociedade machista sempre buscou tratar de forma secundária a mulher tanto no plano político, social e econômico.

Com o frescor das eras das revoluções, acompanhado das gerações dos direitos fundamentais, a voz de mulheres clamando por mais direitos e menos preconceito começou a soar mais forte. Em todos os cantos, direitos era conquistados através de movimentos e manifestações. No alvorecer do século XX, a mulher viu que seu papel já não poderia ser mais relegado a um posto subsidiário.

Neste tocante, o presente trabalho tem como escopo analisar a forma de tratamento da mulher na legislação civil e constitucional brasileira, estabelecendo como início o Código Civil de 1916 até o atual Código Civil de 2002. O estudo desejou revelar os diversos estereótipos sobre os quais as 'mulheres' são construídas pelo discurso jurídico, assim como os avanços e conquistas obtidos ao longo do período delimitado. Buscou-se analisar, por exemplo, como certas liberdades foram retiradas do âmbito de decisão da mulher e passadas para o marido, demonstrando uma clara política machista por parte do Estado. O intuito foi conhecer as formas de tratamento emanadas das principais leis civis e constitucionais do nosso ordenamento jurídico brasileiro do último século. Para tanto, a pesquisa analisou as formas de tratamento da mulher do código civil de 1916, no Código Eleitoral de 1932, no Estatuto da Mulher Casada de 1962, na Lei do Divórcio de 1977, na Constituição Federal de 1988 e por fim no Código Civil de 2002. Em termos metodológicos, o presente artigo analisou a legislação civil e constitucional supracitada, aliada a doutrinas e pesquisas acadêmicas, que auxiliaram no delineamento do perfil da mulher durante o decorrer de quase um século, instituindo como marco o Código Civil de 1916, finalizando a pesquisa no código civil de 2002.

1. A MULHER NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 nasceu de um projeto encomendado pelo governo republicano ao jurista Clóvis Bevilacqua tendo como escopo idealizar o homem republicano, afastando a então imagem remanescente do homem monárquico. O código de Bevilacqua, como assim ficou conhecido a legislação civil codificada, continha 1.807 artigos, e era antecedido pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB, antiga Lei de Introdução ao Código Civil. Foi promulgada pelo então presidente da república, Wenceslau Braz, em 1 de janeiro de 1916.

Preleciona Gonçalves (2010, p. 38) que o código civil de 1916 continha uma Parte Geral, na qual estavam presentes os conceitos, as categorias e os princípios básicos aplicáveis a todos os livros da Parte Especial, e que produziam reflexos em todo o ordenamento jurídico. Tratavam das pessoas (naturais e jurídicas), como sujeitos de direitos; dos bens, como objeto do direito; e dos fatos jurídicos, disciplinando a forma de criar, modificar e extinguir direitos, tomando possível a aplicação da Parte Especial, que era dividida em quatro livros, quais seja: Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões.

Embora o texto tenha sido elogiado pela clareza e precisão dos conceitos (uma vez que seus artigos eram curtos e com poucos parágrafos); o referido Código refletia as concepções predominantes do fim do século XIX e do início do século XX. Francisco Amaral ainda ensina que: *“na parte do direito de família, sancionava o patriarcalismo domestico da sociedade que o gerou, traduzindo no absolutismo do poder marital no pátrio poder. [...] O Código Civil brasileiro era, assim, produto da sua época e das forças sociais imperantes no meio em que surgiu. Feito por homens identificados com ideologia dominante traduzia o sistema normativo de um regime capitalista colonial.”* (2010, p. 39).

Como bem assevera Amaral *apud* Gonçalves (2010), foi um código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial traduzindo uma visão do mundo condicionado pela circunstância histórica física e étnica em que se revelava.

O projeto de Bevilacqua sofreu diversas alterações pelo congresso nacional, e dentre essas alterações, uma provém do jurista Rui Barbosa. No seu parecer, conforme nos relata Salgado (2012), Rui Barbosa não apenas alterou a linguagem presente no projeto, como chegou a analisar artigo por artigo do projeto da câmara. Suas alterações foram tão pontuais que houve o uma espécie de novo código. Mas

uma de suas alterações que provocou um dano temporal até meados do século XX foi a alteração no artigo 2 do livro I que trata das pessoas.

O projeto da câmara, e claro de Bevilacqua, vinha com o brocardo de que todo ser humano é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. Rui propunha alterá-lo para “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. Seu argumento era que a palavra homem expressaria todo ser humano, alegando que não haveria ser humano que não caiba na expressão geral da espécie homem. A provocação de Rui Barbosa foi acatada e o Código Civil foi impresso com a expressão “homem”, para o desgosto de muitas feministas que defendia a expressão “ser humano”, uma vez que ela não relegava a mulher a sobra do homem.

Salgado defende ainda que: *“O projeto do código tinha uma dimensão de valorização do gênero que não estava apenas no artigo 2, mas modificava o status da mulher como inferior, trazendo alguns ganhos em especial no direito de família. Logo pode-se supor que essa expressão no art. 2, não fora colocada a toa. A alteração de Rui parecia para ele gramatical, pois não levava em conta essa necessidade de aclarar o novo status da mulher. As palavras expressam valores, idéias, pontos de vista, status social, poder, daquele que fala e sua alteração não é mera troca por sinônimos, é uma troca de valores.”* (2012, p 01).

Com essa visão de mundo, onde a mulher é colocada em segundo plano pelo homem, não foi surpresa quando o código preconizou no seu artigo 4º do Código Civil Brasileiro de 1916, a incapacidade relativa da mulher para realizar atos jurídicos, precisando de um assistente para realizar tarefas rotineiras que se revelam atos do mundo jurídico). A mulher casada foi colocada juntamente com os loucos e pródigos como uma incapaz. Uma equivalência infeliz e antiquada aos olhos do século XX.

O artigo sexto, inciso II dizia: São incapazes, relativamente certos atos, ou à maneira de exercê-los: II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. O Capítulo II, que se intitulava *Dos Direitos e Deveres do Marido*, trazia no seu artigo 233 que ao marido seria incumbido o papel de chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe a representação legal da família, além da administração dos bens comuns e dos particulares da mulher. À mulher caberia atender o marido, devendo moldar suas ações pela vontade dele. Esse segundo direito advinha do

fato em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial. O artigo 234 trazia que a obrigação do marido em sustentar a mulher cessaria quando ela abandonasse sem justo motivo a habitação conjugal, recusando-se a voltar. Neste caso, o juiz poderia, conforme as circunstâncias, ordenar, em proveito do marido e dos filhos, o sequestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher.

O artigo 235 por sua vez indicava que o marido não poderia, sem consentimento da mulher, independente do regime de bens alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou seus direitos reais sobre imóveis alheios, assim como pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos. O marido também não poderia prestar fiança e fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns. E o artigo 239 tratava da anulação dos atos do marido praticados sem outorga da mulher. Nesse caso só poderia ser demandada por ela ou pelos seus herdeiros.

No Capítulo III, que tratava dos *Direitos e Deveres da Mulher*, o artigo 242, consoante alteração [pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919](#), afirmava que mulher não poderia, sem autorização do marido praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher; alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens; alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra; aceitar ou repudiar herança ou legado; aceitar tutela, curatela ou outro múnus público; litigar em juízo civil ou comercial; exercer profissão; contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal; e por fim aceitar mandato.

Apesar de não poder ser livre para exercer profissão, caso viesse a fazer, a mulher teria o direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa, bem como a dispor livremente do produto de seu trabalho.

Apesar das inúmeras restrições, a mulher no Código Civil de 1916 poderia independentemente de autorização, conforme o artigo 248, exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas dos filhos de leito anterior; desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha gravado ou alienado sem sua outorga ou suprimento do juiz; anular as fianças ou doações feitas pelo marido com infração do disposto nos nºs III e IV, do art. 235; reivindicar os bens comuns móveis ou imóveis doados, ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177); promover os

meios assecuratórios e as ações, que contra o marido lhe competirem, em razão do dote, ou de outros bens dela sujeitos à administração marital; e promover os meios assecuratórios e as ações que, em razão do dote ou de outros bens seus sujeitos à administração do marido, contra este lhe competir. No parágrafo único estava preceituado que este direito prevalece, esteja ou não a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimule em venda, ou outro contrato.

Havia ainda o poder de propor a ação anulatória do casamento assim propor a ação de desquite, pedir alimentos, quando lhe couber fazer testamento ou disposições de última vontade.

A mulher competia à direção e a administração do casal, quando o marido estivesse em lugar remoto, ou não sabido; estivesse em cárcere por mais de dois anos; e quando o marido fosse judicialmente declarado interdito. Nestes casos, caberia à mulher administrar os bens comuns, além de dispor dos particulares e alienar os móveis comuns e os do marido, assim como administrar os do marido e alienar os imóveis comuns e os do cônjuge mediante autorização especial do juiz.

Se não houvesse a autorização do marido para as atividades previstas em lei e essa falta não fosse suprida pelo juiz, o ato seria inválido. A nulidade poderia ser alegada pelo outro cônjuge, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

Partindo para uma análise do Código de 1916, podemos observar que tínhamos uma legislação de caráter retrocessivo, uma vez que a mulher solteira era absolutamente capaz, podendo realizar qualquer ato, inclusive trabalhar sem nenhuma autorização. Mas quando contraía matrimônio, se tornava relativamente incapaz, para praticamente todos os atos a serem realizados, necessitando de autorização expressa do marido.

A tese da inferioridade feminina pautava-se na crença, muito difundida à época, de que as mulheres possuíam desenvolvimento mental reduzido, se comparado ao dos homens. Defendiam-se também o papel secundário da mulher nas relações entre os cônjuges, em uma posição evidente do machismo vigente à época. Anos depois, quando parte do código sofreu alteração por conta do Estatuto da Mulher Casada, passou-se a defender a tese que a mulher casada era incapaz apenas por um capricho do legislador, sendo meramente uma questão de lei.

Curioso esse posicionamento, uma vez que vêm precedidos da seguinte indagação: e essas leis eram feitas por quem? Homens. Em uma época onde a mulher não possuía direitos políticos, dificilmente a demanda do âmbito feminino seria atendida. E essa situação só mudou em 1932.

2. A CONQUISTA DO DIREITO AO VOTO FEMININO.

Sufrágio é o poder que se reconhece a certo numero de pessoas de participar direta ou indiretamente em assuntos dos governos e na eleição de representantes, conforme atesta Bonavides (2005, p. 245). Dallari (2010, p. 184) defende que o exercício do direito do voto constitui em um direito político fundamental que implica séria responsabilidade. A conquista do sufrágio universal advém da revolução francesa, e desde então esse ideal fez parte de todo movimento político revolucionário que reivindicasse maiores poderes ao cidadão.

Porém cabe assinalar que o termo *sufrágio universal* caía em contradição, uma vez que o direito ao voto não foi concedido de imediato a todos na sociedade. Houve restrições presentes nas constituições, que impedia certos indivíduos de exercerem sua atividade cidadã e política de votar. Os motivos eram dos mais variados, seja motivados por idade, ordem econômica, deficiência de instrução ou sexo.

A mulher foi impedida de votar no Brasil desde a constituição de 1824. Àquela época, apenas os homens acima de 25 anos e com renda anual mínima comprovada poderiam votar. Mulheres, índios, escravos, soldados e menores de idade foram excluídos do direito constitucional de votar.

Com a proclamação da República, movimentos feministas esperavam ansiosamente por mudanças mais significativas no sufrágio universal. Havia uma esperança que o espírito republicano permitisse o voto às mulheres. Entretanto, a medida mais significativa na matéria eleitoral foi à abolição do voto censitário em 1890. E essa realidade se arrastaria por toda a República Velha (1889-1930), concomitante com um código civil machista e excludente, que contribuíram em peso para a manutenção da mulher subordinada.

Mas as cruzadas feministas não pararam. Com o fim da Primeira Guerra Mundial, e uma ventilação incessante de idéias pelo mundo, as ações feministas

intensificaram suas manifestações, voltadas para conquistas de direitos políticos. Vale destacar a influencia na 19ª emenda à Constituição Americana estabelecendo o direito de voto das mulheres norte-americanas. Barbosa de Araújo (2003, p. 136) conta que em 1919, o senador Justo Chermont apresentou projeto de lei estendendo o direito de voto às mulheres, não conseguindo, porém, sua aprovação entre os companheiros representantes. Como os estados federativos gozavam de autonomia política maior do que com a atual constituição, coube ao Rio Grande do Norte o pioneirismo na conquista do direito de voto feminino, ainda em 1927.

Buonicore (2009) relata que os votos femininos contabilizados na eleição para o Senado no ano de 1927 foram cassados pela Comissão de Poderes do Congresso Nacional, com a justificativa que as mulheres poderiam votar apenas nas eleições para as Câmaras Municipais e Assembléia Legislativa do Rio Grande do Norte, excluindo-se as eleições federais. Movimentos feministas como a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (FBPF) se posicionaram contra essas medidas, demonstrando a força crescente do movimento feminino pelos direitos políticos. Até mesmo Rui Barbosa passara a defender o direito constitucional do voto feminino.

Com o fim do governo de Washington Luís pelas forças revolucionárias de Getúlio Vargas, um novo regime republicano se inicia. O governo provisório propôs em primeiro momento o direito de votar apenas as solteiras e viúvas acima de 21 anos. Mulheres casadas só votariam com o consentimento do marido. Uma revolta se instaurou nos meios feministas, e a medida não saiu do papel. Por fim, após anos de lutas, foi assegurado, em nível nacional, no Código Eleitoral de 1932, que também criou a Justiça Eleitoral em todo país. A paulista Carlota Pereira de Queiróz foi à primeira mulher eleita para um cargo eletivo, ocupando uma cadeira na Câmara dos Deputados. Como parlamentar constituinte, elaborou o primeiro projeto brasileiro sobre a criação de serviços sociais no país. Apesar da Constituição de 1934 confirmar o direito de voto feminino, estabelecido pela Lei Eleitoral de 1932, o constituinte tomou uma decisão infeliz ao tornar voto obrigatório apenas àquelas que exercessem funções remuneradas em cargos públicos. Essa inoportuna postura só foi corrigida com a Carta Magna de 1946, que estabeleceu a obrigatoriedade plena.

Bester (1997, p.13) aponta com maestria que a extensão do voto às mulheres significava e significa, ainda hoje, acesso aos canais de decisão, sejam

executivos ou legislativos, aliado a fundamental possibilidade de serem tratadas questões femininas, de serem legislados assuntos relativos às mulheres, através da ótica das mulheres, sejam referentes ao direito do trabalho, aos direitos sociais, culturais, da personalidade, de família, reprodutivos etc. Logo, para as mulheres, votar e poder eleger seus pares, ou mesmo candidatos homens comprometidos com as causas femininas, constituiu e constitui o direito político por excelência, aquele que lhes permite ter maior força e legitimidade no encaminhamento, justificativa e defesa de projetos atinentes às mulheres (direitos específicos) e à sociedade em geral.

Direitos políticos conquistados faltava a plena capacidade civil para a prática de outros atos civis. Um estatuto de 1962 mudou essa realidade.

3. UM ESTATUTO PARA A MULHER CASADA

O primeiro grande marco legislativo para romper com a supremacia masculina foi o Estatuto da Mulher Casada, de 1962. O estatuto veio somente trinta anos depois da primeira conquista efetiva dos direitos da mulher, qual seja o direito ao voto feminino. Durante esse interregno tivemos movimentos que buscavam livrar a mulher casada da imagem de incapaz, apesar de poder exercer seu papel de cidadã como eleitora.

Uma líder em especial se destacou por dar voz ao pré-projeto que culminariam no Estatuto da Mulher Casada anos depois. Seria Bertha Lutz, feminista de maior destaque no país, líder da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (FBPF) e deputada federal. Como legisladora Bertha apresentou o projeto do Estatuto da Mulher, que propunha a reformulação da legislação brasileira quanto ao trabalho feminino; o projeto chegou a passar em primeira discussão na Câmara, em outubro de 1937. Porém algumas de suas idéias encontraram resistência por parte da deputada federal Carlota Pereira de Queiróz. As duas brigavam constantemente em tribuna quanto à forma de encaminhar propostas específicas para as mulheres. Como deputada, Carlota posicionou-se contrariamente à proposta de Lutz, sobre a criação de um Departamento Nacional da Mulher, sob a alegação que o departamento representaria um ato de discriminação sexual a todas as mulheres brasileiras. Segundo a historiadora Maria Lúcia Mott *apud* Schumacher (2000 p. 134), Carlota acreditava que as mulheres deveriam ser equiparadas aos homens em todos os planos, inclusive o político.

Assim, uma proposta de assistência exclusiva ao público feminino e infantil feria o princípio da equidade que defendia. Uma clara idéia do quanto às idéias machistas estavam impregnadas na mente de algumas mulheres àquela época.

Mas os tempos se tornaram outros. Com o golpe de estado em 1937, Bertha Lutz perde o mandato de deputada federal, afetando a capacidade de mobilização dos movimentos feministas, inclusive da federação pela qual ela liderava. Os direitos femininos conquistados durante a década de 1930 retroagiram. As mulheres perderam o direito ao voto conquistado tão recentemente. A constituição de 1946 retomou boa parte das conquistas já alcançadas nos textos anteriores, mas peca novamente em relação aos interesses da mulher, talvez como reflexo da falta de mobilização dos movimentos feministas após a conquista de alguns direitos, assim como a perda de lideranças destaques no meio, tais como a própria Bertha Lutz, que se afastou gradativamente da liderança do movimento.

Embora a mulher no Brasil tivesse conquistado o direito político ao voto em 1932, a sua condição jurídica de relativamente incapaz significava uma insegurança jurídica. Com o poder de se eleita e eleger candidatos, questionava-se sua posição em situações de capacidade. A título de exemplificação, se uma mulher eleita prefeita de sua cidade necessitasse viajar para o distrito federal em busca de recursos, seria necessário a autorização do marido? E uma mulher eleita deputada, deveria ser considerada igual ao colega homem que ocupasse a mesma posição? Questões como essas permearam a doutrina e o imaginário coletivo por três décadas, até que em meados dos anos 50, uma proposição legislativa mudaria esse paradigma.

Parte do Projeto do Estatuto da Mulher, proposto por Bertha em 1937, ressurgiu no projeto de lei 1.804, de março de 1952, proposto pelo deputado federal Nelson Carneiro visando à área civil no que tange a incapacidade civil da mulher, conforme relata Cunha (2015, p. 26). Em julho daquele corrente ano, foi feita proposta semelhante pelo senador Mozart Lago, versando sobre a mesma área pretendida pelo deputado federal Carneiro. Em 1959, foi solicitado que ambos os projetos tramitassem em conjunto por abordarem a mesma matéria, sendo a lei, portanto, um resultado de ambos os projetos. Duas importantes feministas da época, também membros do Instituto de Advogados Brasileiros - IAB, Ormindia Bastos e Romy Medeiros, foram autoras da proposta de lei do senador, segundo texto extraído da autora Clara de Oliveira Cunha. A autora ainda afirma que “O

contexto internacional era favorável às demandas femininas. Em decorrência dos horrores da Segunda Guerra Mundial, acordos internacionais buscaram assegurar direitos humanos e os direitos das mulheres, então, voltaram a receber atenção. Encontros interamericanos colaboraram para exercer pressão especial sob as legislações nacionais.” (2015, p. 36).

Após quase dez anos de debates, finalmente o Estatuto da Mulher Casada é aprovado, graças ao contexto nacional e internacional já supramencionado. Instituíam-se a igualdade jurídica dos cônjuges, com a mulher passando a ter plena capacidade nas suas ações jurídicas, tornando-se uma parte igualitária na administração da sociedade conjugal. Foi excluída também a necessidade de autorização do marido para o trabalho exterior, ou seja, fora de casa. Porém, como bem Cunha comenta, houve algumas limitações também: *“Ao final da tramitação do Estatuto da Mulher Casada, em 1962, as mulheres conseguem ser retiradas do rol de incapazes, mas ganham outra limitação. A esposa perde o acesso à renda do marido devido à escolha da comunhão de bens parciais, o que representa mais uma barreira econômica, visto que a maioria das mulheres não trabalhava. Sob o trabalho da esposa, o marido continua com a possibilidade legal de proibi-la, embora esse não fosse mais a regra.” (2015, p. 46).*

O motivo da demora para a liberdade jurídica da mulher casada ser sancionada se deve a composição do congresso nacional. No período de tramitação do código civil de 1916, temos um parlamento em sua totalidade masculino e preconceituoso. Com o acesso pleno aos direitos políticos a partir de 1932, mulheres começaram a ser eleitas e a compor o quadro político brasileiro. Com esse avanço, percebemos enfim propostas de cunho igualitário serem debatidas, ocasionando na tramitação e promulgação do Estatuto da Mulher Casada.

Com a conquista dos direitos jurídicos pela mulher casada, restava sua liberdade em dissolver o casamento. Não apenas da mulher, cabe ressaltar, mas do homem também. O passo seguinte veio com a aprovação da lei do divórcio.

4. ENFIM UMA LEI PARA O DIVÓRCIO

O instituto do divórcio adquiriu diferentes contornos ao longo da história do ordenamento jurídico brasileiro. À época do Império, tanto no primeiro como no segundo reinado, a Igreja Católica possuía poderes sobre o casamento, ou seja,

cabia a igreja regulamentar o supracitado instituto. Contudo, seus efeitos eram extensivos, uma vez que alcançava até mesmo aqueles que não pertenciam a essa religião. Com o alvorecer da República, foi legalizado a dissolução da sociedade conjugal, mas o vínculo permaneceria; a essa prática se dava o nome de desquite. Uma vez que os casais se separavam, eles não podiam contrair novo casamento civil.

O instituto da dissolução conjugal estava presente nos artigos 315 a 328 do Código Civil de 1916. O artigo 315, inciso III expressava que a sociedade conjugal termina pelo desquite, amigável ou judicial. No seu parágrafo único, estava estabelecido que o casamento válido só se dissolveria pela morte de um dos cônjuges.

Até 1977, o Brasil era o único país do mundo a adotar, na Constituição, a regra da indissolubilidade do vínculo matrimonial. Essa realidade muda com a promulgação da lei 6.515/1977, conhecida como Lei do Divórcio. De caráter infraconstitucional, a lei passava a tratar dos casos de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, revogando as disposições regulamentares presentes no Código Civil de 1916.

A lei inovou apenas na faculdade de adotar ou não o nome do cônjuge. A partir dessa nossa expressão de lei, podemos observar uma maior liberdade conferida à mulher, em algo tão simples, mas de grande significado. Apesar de trazer sentido apenas na forma da dissolução matrimonial, a mulher divorciada passava a ser vista não com bons olhos, mas com menos preconceito. Porém continuava estigmatizada por um código arcaico. Essa realidade mudou com o advento da Constituição de 1988.

5. A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A atual Constituição Federal, promulgada em 1988, amparou a maior reforma já ocorrida no Direito de Família. A Constituição Brasileira de 1988 é o marco jurídico de uma nova concepção da igualdade entre homens e mulheres, reflexo da transformação social que tomou a sociedade a partir da segunda metade do século XX e ainda não cessou.

A inovação da constituição, diferente das demais anteriores, se dá quando o texto legal consagra a igualdade não apenas no plano de direitos, como no plano de deveres. O artigo 5º preconiza 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, assegurando ainda no seu inciso primeiro que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Outra inovação se dá em matéria de direito a maternidade, com a ampliação de 84 (oitenta e quatro) para 120 (cento e vinte) dias, proibindo a perda do emprego e redução de salário. Essas garantias foram asseguradas também às empregadas domésticas, avulsas e rurais.

Dias (2009, p. 100) comenta que três eixos nortearam uma grande reviravolta nos aspectos jurídicos da família; a já supracitada igualdade de todos perante a lei enfatizando no sentido de direitos e obrigações (inc. I do art. 5º); os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (§ 5º do art. 226); e por fim no preâmbulo da Constituição, a afirmação do direito à igualdade e estabelecimento como objetivo fundamental do Estado de promover o bem de todos, sem preconceito de sexo (inc. IV do art. 2º).

Um grande avanço da Carta Magna foi reconhecer como entidade familiar não só a família constituída pelo casamento, mas também a união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, expressos no artigo 226 da Constituição Federal.

Apesar de ser a Lei Maior da nação, a legislação civil mantinha através do então código civil de 1916 a discriminação da mulher perante a família e a sociedade. Apesar da lei nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, afirmar que o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, havia uma insegurança jurídica por conta de outros dispositivos jurídicos que não retratavam a mulher dessa forma.

Essa situação de desigualdade gerava um mal-estar jurídico entre os tribunais. Canezin expõe que a Constituição Federal de 1988 “baniu” essa situação de desigualdade, “[...] estabelecendo que os direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, e o STF tenha, nesse

interregno, se posicionado frente às desigualdades promulgadas pelo Código Civil editado antes da atual Constituição de 1988. Destarte, pronunciou-se quanto à revogação de toda e qualquer norma infraconstitucional diferenciadora, anterior à Constituição, quando incompatíveis com a Carta Política vigente, declarando que os preceitos constitucionais que impõem a igualdade entre os cônjuges e homens e mulheres em geral, são auto-aplicáveis. Deve-se entender, pois, que mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002, os artigos 233 a 254, que tratavam dos direitos e deveres do marido e da mulher, foram revogados pela Constituição Federal de 1988.” (2007, p. 151).

Há que se afirmar que a Constituição é a norma fundamental e que as demais leis devem estar em sintonia com ela. Contudo, a legislação infraconstitucional civil continuava provocando o judiciário e demais aplicadores do direito, que discordavam com veemência e não aplicava nas relações familiares o que expressamente estava contido no texto constitucional. Esse impasse jurídico se arrastou por uma década e meia, e só foi solucionado com o código civil de 2002.

6. CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com o advento do novo Código Civil, promulgada pela Lei 10.406/2.002, que entrou em vigor em 12 de janeiro de 2003, a igualdade entre homens e mulheres adquiriu um novo prisma. Dessa vez, o legislador preocupou-se do equiparar ambos os sexos, buscando alcançar, assim, a igualdade de direitos há tempos defendida pela Constituição, mas que vinha causando confusão jurídica entre os tribunais, que insistiam em aplicar a legislação infraconstitucional. Com a equiparação do código com a constituição, o impasse já supramencionado no tópico anterior se esvaiu.

O papel *priori* do novo código civil não foi provocar uma revolução com algo novo, mas sim responder os anseios de uma sociedade em constante mudança e evolução. Portanto, a nova legislação civil assumiu com força um papel de regente da matéria infraconstitucional que regulava as relações privadas, com leis maduras o suficiente para durarem o tempo que for necessário, moldando-se conforme as exigências da sociedade brasileira com o frescor do novo milênio.

Já no começo do código percebemos as mudanças quando no inciso I do artigo 5º, a menoridade pode ser cessada pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de

homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos. A atuação da mãe se contrapõe com o antigo código, quando o papel da mãe se reduzia apenas caso o pai estivesse morto, e ainda sim, sua concessão precisaria de autorização judicial.

Quanto ao direito ao nome e aos apelidos de família, o novo código determinou no seu artigo 1.565 que pelo casamento, homem e mulher assumiriam mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. No parágrafo 1.º, há a determinação de qualquer dos nubentes, querendo poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro. Diferente do velho código onde somente a mulher poderia acrescentar aos seus os apelidos do marido, além do qual apenas a cônjuge a mulher assumia a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

No que tange as formas de comando da sociedade conjugal, o artigo 1.567 dispõe que a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. Já no seu parágrafo único, há uma interessante determinação de que caso haja divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses. O artigo 1569 trás que o domicílio do casal será escolhido também por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.

No caso da administração dos bens comuns, o artigo 1.570 expressa que se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta Dias, interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo –lhe a administração dos bens. O artigo 1.651 preconiza que quando um dos cônjuges não puder exercer a administração dos bens que lhe incumbe, segundo o regime de bens, caberá ao outro três opções, dispostas nos incisos do artigo, quais sejam: gerir os bens comuns e os do consorte; alienar os bens móveis comuns; ou alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis do consorte mediante autorização judicial.

Outorga uxória significa outorga conjugal, ou seja, consentimento de ambos os cônjuges. Com o código civil de 2002, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; pleitear, como autor ou réu acerca desses bens ou direitos; prestar fiança ou aval; e fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. No código anterior essa outorga era marital, ou seja, o marido não poderia praticar certos atos (incluindo alguns dos citados acima) sem o consentimento da esposa. Portanto, não há o que se falar em autorização da mulher para a prática de atos jurídicos, mas em autorização recíproca dos cônjuges, com o novo código civil.

No tocante a administração legal dos bens dos filhos, o pai e a mãe, enquanto no exercício do pátrio poder familiar são usufrutuários dos bens dos filhos, além de deterem a administração dos bens dos filhos menores sob a sua autoridade.

Quando falamos em dívidas contraídas pelos cônjuges, o código civil de 2002 estabelece que as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns.

Quanto aos herdeiros necessários, Biceglia e Funes exalta a mudança do novo código ao afirma que *“As novas disposições atinentes aos herdeiros necessários, representaram uma grande conquista para as mulheres, a medida em que, na qualidade de cônjuge, encontravam-se em situação inferior aos descendentes e ascendentes no que diz respeito à herança, restando na maioria das vezes apenas a sua meação.”* (2008, p.86).

A mudança na legislação civil de matéria sucessões representou um grande avanço para mulheres, que se viram pela primeira vez em posição superior aos demais descendentes. A meação continua, mas não em todos os casos, sendo necessário respeitar a forma de regime de bens dos cônjuges.

Houve uma mudança positiva, inovadora e finalmente de cunho igualitário. Os méritos do novo código civil de 2002 são vários, porém nenhuma lei é perfeita. Alguns doutrinadores, como Maria Berenice Dias, afirma que o código continua discriminatório a mulher em determinados trechos, como na parte da tutela, onde se admite que mulheres casadas possam se escusar da tutela. Juristas defendem

sua inconstitucionalidade, por não estender ao homem a mesma possibilidade de escusa.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Houve um interregno de quase 100 anos entre os dois códigos civis, período em que eclodiram mudanças e a sociedade não ficou estável. As transformações sócias do século XX forçaram uma outrora sociedade patriarcal e machista a rever seus conceitos arraigados e mudá-los, conforme a urgência dos novos tempos. O Brasil falhou no acompanhamento das mudanças mundiais, como, a título de exemplificação, na demora em expressar legalmente a igualdade de gênero e o direito ao voto feminino. O vaivém de políticos ao poder representou retrocessos e demora no andamento de projetos que visavam beneficiar a classe feminina. Contudo, a atuação de feministas como Bertha Lutz, Orminda Bastos e Romy Medeiros entre outras, ajudaram a desenrolar o processo legislativo de legalizar maior autonomia a mulher, seja ela solteira ou casada.

Ao observarmos o código civil de 1916, vemos uma legislação conservadora e patriarcal, pois a sociedade brasileira era assim. Não que tenha deixado de ser, mas a carga de preconceito era maior. Cabe ressaltar também um parlamento composto em sua unanimidade por homens, em um período a qual mulheres não possuíam direitos políticos. Ao preceituar a incapacidade da mulher casada, o código civil disse não a sociedade moderna e sim ao passado imperial que ainda assombrava os republicanos. Essa incapacidade gerou confusão quando a mulher ganhou plenos direitos políticos na lei eleitoral de 1932, que revolucionou o direito eleitoral do país ao criar a propriamente dita justiça eleitoral e permitir o sufrágio universal as mulheres.

O passo seguinte para o fim da incapacidade foi à promulgação do Estatuto da Mulher Casada, projeto de vinte anos, que somente positivou-se na legislação brasileira em 1962. Após, a lei do divórcio, que não inovou muito, apenas em alguns aspectos, tais como a adoção do nome do cônjuge.

A Constituição de 1988 inovou, já preceituando no seu preâmbulo a igualdade de gênero. Porém essa igualdade entrava em choque com a legislação infraconstitucional, gerando diversos questionamentos jurisprudenciais e

doutrinários por uma década e meia. O impasse só foi solucionado com a promulgação do código civil de 2002.

A codificação civil de 2002 representou o alvorecer do novo século. As relações privadas evoluíram desde o código civil de 1916. E dentre essas mudanças estavam no trato à mulher e na sua função ante a família. De mulher incapaz, para a posição plena de chefe da família em pé de igualdade com o marido, o papel da mulher evoluiu positivamente nesse último século. Houve grandes avanços, mas ainda há muito que se debater.

9. REFERÊNCIAS

ALVES, Bruna D' Angelo. O novo divórcio no ordenamento jurídico brasileiro. 20 f. de Conclusão de Curso (Graduação)-Curso de Direito, UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC, Juiz de Fora, 2010.

ANDRADE, Tobias de Oliveira. A evolução histórica do divórcio no Brasil. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: . Acesso em ago 2017.

ARAÚJO, Rita de Cássia Barbosa de. O voto de saias: a Constituinte de 1934 e a participação das mulheres na política. Estudos avançados, v. 17, n. 49, p. 133-150, 2003.

BESTER, Gisela Maria. Aspectos históricos da luta sufragista feminina no Brasil. Revista de Ciências Humanas, v. 15, n. 21, p. 11-22, 1997.

BICEGLIA, Tânia Regina; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr. A mulher e a evolução histórica de suas conquistas na legislação civil e constitucional brasileira. Intertem@ s ISSN 1677-1281, v. 5, n. 5, 2008.

BOEL, Vanessa Rezende; AGUSTINI, Cármen. A mulher no discurso jurídico: um passeio pela legislação brasileira. Horizonte Científico, v. 2, n. 2, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUONICORE, Augusto. As mulheres e os direitos políticos no Brasil. NAZARIO, Diva Nolf. Voto feminino & feminismo. São Paulo: Imprensa Oficial, 2009.

BRASIL. [Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.](#) Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, DF, 05 de janeiro de 1916.

BRASIL. Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Decreta o Código Eleitoral. Publicada no Diário Oficial da União, de 26 de fevereiro de 1932.

BRASIL. [Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.](#) Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 de agosto de 1962.

BRASIL. Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 de dezembro de 1977. Retificada em 11 de abril de 1978.

BRASIL. Constituição (1.988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

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

BRASIL. [Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.](#) Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002.

CANEZIN, Claudete Carvalho. A mulher e o casamento: da submissão à emancipação. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 4, n. 1, p. 143-156, 2007.

CUNHA, Clara de Oliveira. Estatuto da mulher casada: a reforma dos direitos civis das mulheres casadas de 1962. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. Saraiva, 2009.

GAZELE, Catarina Cecin. ESTATUTO DA MULHER CASADA: UMA HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO BRASIL. 166 f. Dissertação (Pós-Graduação em História Social das Relações Políticas) - Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil. Editora Saraiva, 2010.

LEMONS, Cleide de Oliveira. CONSTITUIÇÃO, MULHER E CIDADANIA. Senado Federal. 2008.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. cadernos pagu, v. 26, n. 1, p. 405-430, 2006.

MECUM, Vade. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

SALGADO, Gisele Mascarelli. Discussões legislativas do Código Civil de 1916: Uma revisão historiográfica. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10972. Acesso em 26 de ago de 2017.

SCHUMAHER, Maria Aparecida. Dicionário Mulheres do Brasil: de 1500 até a atualidade-biográfico e ilustrado. Zahar, 2000.

O PRINCÍPIO DA TRANSCENDÊNCIA NO ÂMBITO PROCESSUAL TRABALHISTA

ROGÉRIO FAUSTINO DA SILVA JÚNIOR: Graduado em Bacharelado em Direito pela Faculdade Estácio de Macapá.

O Processo em seu desenvolvimento como ramo do Direito e objeto de pesquisa surgiu a partir de um viés Armamentista, quando ainda se confundia com o Direito Material que instrumentalizava. Após esse período amadureceu para o que os teóricos identificaram como a fase científica do Processo, à qual houve um salto desenvolvimentista de todos os seus institutos, mas uma deturpação acerca de sua função, pois se chegou a privilegiar a forma em detrimento da própria substância.

Hodiernamente, calçado no desenvolvimento dos Direitos Fundamentais e na estabilização do ser humano como centro da vida em comunidade, pode-se falar em Neo Processualíssimo (surgida pouco tempo após o aparecimento de uma fase de transição denominada fase Instrumentalista), que é um Processo de resultado, com vocação para a resolução do conflito de forma a possibilitar a pacificação social. Essa nova perspectiva norteia a exegese sobre circunstâncias fáticas objeto de relações processuais, e a solução, inclusive de seus incidentes.

Nesse espeque, a Processualística Laboral, mas não apenas essa espécie, mas todas as realidades Processuais decorrentes da ciência Processual, são marcadas pelo ideário de que o Processo não é um fim em si mesmo. Após um período de predomínio das formas sobre a substância, ocasionado pelo afã dos estudiosos do Processo conforme exposto, essa ciência retomou seu rumo instrumental (o que não a desmerece em nenhum grau, apenas lhe adequa à sua função e razão de existência), e o julgamento meritório voltou a prevalecer sobre questões meramente processuais, que não tem condão de ocasionar prejuízos às partes.

Desta feita, tendo em vista esse panorama, hodiernamente revitalizado, um dos princípios com destaque no desenvolvimento do Processo é o Princípio da Transcendência (não há de se falar em nulidade, se do ato, mesmo que produzido de forma distinta do disposto na Lei, houver

sido atingido o objetivo sem que com isso tenha ocasionado prejuízo à parte ex-adversa. Entenda-se prejuízo, uma desvantagem injusta, e não o acerto de uma circunstância Processual em que uma das partes, na dinâmica do procedimento e em respeito ao suporte racional do instrumento, tenha à luz da “caça” à verdade, sido sucumbente em pretensão, pois é isso que se espera da sequência de atos concatenados de forma lógica para efetivação da Jurisdição), que na Consolidação da Leis Trabalhistas está expressamente posto no Art.794 da CLT.

“Art. 794 - Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes.”

Ante todo o exposto e tudo o mais quanto já se publicou a respeito do tema, sou adepto à doção, de formato mais nítido, do princípio da transcendência, pelo qual apenas ascenderiam aos tribunais superiores questões que transcendessem, por sua importância, ao mero interesse das partes.

A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO DE SEGURO

FELIPE

GUSTAVO

GALESCO: Advogado inscrito na OAB/SP sob nº 258.471; - Graduado pelas Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU; - Pós-graduado em direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP; - Professor do curso de Extensão na matéria de Direito Securitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU em 2012. - Membro da Associação Internacional de Direito de Seguro - AIDA - Cursos na área de Seguros: a) Seguro Responsabilidade Civil. 2007. Unisincor (Sindicato dos corretores de seguros); b) Seguro Transportes e Cargas. 2008. Unisincor (Sindicato dos corretores de seguros); c) Seguro Garantia e Riscos de Engenharia. 2009. Unisincor (Sindicato dos corretores de seguros); - Curso de Direito Securitário. 2009. Escola Superior de Advocacia (ESA/OAB); - Curso de Contrato de seguro e resseguro - Novos Paradigmas. 2010. Fundação Getúlio Vargas - FGV-LAW. - Curso de Habilitação para corretores de seguro. 2010. Fundação Nacional de Seguros - FUNENSEG; - Curso de Direito do Seguro e Resseguro. 2011. Associação dos Advogados de São Paulo - AASP; - Idiomas: português e inglês.

A lei 10.406/02, conhecida como Código Civil, institui em seu artigo 769 que “o segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.”

Em síntese, o Código Civil determina que o segurado deve comunicar sua seguradora todo e qualquer motivo que possa aumentar o risco envolvido na relação securitária e, caso não a informe por má-fé, poderá perder o direito à garantia prevista na apólice.

A questão a ser analisada é, o que seria um incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto?

Para algumas companhias, em caso de seguro de automóvel, por exemplo, as características pessoais do segurado são importantíssimas para aferir o risco e conseqüentemente calcular o prêmio a ser cobrado. Por esse prisma, não é raro observar seguradoras negando o pagamento da indenização securitária para o segurado que se mudou de endereço e não a informou; ou que passou a usar o automóvel para trabalhar e não informou essa mudança para a seguradora; ou mesmo quando o filho do segurado completou 18 anos e passou a usar o veículo sem que isso tenha sido avisado para a companhia.

Entretanto, é importante considerar que algumas seguradoras extrapolam os limites legais e deturpam a regra contida no artigo 769 acima mencionado, exigindo do segurado informações de ordem privada e íntima, e cuja a implicação no agravamento do risco são bastante questionáveis.

Já são notados no mercado de seguro algumas recusas de pagamento por parte das companhias seguradoras com base na alteração da vida conjugal do segurado. Isto significa que, em alguns casos, as seguradoras se recusam a pagar a indenização securitária ao segurado que se divorciou e não a comunicou, invadindo o direito à privacidade e a intimidade, previstos na Constituição Federal (art. 5.º, inciso X).

É neste contexto que se deve considerar a teoria do adimplemento substancial do contrato, já bem fixada nas diversas fontes do direito. Esta teoria estabelece que, em um contrato de prestações continuadas, como é o caso de alguns tipos de contrato de seguro, o inadimplemento deve ser significativo, considerando o valor total da obrigação, para que seja possível a rescisão do pacto.

Neste sentido é o conceito apresentado por Clóvis Couto e Silva para o adimplemento substancial: "Constitui um adimplemento tão próximo ao resultado final que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva)".

Esta teoria tem encontrado respaldo nos tribunais brasileiros, cuja jurisprudência se firma no sentido de que, se houve o cumprimento de 98% do contrato (prêmios pagos, regras contratuais cumpridas), não é razoável que seja rescindido porque o estado marital do segurado foi alterado, por exemplo.

Veja-se o conceito utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, para aplicar a teoria do adimplemento substancial: "Atualmente, o

fundamento para aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito brasileiro é a cláusula geral do art. 187 do Código Civil de 2002, que permite a limitação do exercício de um direito subjetivo pelo seu titular quando se colocar em confronto com o princípio da boa-fé objetiva. Ocorrendo o inadimplemento da obrigação pelo devedor, pode o credor optar por exigir seu cumprimento coercitivo ou pedir a resolução do contrato (artigo 475 do CC). Entretanto, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, e daí a expressão “adimplemento substancial”, limita-se esse direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrarse-ia um exagero, uma iniquidade. Naturalmente, fica preservado o direito de crédito, limitando-se apenas a forma como pode ser exigido pelo credor, que não pode escolher diretamente o modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato. Poderá o credor optar pela exigência do seu crédito (ações de cumprimento da obrigação) ou postular o pagamento de uma indenização (perdas e danos), mas não a extinção do contrato” - (STJ – Recurso Especial n.º 1.200.105 - AM (2010/0111335-0), relator ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgamento 19/06/2012)

No caso específico de pequenas alterações da vida íntima do segurado, a teoria do adimplemento substancial possui aplicação prática importantíssima no que diz respeito à continuidade do contrato.

É possível utilizar a teoria acima para, por exemplo, justificar a continuidade do contrato, pagando-se a diferença do prêmio apurado para casos de mudança da vida pessoal do contratante, quitando eventual saldo que não foi pago antes da ocorrência do sinistro, uma vez que a alteração pessoal impacta em valor relativamente pequeno face a cobertura total.

Assim, a teoria do adimplemento substancial possui uma estreita relação com o princípio da função social dos contratos, pois permite a purgação de um valor de prêmio mesmo após a ocorrência do sinistro para que o segurado não perca toda a cobertura em detrimento de uma mudança de seu cotidiano.

Diante do acima exposto, conclui-se que as normas e regras contratuais sobre extinção ou cancelamento de contratos de seguro devem considerar a teoria do adimplemento substancial, da boa-fé objetiva, bem como da função social do contrato. Resumindo, não é razoável negar ao segurado a possibilidade de pagar os eventuais novos valores apurados, preservando seu contrato, quando o inadimplemento em si não é significativo em relação à cobertura total.

DA REPRESENTAÇÃO LEGAL NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

MARISTELA APARECIDA

DUTRA: Doutoranda em Direito Civil Comparado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC-SP, Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresarias pela Universidade de Franca-UNIFRAN, Pós- Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade de Franca-UNIFRAN, Professora de Direito Civil, Processo Civil e Direito do Consumidor no Centro Universitário do Planalto de Araxá-UNIARAXA, advogada militante na Comarca de Araxá-MG.

RESUMO: O presente artigo cumpre demonstrar os aspectos inerentes à representação legal, advindos do seu conceito, espécies, perquirindo sobre as regras legais relativas, bem como os casos de extinção da representação legal nos negócios jurídicos, através da demonstração do aparato jurisprudencial acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: negócio jurídico, representação legal

SUMÁRIO: Introdução. 1- Conceito. 2- Espécies de representação. 2.1- Representação Legal. 2.2- Representação voluntária. 3- Regras gerais relativas à representação legal e sua jurisprudência correlata. 3.1- A manifestação de vontade do representante. 3.2- Anulabilidade do contrato consigo mesmo ou autocontrato. 3.3- Substabelecimento. 3.4- Obrigatoriedade de provar a condição de representante. 3.5- Anulabilidade dos atos praticados contra o interesse do representado. 3.6- Extinção do poder de representação legal e seus efeitos. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Geralmente é o próprio interessado, com sua vontade, que atua em negócio jurídico. Dentro da autonomia privada, o interessado contrai *pessoalmente* obrigações e, assim, pratica seus atos da vida civil. Contudo, há a possibilidade de outro praticar atos da vida no lugar do interessado, por meio da representação.

Ao contrário do que ocorre no Direito moderno, no Direito Romano não se admitia, em regra, a representação direta – onde o representante age em nome e por conta do representado –, caso em que os efeitos do negócio jurídico recairiam exclusivamente sobre a pessoa do representado (*dominus negotii*). No período clássico, o *ius civile* somente admitia raras exceções a esse princípio. No *ius honorarium*^[i], em hipóteses excepcionais, encontrava-se a admissão generalizada da representação direta. Justiniano também não aboliu a regra, tendo, no entanto, aumentado o número de exceções a ela ^[ii]

Em seus artigos 115 a 120, o Código Civil trata da representação legal e convencional no negócio jurídico, disciplinando inclusive o negócio jurídico consigo mesmo e o concluído pelo representante conflitante com os interesses do representado.

Na representação uma pessoa age em nome de outra ou por outra. A noção fundamental, pois, é a de que o representante atue em nome do representando, no lugar do representado. O representante conclui o negócio não em seu próprio nome, mas com pertencente ao representado. O representante é um substituto do representado.

Naturalmente, neste trabalho sobre o negócio jurídico, não vai ser objeto de estudo sobre os elementos e requisitos de cada categoria, pois isso obrigaria a percorrer quase todo o campo do direito civil, ou, seja, a ênfase será tratar de forma objetiva apenas sobre a representação legal e seu aparato jurisprudencial.

1- CONCEITO

A representação é a relação jurídica pela qual certa pessoa se obriga diretamente perante terceiro, por meio de ato praticado em seu nome por um representante.

Para Arnaldo Rizzardo^[iii]:

Representar significa estar no lugar de alguém, substituir uma pessoa, fazer o papel que lhe incumbia, projetar a sua vontade em uma relação jurídica. Envolve a noção de substituição da manifestação da vontade. Nesta visão, o ato de vontade de alguém que deve figurar na celebração de um

negócio é expressada por uma pessoa distinta da que o celebra.

Adverte Anderson Schreiber^[iv]:

[...] a representação existe independentemente de o representante ter, de fato, o poder de agir em nome do representado. Para ocorrer a representação, basta que um negócio jurídico tenha sido declaradamente celebrado em nome de um terceiro com o fim de que sobre tal pessoa recaiam os seus efeitos. 'Realizar-se ou sair frustrada e inoperante esta intenção ou tendência do negócio, produzirem-se os seus efeitos na órbita deste terceiro, é já uma questão atinente, não ao conceito e portanto à existência da representação, mas à validade ou eficácia'. Portanto, independentemente da efetiva outorga do poder de representar, sempre que alguém vier a atuar em nome de outrem haverá representação.

Segundo Abib Neto^[v], entre nós, "a representação é a relação jurídica, pela qual são conferidos poderes por lei ou mandato, a certa pessoa que se obriga, diretamente com um terceiro, por meio de ato que pratica em nome do representado. Representante convencionado é o que é munido de mandato expresso ou tácito, verbal ou escrito, do representado."

Entretanto, para que esta situação ocorra, é necessário, primeiramente, que o ordenamento jurídico a permita e, em segundo lugar, que os requisitos desse mesmo ordenamento tenham sido cumpridos.

2- ESPÉCIES DE REPRESENTAÇÃO

Há duas espécies de representação: a representação legal e a representação voluntária. A representação legal ocorre quando a lei estabelece, para certas situações, uma representação, o que ocorre nos casos dos incapazes, quer seja através dos representantes legais, quer seja através da curatela e da tutela. Nestes casos, o poder de representação decorre diretamente da lei, que estabelece a extensão do âmbito da representação, os casos em que é necessária, o poder de administrar, e, quais as situações em que se permite dispor dos direitos dos representados.

A representação voluntária é baseada, em regra, no contrato de mandato, cujo instrumento é a procuração. A representação pode ser exercida por representante que pode ser nomeado pelo juiz, pela lei ou por vontade dos contratantes. A representação legal tem os seus requisitos e efeitos regidos pelos artigos 1.634, V, 1.690, 1.747 e os da representação voluntária pelos artigos 653 a 692, todos do Código Civil.

2.1- DA REPRESENTAÇÃO LEGAL

O representante legal é aquele a quem a norma jurídica confere poderes para administrar bens alheios, como o pai, ou mãe, em relação a filho menor (art. 1.690 -CC), quanto o tutor ao pupilo (art. 1.747, I - CC) e curador, no que concerne ao curatelado (art 1.774 - CC). A representação legal presta-se para servir aos interesses do incapaz.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves^[vi] o representante legal é a que decorre da lei, ou seja, aquele que a quem esta confere poderes para administrar bens e interesses alheios, como pais, em relação aos filhos menores, tutores, no que se refere aos tutelados (art. 1.747, I, do CC) e curadores no que concerne aos curatelados (art.1.774, do CC). O representante judicial é aquele nomeado pelo poder judiciário para exercer poderes de representação no processo, como o inventariante, o administrador da falência (art. 21, da Lei 11.101/05).

Segundo Orlando Gomes^[vii]:

A representação legal é instituída em razão de relevante interesse jurídico. Diante da impossibilidade jurídica das pessoas incapazes proverem seus próprios interesses, torna-se necessário atribuir a alguém o poder de curá-los. Quando estabelecida para esse fim, a representação adquire o relevo de verdadeiro *múnus* agindo o representante como se fora titular de um direito de ofício, mas de Direito Privado, no sentido de que exerce uma função ou atividade obrigatória, investido em autêntico e indiscutível poder, na acepção técnica do termo. Contudo, a representação legal, não se circunscreve a essas hipóteses. Ocorre, igualmente, quando não está em jogo a incapacidade dos representados. (...) Atribui-se esse poder de representação de pessoas capazes seja no interesse

do grupo, como a família ou a categoria profissional, seja no interesse de terceiros, como na falência.

Nesses casos, o poder de representação decorre diretamente da lei, que estabelece a extensão do âmbito da representação, os casos em que é necessária, e, o poder de administrar e quais as situações em que se permite dispor dos direitos do representado.

2.2- DA REPRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA

É baseada, em regra, no mandato, cujo instrumento é a procuração. A figura da representação não se confunde com a do mandato. O representante conveniado é o munido de mandato expresso ou tácito, verbal ou escrito, do representante, como o procurador, no contrato de mandato (arts. 115, art. 120, segunda parte e art. 653 a 692 CC).

3- REGRAS GERAIS RELATIVAS À REPRESENTAÇÃO LEGAL E SUA JURISPRUDÊNCIA CORRELATA

Cuida-se o presente artigo demonstrar as principais regras e jurisprudências referentes à representação legal, citando-se em alguns caso a representação voluntária somente à guisa de melhor elucidação do tema.

3.1 A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO REPRESENTANTE

A manifestação de vontade do representante, no limite de seus poderes, vincula o representado, de tal forma que fica aquele fica vinculado às manifestações de vontade exaradas pelo representante, nos limite dos poderes que lhe foram outorgados (art. 116 - CC).

Segundo Fábio Ulhoa Coelho^[viii]:

Os poderes do representante, no caso da representação legal de pessoa absolutamente incapaz, são *absolutos*, no sentido de não existir negócio jurídico que o representado possa fazer sem a interferência de seu representante. O menor de 16 anos e o amental desprovido de discernimento para o comércio jurídico, por exemplo, não podem praticar atos e negócios jurídicos diretamente, em nenhuma hipótese. Sempre será o representante legal o único sujeito em condições de manifestar a vontade do absolutamente incapaz. Já o caso de

representação voluntária, os poderes são *relativos*, porque o representado, em nenhum momento, mesmo no mandato com cláusula “em causa própria”, fica impedido de praticar o ato diretamente.

A manifestação da vontade do representante ao efetivar um negócio em nome do representado, nos limites dos poderes que lhe foram conferidos, produz efeitos jurídicos relativamente ao representado, que adquirirá os direitos dele decorrentes ou assumirá as obrigações que dele advierem.[\[ix\]](#)

Segundo a jurisprudência a falta de representação legal, é únissona ao afirmar que a falta de representação legal nos casos do art.8 do Código de Processo Civil, é tido como nulidade processual absoluta:

Processual Civil. Apelação. Defeito de representação. Ausência de curador legalmente autorizado. Ministério Público. Falta de intervenção. Nulidade do processo. **O art. 8º do CPC estabelece que os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma do Código Civil . O art. 1.767 do CC apregoa, por sua vez, que estão sujeitos à curatela aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil. No caso dos autos, foi informado que a autora é interditada, estando, portanto, incapacitada para todos os atos da vida civil, de modo a apresentar-se como obrigatória a sua representação no feito por curador legalmente autorizado, além da intervenção do Ministério Público, o que, certamente, não se observou. Tal capacidade apresenta-se como pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, relacionando-se à regularidade da representação processual, de modo que, a falta ou o vício de representação do incapaz, caso não suprida, pode acarretar a nulidade do próprio processo (art. 267 , IV , do CPC). Remessa dos autos ao Juízo a quo a fim de ser intimado o advogado do autor para que emende a inicial e supra o defeito de representação, sob pena de extinção do processo. Agravo retido não conhecido por falta de pedido na peça recursal. Atos processuais anulados, a partir da inicial. **Apelação prejudicada. [TRF-5 - Apelação Cível AC 431319 PE 2007.83.00.009351-3](#)Data de publicação: 28/04/2008)****

Para o caso de pessoas jurídicas e outros casos[x], há inclusive a aplicabilidade da teoria da aparência, outorgando poderes para o representante legal:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - PESSOA JURIDICA - CITAÇÃO - EFETIVAÇÃO NA PESSOA DE UM EMPREGADO -TEORIA DA APARÊNCIA - TEMA NÃO CARACTERIZADO NOS AUTOS - RECURSO NÃO PROVIDO. -A citação da pessoa jurídica se dá na pessoa de seu **representante legal**. - Descabe a pretensão de citação da empresa diretamente na pessoa de um empregado ou outro, que não tenha **poderes** para isto, salvo na hipótese de aplicação da teoria da aparência, tema não caracterizado nos autos. (Recurso conhecido e não provido. Processo: Agravo Interno Cv, 1.0024.11.324627-6/002, **Data de Julgamento:** 13/06/2013).

De acordo com este preceito, a existência de circunstâncias objetivas que fundem uma aparência de representação, aliada à condição subjetiva da atuação do representado, justificam a tutela da confiança da contraparte e a eficácia do negócio perante o representado-principal.

Logo, uma vez realizado o negócio pelo representante, os direitos serão adquiridos pelo representado, incorporando-se em seu patrimônio; igualmente os deveres contraídos em nome do representado devem ser por ele cumpridos , e por eles responde o seu acervo patrimonial.

3.2- ANULABILIDADE DO CONTRATO CONSIGO MESMO OU AUTOCONTRATO

Ocorre o chamado contrato consigo mesmo ou autocontrato em duas situações:

- a) as duas partes têm o mesmo representante;
- b) o representante de uma das partes é a outra parte.

Como o contrato, por definição, é um acordo de vontades, não se admite a existência de contrato consigo mesmo, sendo este anulável, salvo se o permitir a lei (ex.: mandato em causa própria art. 685 - CC) ou o representado (art. 117 - CC).

Na observação de MAIRAN GONÇALVES MAIA JÚNIOR:

O legislador brasileiro buscou inspiração nos diplomas italiano e português, optando por admitir abstratamente situação jurídica já consolidada na prática. Todavia, melhor seguiria se, ao admitir a possibilidade da celebração do contrato consigo mesmo, condicionasse sua realização à ausência de conflitos de interesses, à semelhança dos Códigos português e italiano.[\[xi\]](#)

O contrato consigo mesmo ou autocontrato, ocorre quando alguém figure em um contrato como representante do representado e também como a outra parte do contrato, ou seja, figure como representante do outorgante diretamente ou através de interposta pessoa indiretamente, e também figure no contrato de per si como outorgado. Havendo então, duas partes no negócio jurídico, porém um único emitente de vontade que regulará dois interesses contrapostos.

O Código Civil regulou este instituto no art. 117, a saber:

Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar contrato consigo mesmo. Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido substabelecidos.

O contrato consigo mesmo, é vedado em nosso direito nos termos do art.117 do Código Civil, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - CONSTRIÇÃO IMOBILIÁRIA EM AÇÃO EXECUTÓRIA - APESAR DO ESFORÇO DO APELANTE, NÃO RESTOU EFETIVAMENTE COMPROVADA A PROPRIEDADE DA FRAÇÃO IDEAL DO IMÓVEL EM SEU FAVOR - VEDAÇÃO À CELEBRAÇÃO DO CONTRATO CONSIGO MESMO - ART. 117 , CC - PROVA TESTEMUNHAL NÃO CONFIRMOU A VERSÃO DO RECORRENTE - APELO IMPROVIDO - UNÂNIME. I - Na mesma data da feitura do instrumento procuratório suso mencionado. (TJ-SE - APELAÇÃO CÍVEL AC 2005208974 SE Data de publicação: 28/08/2007)

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CAUTELAR - LETRA DE CAMBIO -CONTRATO CONSIGO MESMO. I - E NULA A CLAUSULA CONTRATUAL EM QUE O DEVEDOR AUTORIZA O CREDOR A SACAR, PARA COBRANÇA, LETRA DE CAMBIO REPRESENTATIVA DE QUALQUER QUANTIA EM ATRASO. II - O PRINCÍPIO, ASSIM, CONSUBSTANCIADO NO VERBETE 60, DO STJ E REVIGORADO PELO LEGISLADOR QUE, COM A VIGENCIA DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR, PASSOU A COIBIR CLAUSULAS, CUJA PACTUAÇÃO IMPORTENO CERCEIO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DO CONSUMIDOR. III - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 95625 MG 1996/0030567-6 Data de publicação: 09/06/1997).

O artigo em questão prescreve uma condição para validar o autocontrato, assim, caso o representante venha a efetivar negócio jurídico consigo mesmo no seu interesse ou por conta de outrem anulável será tal ato, exceto se houver permissão legal ou autorização do representado.

3.3- SUBSTABELECIMENTO

A lei cuida da hipótese em que os poderes tenham sido substabelecidos pelo representante a um terceiro, aduzindo no parágrafo único do art. 117 - CC que: “tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em que os poderes houverem sido substabelecidos”.

Importante ressaltar que a lei não permite o substabelecimento dos poderes recebidos na chamada representação legal. Assim, quem detém o poder familiar não pode substabelecer quaisquer poderes que lhe tenham sido conferidos por lei, por ser considerado um múnus intransferível.

Conforme se extrai das jurisprudências abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ACEITAÇÃO EXPRESSA DO COMANDO SENTENCIAL QUE DESTITUIU DO PODER INERENTE AOS GENITORES. PRECLUSÃO LÓGICA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 503 DO CPC . PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA DO PODER FAMILIAR PARA A

AVÓ DAS MENORES. IMPOSSIBILIDADE. MUNUS INTRANSFERÍVEL. VIA INADEQUADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO CONHECIDO. Carece de interesse recursal a litigante que concorda com a decisão, implicando preclusão do direito de recorrer e, por consequência, o não conhecimento do recurso interposto. TJ-SC - Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente APL 262810 SC 2009.026281-0 Data de publicação: 26/01/2010).

Se, em caso de representação voluntária, houve substabelecimento de poderes, o ato praticado pelo substabelecido reputar-se-á como tendo sido celebrado pelo substabelecido, pois não houve transmissão do poder, mas mera outorga do poder de representação.

3.4- OBRIGATORIEDADE DE PROVAR A CONDIÇÃO DE REPRESENTANTE

Como os negócios jurídicos realizados pelo representante são assumidos pelo representado, aquele terá o dever de provar àqueles, com quem vier a tratar em nome do representado, não só a sua qualidade, mas também a extensão dos poderes que lhe foram conferidos.

Neste sentido:

CADERNETA DE POUPANÇA COBRANÇA - ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" - REPRESENTAÇÃO LEGAL - AUSÊNCIA - EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO - ART. 267 IV e VI , § 3º DO CPC - RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO. Ação aforada pelo autor, em nome próprio, visando o recebimento de valor, referente a conta de titularidade de terceiros. Ausência de comprovação de representação legal. Impossibilidade de questionar direito alheio como sendo próprio (art. 6º, CPC). Ilegitimidade ativa" ad causam ". Logo, estando ausentes as condições da ação, bem como os pressupostos para o desenvolvimento regular do processo, de rigor a extinção do processo sem resolução de mérito, com base no art. 267 , IV e VI , § 3º do CPC .(TJ-SP - Apelação APL 990101290464 SP (TJ-SP) .

Segundo dispõe o art. 118 – CC: “o representante é obrigado a provar às pessoas com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederam”.

Assim, sem que o terceiro tenha plena ciência da representação, sua extensão e qualidade seja ela voluntária ou legal, o dito representante responderá perante este terceiro pela prática de atos que excederem os poderes.

3.5- ANULABILIDADE DOS ATOS PRATICADOS CONTRA O INTERESSE DO REPRESENTADO

Nesta hipótese, são levados em conta os atos praticados pelo representante contra o interesse do representado. São atos praticados pelo representante, em nome do representado, objetivamente legais, mas que prejudicam este último.

O legislador teve o cuidado de enfatizar tal resultado jurídico ao prescrever no art. 116, do CC, que “a manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado”.

É possível ao representante, desde que não extrapole o poder de que se acha investido, emitir confissão, vinculando o representado. Será ineficaz a confissão que tiver por objeto algum tema não constante nos poderes conferidos pelo representado (art. 213, do CC).

Segundo o art. 119 – CC: “É anulável o negócio jurídico concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou”.

A hipótese versada pelo art. 119, do CC é o conflito entre o representado e o representante. A lei distingue duas situações para o ato negocial que realiza não obstante o impedimento: a) se a situação conflitiva era do conhecimento da pessoa com que o representante praticou o negócio jurídico, o ato será anulável por iniciativa do representado; b) se o agente que praticou se encontrava de boa-fé, o ato será válido, resolvendo-se a pendência entre as partes da representação segundo os princípios da responsabilidade civil.^[xii]

Neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ATO JUDICIAL - GRAVAME - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - RECORRIBILIDADE - **INCAPAZ** - CONFLITO DE INTERESSES COM **REPRESENTANTE LEGAL** - CURADOR ESPECIAL - JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - COISA JULGADA MATERIAL - **AUSÊNCIA** - MODIFICAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - EFEITO TRANSLATIVO. 1- **O ato judicial que acarreta gravame às partes não pode ser enquadrado como despacho de mero expediente, sendo portanto suscetível à insurgência por meio de recurso.** 2 - **É nulo o processo no qual não foi nomeado curador especial a incapaz, evidenciado notório conflito de interesses entre o menor e seu representante legal.** 3 - **A sentença proferida em procedimento de jurisdição voluntária não possui aptidão para formar coisa julgada material, podendo ser modificada até mesmo de ofício, mormente em se tratando de matérias de ordem pública.** 4 - **As matérias de ordem pública são cognoscíveis em sede de agravo até mesmo de ofício pelo Tribunal, ocorrendo sua devolução através do efeito translativo do recurso. (TJ-MG - 104390504573650011 MG 1.0439.05.045736-5/001(1) Data de publicação: 09/02/2009).**

E, também, neste sentido:

INVENTÁRIO - HERDEIROS MENORES - REPRESENTAÇÃO IRREGULAR - CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS - NULIDADE. Os poderes conferidos a tutores e curadores não lhes dão permissão para alienar bens, nem direitos, sendo nula a escritura pública lavrada para tal finalidade, ainda mais se não comprovada a regularidade da representação dos menores, os quais, ainda que hoje tenham alcançado a maioridade, não puderam aquilatar da lesão a seus direitos e interesses quando da lavratura da referida escritura, não podendo prevalecer a partilha homologada a partir dela, eis que evidentemente ineficaz, com reflexos lesivos aos interesses dos incapazes chamados à sucessão. (Processo: Apelação Cível 1.0456.98.000863-9/001, **Data de Julgamento:**02/02/2006, TJMG).

Estamos, na hipótese, na presença de dois interesses possivelmente antagônicos: de um lado, o interesse do representado, que se almeja proteger, pois a ideia é de que o representante deva atuar na defesa do interesse do representado; de outro, o interesse do terceiro de boa-fé, que contratou com o representante, na persuasão de que este atuava de acordo com as suas instruções.

O Código Civil protege os interesse do terceiro de boa-fé, tornando anulável o negócio apenas se o fato era ou devia ser do conhecimento do terceiro, pois nesta hipótese não existe mais a figura do terceiro de boa-fé.

Neste diapasão, o art. 119 do CC. prevê a causa subjetiva de anulabilidade que é o conflito de interesses entre representante e representado. No entanto, na ignorância do terceiro, prevalecerá o negócio praticado, por prestígio da boa fé, mas o representante responderá perante o representado, ou seus herdeiros, pelos danos que daí provier.

O prazo para se intentar a anulação é de 180 dias, conforme parágrafo único do art. 119, do CC, conforme Maria Helena Diniz [\[xiii\]](#):

E se porventura, o representante em conflito de interesses (p.ex., oriundo de abuso sou de falta de poder) com o representado celebrar negócio com pessoa que devia ter conhecimento do fato, ele poderá ser declarado anulável, dentro do prazo decadencial de 180 dias, contado da conclusão do ato negocial ou da cessação da incapacidade do representado.

Assim se, porventura, o representante concluir o negócio jurídico, havendo conflito de interesses com o representado, com pessoa que devia ter conhecimento desse fato, aquele ato negocial deverá ser declarado anulável.

3.6- EXTINÇÃO DO PODER DE REPRESENTAÇÃO LEGAL E SEUS EFEITOS

A extinção da representação pode se dar pelas seguintes maneiras:

- a) Como consequência do exaurimento de seu conteúdo (já fez o que tinha que se feito: resultante do poder de representação que ele se extinga com o exercício, obtendo-se o ato jurídico que se desejava obter com ele.

- b) Se resulta de seu conteúdo: quando ele se extinguirá quando se realizar a condição resolutória, ou se atinge o termo, salvo se diversamente se dispôs.
- c) Se sobrevém impossibilidade de seu exercício, como por exemplo, se fora para o ato de casamento de A e com B e B se casou com outrem,
- d) Na dúvida, com a incapacidade do investido do poder de representação,
- e) Pela morte de um dos dois (exceto quando o representante não sabe da morte de seu representado), como por exemplo no caso do mandato (1316, II, CC). Para Pontes de Miranda, a representação não se extingue pela morte de quem outorgou, somente com a morte do investido do poder de representação, porque a questão a solução se cingirá, se a morte extingue ou não o negócio jurídico em que se funda.[\[xiv\]](#)
- f) Por revogação por parte do representado, ou renúncia do representante (somente na convencional), sendo que a revogação pública só é eficaz se chega ao conhecimento da pessoa que a contesta.
- g) Quando o menor atinge a maioria (somente na legal).

Quanto à morte do representante legal e extinção da representação, temos as seguintes jurisprudências, uma dando nulidade relativa e outra nulidade absoluta aos casos:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO
AO ART. 134 DO CPC - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO
- SÚMULA Nº 356/STF
- **FALECIMENTO DA REPRESENTANTE LEGAL DO ESPÓLIO**
- PROCESSO NÃO SUSPENSO - NULIDADE RELATIVA -
VALIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS -
FINALIDADE ATINGIDA E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO -
PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. 1 -
Não enseja interposição de Recurso Especial matéria (art.
134 do CPC) não ventilada no v. julgado atacado e sobre
a qual a parte não opôs Embargos Declaratórios, estando
ausente o devido prequestionamento. Aplicação da
Súmula 356/STF. 2 - Precedentes (REsp nº 575.576/PR e
AgRg AG nº 589.999/DF). 3 - O fato do processo relativo

à Ação de Extinção de Condomínio em questão não ter sido suspenso após o **falecimento**, em 24.12.89, da **representante legal** do espólio enseja nulidade relativa. Isto porque a norma prevista no art. 265, I, do CPC objetiva preservar o interesse particular do espólio e, conseqüentemente, dos herdeiros do **falecido**. In casu, o processo ficou paralisado de abril/87 a abril/96, houve a nomeação de novo inventariante, todos os herdeiros participaram do leilão realizado no ano de 1997, inexistindo, assim, qualquer prejuízo aos interessados. Incide, à hipótese, o Princípio da Instrumentalidade das Formas, segundo o qual o ato deve ser mantido mesmo quando praticado de maneira diversa à prevista em lei, desde que atingida a finalidade e inexistente prejuízo. 4 - Precedentes (REsp nºs 203.929/PR e 169.176/DF). 5 - Recurso não conhecido.(STJ - RECURSO ESPECIAL Resp 416251 RJ 2002/0020056-8).

Também:

RECURSO DE APELAÇÃO DE TERCEIRO INTERESSADO. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE TRANSAÇÃO ENTRE O EXEQÜENTE E A EXECUTADA OLARIA SÃO FRANCISCO. MORTE DA REPRESENTANTE LEGAL DA EXECUTADA ANTES DA CELEBRAÇÃO DA TRANSAÇÃO. PEDITÓRIO SUBSCRITO PELO PROCURADOR. EXTINÇÃO DOS PODERES COM O FALECIMENTO DA REPRESENTANTE LEGAL. PRECEDENTE DA COLENDIA CORTE. NULIDADE DA SENTENÇA DECRETADA. **ACÓRDÃO Acordam os Magistrados integrantes da DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, J. S. FAGUNDES CUNHA - Relator, Desembargador GUIDO DÖBELI - Revisor e GIL GUERRA - Vogal, sob a Presidência do Desembargador EDSON VIDAL PINTO, por unanimidade de Votos, em CONHECER e DAR PROVIMENTO ao Recurso de Apelação, para anular a sentença, nos termos do Voto do Relator e de acordo com o que consta na Ata de Julgamento. Curitiba, 05 de novembro**

**de 2008. J. S. FAGUNDES CUNHA RELATOR.
([TJ-PR - Apelação Cível AC 2705719 PR 0270571-9](#)).**

Quanto à eficácia após a extinção do poder de representação, Pontes de Miranda^[xv], adverte:

que a terminação do poder de representação opera-se ipso iure. Não se dizendo que é preciso chegar ao conhecimento de terceiro, ou do outorgado, que foi revogada a outorga, porque a revogação entra no mundo jurídico ao ser suficiente o seu suporte fático, o que depende da recepção pelo destinatário é a eficácia, em duas direções (ao outorgado, ao terceiro, ou terceiros). Exatamente no se determinar quando e a respeito de quem começa a eficácia. (...) A tutela do terceiro supõe que a outorga lhe tenha chegado ao conhecimento e não a revogação.

Conclui o autor que a tutela do terceiro supõe a outorga lhe tenha chegado ao conhecimento e não a revogação. Tratando-se de outorga de poder de representação, que se tenha lançado ao público, a revogação há de ser com a mesma extensão. Se a outorga foi em instrumento público, não há divulgação, e a revogação há de ser com a averbação à escritura de outorga, e, no registro de imóveis, se aí foi registrada. Se a outorga foi em instrumento particular, o outorgante tem que providenciar para que lhe seja devolvido, ou promoverá a publicação da revogação =, o que se pode obter por decisão do juiz, com o edital, à semelhança da citação, sendo que a revogação de outorga irrevogável de poder representação é ineficaz.^[xvi]

CONCLUSÃO

A manifestação da vontade nos atos e negócios jurídicos é requisito próprio de sua existência, validade e eficácia e, neste sentido, tratar da representação legal, como forma de substituição da vontade do representado pela atuação do representante legal, decorrente da idade ou de doença mental, entre cônjuges, poder familiar, e, direitos patrimoniais, constitui tarefa de crucial importância para o ordenamento jurídico.

Assim, a atuação dos representantes legais, para que seja considerada válida e eficaz, para que produza efeitos em relação ao representado, deve respeitar os limites dos poderes conferidos pelo ordenamento jurídico, respeitando-se os interesses do representado, vedando-se a disposição patrimonial e os atos que não lhe tragam qualquer benefício direto ou indireto e mediante uma atuação que corresponda ao dever de conduta imposto pela boa-fé objetiva, sem se descuidar do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do qual decorrem todos os direitos da personalidade, e pelo qual priorizam-se todas as questões de caráter existencial do representado.

NOTAS:

[i] De honores: a magistratura que se formava pela doutrina dos jurisconsultos e jurisprudência dos juízes, mostrando a origem do Direito nos costumes, nas leis, às constituições imperiais, às jurisprudências (DE PLÁCIDO E SILVA, p. 38).

[ii] BONIZZONI, Mirian de Lourdes. ALVES, Kátia Cilene P.G. BITTENCOURT, Marlene A. S. <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/509/507>, acesso em 29/03/14.

[iii] RIZZARDO, Arnaldo. Parte geral do código civil: lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.431.

[iv] SCHREIBER, Anderson. A representação no novo código civil. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.234.

[v] NETO, Abib. Código Civil interpretado e comentado. São Paulo: Letras e Letras, 2003. p. 81.

[vi] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 6ª ed. v. 01. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 298.

[vii] GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil: revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2003, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.339.

[viii] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: parte geral, volume 1, 3 ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p 300.

[ix] SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). Código Civil Comentado. 6 ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.113.

[x] O Código Civil aplica a teoria da aparência no caso de domicílio (art. 33); posse de estado de casado (art. 203 e 206); casamento putativo (art. 221); usucapião (551); pagamento a credor putativo (art. 935); revogação de mandato não comunicada a terceiros (art. 1.318); ignorância da extinção de mandato, por terceiros de boa-fé (art.1321) e validade dos atos praticados por herdeiro aparente (art. 1600).

[xi] MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A representação no negócio jurídico. São Paulo: RT, 2001, p.176.

[xii] AQUINO, Leonardo Gomes de. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6511, acesso em 29/03/14.

[xiii] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva. 2010, 463.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Leonardo Gomes de. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6511, acesso em 29/03/14.

BONIZZONI, Mirian de Lourdes. ALVES, Kátia Cilene P.G. BITTENCOURT, Marlene A. S. <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/509/507>, acesso em 29/03/14.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: parte geral, volume 1, 3 ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva. 2010.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil: revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2003, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 6ª ed. v. 01. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A representação no negócio jurídico. São Paulo: RT, 2001.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2011.

NETO, Abib. Código Civil interpretado e comentado. São Paulo: Letras e Letras, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. Parte geral do código civil: lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHREIBER, Anderson. A representação no novo código civil. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord.). Código Civil Comentado. 6 ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.113.

Sites:

www.planalto.gov.br

<http://www.tjmg.jus.br/portal/jurisprudencia/>

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

<http://www.stj.jus.br/SCON/>

<http://www.stf.jus.br/portal/acordaodecisaoRelevante/listarMinistroAcordaoDecisao.asp>

www.tjrs.jus.br

[xv] MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2011, p.344/349.

[xvi] Cf. op.cit. p.351.352.

DECADÊNCIA MORAL, VIOLÊNCIA SEXUAL

SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL: Faculdade de Direito Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Quando somos provocados a escrever sobre episódios de assédio sexual, estupro e outros tipos de violência contra a mulher, como os que vêm sendo noticiados pela imprensa e amplamente divulgados pelas redes sociais, o maior desafio passa a ser não se deixar trair pela falsa noção de que se trata de uma anomalia pontual que afeta a geração atual. Pretender tratar do problema do mesmo modo que age um cientista em laboratório quando isola um vírus, revela-se tão ingênuo quanto inútil, pois o que nos atinge é sistêmico e se desenvolve como as engrenagens de um relógio.

Logo que um evento vira notícia nos principais jornais, o senso comum impera em todos os cantos, sendo proferido indiscriminadamente por pessoas de diferentes classes sociais. Com relação aos últimos acontecimentos envolvendo funcionários de emissoras de televisão, mais uma vez, por unanimidade, levantou-se a bandeira da educação como a única saída. Essa palavra, embora entoada em coro uníssono, não é traduzida do mesmo modo por seus defensores. Essa dissonância quanto ao seu real significado faz com que andemos em círculo, inviabilizando o entendimento sobre o mal que nos assola.

Educar é inculcar na consciência do indivíduo os valores considerados fundamentais pela sociedade, a fim de que seja possível o convívio de forma harmônica e pacífica. Assim sendo, o rótulo de educado não deve ser atribuído àquele que se limita a uma apresentação impecável quanto a sua vestimenta, ou que fale em baixo tom ou se mantenha ereto perante a mesa com o guardanapo no colo. O que se deve entender como educação transcende consideravelmente a essa perspectiva. Claro que não há como admitir a polidez de um homem que se porte de forma inversa, mas é preciso avançar em uma série de outras características que não conseguiriam ser utilizadas por alguém que pretendesse disfarçar sua natureza embrutecida.

Países como Noruega e Dinamarca, sempre citados como exemplos de regiões de altíssimo grau de desenvolvimento humano, destacam-se em razão de

serem constituídos por cidadãos extremamente atentos ao bem comum, cuja base de tudo é somente poder fazer aquilo que não venha ferir direito alheio. Aliás, há séculos esse ideal já havia sido consagrado pelos revolucionários franceses na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que dispõe sobre como deveria ser entendido o direito de liberdade.

No Brasil, a influência da Era das Revoluções pode ser perfeitamente constatada na Carta Magna, mas não há garantias de que possa ser encontrada fora dela. Infelizmente, em *terra brasilis*, nota-se extrema dificuldade de se promover educação, não apenas pela ausência da forma de pensar daqueles que em nome de seus povos tomaram nos campos de batalha, mas porque sequer sabemos quais seriam os nossos verdadeiros valores. E se a tarefa de formar o indivíduo engloba transmissão de conceitos valorativos, adentramos em um deserto infinito. Por esse motivo, nossos governantes se propõem em edificar escolas em vez de construir o indivíduo.

O primeiro passo a ser dado pelo povo brasileiro nessa longa jornada civilizatória deve ser o de admitir que figuramos entre os povos mais rudes do planeta, embora, por interesses múltiplos, quisessem nos fazer acreditar que nossas maiores virtudes seriam a simpatia e a cordialidade. Uma vez superada essa etapa, chegaremos à conclusão de que a pretensão de ensinar um homem a respeitar uma mulher em um país onde a cultura agoniza, equivale a entregar talheres a um primata. E, como dizia Oswald Spengler, quando a cultura morre, o dinheiro ergue-se como Deus único. No Brasil, valor é somente aquilo que pode fazer parte de uma relação de compra e venda. Todo o resto é invisível ou subjugado.

Somente em um país com grave deficiência em sua formação educacional precisa ter placas no banheiro advertindo para não urinar nas paredes; avisos frequentes pelos autofalantes do metrô para que não viagem com mochilas nas costas, nem sentem no chão; circulares pelos condomínios solicitando que objetos não sejam lançados pela janela, entre outras aberrações que constituem prova incontestável de selvageria. Fato que encerra de uma vez por todas a gravidade da situação na qual vivemos foi a placa que uma vez tive o desprazer de ver pregada em um parede em frente a um local onde havia uma caçamba colocada pela empresa coletora de lixo: “Favor não jogar criança!”. Naquele momento senti saudades do tempo em que o pedido era para não se jogar lixo. Entretanto, hoje voltamos ao

anúncio original, pois aos olhos da sociedade não há mais muita diferença entre uma coisa e a outra.

Para efeito de avaliação sobre o nível cultural de uma nação também deve ser ponderada a legislação penal vigente. No texto embrionário do atual Código Penal havia um título denominado Dos Crimes Contra os Costumes (atual título Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual). Nele, havia uma quantidade exorbitante de delitos, o que já demonstrava a necessidade da intervenção do Direito Penal em fatos que não ocorreriam em regiões onde o respeito mútuo se fizessem presentes. Como se não bastasse, alguns tipos incriminadores traziam em seu texto a expressão “mulher honesta” para indicar o sujeito passivo do crime. Portanto, na ausência de tal qualidade da vítima, o fato seria considerado atípico, enquanto para o homem não havia qualquer distinção nesse aspecto, o que permitia presumir a austeridade masculina em qualquer circunstância. Além disso, na Parte Geral do mesmo diploma legal, havia a previsão de causa de extinção da punibilidade pelo casamento do estupro com a sua vítima. Isso porque, na concepção do legislador, nascido na segunda metade do século XIX, e que redigiu o Código Penal vigente, a preocupação maior não se voltava para a dignidade da vítima, mas sim para a dificuldade que seu pai teria de promover-lhe um casamento tradicional diante da notoriedade do ocorrido. Alguém ainda acha que lei e justiça são a mesma coisa?

Faz tempo em que se discutiu no Supremo Tribunal Federal se a presunção de violência disciplinada no revogado art. 224 do Código Penal teria um caráter absoluto. Por incrível que pareça, houve quem defendesse a tese de que o consentimento para a relação sexual dada por uma menina com idade inferior a catorze anos não poderia ser entendida como estupro, por aplicação do instituto da violência presumida, se, porventura, ela se entregasse costumeiramente à prostituição. Esse posicionamento, ao contrário do que na época muitos imaginaram que entraria para a jurisprudência como um julgado isolado, começou a incidir copiosamente nos tribunais. Tal fato motivou o Congresso Nacional editar a Lei 12.015/2009, que criou a figura do estupro de vulnerável, na qual a idade da vítima passaria ao *status* de elementar, tornando a divergência outrora debatida completamente despicienda. E assim, o legislador conseguiu se redimir dos seus antigos pecados. Alguém ainda acha que jurisprudência e justiça são a mesma coisa?

Apesar da ciência do Direito procurar acompanhar a evolução cultural da sociedade e a dinâmica das relações sociais, nada disso seria preciso para o indivíduo

educado em sua plenitude. Ele aprendeu, desde cedo, a respeitar todas as pessoas, sem qualquer consideração quanto à idade, credo, etnia, origem, nacionalidade, opinião, capacidade financeira, preferência sexual e gênero. Proveniente dessa ou daquela geração, jamais tocaria nas partes íntimas de alguém sem o prévio consentimento, independentemente da tipificação do estupro; não abusaria da sua condição de superior nas relações de trabalho para fins libidinosos, mesmo que não existisse a figura típica do assédio sexual; não proferiria palavras obscenas para quem lhe despertasse desejo sexual, ainda que ausente a previsão da importunação ofensiva ao pudor na Lei de Contravenções Penais. Em suma, quem foi privilegiado pelo acesso à educação, não se intitula machista ou feminista, prefere deixar a classificação de macho e fêmea apenas para o grupo dos animais irracionais. Dignifica-se ao se apresentar como homem ou mulher, não com o intuito de criar divisões de qualquer natureza, mas pela aceitação do desafio oferecido pela vida das duas metades se unirem novamente, na forma romântica descrita por Platão, em O Banquete.

A RELAÇÃO DE TRABALHO E A RELAÇÃO DE EMPREGO E SUAS DIFERENÇAS

**MAGNO RITCHELY BARBOSA
CIPRIANO:** Bacharelado em Direito na Faculdade Maurício de Nassau - Campina Grande.

RESUMO: Ao estudarmos os direitos trabalhistas nos deparamos com as relações de trabalho e as relações de emprego. Tais relações são distintas entre si, e nesse trabalho iremos analisar tais distinções, importantes para o melhor entendimento dessa matéria como também o entendimento da competência da Justiça do Trabalho, sendo a relação de emprego caracterizada por determinados requisitos expressos na legislação específica e a relação de trabalho gênero de várias espécies.

PALAVRAS CHAVE: Relação de trabalhista. Relação de emprego. Direito do trabalho. Justiça do Trabalho.

ABSTRACT: When we study labor rights we are faced with labor relations and employment relations. These relationships are distinct from each other, and in this work we will analyze such distinctions, important for a better understanding of this matter as well as the understanding of the competence of the Labor Court, being the employment relationship characterized by certain requirements expressed in the specific legislation and the employment relationship genus of several species.

KEY WORDS: Work relationship. Employment relationship. Labor Law. work justice

DESENVOLVIMENTO

A relação de trabalho e a relação de emprego são relações do direito trabalhista que possuem grandes distinções do ponto de vista técnico jurídico e prático. Tais distinções são importantes para melhor entendimento do regime jurídico do trabalho.

Antes da edição da Emenda Constitucional (EC) 45/2004, que dá nova redação ao art. 114 da Constituição Brasileira, a Justiça do Trabalho tratava apenas de matéria de relação de emprego. Com a edição da Emenda, a competência da

Justiça do Trabalho passou a se estender a toda relação de trabalho, como podemos observar:

Art. 114 - Compete a Justiça do Trabalho processar e julgar:

- as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

A relação de trabalho é a relação jurídica por meio do qual há uma prestação através de uma obrigação de fazer. É gênero, envolvendo toda e qualquer modalidade de trabalho humano, da qual são espécies a relação de emprego, o trabalho avulso, eventual, autônomo, voluntário, cooperativado, institucional e a relação de trabalho de estágio.

De acordo com a doutrina de Ricardo Resende “a relação de trabalho corresponde a toda e qualquer forma de contratação da energia de trabalho humano que seja admissível frente ao sistema jurídico vigente.”

Por sua vez a relação de emprego, como dito acima, é uma das espécies da relação de trabalho, sendo uma das mais importantes espécies dessa relação. A relação de emprego é a contraprestação do trabalho humano, caracterizado pela subordinação, habitualidade, onerosidade, pessoalidade e prestado por pessoa física.

Tais requisitos característicos estão presentes no Art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), como podemos notar: “*Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.*”

A subordinação está ligado a sujeição do empregador ao seu empregador quanto ao modo da realização do serviço para o qual foi contratado. Ele fica submetido ao poder empregatício, que consiste no poder diretivo, disciplinar, fiscalizatório e regulamentar.

A não eventualidade ou habitualidade diz que o trabalho desempenhado na relação de emprego deve ser habitual, ou seja, deve haver uma previsão de repetição da atividade. Com isso, podemos observar que não há a necessidade que o trabalho seja desempenhado dia após dia, desde que haja a previsão de repetibilidade futura.

A onerosidade diz respeito a contraprestação pecuniária devida pelo empregador ao empregado por seus serviços desempenhados. Um serviço prestado a título gratuito jamais poderia configurar uma relação de emprego, mas sim de trabalho.

No tocante a pessoalidade, as atividades devem ser prestadas unicamente pelo obreiro, tendo em vista que foi contratado por suas habilidades técnicas, não podendo ser substituído por outrem, exceto em caráter esporádico com a anuência do empregador em situações como de férias do empregado, caso de doença, entre outros admissíveis.

Os serviços empregatícios também deverão ser prestados por pessoa física, uma vez que é explorada nessa relação a energia de trabalho humano. A pessoa jurídica em nenhuma hipótese poderá ser considerada empregada.

Por fim temos como característica da relação de emprego a alteridade, observada no art. 2º da CLT. A alteridade vem trazer que o empregado não assume os riscos econômicos alheio ao negócio, uma vez que esse labora por conta alheia e seu empregador assume o risco do negócio.

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Na ausência de qualquer das características explanadas, qual seja subordinação, habitualidade, onerosidade, pessoalidade, pessoa física e alteridade, estaremos não mais diante de uma relação de emprego, mas sim de uma relação de trabalho, sendo essas características essenciais na definição de uma relação empregatícia.

METODOLOGIA

A metodologia usada para o desenvolvimento do presente trabalho se deu por meio da análise bibliográfica da legislação pátria constitucional e celetista, da doutrina vigente e de publicações científicas disponíveis eletronicamente na internet.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista todo o exposto é notório a grande diferença existente entre a relação de trabalho e a relação de emprego, sendo a primeira gênero e a segunda uma de suas espécies que possui características elencadas nos artigos 2º e 3º da CLT. Contudo, mesmo diante das diferenças, os litígios de ambas as relações são de competência da Justiça do Trabalho, graças a nova redação dada pela EC 45/2004 ao art. 114 da Constituição, que amplia a competência da Justiça Obreira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm
(Acesso em 23/09/17).

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm (Acesso em 23/09/17).

RESENDE. Ricardo, Direito do trabalho esquematizado. Ed. 6º - Editora Método.

Da relação de trabalho X Relação de emprego em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11139
(Acesso em 13/09/17).

ACESSO A JUSTIÇA E O DIREITO NEGLIGENCIADO

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro.

O pensamento universal se fixa no direito da pessoa humana, tendo como espinha dorsal os direitos humanos. Podemos citar aqui o mais elevado ditame sobre essa questão. “Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza” (Artigo 8º, 1 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos - São José da Costa Rica).

Por sua vez temos: O acesso à justiça está previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.” Pode ser chamado também de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação.

Morosidade - O público externo, não entende a linguagem jurídica, a ele importa a solução do litígio e a finalização do processo. Ultimamente a cada 100 ações, apenas 34 são solucionadas. Em 2016 o estoque de ações era de 104 milhões, até junho deste ano está próximo de 110 milhões. Dessa forma estima-se que a solução está cada vez mais distante. Técnicos avaliam que os prazos saíram de 4 anos em 2014, cinco anos em 2016 e agora estaria em torno de oito anos.

Bem lembrado Kazuo Watanabe, enfoca o tema com muita propriedade: “A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.”

Em muitos países as causas levam em média três anos para se tornarem exequíveis. Essa delonga eleva consideravelmente as despesas das partes, pressionando os economicamente mais fracos a abandonarem suas causas, ou aceitarem acordos por valores muito inferiores aqueles a que teriam direito. Em razão disto a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, em seu art. 6º, parágrafo 1º, reconhece “que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.”

Leniência - Fernando Pessoa cunhou a frase: “O mundo é para quem nasce para conquistar, e não para quem sonha que pode conquistá-lo, ainda que tenha razão.” Apesar dos avanços na consolidação de um integral acesso à justiça, instrumento essencial à efetivação dos direitos componentes da cidadania plena, muitos empecilhos ainda existem à completa efetividade deste direito social básico.

Esta efetividade somente se daria num contexto em que as partes possuíssem de fato a garantia de que a conclusão final se desse dentro da razoabilidade e sobre tudo de forma ágil. Aquele que procura a justiça, o faz no espírito de ser acolhido dentro daquilo que a lei se propõe e não pela vontade de magistrados.

Esse senão é deveras coativo, além de engessar o judiciário, provoca a mais profunda dor invisível, a do sentimento da desfaçatez para com sua postulação. Torna-se violento, implacável e desumano, a morosidade na solução do conflito, mesmo aqueles de menor porte e responsabilidade. A leniência beneficia mo infrator, premia aquele que posterga.

Solução do litígio - A tutela despendida pela EC 45/04, a bem do prazo razoável para a tramitação do processo, não se pode perder de vista que "prazo razoável" é conceito indeterminado, que depende do caso concreto, ou seja, de sua complexidade, d comportamento dos litigantes, das autoridades, dos serventuários da justiça, da quantidade de processos na Comarca em que tramita, para aferir-se.

Hélio Tornaghi já preconizara sobre a maneira de se harmonizar celeridade e segurança jurídica, "o juiz deve zelar a celeridade do processo, mas sempre cuidando que não se mutilem as garantias, quer de observância do Direito objetivo, quer de respeito aos direitos subjetivos das partes ou de terceiros. O acerto da decisão prima sobre a sua presteza.

É preciso que a ligeireza não se converta em leviandade, que a pressa não acarrete a irreflexão. O juiz deve buscar a rápida solução do litígio, mas tem de evitar o açodamento, o afogadilho, a sofreguidão (...).

A LEGALIDADE DA PENHORA DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

MARIANA CAITANO DA SILVA BARBOSA: Bacharelanda em Direito pela Faculdade Católica de Tocantins - TO.

Karine Alves Gonçalves Mota^[1]

RESUMO: O rito próprio da execução da pensão alimentícia para que busque maior eficácia autoriza a prisão civil do devedor. Ocorre que a coerção feita pelo Estado determinando a prisão nem sempre garante o cumprimento da obrigação alimentar. Se de um lado o devedor se submete a encarceramento por muitas vezes não ter dinheiro para realizar o pagamento, de outro lado o alimentando sofre com o não recebimento da verba necessária ao seu sustento. Com esse pano de fundo se desenvolveu essa pesquisa que teve por objetivo analisar a legalidade do bloqueio e penhora do sado do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS para pagamento de débitos alimentares, em razão da mitigação do rol de hipóteses de levantamento do FGTS existente na legislação, entendendo que o mesmo é apenas exemplificativo.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos. Dignidade da pessoa humana. Penhora. FGTS. Prisão Civil.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. DOS ALIMENTOS NO DIREITO CIVIL; 2. DA AÇÃO DE ALIMENTOS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; 3. DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A legislação brasileira vem buscando diversas formas para tentar solucionar um problema recorrente no âmbito judicial, o inadimplemento da obrigação alimentícia.

Como é sabido ninguém sobrevive sem alimentos, sejam eles naturais ou civis, por conta disso a jurisprudência vem debatendo sobre “novos métodos” a fim de solucionar estes óbices. Diariamente pedidos são interpostos perante o judiciário buscando a tutela de alimentos, visando à garantia da qualidade de vida e da sobrevivência do alimentado.

Com o advento do novo código de processo civil, algumas possibilidades ganharam aplicação mais efetiva, visando elucidar as lides em razão do inadimplemento de a obrigação alimentar. São elas, a possibilidade de protesto judicial, o desconto de até 50% dos vencimentos líquidos do devedor diretamente em folha de pagamento, a prisão civil (referente às três últimas prestações vencidas e às vincendas) e a penhora. Ocorre que estes novos mecanismos, não estão tendo a efetividade que lhe foram previstas.

Assim sendo, uma possibilidade escolhida e que será abordado no presente artigo é a legalidade da penhora do saldo do fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS) do executado por dívida alimentar, como solução alternativa do litígio, haja vista que em algumas situações os tribunais competentes admitem esta possibilidade, se baseando na mitigação dos princípios constitucionais.

1 DOS ALIMENTOS NO DIREITO CIVIL

A palavra alimento tem origem do latim *nutriens*, que significa “aquele que alimenta”.^[2] Para o ordenamento jurídico brasileiro, a expressão alimentos vem adquirindo dimensão cada vez mais abrangente. Engloba tudo que é necessário, para que o indivíduo possa viver com dignidade. “São prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Têm por finalidade fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência”.(GONÇALVES, Carlos Roberto. 2012. p.427).

O alargamento do conceito de alimentos levou a doutrina distinguir alimentos civis e naturais. Naturais, seriam os alimentos indispensáveis para garantir a subsistência, como alimentação, vestuário, saúde, educação, habitação e etc. “Quanto ao conteúdo, os alimentos abrangem, assim, o

indispensável ao sustento, vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação”. (GONÇALVES, Carlos Roberto, 2012. P. 432).

Alimentos civis destinam-se a manter qualidade de vida do credor, de modo a preservar o mesmo padrão e status social do alimentante. Leciona Yussef Cahali,

[...], todavia, se abrangentes de outras necessidades, intelectuais e morais, inclusive recreação do beneficiário, compreendendo assim o *necessarium personae* e fixados segundo a qualidade do alimentando e os deveres da pessoa obrigada, diz-se que são alimentos civis. (CAHALI, Yussef. 2009. p.18).

No âmbito das relações de família, os alimentos comportam classificações segundo diversos critérios. São devidos por vínculos de parentalidade, afinidade e até por dever de solidariedade. A imposição do dever de alimentar busca preservar o direito à vida que é assegurado constitucionalmente, artigo 5º, caput da constituição federal de 1988. “O dever de prestar alimentos, funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou os parentes”. (GONÇALVES, Carlos Roberto, 2012. p. 433).

O doutrinador Paulo Nader, conceitua família, como “uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum. (NADER, Paulo. 2016. p. 40).

A pretensão aos alimentos é de natureza personalíssima, isto é, não pode ser objeto de cessão entre vivos ou de sucessão hereditária. A lei admite, todavia, que o débito de alimentos seja objeto de sucessão, assumindo os herdeiros do devedor o encargo de paga-los, no limite das forças da herança, proporcionalmente as quotas hereditárias.

O direito a alimentos não pode ser transferido a outrem a outrem, na medida em que visa preservar a vida e assegurar a existência do indivíduo que necessita de auxílio para sobreviver. Em decorrência direta de seu caráter

personalíssimo, é direito que não pode ser objeto de cessão nem se sujeita a compensação, a não ser em casos excepcionais em que se reconhece caráter alimentar a pagamentos feitos a favor do alimentando. (DIAS, Maria Berenice. 2010. P 508).

Os alimentos assentam-se tradicionalmente no binômio necessidade/possibilidade. Exige-se a comprovação da necessidade de quem o reclama, não basta ser o titular do direito. No tocante a possibilidade do alimentante, a obrigação deve ser fixada conforme a condição econômica da pessoa a quem se reclama os alimentos, uma vez que o devedor não pode ser privado do necessário para seu sustento. Segundo, Maria Helena Diniz, deve haver uma proporcionalidade na fixação dos alimentos entre as necessidades do alimentado a situação econômica do alimentante, “[...] levando-se em conta que os alimentos são concedidos *ad necessitatem*”. (DINIZ, Maria Helena, 2005. p. 539).

Ante a importância do instituto dos alimentos, identificam-se dois parâmetros distintos de obrigações alimentares dos pais para com os filhos: um decorrente do pátrio poder, materializado na obrigação de sustento da prole enquanto menores; e outro genérico, fora do pátrio poder e vinculada à relação de parentesco em linha reta. Ambos têm na lei sua fonte mediata.

Entre pais e filhos menores, cônjuges e companheiros não existem propriamente obrigação alimentar, mas dever familiar, respectivamente de sustento e de mútua assistência. “A obrigação alimentar também decorre da lei, mas é fundada no parentesco [...] tendo por fundamento o princípio da solidariedade familiar”. (GONÇALVES, Carlos Roberto, 2012. p. 439).

A incumbência de amparar aqueles que não podem prover à própria subsistência é de responsabilidade do Estado, este transfere, as pessoas que pertencem ao mesmo grupo familiar, as quais, por um imperativo da própria natureza, tem o dever moral, convertido em obrigação jurídica, de prestar auxílio aos que, por enfermidade ou por outro motivo justificável, dele necessitem. Silvio Rodrigues esclarece que,

A tendência moderna é a de impor ao Estado o dever de socorro dos necessitados, tarefa que ele se desincumbe,

ou deve desincumbir-se, por meio de sua atividade assistencial. Mas, no intuito de aliviar-se desse encargo, ou na inviabilidade de cumpri-lo, o Estado o transfere, por determinação legal, aos parentes, cônjuges ou companheiro do necessitado, cada vez que aqueles possam atender a tal incumbência. (RODRIGUES, Silvio. 2004. P. 373).

2 DA AÇÃO DE ALIMENTOS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A ação de alimentos prevista na Lei nº 5478/1968, conhecida como lei de alimentos, é o meio processual específico posto a disposição daquele, por vínculo de parentesco ou pelo matrimônio (agora também por união estável), o direito de reclamar em face de outrem o cumprimento do dever de pagar pensão alimentícia. Ocorre que por ser uma lei muito antiga, sofreu diversas alterações ao longo do tempo, em decorrência das legislações posteriores, como o código civil de 2002 e mais recentemente o novo código de processo civil de 2015.

O CPCP/15 trouxe alterações importantes concernentes ao instituto de pensão alimentícia, na busca de consequências mais severas ao devedor de alimentos, com a finalidade de uma maior segurança aos beneficiários da prestação alimentar. O referido código também deixou bem claro sobre a possibilidade de a execução da prestação de alimentos ser promovida com base tanto em título executivo judicial, como em extrajudicial. O cumprimento de sentença para dar satisfação a crédito alimentício encontra-se regulado pelos artigos 528 a 533, e o de verba da mesma natureza constante de título extrajudicial, pelos artigos 911 a 913. Em ambos os casos ocorre execução por quantia certa, com variações procedimentais para atender as peculiaridades do regime de direito material a que se acham sujeitas as obrigações da espécie.

Acerca do rito processual previsto no artigo 528 do Código de Processo Civil, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma,

No tocante às decisões judiciais, essa espécie de execução não necessita estar fundada em sentença civil condenatória, podendo ser aplicada também às decisões interlocutórias que determinem a condenação ao

pagamento de alimentos provisionais ou provisórios ainda que essa distinção terminológica tenha perdido sentido com o Novo CPC, que não prevê mais a ação cautelar de alimentos provisionais (alimentos ad litem). É justamente nesse sentido a previsão do art. 528, caput, do Novo CPC, ao prever a executabilidade de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. 2016. p. 22140).

No que tange a execução de alimentos no procedimento extrajudicial, Humberto Theodoro Junior leciona,

O art. 911 do NCPC institui um procedimento especial para a execução de Alimentos, quando o credor se basear em título executivo extrajudicial (contrato, acordo etc.). É bem verdade que a execução da prestação alimentícia fixada em título extrajudicial poderia ser tratada apenas como uma execução por quantia certa subordinada ao mesmo procedimento das demais dívidas de dinheiro (art.913). Porém, dada a relevância do crédito por alimentos e as particularidades das prestações a ele relativas, o Código permite medidas tendentes a tornar mais efetiva a execução e a atender a certos requisitos da obrigação alimentícia, que vão além das cabíveis na execução comum de quantia certa. (Theodoro Júnior, Humberto. 2016. p.823.)

A Constituição Federal, em seu artigo 5º inciso LXVII, dispõe a respeito da prisão civil do devedor de alimentos no caso de inadimplemento involuntário e imperdoável da verba alimentar. Apesar de estar constitucionalmente prevista, o que acontece na prática é que, muitos devedores de alimentos são presos e, mesmo assim, não efetuam o pagamento da dívida. Nesses casos, por exemplo, a prisão civil acaba por ter um efeito contrário, uma vez que agravará a situação do credor e também do devedor.

No novo código processo civil, consta tipificado no artigo 528, parágrafo 4º, a prisão civil do devedor em regime fechado, com a condição de que serão separados dos presos comuns. “Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo. (...) § 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns”.

Na realidade, antes da previsão do novo código a prisão já era realizada em regime fechado, todavia, o legislador preocupou-se em trazer expressamente o tipo de regime imposto ao devedor de alimentos, para sanar qualquer controvérsia judicial.

Assim como já estabelecia a Súmula 309 do STJ, o Código de Processo Civil de 2015, introduziu o § 7º ao artigo 528, prevendo que a prisão civil não extinguirá o débito, será somente possível nos casos de cobrança das três últimas prestações vencidas: “§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

Ocorre que recentemente, o STJ entendeu que devedor de alimentos não pode ser preso novamente por não pagamento da mesma dívida.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por unanimidade de votos, concedeu ordem de habeas corpus a um devedor de alimentos para afastar prisão relativa a dívida pela qual já havia cumprido a pena de prisão. O caso envolveu ação de cumprimento de sentença relativa a alimentos não pagos pelo paciente à ex-esposa. O alimentante chegou a ser preso por 30 dias por estar impossibilitado de pagar a pensão em parcela única. Após o cumprimento da pena restritiva de liberdade, ele foi solto. A ex-mulher, então, reiterou o pedido de prisão pela mesma dívida, que foi deferido pelo juízo da execução e confirmado pelo Tribunal de Justiça, determinando, ao final, a medida restritiva de liberdade por mais 30 dias. Sentença cumprida.

No STJ, ministro Villas Bôas Cueva, relator, entendeu pela concessão da ordem. O Ministro reconheceu a possibilidade de se prorrogar o pedido de prisão em curso como meio eficaz de coação para a quitação do débito, desde que observado o limite temporal. Todavia, como o ex-marido já havia cumprido o período prisional fixado, a segunda prisão corresponderia a uma sobreposição de pena, um verdadeiro *bis in idem*.^[3] ^[4]

O referido posicionamento do STJ demonstra que apesar das inovações trazidas pelo CPC/15, a satisfação do crédito alimentar não esta ocorrendo de fato.

Outra forma de dar mais efetividade a cobrança de alimentos, é a possibilidade de protesto judicial da decisão em caso de inadimplemento, o qual deixará o devedor com o “nome sujo” na praça. “§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517”.

Consequentemente, a partir das novas regras, o juiz verificando o inadimplemento do devedor, efetuará o protesto, quer dizer, caso o executado no prazo de três dias não efetue o pagamento, e não prove que o efetuou, e ainda assim não apresente justificativa, terá seu nome incluído no banco de dados do SPC e SERASA, gerando o cadastro de inadimplência.

Além do mais, o § 3º do artigo 529, acrescentou a possibilidade de desconto em folha do devedor, no percentual de até 50% de seus vencimentos líquidos. Assim, na prática, o devedor de alimentos, poderá ter além dos 30% permitidos, mais 20% descontado de seu salário até quitar o débito. Conforme mencionado: “Art. 529, § 3º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos”.

O salário líquido, nesse caso, equivale ao que o devedor recebe, descontados apenas, taxas legais e contratuais com o empregador. Isto é, nesse limite de desconto de 50% não se leva em consideração se o devedor outro tipo de crédito.

O valor a ser considerado é o do salário bruto, subtraídos os descontos legais. Nesses casos, até mesmo a conta bancária do devedor pode ser bloqueada.

Embora que a pensão alimentícia tenha sido fixada entre as partes em um trato extrajudicial, por exemplo, por meio de contratos ou mediação, no caso de qualquer descumprimento são válidas as mesmas regras da cobrança judicial. No CPC/73, o antigo código, seria preciso, primeiro, reconhecer judicialmente esse trato, porém agora é desnecessário.

Diante o exposto, verifica-se que com as inovações introduzidas pelo novo CPC revelam a preocupação do legislador em buscar meios de efetivar a satisfação do direito do alimentado, criando mecanismos que façam com que o alimentante tenha verdadeiro receio no caso de ficar devendo a pensão alimentícia e passe a cumprir fielmente a sua obrigação.

Acontece que mesmo com as inúmeras alterações feitas na legislação, continua fatigante a busca pela satisfação da pensão alimentícia. Em razão disso vem surgindo na jurisprudência possibilidade de penhorar os valores do fundo de garantia de tempo de serviço com o objetivo de satisfazer os inadimplementos.

3 DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o popular FGTS, se inseriu no ordenamento jurídico brasileiro, com uma finalidade diferente, da aplicada na atualidade.

A princípio foi idealizado como um regime alternativo à estabilidade no emprego, assegurada pelo art. 157, XII, da Constituição de 1946 e regulada pelos artigos 492 a 500 da CLT. Naquela época o regime foi bastante criticado, pois vários empregadores procuravam sabotá-lo, dispensando o empregado em vias de completar 10 anos de serviço na mesma empresa para, logo após, readmiti-lo.

Por exemplo, quando um empregado chegava a nove anos de trabalho, ele corria o risco de ser dispensado para que a empresa não pagasse a indenização. Sem falar que alguns profissionais, quando alcançavam a estabilidade após dez anos no emprego, poderiam deixar de procurar um emprego com salário mais atraente e até condições um pouco melhores de trabalho, já que miravam a indenização.

Em 1966, em meio a ditadura militar, foi criada a Lei de nº 5107, conhecida como a lei do FGTS, com o objetivo de proteger o trabalhador demitido sem justa causa. E na Constituição de 1967, o inciso XIII do art. 158 previu “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente”.

Com a elaboração da constituição de 1988, o FGTS foi instituído como direito do trabalhador urbano e rural, com fulcro no Art. 7º “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: III - fundo de garantia do tempo de serviço.” CRFB/88.

Atualmente, regido pela Lei nº 8.036/90^[5], que substituiu a revogada lei nº, 5107/1966, e pelo [Decreto nº 99.684, de 8 de novembro de 1990](#), o FGTS é constituído por saldos de contas vinculadas aos trabalhadores e ainda de outros recursos incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros de modo assegurar a cobertura de suas obrigações.

Os recursos arrecadados pelo Fundo se destinam tanto ao trabalhador quanto ao fomento de programas governamentais que visam ao desenvolvimento econômico e social do país, como a implementação de políticas públicas de habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana.

Mauricio Godinho Delgado discorre dizendo que,

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço consiste em recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente. Podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica. Sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo ele rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada. (DELGADO, Mauricio Godinho, 2015, p. 1369).

Terão direito aos depósitos, os trabalhadores regidos pela CLT que firmarem contrato de trabalho a partir de 05/10/1988, bem como os trabalhadores rurais, os temporários, os avulsos, os safreiros, e os atletas profissionais. Antes da data mencionada, a opção do FGTS era facultativa. O diretor não empregado poderá ser equiparado aos demais trabalhadores sujeitos ao regime do FGTS. No ano de

2015, com o advento da lei complementar nº 150, o empregado doméstico, assim como os demais também terá direito ao fundo de garantia por tempo de serviço.

O valor do depósito será o correspondente a 8% (oito por cento) e incidirá sobre salário bruto pago ao trabalhador, com a carteira devidamente assinada, deduzido da remuneração percebida pelo empregado, ou seja, os salários, as diárias que excederem 50 % (cinquenta por cento) do salário e abonos. Recairá também sobre o 13º (décimo terceiro) salário conforme art. 15 da Lei nº 8.036/90, gratificações, comissões, adicionais, licença prêmio, sobre as parcelas *in natura* pagas ao empregado com habitualidade, como habitação, alimentação etc., porém haverá necessidade de se apurar o valor da utilidade.

A jurisprudência do TST firmou-se no sentido de que incide FGTS sobre o aviso-prévio indenizado, pois o referido aviso se incorpora ao tempo de serviço para todos os efeitos (Súmula 305 do TST), tal como as horas extras (Súmula 63 do TST). Os vales transportes e as bolsas de aprendizagem são isentos da dedução da alíquota do FGTS, assim como a indenização paga ao empregado.

Para os contratos de trabalho firmados nos termos da Lei nº 11.180/05^[6], contrato de aprendizagem, o percentual é reduzido para 2%. E por fim no caso de trabalhador doméstico, o recolhimento é correspondente a 11,2%, sendo 8% a título de depósito mensal e 3,2% a título de antecipação do recolhimento rescisório. Importante ressaltar que o valor do FGTS não é descontado do salário, pois o depósito é uma obrigação do empregador.

Os valores pertinentes aos depósitos não recolhidos deverão ser pagos e creditados na conta vinculada do empregado, sendo vedado o pagamento direto ao trabalhador. O art. 18 da Lei na 8.036/90 determina que a empresa deposite na conta vinculada do trabalhador; na rescisão do contrato de trabalho, os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior que ainda não houverem sido recolhidos.

O FGTS deverá ser depositado, obrigatoriamente na conta do empregado em caso de prestação de serviço militar, licença para tratamento de saúde de até quinze dias, licença por acidente de trabalho, licença à gestante, licença-maternidade, sendo que se houver aumento geral na empresa ou na categoria à que pertence o trabalhador a base de cálculo deverá ser revista.

A Lei 8036/90, que regula o FGTS, dispõe que o mesmo, é constituído por saldos das contas vinculadas, e outros recursos a elas incorporados, devendo ser aplicado com atualização monetária e juros, de modo a garantir suas obrigações, e conseqüentemente impenhoráveis (art. 2º, § 2º).

A referida lei, também estabelece as situações para realização do saque do saldo disponível (art 20 da referida lei e art. 35 do decreto 99.684/90), enfatizando demissão sem justa causa como fato motivador do saque amparado em um direito social e na dignidade da pessoa humana que autorizam ao trabalhador dispor do montante em depósito, tal como para o provimento do direito à moradia (incisos V, VI, VII); do direito à saúde (inciso XI), do direito à vida (inciso XIII, XIV); no caso fortuito ou força maior (incisos, II, X) e na necessidade grave (inciso XVI).

Considerando as circunstâncias o legislador, acabou deixando de fora do rol do artigo 20 da lei do FGTS, algumas hipóteses prováveis de enquadramento de direitos fundamentais que mereciam sua inclusão. Tal fato faz com que frequentemente o judiciário esteja analisando inúmeros pedidos viabilizando a penhora dos valores em conta, visando à garantia da obrigação alimentar.

O saque em decorrência do inadimplemento do pagamento de pensão alimentícia, não está disposto no citado rol, mas por se tratar de um direito fundamental, a jurisprudência vem adotando o posicionamento, de que a julgar o caso concreto, o saldo poderá ser penhorado, considerando que as situações descritas no referido artigo não são taxativas, e sim, meramente exemplificativas.

Considera-se exemplificativo, o rol em que as hipóteses tipificadas em lei, não são restritas, onde há possibilidade do julgador enquadrá-la quando entender ser devida.

**RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE EXECUÇÃO
DE DÉBITO ALIMENTAR - PENHORA
DENUMERÁRIO CONSTANTE NO FUNDO DE
GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS) EM
NOME DO TRABALHADOR/ALIMENTANTE -
COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA SEGUNDA
SEÇÃO - VERIFICAÇÃO - HIPÓTESES DE
LEVANTAMENTO DO FGTS -
ROL LEGAL EXEMPLIFICATIVO - PRECEDENTES -**

SUBSISTÊNCIA DO ALIMENTANDO -
LEVANTAMENTO DO FGTS - POSSIBILIDADE -
PRECEDENTES - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I
- A questão jurídica consistente na admissão ou não
de penhora de numerário constante do FGTS para
quitação de débito, no caso, alimentar, por decorrer da
relação jurídica originária afeta à competência desta c.
Turma (obrigação alimentar), deve, de igual forma ser
conhecida e julgada por qualquer dos órgãos
fracionários da Segunda Seção desta a. Corte; II - Da
análise das hipóteses previstas no artigo 20 da Lei n.
8.036 /90, é possível aferir seu caráter exemplificativo,
na medida em que não se afigura razoável
compreender que o rol legal abarque todas as
situações fáticas, com a mesma razão de ser, qual
seja, a proteção do trabalhador e de seus dependentes
em determinadas e urgentes circunstâncias da vida
que demandem maior apoio financeiro; III -
Irretorquível o entendimento de que a prestação dos
alimentos, por envolver a própria subsistência dos
dependentes do trabalhador, deve ser
necessariamente atendida, ainda que, para tanto,
proceder-se-á o levantamento do FGTS do
trabalhador; IV - Recurso Especial provido. ([STJ -
RECURSO ESPECIAL RESP 1204472 RS
2010/0142633-8 \(STJ\)](#)). Publicação em: 07/04/2010)[7]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE
ALIMENTOS. VALORES NA CONTA DO FGTS E
DO [PIS](#) DO EXECUTADO. POSSIBILIDADE DE
PENHORA. INEXISTÊNCIA DE BENS PASSÍVEIS
DE PENHORA.

O rol das hipóteses para movimentação do
FGTS, previsto no art. [20](#) da Lei n.º [8.036/90](#), não é
taxativo, sendo cabível a penhora de saldo existente
para satisfazer débito alimentar, mormente quando o
executado não indica outros bens passíveis de

penhora. Precedentes desta Corte de Justiça e do STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70055807432, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 26/09/2013).[\[8\]](#)

Ressalta-se que o entendimento dos tribunais superiores costuma, se pautar na mitigação em razão dos princípios e direitos fundamentais constitucionais, notadamente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e dos direitos sociais.

Princípios são considerados um conjunto de normas ou padrões de conduta, a serem seguidos por uma pessoa ou instituição. O sistema jurídico brasileiro (assim como os demais sistemas constitucionais contemporâneos) é interpretável, a partir da ideia de sistema hierarquicamente organizado, no qual se tem no topo da hierarquia a constituição da república, “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”. Portanto qualquer exame de norma jurídica infraconstitucional deve iniciar, da norma máxima, daquela que ira iluminar todo o sistema normativo.

O Desembargador e também doutrinador, Rizzato Nunes em sua obra acredita que,

[...] o princípio funciona como vetor para o interprete. O jurista na análise de qualquer problema jurídico, por mais trivial que ele possa ser, deve, preliminarmente, alçar-se ao nível dos grandes princípios, a fim de verificar a direção que eles apontam. Nenhuma interpretação será havida por jurídica se atritar com um principio constitucional. (NUNES, Rizzato. 2009. P. 39).

O texto constitucional brasileiro não apresenta previsão expressa a respeito do principio da proporcionalidade, como fazem as constituições de outras nações. Todavia, isso não impede seu reconhecimento, uma vez

que, ele é imposição natural de qualquer sistema constitucional de garantias fundamentais. “Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre o antagonismo entre direitos fundamentais [...]”. (BONAVIDES, Paulo. 2004. P.425). Isto é, ele se impõe no ordenamento jurídico como instrumento de resolução de conflito entre princípios.

A dignidade é absoluta, plena e não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que coloquem num relativismo. Posto isto, o princípio da dignidade da pessoa humana, é utilizado como o principal meio de interpretação de todos os direitos e garantias conferidos as pessoas. Ele não pode ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas. Preleciona Alexandre de Moraes,

[...] 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. (MORAES, Alexandre. 2003. P.41)

Ainda que a lei do FGTS em seu rol meramente exemplificativo, não tenha previsto o saque no caso de inadimplemento da pensão alimentícia, e até mesmo considere a conta do trabalhador impenhorável, a depender do caso concreto, pode sim o julgador, baseado em princípios constitucionais, determinar tal penhora ou saque, a verificar a necessidade do alimentado.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina tem se acordado no sentido de a penhora do FGTS ser a última oportunidade, quando não se conseguir êxito por meio da prisão civil, penhora de valores em contas pessoais ou até mesmo penhora de bens móveis e imóveis em nome do executado, como se examina a seguir:

CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DECISÃO INDEFERITÓRIADE PENHORA DE SALDO EXISTENTE EM CONTA VINCULADA AO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS). MEDIDA EXTREMA E CONDICIONADA ÀS PECULIARIDADES DO CASO. AUSÊNCIA DE BENS PARA A GARANTIA DO PAGAMENTO DA DÍVIDA ALIMENTAR. PROTEÇÃO AO DIREITO DE SUBSISTÊNCIA DA ALIMENTANDA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA QUE SE SOBREPÕE À PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. RECURSO PROVIDO. A penhora de recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), em regra, não é admitida. Entretanto, no caso de inadimplemento de pensão alimentícia, quando esgotadas as possibilidades de satisfação da dívida, pode ser realizada. Há, nesses casos, mitigação do rol taxativo previsto no art. 20 da Lei n.8.036/90, dada a incidência dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.011774-9, de Lages, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 02-02-2012). [\[9\]](#)

Desse modo, com base nas análises jurisprudenciais, nota-se, que somente será cabível a penhora dos valores referentes ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço do executado quando não houver outros meios para quitar a dívida alimentar, pois o princípio da dignidade da pessoa humana se sobrepõe à preservação do patrimônio e dos valores do FGTS do executado, em razão do exame do princípio da proporcionalidade aplicado ao caso.

Resta frisar que se trata de uma medida extrema, pois ainda não há previsão legal, essa possibilidade alternativa de solução do conflito, fica condicionada à comprovação de que não há outros meios para quitação da dívida alimentícia, pois

o direito do alimentado em decorrência de suas necessidades é vista em primeiro plano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, o ser humano não pode viver sem alimentos, sejam eles naturais ou civis, pensando nisso, o presente artigo, buscou verificar a legalidade da penhora do saldo do fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS) em razão do inadimplemento do devedor de alimentos, buscando evidenciar uma alternativa que já vem sendo utilizada por alguns tribunais, na tentativa de solucionar um problema comum perante o judiciário brasileiro.

O FGTS constitui-se em fundo que pode ser sacado em hipóteses (meramente exemplificativas) previstas em lei, para proveito do trabalhador, e também utilizado pelo governo para valer-se de fomento para programas governamentais que visam ao desenvolvimento econômico e social do país.

Evidenciou-se que a legislação em vigor, o Código de Processo Civil de 2015, inovou trazendo mecanismos a fim de tentar coibir o inadimplemento da pensão alimentícia. Ocorre que na prática, a efetividade não acontece, conseqüentemente, alimentados continuam sendo lesados, em decorrência da falta de cumprimento da obrigação alimentar.

Percebeu-se então que apesar do saldo do FGTS ser impenhorável conforme previsão legal (Lei 8036/90), o direito do alimentado se sobrepõe, baseado da mitigação de princípios constitucionais, sendo eles, o princípio da proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.

Resta salientar que essa nova alternativa não buscar lesar o possuidor do fundo, mas apenas coibi-lo para cumprir com uma obrigação que lhe é devida. Deixando claro que essa penhora só ocorrerá após serem esgotadas todas as alternativas previstas em lei, para a satisfação de o débito alimentar.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Direito de Família. 25ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Direito de Família**. 7ª Edição. Rio de Janeiro:

Editora Forense, 2016.
MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito de Trabalho**. 14ª Edição. São Paulo: Editora LTr, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16.03.2015**. São Paulo: Saraiva, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 8ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria do direito processual civil – volume III**. 47ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009.

NUNES, Rizzatto. **O principio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família: volume 6**. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional / Alexandre de Moraes**. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

Disponível em: <<http://www.fgts.gov.br>>. Acessado: 22 de setembro de 2017.

Disponível em: <[http://www.caixa.gov.br/Downloads/fgts-informacoes-diversas/Biografia do FGTS.pdf](http://www.caixa.gov.br/Downloads/fgts-informacoes-diversas/Biografia_do_FGTS.pdf)>. Acessado: 03 de outubro de 2017.

NOTAS:

[1] Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutoranda em Tecnologia Nuclear IPEN/USP. E-mail: karine.mota@catolica-to.edu.br

[2] Disponível em: <<https://www.dicionarioetimologico.com.br/nutricao/>> .Acessado em: 20/09/2017.

[3] Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Noticias/Devedor-de-alimentos-nao-pode-ser-preso-novamente-por-nao-pagamento-da-mesma-divida>. Acessado: 23 de setembro de 2017.

[4] *O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial.*

[5] Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências.

[7] Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18729937/peticao-de-recurso-especial-resp-1204472/decisao-monocratica-104102848?ref=juris-tabs#>> Acessado: 29 de setembro de 2017.

[8] Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113344825/agravo-de-instrumento-ai-70055807432-rs?ref=juris-tabs>> Acessado: 29 de setembro de 2017.

[9] Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21243969/agravo-de-instrumento-ai-117749-sc-2011011774-9-tjsc>> acessado: 29 de setembro de 2017.

REFLEXÃO SOBRE A LIMITAÇÃO TEMPORAL PARA RECLAMAÇÃO DO VÍCIO OCULTO E REDIBITÓRIO A LUZ DO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E CODIGO CIVIL BRASILEIRO

LILIA MARQUES DE ANDRADE: Graduanda do Curso de Bacharel em Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

MOTA, Karine Alves Gonçalves [\[1\]](#)

RESUMO: O presente trabalho discute a relação intrínseca entre os institutos do vício oculto e redibitório. Percebe-se que o direito brasileiro apresenta dois regimes jurídicos diversos para os vícios do objeto, onde um é aplicável às relações de consumo, no caso os vícios do produto e outro aplicável as relações civis e comerciais, neste os vícios redibitórios. Para tanto, faz-se necessário conhecer as diferentes situações jurídicas que cada instituto apresenta e analisar os prazos reclamatórios constates no Código Civil e Código de Defesa do consumidor para compreensão do seu correto funcionamento. Ressalte-se que a distinção entre vício oculto e vício redibitório tem relevância para a determinação do início da contagem do prazo decadencial para o consumidor exercer o poder de reclamar de vício no produto adquirido ou no serviço prestado.

Palavras-chave: Prazos decadenciais. Vício oculto. Vício redibitório.

ABSTRACT: The present work intends to discuss the intrinsic relation between the institutes of the hidden and redibitory vice. It is perceived that Brazilian law presents two different legal regimes for the vices of the object, where one is applicable to consumer relations, in the case the vices of the product and another one applicable to civil and commercial relations, in this vicious redibitory. In order to do so, it is necessary to know the different legal situations that each institute presents and to analyze the claim periods established in the Civil Code and Consumer Defense Code to understand its correct functioning. It should be emphasized that the distinction between hidden addiction and redibitory addiction is relevant for the determination of the beginning of the counting of the decadential period for the consumer to exercise the power to complain of vice in the product acquired or in the service rendered.

Keywords: Decadential deadlines. Occult addiction. Redibitory addiction.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução histórica da proteção ao consumidor e principiologia no cdc; 2 A relação de consumo e os vícios na sistemática do cdc; 3. Os vícios na sistemática do cc; 4 Da decadência e prescrição do vício oculto no cdc e do vício rebitório no cc; 5 Conclusão;

INTRODUÇÃO

Após a Revolução Industrial com o avanço do comércio e novas modalidades surgiu a preocupação com a tutela dos consumidores, de forma gradativa foi ocorrendo, a partir de meados do século XVIII. Deste então, mudanças profundas ocorreram nos meios de produção utilizados na neste período, provocando enorme modificação de forma direta nos modelos econômicos e sociais de sobrevivência humana existente. Daí surge então a necessidade de tutelar o direito do consumidor. O consumidor dentro da relação de consumo é apontado como o elo vulnerável e o Estado deve ampará-lo para garantir igualdade nas relações.

No Brasil, somente com a Constituição Federal de 1988 é que se incluiu a defesa do consumidor entre os direitos e garantias fundamentais no seu art. 5º, XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei a defesa do consumidor”, garantindo assim sua condição de cláusula pétrea. Com a inclusão na CF, a defesa do consumidor normatizou-se através do cumprimento ao art. 48 da ADCT, promulgando assim, o instituto de defesa do consumidor, a lei nº 8.078 de 11 de agosto de 1990, que consolidou o Código de Defesa do Consumidor, objetivando alcançar toda e qualquer relação de consumo, em qualquer forma em que o direito se encontrar, podendo ser público ou privado. Desta forma, afastar a aplicação da Lei consumerista é negar vigência a uma cláusula pétrea: a defesa do consumidor.

Os vícios de qualidade e quantidade encontram-se previstos no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, enquanto o vício rebitório encontra previsão legal nos art. 441 ao 446 do Código Civil. Quanto se trata de defeitos de fabricação, a própria lei dá um prazo para que o consumidor efetue sua reclamação junto ao fornecedor e exija a reparação do produto defeituoso. Segundo o artigo 26 do CDC, quando se está diante de um vício aparente, o prazo para reclamação é de 30 dias para produtos não duráveis (alimentos, produtos de higiene, dentre outros) e 90 dias para os produtos duráveis (móveis,

eletrodomésticos, automóveis, etc), contados a partir da data da entrega efetiva do produto ao consumidor. Já no caso dos vícios ocultos, os prazos para reclamação serão os mesmo que os acima mencionados, porém, a grande diferença se dará no momento em que estes prazos começam a contar. Diferentemente dos vícios aparentes, nos vícios ocultos a própria Lei estipula que os prazos são contados a partir do momento em que o vício é detectado pelo consumidor. O CDC se preocupou em fazer essa diferença, pois não se espera que um produto novo ou ainda mesmo que já usado por um certo tempo apresente vícios. E para isso, deve o consumidor levar em consideração o tempo médio de vida útil do produto. Já os vício redibitórios, os prazos para ajuizamento das ações edilícias são decadenciais e mudam a depender da natureza do bem e do tipo do vício, assim, tratando-se de vício de fácil constatação o prazo será de 30 (trinta) dias quando bem móvel e 01 (um) ano quando bem imóvel, contados da entrega efetiva da coisa, salientando que se o adquirente já estava na posse da coisa os prazos serão reduzidos pela metade contados da alienação, entretanto, quando se tratar de vício de difícil constatação o prazo será de 180 (cento e oitenta) dias para bens móveis e 01 (um) ano para bem imóvel, nesses casos, os prazos serão contados da descoberta do vício, e não da data da entrega ou alienação. Ressaltando que o artigo [446](#) do [Código Civil](#) afirma que os prazos referentes ao vício redibitório não correm enquanto na constância de cláusula de garantia, mas o adquirente deve nesse prazo comunicar a existência do vício no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de decadência.

Diante do abordado, o objeto de estudo desta pesquisa, é analisar a limitação temporal do vício oculto e redibitório dentro do CDC e do CC, para tanto, serão conceituados a origem da codificação consumerista, abordando sua principiologia, os vícios decorrentes das relações de consumo, bem como os prazos para reclamar. Abordará também os aspectos históricos da codificação civilística, o regime civilístico de proteção contra vícios e defeitos de bens adquiridos, apresentando os requisitos, efeitos e vícios redibitórios.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E

PRINCIPIOLOGIA NO CDC

O código de defesa do consumidor surge com a necessidade de tutelar o consumidor, fazendo nascer às relações de consumo e, desde então, passou-se a observar que as relações havidas entre fornecedor e consumidor eram tomadas de um desequilíbrio que foi acentuado ao longo do tempo.

Na Mesopotâmia antiga pelos ensinamentos de Flávia Lages de Castro (2007, p. 17) é possível notar, a existência do princípio da boa-fé objetiva, ou seja, a preocupação com a reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos provenientes de projetos, fabricação, construção, entretanto com o diferencial da pena capital. Entretanto, somente com a Revolução Industrial houve grande preocupação com a tutela dos consumidores e caberia ao Estado resguardar o consumidor.

Assim, têm-se os primeiros movimentos consumeristas pelo mundo dado à necessidade de expansão de produção e garantir equilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor. E como consequência deste movimento, o ilustre doutrinador Bonatto, (2003, p. 72) destaca que: “(...) as regras de proteção e de defesa do consumidor surgiram, basicamente, da necessidade de obtenção de igualdade entre aqueles que eram naturalmente desiguais”. Assim, o CDC ao ser criado teve o intuito de trazer equilíbrio nas relações de consumo, principalmente para o consumidor, posto que este dado sua vulnerabilidade se torna o elo mais frágil nesta relação.

A defesa do consumidor, no Brasil, teve como marco mais significativo a edição da Lei nº [7.347/85](#), conhecida como [Lei da Ação Civil Pública](#), com vistas à proteção dos interesses difusos da sociedade. Contudo, somente com a Constituição Federal de 1988 é que se incluiu a defesa do consumidor no plano da política constitucional. Sendo consolidado em 11 de agosto de 1990 com a lei nº 8.078. Em decorrência disto, é notória a preocupação do legislador constituinte com as atuais relações de consumo e com a necessidade de tutelar o hipossuficiente. Posto que, compor o rol de direitos que declara a existência de um interesse e garantias fundamentais que serve para assegurar um direito declarado significa ter função valorativa.

O CDC constitui-se como um microsistema pois esta fundamentada em princípios que são próprios e encontra-se ligado aos preceitos constitucionais, ou seja, a legislação que venha a regular as relações de consumo devem se moldurar aos preceitos ali estabelecidos. Não se aceita, portanto, que os direitos e garantias previstos no CDC sejam modificados, por lei posterior, e nem o Código Civil regulará de modo principal as relações de consumo, posto que a lei especial prevalece sobre a geral.

Os princípios e normas do CDC são de ordem pública e de interesse social, criados, e afeiçoados obrigatoriamente às relações por ele reguladas, sendo, ainda, invalidada pela vontade dos contratantes. Pelas palavras do ilustre Bonatto (2003, p.24) “Os princípios seriam como pilares e um edifício, os quais servem como bases de qualquer sistema, atuando, neste mister, como diretrizes orientadoras para a consecução dos objetivos maiores deste mesmo sistema”. Ainda citando Bonatto, (2003, p. 27)

Quando falamos de princípios aplicáveis ao Código de Defesa do Consumidor, tratamos, também, do estabelecimento de regras de hermenêutica fundamentais para o correto entendimento da Lei Protetiva.

Deste modo, será explanado alguns dos princípios mais relevantes e que julgam-se fundamentais a relação consumerista:

A) Isonomia ou igualdade

Segundo os ensinamentos de Luis Roberto Barroso (1999, p. 150):

Os princípios constitucionais são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, são as normas eleitas pelo constituinte como fundamento ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados nas mesmas condições na medida em que se igualam e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica, quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida, pois todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

B) Vulnerabilidade e hipossuficiência

Aplicado nos mais diversos ramos do direito, no [Código de Defesa do Consumidor](#) não poderia ser diferente, a julgar pelas relações de consumo são marcadas por um forte desequilíbrio entre as partes, de forma que se encontra presente a vulnerabilidade do consumidor, sendo esta reconhecida no Art. 4º do CDC que dispõe que:

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios; I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Ora, é justamente com reconhecimento do consumidor como parte vulnerável e pela observação das características e peculiaridades dos consumidores e fornecedores, que se pode chegar em patamar de igualdade entre o consumidor e o fornecedor.

A vulnerabilidade encontra-se presente em todas as relações de consumo, onde em uma parte encontra-se o fornecedor, onde é possível certificar seu caráter técnico, jurídico e econômico, pois possui vantagens com todos esses poderes e seu conhecimento, e de outro o consumidor, parte vulnerável da relação, muitas vezes até hipossuficiente.

Entretanto, embora semelhantes, não se confundem, pois a hipossuficiência relaciona-se exclusivamente no campo processual enquanto a vulnerabilidade nas palavras a ilustríssima Claudia Lima Marques (2008, p. 87) da qual diz que:

Uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

Diante do que fora ilustrado fica claro que todo consumidor é vulnerável mas nem todo consumidor é hipossuficiente. Isto ocorre porque processualmente o consumidor pode ou não possuir meios de obtenção de prova.

C) Transparência e informação

Assegurado no art. 4º do CDC, o princípio da transparência nada mais é que exposição do produto vendido com informações claras e corretas sobre o bem, assegurando o consumidor conhecer antes de adquiri-lo as vantagens e desvantagens, mantendo uma relação de lealdade e respeito entre fornecedor e consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor ainda prevê no seu artigo 6º, III, que os direitos básicos do consumidor são informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva fundamenta esse direito a informação adequada e clara junto aos artigos 31, 37 e 46 do CDC e acrescenta:

O princípio da transparência, essencialmente democrático que é, ao reconhecer que, em uma sociedade, o poder não é só exercido no plano da política, mas também da economia, surge no Código de Defesa do Consumidor, com o fim de regulamentar o poder econômico, exigindo-lhe visibilidade, ao atuar na esfera jurídica do consumidor. (SILVA, 2003).

O desrespeito aos princípios que cercam as relações de consumo no mercado, em informar de forma clara e precisa o consumidor sobre as condições concernente ao negócio, se aparenta contrariamente a lei, posto que fere diretamente o princípio da transparência e o princípio da informação que é assegurado no CDC.

Fundamentando-se neste princípio, o consumidor tornou-se detentor do direito subjetivo de informação e o fornecedor sujeito de um dever de informação. Afirmar que o silêncio do consumidor exprime em aceitação não pode prevalecer, trazendo a nulidade de tal cláusula conforme aduz o art. 51, IV do CDC, "são nulas de pleno direito, entre

outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que, estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”

D) Proteção contra publicidade enganosa ou abusiva

Consagrado no art. 37 do CDC, a publicidade enganosa ou abusiva é proibida e completa no parágrafo 1º que é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Já previu o legislador e quis proteger o consumidor de qualquer informação ou comunicação de caráter publicitário capaz de induzi-lo a erro quanto ao produto ou serviço ofertado. O critério adotado pelo CDC leva em conta apenas a potencialidade lesiva da publicidade, não sendo necessário que de fato o consumido tenha sido enganado. Trata-se de presunção de que os consumidores considerados foram lesados. Destarte, não é necessário que o consumidor chegue às últimas conseqüências e adquira, de fato, o produto ou o serviço com base na publicidade enganosa.

O CDC ainda proíbe a publicidade abusiva assim vemos no art. 37, § 2º algumas modalidades de publicidade abusiva, sendo a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

A publicidade abusiva é aquela que se realiza com fins contrários à ordem pública, ao direito, à ética e à moral. É prejudicial aos interesses dos consumidores e do meio social em que vivem.

Nas palavras de Ana Carenina Pamplona Pinho Ramos (2017) do mesmo modo que vulnerabilidade não é igual à hipossuficiência, a publicidade abusiva equiparada com a publicidade enganosa. Na publicidade abusiva não há necessariamente, uma inverdade e nem

sempre o consumidor é induzido ao cometimento de erro. Ela pode até ser verdadeira, mas seu conteúdo afronta a moral, a ética e os bons costumes. Na publicidade enganosa, por outro lado, o conteúdo do anúncio sempre contém inverdades ou alguma omissão que induza o consumidor ao erro.

Assim, a publicidade enganosa causa prejuízo econômico à todos os consumidores, o que difere da publicidade abusiva, que, apesar de causar algum mal ou constrangimento, não possui, relação com o produto ou serviço.

2. A RELAÇÃO DE CONSUMO E OS VICIOS NA SISTEMÁTICA DO

CDC

O CDC não apresenta uma definição para a relação de consumo, entretanto, relaciona os elementos subjetivos e objetivos que fazem nascer à relação de consumo, desta forma, têm-se o consumidor e o fornecedor como elementos subjetivos e o produto ou o serviço como elementos objetivos.

Para que a relação jurídica seja reconhecida como relação de consumo, faz-se necessário que exista os elementos mencionados acima. A ausência de ao menos um dos requisitos desconfigura a relação jurídica de consumo, afastando-a, portanto, do âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

O CDC traz como conceito de consumidor expresso no art. 2º como toda “pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Contudo, existe uma enorme relação de conceitos ao longo do CDC ao consumidor e que demonstra que não se restringe somente ao contrato. É o que se pode observar por exemplo, no parágrafo único do mesmo art. 2º, em que a coletividade de pessoas, desde que intervenha nas relações de consumo, assemelha-se ao consumidor; adiante, no art. 17, cujo efeito é de tornar consumidoras todas as vítimas do evento, ou seja é, do acidente de consumo e, por fim; por este mesmo caminho, no art. 29, tem-se que também são consumidoras todas as pessoas, determináveis ou não, as quais estejam expostas às práticas comerciais previstas no capítulo V do CDC.

Conforme o conceito já mencionado, não é relevante que a pessoa tenha comprado o produto ou pago pelo serviço, pois até mesmo aqueles que apenas

se utilizam, sem que os tenha adquirido junto ao fornecedor, também são considerados consumidores. Isso porque nem sempre a pessoa que se utiliza do produto ou do serviço foi quem de realmente os adquiriu. De modo que se tem como consumidor tanto aquele que adquire/compra o produto ou serviço para uso próprio como o que apenas se utiliza deles como destinatário final.

O conceito de fornecedor está previsto no art. 3º do CDC, onde aduz que “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

O legislador diferentemente conceito de adotado ao consumidor, garantiu que conceito de fornecedor fosse mais abrangente possível, de tal forma que são fornecedores, todas as pessoas, e até os entes despersonalizados, que favoreçam a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo.

O art. 3º, §§ 1º e 2º do CDC traz como objeto da relação de consumo o produto ou prestação de um serviço, onde o produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial e o serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Sobre o produto, que trata de bem, pode ser classificado como móvel ou imóvel. O conceito de bem móvel é bastante esclarecedor no art. 82 do Código Civil, onde aduz que são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social. Adiante, no art. 83 trata-se dos efeitos legais considerando os bens móveis, as energias que tenham valor econômico; os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Sobre bem imóvel, também vale destacar o disposto no art. 79 e 80 do CC, que diz que são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Assim sendo, consideram-se imóveis para efeitos legais os direitos reais sobre imóveis e as ações que os

asseguram; o direito à sucessão aberta. Ressalte-se aqueles que não perdem o caráter de imóveis conforme aponta art. 81 CC, as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local; Os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

O CDC no art. 18 contempla dois tipos de vícios, os vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Os vícios de qualidade que são aqueles bens que apresentam desconformidade de adequação e os vícios de quantidade, estes por sua vez apresentam desconformidade de peso ou medida que não tenha como consequência diminuir a qualidade do produto ou serviço.

Os vícios de qualidade manifestam-se de diversas formas, dentre as mais comuns temos a qualidade imprópria do produto ou serviço, diminuição do seu valor e a disparidade informativa.

Em tais possibilidades, verifica-se lesão aos direitos dos consumidores, estabelecendo o código, nos artigos 18 a 25, formas de reparação dos danos sofridos. Diante de tais hipóteses, o Código de Defesa do Consumidor teve como objetivo oferecer aos consumidores diversas opções para solucionar os conflitos oriundos dos vícios apresentados nos bens ou serviços.

A responsabilidade pelos vícios do produto ou do serviço prevista pelo CDC é sem culpa, de forma que existe solidariedade entre fornecedores perante os consumidores previsto no art. 19, onde afirma que os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha.

Ficando a cabo do consumidor exigir, o abatimento proporcional do preço (art. 19, I); complementação do peso ou medida ((art. 19, II); a

substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios (art. 19, III); a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (art. 19, IV).

Note-se que a responsabilidade solidária entre os fornecedores descrita no CDC é a mesma sistematizada nos artigos 275 a 285 do Código Civil, sendo que, excetua-se a aplicabilidade do art. 282 do CC, posto que a solidariedade estabelecida no CDC é tão somente para proteção do consumidor, desta forma, torna-se inadmissível sua renúncia.

Assim, o direito do consumidor de ver-se não prejudicado em razão do vício apresentado pelo produto não se exaure na pessoa do vendedor, mas pode ser exercido, conjunta ou isoladamente, em face de quaisquer daqueles que tenham intervindo na relação de fornecimento.

O CDC trata dos casos dos serviços, não contemplados na sistemática dos vícios redibitórios na codificação civil. O art. 20 do CDC dos vícios de qualidade dos serviços, que os tornem impróprios ao consumo ou que lhes diminuam o valor, ou os que se apresentem díspares com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, sendo as soluções apresentadas consistentes na alternativa à escolha do consumidor da reexecução do serviço, sem custo adicional e quando cabível a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos ou o abatimento proporcional do preço.

O legislador cuidou para que os serviços impróprios como os que se mostrem inadequados para os fins que deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regimentares de qualidade não ficassem de fora.

Têm-se portanto, que o CDC não reconhece como vício somente aqueles que são capazes de redução de valor do produto ou serviço ou aqueles em que tornam-se inadequados a que se destina, mas, também, os que são verificados em razão de disparidade com indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária (no caso dos produtos) ou de disparidade com as indicações constantes na oferta ou mensagem publicitária (no caso dos serviços). Isto porque, são fatos que determinam a atividade consumidora, ou seja, são as formas de induzir ao consumo do produto pelo fornecedor, verificando-se como verdadeiros atrativos do público. Para garantir a

preservação das informações corretas e adequadas ao consumidor, que, ao constatar a falsidade do anunciado, constituem-se em vícios do produto ou serviço por expressa disposição legal.

O vício, para os fins de proteção do CDC, não se circunscreve ao vício oculto, para fins de proteção do consumidor, mas, também, protege-lhe quando os vícios do produto ou do serviço são aparentes ou de fácil constatação.

Os vícios aparentes são aqueles que implicam numa análise mais aprofundada, requer do consumidor maior esforço para reconhecê-lo, é necessário ainda que utilize o produto para identificar o defeito. Enquanto os vícios de fácil constatação são aqueles visíveis de plano, de forma imediata, pois é claro e evidente o defeito. E a responsabilidade do fornecedor perante tal situação está prevista no Art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

O vício oculto é aquele que já se fazia presente quando da aquisição do produto ou da conclusão do serviço, mas que somente um tempo depois veio a manifestar-se, desta forma não seria possível detectá-lo no momento da entrega, posto que sua natureza só pôde ser conhecido mais tarde. Não se confunde vício oculto com desgaste natural do produto, pois o vício oculto já estava presente na sua aquisição e se manifestou com o tempo, enquanto o desgaste natural do produto é a deterioração por ocasião da influência do tempo.

Para que seja reconhecido como vício oculto no CDC, é necessário a verificação de três características:

- a) o vício deve ser anterior à venda;
- b) o vício deve ser oculto no momento da venda e
- c) o vício deve afetar o uso normal da coisa.

A primeira das condições acima apontadas indica que o vício deve existir antes da realização da venda. À segunda condição, o vício deveria ser oculto no momento da realização da venda. E por fim o vício deve ser tal que a sua ocorrência tome os produtos impróprios ou inadequados ao uso a que se destinam ou lhe diminuam o valor.

3. OS VÍCIOS NA SISTEMÁTICA DO CC

Com intuito de regular a situação de vícios ou defeitos ocultos de um bem, o Código Civil Brasileiro prevê o instituto da redibição, que é regulamentado pelos art. 441 à 446 e para que o vício redibitório seja reconhecido é necessário que o contrato comutativo e imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor (art. 441); que o adquirente não conhecia o vício ou defeito da coisa anteriormente (art. 443); que o vício ou defeito seja preexistente à tradição e não tenha sido sanado (art. 444); que a manifestação da ação ocorra no prazo legal (art. 445).

A responsabilidade em decorrência de vícios redibitórios é pessoal, não existindo solidariedade com antecessores do negócio. Desta forma somente pode ser exercido o direito de pleitear a redibição do contrato ou o abatimento proporcional do preço em face daquele que vendeu o bem.

O critério adotado pelo CC para a devolução do preço e ressarcimento é objetivo, assim, não se questiona a culpa ou o conhecimento do vício pelo alienante, e não admite como forma de excludente de responsabilidade pelo vício a ignorância do fornecedor, com exceção os casos convencionados entre as partes. Entretanto, o alienante deve arcar não só com a devolução do preço e a indenização pelas despesas decorrentes do contrato, mas também com o pagamento de indenização por perdas e danos se comprovada que conhecia a situação viciada ou defeituosa do bem, conforme previsão legal.

Os conceitos de consumidor apresentados no CDC não pode ser comparado com o sujeito tutelado no CC no que se refere aos vícios redibitórios, posto que a intenção do legislador de 1916 não poderia ser equiparada a do legislador de 1990, dado o contexto social em que se encontravam um e outro.

Como o objeto da relação civil é a coisa, não existe no campo da redibição os denominados "serviços", que, como já se verificou, são espécie que compõe bens de consumo, juntamente com os produtos, desta forma, verificamos que a sistemática civil foi insuficiente para a regularização dos vícios na relação de consumo.

O CC diferentemente do CDC não reconhece e nem atribui responsabilidade pelos vícios aparentes ou de fácil constatação, restringindo-

se apenas aos ocultos, pois se o adquirente conhecesse do vício aparente provavelmente não teria realizado o negócio jurídico ou se o aceitasse, seria discutido outra forma sem onerá-lo.

Para o legislador, o CDC foi criado com intuito de trazer segurança ao consumidor, protegendo-o de abusos por parte dos fornecedores, por isso, considera-se irrelevante que o consumidor tenha ou não conhecimento do vício e tenha ele surgido antes ou depois da tradição do produto, desde que dentro dos prazos decadenciais estabelecidos no CDC.

Enquanto que o CC os vícios devem ser preexistentes ou de existência posterior à entrega da coisa, assim, só é possível duas formas de reparação, sendo a ação redibitória onde o comprado poderá ser restituído integralmente ou pela ação estimatória onde o comprovador obterá a redução pelo produto.

4. DA DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO DO VÍCIO OCULTO NO CDC E DO VÍCIO REBIDITÓRIO NO CC

No CDC prescrição está associada à ocorrência de um fato do produto ou serviço, também denominado acidente de consumo (arts. 12 a 14 do CDC). Enquanto a decadência está vinculada à configuração do vício (qualidade ou quantidade) do produto ou serviço (arts. 18 a 25 do CDC).

Como principal objeto deste estudo, a decadência é o decurso de prazo para que o consumidor exerça um direito de reclamar, impondo fornecedor garantia para que este possa sanar os vícios do produto em razão da responsabilidade pelo vício de inadequação impressa no Código de Defesa do Consumidor.

Antes de tudo, é importante se diferenciar as relações amparadas pelo CC e o CDC, onde as relações jurídicas de direito privado são reguladas pelo CC, que por sua vez configura aos fatos jurídicos, aos bens, aos contratos, às obrigações, etc. Já o CDC trata de forma limitada as relações de consumo estabelecidas pré, durante e pós-contratual.

Diante destes conceitos, é importante sempre que o intérprete da lei, identifique se a relação é jurídica de direito privado ou de consumo, para assim determinar qual o instituto deverá fazer valer.

O prazo inicial para se reclamar do vício oculto está previsto no artigo 26, § 3º do CDC onde aduz que se inicia a contagem do prazo decadencial no exato momento em que ficar evidenciado o defeito. Por se tratar de produtos ou serviços e presume-se que permanecerão em boas condições de uso por tempo razoável, notamos que o CDC ao disciplinar a proteção possui alcance maior do que a prevista no CC.

Podemos observar ainda os motivos que obstam a decadência, sendo estes, a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca; a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

O legislador assim quis contemplar dois prazos distintos: trinta (30) dias para produtos não duráveis e noventa (90) dias para produtos duráveis, garantindo ao consumidor prazo legais para reclamar perante o fornecedor acerca da existência de um vício seja ele de qualidade ou quantidade em seu produto ou serviço. Assim, se o consumidor não reclamar no prazo legal, a consequência é a perda do direito à reparação do dano, que no caso consiste em anomalia intrínseca, representada, em regra, pelo inadequado funcionamento de um produto ou má qualidade de um serviço. Ocorre que a identificação do prazo legal depende do enquadramento do produto ou serviço viciado como não durável ou durável.

Assim, o fornecedor responde pelo vício oculto de produto durável que seja decorrente de fabricação e não do desgaste natural ocasionado pela fruição do produto devendo ser observado como limite temporal para o surgimento do defeito o critério de vida útil do bem. O fornecedor não responderá eternamente pelos produtos em circulação, entretanto, mas sua responsabilidade não se restringe a garantia estipulada por ele, ora não seria coerente que um produto cuja vida útil é de 5 anos e este responda apenas pelo período de garantia unilateral e legal, em respeito aos princípios da boa-fé objetiva, da razoabilidade e da vedação de enriquecimento ilícito sempre deverá ser observado o tempo de vida útil do produto. Conforme entendimento do recurso cível:

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. APARELHO TELEVISOR. VÍCIO OCULTO. AUSÊNCIA DE PEÇA DE REPOSIÇÃO PARA O CONSERTO. DESATENDIMENTO DO

ART. 32 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESCISÃO DO PACTO, COM A DEVOUÇÃO DO VALOR PAGO E CONSEQUENTE RESTITUIÇÃO DO PRODUTO DEFEITUOSO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA RECORRENTE ACOLHIDA. DEMANDA QUE IMPÕE RESPONSABILIZAÇÃO EXCLUSIVA DO FABRICANTE. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME. (Recurso Cível Nº 71002948925, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Julgado em 25/01/2012).

O prazo de decadência não será suspenso nem interrompido. Existe divergência na doutrina acerca de suspensão ou interrupção do prazo decadencial do Código de Defesa do Consumidor. E é adequado mencionar que alguns doutrinadores, como a renomada Cláudia Lima Marques (2003, p. 371), que defende que o efeito da decadência, trazido pelo art. 26, § 2.º do CDC, seria interruptivo, por ser mais benéfico ao consumidor.

A reclamação do consumidor pelos vícios apenas impede a decadência, formando seu direito, para que possa exigir do fornecedor uma solução para o imbróglio gerado vício do produto ou serviço. A partir daí, o intuito do legislador em primeiro momento é que o consumidor procure resolver sua reclamação extrajudicialmente para, posteriormente, caso haja necessidade, faça valer a medida judicial competente.

Como já mencionado, as soluções apresentadas para a verificação dos vícios no CDC são mais abrangentes do que as disposições encontradas no CC, não se restringe a simples redibição do contrato com a devolução do preço pago, ou ao abatimento proporcional do preço e a permanência do bem, mas, além delas, se permite a substituição das partes viciadas do produto e ainda, a substituição do produto por outro de mesma espécie, em perfeitas condições de uso, sendo ainda a escolha consumidor.

Importante mencionar que o CDC não reconhece como vício somente os capazes de diminuição de valor do produto ou serviço ou os que tornem inadequados aos fins, mas, também, os que são verificados em razão de disparidade com indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem ou

mensagem publicitária (no caso dos produtos) ou de disparidade com as indicações constantes na oferta ou mensagem publicitária (no caso dos serviços).

Quanto ao prazo de reclamação pela sistemática civil houve grande evolução em face do código civil de 1916, pois este trazia em 15 dias a partir da tradição da coisa, enquanto o código civil de 2002 traz prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para bens móveis e no máximo 1 (um) ano para bens imóveis, sendo ainda incluído neste conceito de vício redibitório aqueles que por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde. Existem algumas divergências doutrinárias acerca do art. 445 e §1º do CC contido, o entendimento majoritário doutrinário e jurisprudencial é de que o prazo máximo para o ingresso da ação redibitória, quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, é de até 180 dias, a contar da ciência do vício, no caso de bens móveis, e de um ano, para os bens imóveis.

Maria Helena Diniz, traz no [Código Civil](#) Anotado (2003, P. 338) o conceito para o referido dispositivo: “Se o vício da coisa, por sua natureza, apenas puder ser detectado pelo adquirente mais tarde, o prazo decadencial contar-se-á do instante que dele tiver conhecimento, até o prazo máximo de 180 dias em se tratando de bem móvel, e de um ano, se imóvel.”

Nesta mesma linha, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais no AC: 10027120062362001 decidiu caso de esgotamento desse prazo (180 dias contados a partir da ciência do defeito do produto), torna-se imperativa a extinção da ação.

Como já mencionado, existem divergências doutrinárias a respeito do tema e diante dos novos julgados é possível evidenciar que a tese contrária a este entendimento tem aumentado e passa a ser reconhecido como decadencial para ajuizamento da ação redibitória o prazo de 30 dias iniciado com a ciência do vício com limite de 180 dias da tradição da coisa.

Isto porque, o entendimento de que o prazo de 180 dias estabelecido no CC inicia da ciência do vício, gera uma insegurança jurídica, posto que o adquirente teria um prazo eterno para descobrir a existência do vício e, após a descoberta teria mais 180 dias para ingressar com ação redibitória, o que não parece ser razoável.

A 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, nos autos da Apelação Cível nº 2006.01.1.084010-5, acompanhando o voto do eminente Relator Carlos Pires Soares Neto, proferiu decisão, estabelecendo o prazo de 30 dias a partir da ciência do vício, e de 180 dias, a contar da tradição da coisa, para o ajuizamento de ação redibitória.

Por este entendimento e o que parece o mais coerente, no caso de vício oculto em coisa móvel, o adquirente tem o prazo máximo de 180 dias para perceber o vício e, se o notar neste período, tem o prazo de decadência de 30 dias (a partir da verificação do vício) para ajuizar a ação redibitória.

Dando maior destaque a este entendimento e o STJ tem aplicado o enunciado 174 da III Jornada de Direito Civil do CJF "Art. 445. Em se tratando de vício oculto, o adquirente tem os prazos do caput do art. 445 para obter redibição ou abatimento do preço, desde que os vícios se revelem nos prazos estabelecidos no parágrafo primeiro, fluindo, entretanto, a partir do conhecimento do defeito" nas decisões sobre prazo de reclamação sobre vício redibitório. A 4ª turma do STJ por unanimidade negou provimento ao recurso ESPECIAL Nº 1.095.882 - SP (2008/0216999-0) RECURSO ESPECIAL. VÍCIO REDIBITÓRIO. BEM MÓVEL. PRAZO DECADENCIAL. ART. 445 DO CÓDIGO CIVIL. Em decisão, foi aplicado o entendimento do referido enunciado.

5. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, é fácil notar que a sistematização civil dos vícios redibitórios com a sistemática da norma de proteção ao consumidor nos vícios ocultos diverge e ao mesmo tempo amplia em todos os sentidos a regulamentação civil.

É certo que o CDC não revogou as normas do código civil relativas ao vício redibitório, mas deixou à disposição dos consumidores meios mais harmoniosos com a realidade atual ampliando a garantia legal, de modo a proporcionar a efetiva recuperação de dano.

Ainda, conclui-se que o CDC tem como objetivo o atendimento à expectativa de utilização de um bem de consumo dentro do período razoável, desta forma, fica a impossibilidade de aplicação dos critérios estabelecidos no art. 445, § 1º do CC, pois não atenderia as normas protetivas do consumidor,

posto que geraria favorecimento somente ao fornecedor o que feriria o princípio da aplicação da norma mais favorável ao consumidor, em face de sua vulnerabilidade na relação de consumo.

Não restam dúvidas que interpretação ao art. 445, §1º do CC é aquela que estabelece o prazo de 30 dias para o ajuizamento da ação redibitória, contado da ciência do vício oculto, que deverá ser revelado no prazo máximo de 180 dias, a contar da entrega da coisa, para bens móveis, e de um ano, a contar da entrega da coisa, para bens imóveis.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

BONATTO, Cláudio. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**^{3ª} edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**: geral e Brasil. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Diniz, **Maria Helena**. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Vol. 3 - Teoria Das Obrigações Contratuais*. 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

Diniz, **Maria Helena**. Código Civil Anotado. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

FILHO **Pamplona**. **GAGLIANO, Rodolfo**. **STOLZE, Pablo**. *Novo Curso de Direito Civil - Contratos Teoria Geral - Vol. 4*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

GODINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v.2, p. 3-25, abr-jun., 2000.

GONÇALVES, **Carlos Roberto**. *Direito Civil Brasileiro - Vol. 3 - Contratos e Atos Unilaterais - 14ª edição*. São Paulo, Saraiva, 2017.

GUGLINSKI, **Vitor**. Breve histórico do Direito do Consumidor e origens do CDC.

Disponível

em:

<<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc>>. Acesso em: 02 out. 2017.

JUSBRASIL.

Disponível

em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 02 out 2017.

JUNIOR, José Luiz Machado Cafezeiro. A origem do CDC e a necessidade de tutelar o consumidor. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/origem-do-cdc-e-necessidade-de-tutelar-o-consumidor>> Acesso em: 02 out 2017.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: . Acesso em: 18 out. 2017.

MARQUES, Claudia Lima et al. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 4ª Edição . rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES. Cláudia Lima. **Código de Defesa do Consumidor**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2003.

MORAES, Ana Lúcia Penhalbel. **VÍCIOS REDIBITÓRIOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**. Disponível em:<<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revcesumar/article/view/157/521>> Acesso em: 18 out. 2017.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: doutrina e jurisprudência. 2ª Edição. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**: com exercícios – 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2009.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Tratado de Direito do Consumidor**: doutrina, prática forense e legislação. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2010.

Sayeg, Ricardo Hasson. O Contexto Histórico da Defesa do Consumidor em Face do Abuso de Poder Econômico e sua Importância. **Revista de Direito Internacional e Econômico**. Ano II – nº 07 – abr, maio, jun/2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor Anotado e legislação complementar**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que negou provimento ao recurso especial**. Recurso especial. vício redibitório. bem móvel. prazo decadencial. art. 445 do código civil. Relator Ministra Maria Isabel Gallotti. 09 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/07/REsp-1.095.882-SP.pdf>>. Acesso em: 16 outubro. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil - Volume Único. 6ª edição. São Paulo: Elsevier/Método, 2016.*

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão que negou provimento a apelação**. Apelação. Civil. Vício redibitório. Defeito oculto. Prazo decadencial. Inteligência do art. 445 e § 1º do código civil. Relator Ministro Carlos Pires Soares Neto. 12 de abril de 2007. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=64574,49753,3149811&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pg1=20060110840105>>. Acesso em: 16 setembro 2017.

NOTA:

[1] Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutoranda em Tecnologia Nuclear IPEN/USP; orientadora deste artigo de conclusão de curso; karine.mota@catolica-to.edu.br.

EFEITOS DA JUSTIÇA GRATUITA NO PROCESSO DO TRABALHO NO ÂMBITO DA REFORMA TRABALHISTA

ROGÉRIO FAUSTINO DA SILVA JÚNIOR: Graduado em Bacharelado em Direito pela Faculdade Estácio de Macapá.

RESUMO: O presente trabalho pretende estudar o instituto da Justiça Gratuita no direito processual trabalhista, abordando de forma analítica e crítica os efeitos da assistência gratuita para as partes, reclamante e reclamado, no processo. O texto faz uma análise das novas regras atinentes à Justiça Gratuita no âmbito da Reforma Trabalhista. Para tanto, foram utilizados entendimentos dos Tribunais Superiores e doutrinas pertinentes ao assunto. Através de métodos objetivos e de pesquisas bibliográficas visando buscar um melhor entendimento sobre a assistência judiciária no ordenamento Pátrio Jurídico Brasileiro frente à novel Reforma Trabalhista.

Palavras-chave: Processo do Trabalho. Justiça Gratuita. Reforma Trabalhista.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ABRANGÊNCIA DA JUSTIÇA GRATUITA. 2. OS EFEITOS DA CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. 2.1 CONSEQUÊNCIAS DA REVOGAÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. 3. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS, HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E A DISCIPLINA DA LEI N. 13.347/2017 – REFORMA TRABALHISTA. 3.1 REFORMA TRABALHISTA – RETROCESSO OU AVANÇO; 3.2 PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERÍCIAS DA LEI N. 13.347/2017 – REFORMA TRABALHISTA; 3.3 PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA DISCIPLINA DA LEI N. 13.347/2017 – REFORMA TRABALHISTA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 aborda uma variedade de direitos e garantias fundamentais, até mesmo de natureza processual, tendo uma íntima relação com o acesso à justiça conforme art. 5º, XXXV, CRFB/88, o direito a assistência judiciária gratuita, de acordo previsto no art. 5º, LXXIV, segundo o qual “o Estado prestará

assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

Dessa Maneira, as normas infraconstitucionais que tratam do tema devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal de 1988, ou seja, interpretação conforme a Constituição, tendo sempre em vista a necessidade de promover a efetivação de direitos fundamentais, ante a ocorrência do fenômeno denominado “neoconstitucionalismo”.

Ressalta que, é importante destacar que a assistência judiciária gratuita, expressamente prevista no texto constitucional, é gênero, possibilitando no direito da parte de ter um advogado do Estado de forma gratuita, bem como ter o direito de isenção de todas as despesas e taxas processuais, abrangendo, portanto, a ideia de justiça gratuita.

O presente artigo visa analisar os efeitos da Justiça Gratuita no ordenamento pátrio jurídico brasileiro. A metodologia aplicada neste trabalho é de cunho bibliográfico, pois se baseia na pesquisa em livros, periódicos e artigos retirados da internet.

Para propiciar um melhor entendimento, o presente artigo foi dividido em 3 itens. Primeiramente, é importante destacar a abrangência da Justiça Gratuita, abordando o Art.98 do Código de Processo Civil de 2015. Após, será analisado de forma mais abrangente os efeitos da Justiça Gratuita no ordenamento pátrio jurídico brasileiro. Por fim, torna-se essencial apresentar uma exploração referente à responsabilidade do pagamento dos honorários periciais e advocatícios, tendo como base a reforma trabalhista.

1. ABRANGÊNCIA DA JUSTIÇA GRATUITA

Em nome do acesso à Justiça, a lei instituiu benefícios aos que necessitam recorrer ao Estado, mas não têm condições de arcar com os ônus que decorrem do processo. É o que impõe o art. 5º, LXXIV, da CF/1988: “o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Percebe-se que o dispositivo constitucional instituiu dois instrumentos de promoção do acesso à Justiça, que são frequentemente confundidos ou tomados como sinônimos: a assistência judiciária e a gratuidade judiciária, esta também denominada justiça gratuita.

Elpídio Donizetti (2017, p. 335) ressalta que:

[...] Assistência judiciária – em sentido *lato* – é gênero, que compreende também a gratuidade judiciária. Direciona-se ao Estado, que deve, por meio das Defensorias Públicas ou de advogado especialmente nomeado para esse fim, patrocinar as causas daqueles que não podem arcar com os honorários contratuais de um advogado. Já a gratuidade judiciária é benefício que se traduz na suspensão da exigibilidade das custas, despesas processuais e honorárias.

Cumpre mencionar, que, o art. 3º (hoje revogado) da Lei n. 1.060/1950 previa um amplo rol de despesas processuais que estavam abrangidas na ideia de gratuidade. Atualmente, trata do tema o art. 98, § 1º, CPC/2015, segundo o qual a justiça gratuita se refere, especificamente, as despesas processuais:

- 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.

Registre-se, entretanto, como será mais bem analisado adiante, que concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (art. 98, § 2º, CPC/15).

Cumprindo ainda, mencionar que o dispositivo reafirma o que já estava previsto no art. 3º da Lei nº 1.060/1950, que foi revogado pelo CPC/2015 (art. 1.072, III). A novidade é que, além das hipóteses que já estavam previstas na legislação especial, o § 1º insere na proteção da gratuidade as despesas relativas à memória de cálculo quando esta for exigida para instauração de execução (VII), bem como as taxas relativas a registro e outros atos notariais necessários à efetivação da decisão (IX). Tais inclusões aprimoram a assistência judiciária, incluindo atos que muitas vezes escapam aos olhos do processualista, mas que são essenciais para que a sentença gere seus efeitos materiais. (DONIZETTI, 2017)

A concessão do benefício pode estar restrita a determinado ato processual ou consistir na redução de percentual de despesa processual (art. 98, § 5º). Trata-se de novidade que visa adequar o instituto às necessidades das partes, que podem muitas vezes não ter condições de arcar com um único ato processual (perícia, por exemplo), e não com todos os que se fizerem necessários. Outro dispositivo que

nos transmite essa mesma ideia é o § 6º do art. 98, que permite ao juiz conceder o parcelamento das despesas processuais sempre que houver necessidade de adiantamento.

O deferimento da gratuidade está condicionado à afirmação, feita pelo próprio requerente, de que a sua situação econômica não lhe permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família.

O Código de Processo Civil de 2015 seguiu a linha da jurisprudência, porém, somente admite a presunção da veracidade da alegação de insuficiência de recursos quando deduzida por pessoa natural (art. 99, § 3º). Em síntese, tratando-se de pedido requerido por pessoa física, descabe a exigência de comprovação da situação de insuficiência de recursos, salvo quando o juiz evidenciar, por meio da análise dos autos, elementos que demonstrem a falta dos pressupostos legais para concessão da gratuidade. Nessa hipótese, o juiz deverá oportunizar a manifestação da parte, a quem caberá comprovar a insuficiência.

Marcos Vinicius Rios Gonzavel (2017, p. 26) aduz que:

O pedido de assistência gratuita pode ser formulado não somente na petição inicial, mas, também, na contestação, na petição para ingresso de terceiro ou no próprio recurso. Além disso, se for superveniente à primeira manifestação da parte na instância (originária ou recursal), o pedido poderá ser feito mediante petição simples, nos autos do próprio processo e sem que isso acarrete suspensão do feito.

Vale observar que os benefícios da gratuidade judiciária são pessoais, não se comunicando ao litisconsorte e nem se transmitindo aos sucessores do beneficiário, salvo se houver requerimento e deferimento expressos (art. 99, § 5º). Assim, se houver, por exemplo, falecimento do beneficiário, e conseqüente habilitação dos herdeiros, estes deverão formalizar novo requerimento.

Deferido o pedido, caberá impugnação da parte contrária, que deverá fazê-la na contestação, na réplica, nas contrarrazões ou, nos casos de pedido superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada nos próprios autos do processo, sem que isso implique a suspensão

deste. A impugnação no bojo da contestação, da réplica ou nas contrarrazões privilegia a instrumentalidade das formas e a celeridade processual.

Caso o benefício seja revogado ao longo da tramitação processual, a parte deverá pagar as despesas processuais que deixou de adiantar e, no caso de comprovada má-fé, também arcará com multa de até dez vezes o valor das despesas (art. 100, *caput* e parágrafo único).

Para evitar interpretações contraditórias, tal dispositivo, como já dito, foi revogado expressamente pelo novo CPC (art. 1.072, III, do CPC/2015). Contra a decisão de indeferimento do pedido ou de revogação do benefício caberá agravo de instrumento (art. 1.015, V). Contudo, se a questão for resolvida na sentença, cabível será o recurso de apelação (art. 1.009), conforme previsto na parte final do art. 101 do CPC/2015. Nas duas hipóteses fica o recorrente dispensado do recolhimento de custas até a decisão do relator.

Sendo mantida a decisão de indeferimento ou revogação do benefício, o relator ou o órgão colegiado deverá determinar o recolhimento das custas processuais, no prazo de cinco dias, sob pena de não conhecimento do recurso interposto por aquele que pleiteou o benefício. No caso de revogação – em que caberá apelação – as demais despesas somente serão pagas com o trânsito em julgado da decisão, em prazo a ser assinalado pelo juiz (art. 102).

2. OS EFEITOS DA CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA

Para correta interpretação dos efeitos da concessão da Justiça Gratuita no Processo do Trabalho, necessário se faz retornar no tempo, a fim de analisar como o tema era tratado e disciplinado antes das alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista.

Nesse ponto, cumpre lembrar que a CLT, há muito, ao tratar do tema, se limitava a indicar os pressupostos para a sua permissão, deixando claro que o benefício era merecido “[...] àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de

sua família” (art. 790, § 3º). Além das custas, o mesmo dispositivo fazia referência aos “traslados” e “instrumentos”.

Além da norma celetista, a Lei n. 5.584/70 fazia e faz algumas referências ao instituto, na perspectiva do seu gênero assistência judiciária gratuita, arts. 14 a 18, destacando-se a norma segundo a qual “Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador” (art. 14 da citada Lei).

Acontece que, a doutrina e a jurisprudência trabalhista, talvez influenciada pela ausência de aplicação do princípio da sucumbência recíproca no Processo do Trabalho, nos processos decorrentes da relação de emprego (art. 3º, § 3º e art. 5º da Instrução Normativa n. 27/05, TST; Súmulas n. 219 e 329, TST), nunca se preocuparam, efetivamente, com os reais efeitos da concessão da Justiça Gratuita.

Nesse ponto, cabe discutir se a concessão da Justiça Gratuita implica reconhecimento do direito da parte beneficiária de ser dispensada (definitivamente) do pagamento das despesas processuais ou implica inexigibilidade (mera isenção, temporária, de tais despesas), refletindo, assim, se, uma vez concedida a Justiça Gratuita, a parte poderá ser cobrada quanto às despesas processuais.

Nesta Conjuntura, muito importante analisar como o tema era tratado no Processo Civil, antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015. A matéria era disciplinada pelo art. 12 da Lei n. 1.060/50, segundo o qual:

“Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.”

Exemplificando-se, concluiu-se que a Justiça Gratuita não consiste em uma dispensa (definitiva) do pagamento das despesas processuais, mas mera

inexigibilidade (temporária) quanto a tais despesas, enquanto mantida a condição de insuficiência de recursos que justificou a concessão da medida.

Vale mencionar, que uma vez alteradas as condições financeiras da parte, de maneira a permitir determinar não ser mais insuficiente para arcar com despesas processuais, sem prejuízo do sustento próprio e/ou e sua família, tais despesas podem ser integralmente exigidas, desde que isso ocorra no prazo de cinco anos, a contar do trânsito em julgado da decisão.(DONIZETTI, 2017)

Desde logo, importante destacar que essa norma sempre foi aplicável ao Processo do Trabalho, ante a expressão determinação constante, até o advento do CPC/2015, do art. 2º da mencionada Lei: “Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.”.

Atualmente, com a parcial revogação da lei n. 1.060/50, trata do tema o art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, nos seguintes termos:

“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. [...]

§ 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.[...]

Verifica-se, que, o Código de Processo Civil de 2015, no particular, repete a disciplina da Lei n. 1.060/50, no sentido de inexigibilidade das despesas processuais enquanto a parte gozar da gratuidade. A diferença consiste no fato que ele inova ao afirmar que, passado os cinco (5) anos da sentença, não mais ocorre a prescrição, mas, sim, de extinção da obrigação.

Nesse sentido, ainda sob a vigência do CPC/73, a seguinte decisão:

“[...]concedido o benefício, fica suspensa a exigibilidade de pagamento das despesas enquanto perdurar a situação econômica que justifique o benefício legal, prescrevendo a obrigação em cinco anos[...] (STJ, REsp 977.444/RS, 2.ª T., j. 19.05.2009, rel. Min. Herman Benjamin)

A doutrina especializada do Processo Civil é nesse mesmo sentido:

“(...) Mesmo tendo sido concedido o benefício da assistência judiciária, a parte continua a ser condenada a pagar as verbas de sucumbência, sendo nesse sentido o art. 98, § 2º, do Novo CPC, ao prever que a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas decorrentes de sua sucumbência. No § 3º do artigo comentado continua a regra de suspensão da exigibilidade pelo prazo de cinco anos contados dos trânsito em julgado, período em que a cobrança se legitimara se o exequente demonstrar que a situação de insuficiência de recursos deixou de existir. Ao final desse prazo, a obrigação será extinta, não havendo previsão da prescrição como estava consagrada no revogado art. 12 da Lei 1.060/50.” (Amorim; 2016, p. 125).

Em conclusão, percebe-se, pois, que a gratuidade não dispensa o pagamento, mas apenas o adiantamento da despesa, e, se sucumbente, suspende a exigibilidade das despesas processuais e honorárias advocatícias.

2.1 CONSEQUÊNCIAS DA REVOGAÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA

Com efeito, conforme visto anteriormente, a Justiça Gratuita, uma vez deferida, não permite concluir que a parte jamais será cobrada das despesas processuais. Apenas suspende sua exigibilidade.

Destarte, é possível que a Justiça Gratuita deferida em determinado momento pelo Juízo não se justifique mais, tendo em vista o desaparecimento da condição de insuficiência de recurso que justificou a medida.

Assim, a principal consequência da revogação da Justiça Gratuita é exigibilidade das despesas que a parte deixou de efetuar.

Tratam do tema, além do já mencionado art. 98, § § 2º e 3º, os arts. 100 e 102, CPC/15:

Art. 100. Deferido o pedido, a parte contrária poderá oferecer impugnação na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, nos casos de pedido superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, nos autos do próprio processo, sem suspensão de seu curso.

Parágrafo único. Revogado o benefício, a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa.

Art. 102. Sobrevindo o trânsito em julgado de decisão que revoga a gratuidade, a parte deverá efetuar o recolhimento de todas as despesas de cujo adiantamento foi dispensada, inclusive as relativas ao recurso interposto, se houver, no prazo fixado pelo juiz, sem prejuízo de aplicação das sanções previstas em lei.[...]

No Processo do Trabalho, nunca se cobrou do beneficiário da Justiça Gratuita em momento posterior a sentença, mesmo se desaparecida a condição de insuficiência de recurso que justificou a medida. Nunca se aplicou o art. 12 da Lei n. 1.060/50, a despeito de, como visto, o seu art. 2º ser expresso quanto tal aplicabilidade.

Entretanto, com o novo regime de custas, honorários periciais e honorários advocatícios, com a previsão de sucumbência recíproca, deve a doutrina revisitar o tema, a fim de fixar a correta interpretação dos dispositivos inseridos na CLT pela Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista.

3. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS, HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E A DISCIPLINA DA LEI N. 13.347/2017 – REFORMA TRABALHISTA.

Tendo como base o dinamismo do presente trabalho, é essencial destinar um tópico referente à Reforma Trabalhista, destacando as principais mudanças ocorridas, porém dando ênfase da gratuidade judiciária.

3.1 REFORMA TRABALHISTA – RETROCESSO OU AVANÇO

Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, identificado como aquele que dispõe sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências, tem por finalidade, não só regulamentar a eleição dos Representantes dos Trabalhadores nas empresas e alterar a Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, mas também modificar, significativamente, inúmeros dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Em 12 de abril de 2017, a Comissão Especial emitiu Parecer, de Relatoria do Deputado Rogério Marinho (PSBD/RN), pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do referido Projeto e apresentou o Projeto Substitutivo.

A soma do Projeto de Lei mais Substitutivo representa, em seu conjunto, um grande retrocesso na legislação trabalhista, pois os benefícios pontuais contidos em um ou outro artigo não escondem o caráter liberal do texto apresentado. Após votação polêmica que garantiu à proposta caráter de urgência – o que elimina a possibilidade de alterações ou emendas na comissão especial criada para este fim.

Grupo Econômico – Para o empregado urbano não mais será aplicado o § 2º do art. 3º da Lei nº 5.889, de 29 de junho de 1973 (Lei do Trabalhador Rural), que reconhece a existência de grupo econômico entre empresas que mantenham relação de coordenação entre si. Para esses trabalhadores, só haverá reconhecimento de grupo econômico quando, entre as empresas, houver típica relação de hierarquia. A proposta cria tratamento diferenciado entre o empregado urbano e o rural, sem que apresente qualquer razão justificante para isso, indo de encontro ao *caput* do art. 7º, da Constituição Federal.

O Projeto propõe, ainda, que a mera identidade de sócios não caracteriza grupo econômico, havendo necessidade de comprovar o efetivo controle de uma empresa sobre as demais.

Vínculo Empregatício – O texto insere um parágrafo no art. 3º, da CLT, para estabelecer que não seja reconhecido vínculo empregatício, nem responsabilidade solidária ou subsidiária, no negócio jurídico entre empregadores da mesma cadeia produtiva, ainda que em regime de exclusividade.

Se as atividades das empresas estão inseridas dentro de uma mesma cadeia produtiva, e uma presta serviços exclusivos a outra, evidente que se trata de descentralização das atividades da tomadora e de típica hipótese de terceirização. A prevalecer a alteração legislativa, haverá sérios empecilhos na responsabilização das grandes indústrias, como por exemplo, as do ramo têxtil, que se beneficiam dos serviços de trabalhadores submetidos a condições análogas às de escravo, contratados por empresas inseridas na cadeia produtiva da confecção de vestuário.

Sócio Retirante – O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas, do período em que foi sócio, somente se a ação foi ajuizada dentro de 2 (dois) anos, a contar da averbação de sua retirada do contrato social.

A limitação da responsabilidade, da forma como colocada, será um entrave para a satisfação do crédito trabalhista, máxime em relação às empresas, que já em dificuldades financeiras, trocam os sócios por “laranjas”, tão somente para salvaguardar o patrimônio daqueles. O Projeto permite que aquele que de fato foi responsável pela má-administração da empresa fique isento de responsabilidade perante os créditos trabalhistas.

Banco de Horas e Acordo de Compensação – O texto insere o parágrafo 5º, no art. 59, da CLT, o qual dispõe que o banco de horas poderá ser pactuado, por acordo individual escrito, desde que compensado em seis meses. Permite também, no art. 59-A, o ajuste de “*quaisquer formas de compensação*”, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, desde que respeitado o limite diário de dez horas e compensado no mesmo mês.

A princípio, parece haver contradição entre o parágrafo 5º, do art. 59 e o art. 59-A, no que se refere ao período de compensação das horas extras, firmada por meio de acordo individual, já que o parágrafo 5º fala no prazo de seis meses, enquanto o art. 59-A fala no “mesmo mês”.

No entanto, o Relator do Projeto, ao comentar as alterações inseridas no art. 59-A, da CLT, afirma que o artigo trata de “*outras formas de compensação*”, o que leva ao entendimento de que o dispositivo não se refere a horas extras inseridas no banco de horas, mas um ajuste de compensação *mensal* de horas extras.

O art. 59-C, também inserido pelo Projeto, dispõe que “*O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional*”, repetindo, assim, o item III, da Súmula 85, do Tribunal Superior do Trabalho.

No entanto, contrariando o item IV, da Súmula 85, do TST, o parágrafo único do art. 59-C, dispõe que “*A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada, nem o*

banco de horas”. A determinação do texto não se sustenta. Imaginemos um acordo de compensação para o dia de sábado, em que fique ajustado que o empregado trabalhará de segunda a quinta, das 8h às 18h, e às sextas, das 8h às 17h, sempre com uma hora de intervalo, totalizando 44 horas semanais. Na realidade, porém, o empregado passa a trabalhar de segunda a sábado, das 8h às 18h, inexistindo, portanto, a compensação ajustada. Evidente que o acordo de compensação não era praticado ou observado, restando descaracterizado porque não houve respeito ao dia de descanso ajustado, qual seja, o sábado. Assim, o empregado faz jus ao pagamento da hora mais o adicional extraordinário, conforme determinada o art. 7º, XVI, da Constituição Federal.

O Projeto prevê maior flexibilização no ajuste da jornada de trabalho, o que, em algumas hipóteses, pode vir a ferir a saúde dos trabalhadores, pois a exigência de uma jornada extensa, com compensações em período superior a semanal ou quinzenal, aumentará os riscos de acidentes de trabalho, e, conseqüentemente, maiores riscos à integridade física do trabalhador.

Teletrabalho – O Projeto exclui do Capítulo “*Da Duração do Trabalho*” os empregados em regime de teletrabalho. No entanto, é importante pontuar que o fato de o empregado estar trabalhando em regime de teletrabalho não significa que o empregador não possa controlar a jornada de trabalho daquele. Da forma como proposta a regulamentação do teletrabalho, a empresa poderá transferir ao empregado o custo da manutenção do seu local de trabalho (energia elétrica, mobiliário, equipamentos eletrônicos da residência do trabalhador) e, ainda assim, manter de certa forma o controle de sua jornada de trabalho, inclusive exigindo o comparecimento ao estabelecimento empresarial, sem que tal fato desconfigure o instituto ou garanta ao empregado o recebimento de horas extras, bastando, para tanto, que o labor preponderante continue fora das dependências do empregador.

Jornada 12x36 – No art. 59-B, da CLT, o texto prevê a possibilidade de realização de jornada 12x36, com o intervalo intrajornada, gozado ou indenizado. O parágrafo único, do mesmo artigo, refere que a remuneração do trabalhador já inclui o Descanso Semanal Remunerado (DSR), inclusive em feriado, e as prorrogações do período noturno.

Muita perda terá o trabalhador que cumpre a jornada 12x36, a qual é tida como uma exceção ao limite de 10 horas diárias de trabalho, previsto no parágrafo segundo do art. 59, da CLT. Isso porque o texto institui uma remuneração de natureza complessiva, pois engloba nesta as prorrogações do período noturno e o feriado. Isto fere o art. 7º, *caput* e inciso IX, da CF, pois, sem qualquer justificativa plausível, retira do trabalhador que cumpre a jornada 12X36, *no período noturno*, o direito de remuneração superior a do período diurno.

O DSR já faz parte da remuneração, pois o salário do empregado geralmente é mensal. No entanto, o Projeto olvida que o empregador pode remunerar o empregado por hora, e, neste caso, terá que pagar o DSR de forma apartada, sob pena de ferir o art. 7º, XV, da CF. Já em relação ao domingo, este já era considerado como compensado pelo descanso de 36 horas, no entanto, o texto passou a considerar também os feriados como compensados.

Dano extrapatrimonial – O Projeto limita o valor da indenização, pelo dano extrapatrimonial (moral ou existencial), a no mínimo 5 e no máximo 50 salários contratuais. Para a ofensa de natureza leve, estipula o valor de até cinco vezes o último salário contratual; para a ofensa de natureza média, estipula o valor de até dez vezes o último salário, e, para as de natureza grave, o valor de até cinquenta vezes o último salário contratual.

Ocorre que ao tabelar valores para indenização por danos morais, o Projeto fere princípio da igualdade material, que reza que devemos “*tratar os iguais de forma igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de suas desigualdades*”.

É preciso dar destaque, ainda, que a regulamentação de uma tabela exclusiva para aplicação às relações de trabalho para arbitramento de indenização por dano extrapatrimonial trará limitação a condenações trabalhistas, enquanto em outras relações (comerciais, familiares ou do consumidor) permanecerão sem qualquer teto para a sua fixação.

Por fim, não se pode perder de vista que o Projeto aborda tratamento distinto para fixação do teto da indenização para o empregado e para o empregador. Isso porque no parágrafo primeiro, do art. 223-G, prevê a indenização em benefício do trabalhador com base no valor do salário por ele recebido. No parágrafo segundo, do art. 223-G, no entanto, prevê que

possível indenização paga pelo trabalhador ao empregador também terá como base o salário daquele, conforme os parâmetros já declinados.

Ora, é premissa basilar para fixação de qualquer indenização a observância da condição econômica das partes, o grau de culpa, a repercussão da ofensa, o caráter pedagógico, punitivo e compensativo do ressarcimento.

O Projeto, de forma evidente, deixa de determinar a verificação da condição econômica da empresa e do empregado para a fixação da indenização e deixa de pensar, ademais, no caráter pedagógico da indenização, pois, muitas vezes, a fixação de baixas indenizações leva as grandes empresas a cometerem faltas reiteradas, não solucionando a questão no ambiente de trabalho.

Gestante ou lactante – Permite o trabalho da empregada gestante ou lactante em ambiente insalubre, mediante apresentação de atestado médico. Opta-se por expor a mulher e seu filho ao ambiente insalubre em prol da atividade econômica.

Contrato de trabalho intermitente – O Projeto institui no parágrafo terceiro do art. 443, da CLT, o contrato de trabalho intermitente, conceituado como aquele:

[...]No qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, inclusive as disciplinadas por legislação específica.

Com três dias de antecedência, o empregado é convocado para trabalhar, momento em que é informado da jornada a ser cumprida. O empregado pode aceitar ou não a convocação. O pagamento é realizado conforme o trabalho realizado, observando os períodos de prestação de serviços, que podem ser em horas, dias ou meses. O período de inatividade não é considerado tempo à disposição.

Vê-se da justificativa inserida no Projeto que a matéria fora regulamentada para permitir a adaptação do contrato de trabalho às relações contemporâneas, pretendendo-se diminuir o número de desempregados ou trabalhadores informais.

A regulamentação traz grande preocupação aos juristas mais atentos, pois poderá incentivar a adoção dessa modalidade de prestação de serviços, com pagamento de salário proporcional ao período trabalhado, no lugar do contrato de trabalho a prazo determinado ou indeterminado, não representando propriamente uma alternativa ao desemprego ou informalidade já existentes.

O parágrafo quarto do art. 452-A da CLT possibilitará ainda ao empregador convocar o empregado para trabalhar e desistir da execução do serviço sem justo motivo, pagando-lhe apenas 50% da remuneração que seria devida, ou seja, possibilitando o pagamento de valor inferior ao salário mínimo proporcional. Sem falar que haverá insegurança jurídica e grande discussão sobre o que seria considerado como “justo motivo” para recusa do serviço, sem pagamento do percentual de 50%, estipulado pelo Projeto como “multa”.

Empregado com nível superior – O Projeto insere o parágrafo único ao artigo 444, da CLT, o qual prevê a livre estipulação dos termos contratuais, para o empregado graduado e com salário superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios da Previdência Social. O empregado pode, ainda, acordar com o empregador as mesmas matérias negociadas pelos Sindicatos, em Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo (art. 611-A).

O Projeto trata o empregado, que recebe salário superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios da Previdência Social, como “alto empregado”.

Pelos valores atuais, o empregado que recebe o valor superior a R\$11.052,62 é considerado, pelo Projeto, como plenamente capacitado para negociar as cláusulas de seu contrato de trabalho. No entanto, o fato de receber referido salário e de ser graduado não significa dizer que o empregado esteja em pé de igualdade com o empregador.

A empresa é estruturada para as negociações, pois além da área de Recursos Humanos, possui advogados contratados para prestarem consultorias. O trabalhador, por sua vez, não tem a mesma estrutura da empresa, nem contratará advogados para orientá-lo na elaboração dos termos contratuais, até porque, no mais das vezes, encontra-se desempregado e sem recursos para tanto no momento da admissão. Ademais, vale pontuar que um empregado que recebe o salário bruto de

R\$11.052,62 tem desconto de 11% de contribuição previdenciária (R\$1.215,78) e depois de 27,5% de imposto de renda (R\$2.705,13), sobrando-lhe, líquido, o valor de R\$7.131,71.

Cláusula compromissória de arbitragem – O Projeto prevê, ainda, no art. 507-A, que *“nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”*.

Para a instituição de cláusula compromissória de arbitragem, diferentemente do previsto no parágrafo único do art. 444, o Projeto prevê que basta que o empregado perceba remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Não é exigido, aqui, que o empregado tenha nível superior. Além disso, diferentemente do artigo anterior citado, o dispositivo fala em remuneração e não salário, o que atrairá um maior número de trabalhadores que ficarão submetidos à arbitragem. Pelos mesmos motivos supra, entendemos que o empregado estará em situação de fragilidade frente à empresa.

Ademais, o art. 1º, da Lei 9.307/96 permite a arbitragem apenas em relação aos direitos patrimoniais disponíveis, hipótese que não se ajusta à indisponibilidade dos direitos trabalhistas, pois irrenunciáveis.

Por fim, apenas em sede de dissídio coletivo há a permissão constitucional, para submissão de conflitos trabalhistas à arbitragem (art. 114, §1º, da CF). No âmbito individual, a situação de hipossuficiência do empregado em face do empregador não autoriza a utilização da arbitragem, pois nítida a desigualdade entre as partes, ao contrário do que ocorre nos conflitos de natureza coletiva, quando o trabalhador, representado pelo sindicato profissional, está em pé de igualdade com o empregador.

Homologação de rescisão – O Projeto revoga os parágrafos primeiro e terceiro do art. 477, da CLT, e retira a necessidade de homologação do TRCT (Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho) pelo Sindicato ou pelo Ministério do Trabalho. No prazo de dez dias, a contar do término do contrato de trabalho, a empresa deverá pagar as verbas e

entregar as guias para saque do FGTS e do seguro-desemprego, sob pena de pagar multa no valor do salário do empregado.

A intenção do Projeto é a de que seja reconhecida a validade do termo de quitação das verbas trabalhistas e do pedido de demissão, mesmo sem a homologação sindical, o que é exigido pelo texto atual da CLT. Sob a justificativa de segurança do empregador, o Projeto retira a assistência sindical gratuita prestada ao trabalhador, no momento da rescisão, sendo a alteração nitidamente prejudicial, já que o trabalhador não terá condições financeiras para contratar um advogado. E ainda assim, caso contrate para pagar após o recebimento da rescisão, terá que ceder parte dos valores rescisórios, sendo outro retrocesso se comparado com a atual norma.

Dispensa Coletiva – O Projeto insere o art. 477-A, na CLT, para autorizar a dispensa coletiva, independentemente da intervenção sindical. Causa estranheza que um Projeto, que prima pela valorização da atuação sindical, dispense a intervenção do ente coletivo, justamente no momento em que este poderá ajudar na busca de soluções para minimizar o impacto das demissões em massa na economia e na sociedade. O texto é contrário aos valores sociais do trabalho e à livre iniciativa (art. 1º. III e IV, da CF), à função social da propriedade e a busca do pleno emprego (art. 170, III, e VIII, da CF).

Demissão Voluntária Individual – O Projeto insere o art. 477-B, na CLT, para fazer constar que a adesão ao Plano de Demissão Voluntária dá quitação plena e irrevogável aos direitos decorrentes da relação empregatícia. Incluiu ainda a possibilidade de um plano de demissão voluntária individual, o que pode dar ensejo a fraudes contra o trabalhador, pois o PDV, em sua essência, é formulado de maneira impessoal.

Distrato de Comum Acordo – O texto institui a possibilidade de extinção do contrato de comum acordo entre as partes. Quando isso ocorrer, o aviso prévio e multa de 40% serão pagos pela metade e as demais verbas pagas de forma integral. Libera-se 80% do FGTS, mas o seguro-desemprego não será liberado. A proposta do Projeto cria outra hipótese de ruptura do contrato. Porém, há de ser discutida a inovação, pois pode dar causa a fraudes na ruptura contratual, com a diminuição do montante rescisório do empregador, especialmente por estar o empregado desassistido do ente sindical.

Termo de quitação anual – O texto institui o termo de quitação anual, a ser assinado perante o Sindicato, com eficácia liberatória das parcelas especificadas. Outra inovação que há de ser debatida com bastante cuidado, já que posta de maneira a superar, por via oblíqua, o princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas. Explicamos. Passada a quitação anual com eficácia liberatória, caso não represente a realidade fática vivenciada, ou seja, caso não tenha recebido a parcela ali discriminada, o trabalhador terá grande empecilho para discutir judicialmente tal obrigação trabalhista, o que representaria o mesmo que renunciasse à parcela em questão.

Normas coletivas – Insere o art. 611-A na CLT, que dispõe sobre a prevalência do acordado sobre o legislado nas seguintes matérias:

[...]Jornada de trabalho; banco de horas individual; intervalo intrajornada; respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; adesão ao Programa Seguro-Emprego; plano de cargos, salários e funções; regulamento empresarial; representante dos trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho; regime de sobreaviso e trabalho intermitente; remuneração por produtividade; incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado; e remuneração por desempenho individual; modalidade de registro de jornada de trabalho, troca do dia de feriado; identificação dos cargos que demandam a fixação da cota de aprendiz; enquadramento do grau de insalubridade; prorrogação de jornada em ambientes insalubres, prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; participação nos lucros ou resultados da empresa.

Prevê, ainda, que a inexistência de expressa de indicação de contrapartidas recíprocas, em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

A prevalência do acordado sobre o legislado, seguida da ausência de contrapartida recíproca, é prejudicial ao trabalhador, que poderá ver

suprimidos vários direitos, por norma coletiva. A contrapartida é inerente ao processo de negociação coletiva, em que há concessões recíprocas na elaboração da norma. Como proposto, o Projeto valida a concessão unilateral, com o único intuito de favorecer o empresariado.

O texto prevê, também, que os sindicatos deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

A proposta prevê que as normas coletivas não podem suprimir direitos, elencando, basicamente os previstos nos incisos do art. 7º, da CF.

Veda, por fim, a ultratividade das normas coletivas, isto é, a permanência de sua vigência até que venha outra posterior revogando expressamente o benefício antes concedido.

Justiça Gratuita – Modifica o art. 790, §3º, da CLT, instituindo que a justiça gratuita será concedida, a requerimento ou de ofício, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 30% (trinta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Retira a possibilidade de o trabalhador declarar que não possui condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do próprio sustento. Além disso, determina que a parte comprove a insuficiência de recursos. A medida restringe o acesso do trabalhador à Justiça.

Contrato em regime de tempo parcial – O Projeto fixa a jornada laboral do contrato em regime de tempo parcial em 30 horas semanais, ou, alternativamente, em 26 horas semanais, com a possibilidade de realização de 06 horas suplementares. É nítida a prejudicialidade da mudança, pois o texto da CLT limita a jornada semanal desse tipo de contrato a 25 horas semanais, além de proibir a realização de horas extras.

Terceirização – O Projeto altera o art. 4º-A da Lei 6.019 de 1974, incluído recentemente pela Lei nº 13.429 de 2017, para dispor que:

Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à empresa prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

O art. 4-A, incluído na Lei 6.019 de 1974, pela Lei nº 13.429 de 2017, dispõe que a “*Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica*”

de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.”.

O Projeto pretende deixar clara a autorização para a empresa terceirizar toda e qualquer atividade, inclusive a principal.

O texto é contrário ao entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que considera ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, salvo no caso de trabalho temporário, serviços de limpeza, vigilância e relacionados à atividade-meio.

A permissão para terceirização em quaisquer atividades de uma empresa é prejudicial ao trabalhador, pois pulveriza a categoria, diminuindo a união entre os trabalhadores e reduz os direitos trabalhistas. Além disso, coloca em xeque o que se entende por atividade empresarial.

Da forma como autorizada, podemos imaginar uma empresa lucrativa e saudável, sem nenhum trabalhador, e uma empresa terceirizada responsável por um grande passivo trabalhista.

3.2 PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERÍCIAS DA LEI N. 13.347/2017 – REFORMA TRABALHISTA

Conforme explanado, no Processo do Trabalho, a doutrina processual trabalhista nunca se atentou para os reais efeitos da concessão da gratuidade. Sempre se confundiu a completa inexistência de responsabilidade pelas despesas processuais com a sua mera isenção/inexigibilidade temporária.

Desse modo, especificamente quanto aos honorários periciais, e por conta do disposto no art. 790-B, CLT, sempre se entendeu que, em caso de sucumbência na pretensão objeto do pedido pela parte beneficiária da Justiça Gratuita, a União era a responsável pelo pagamento (Resolução n. 66/2010, do CSJT; Súmula n. 457, TST). No Processo do Trabalho, nunca se cobrou do beneficiário da Justiça Gratuita em momento posterior a sentença, ou seja, nunca se aplicou o art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Contudo, consoante a disciplina do instituto da gratuidade, tanto na Lei n. 1.060/50 quanto no CPC/2015, o mais coerente seria entender que a parte permanece responsável pelo pagamento dos honorários periciais, sendo a responsabilidade da União temporária, de modo que seria possível executar o

beneficiário, inclusive reclamante, caso desaparecida a situação de insuficiência de recursos que justificou a medida.

Na mesma linha do revogado art. 12 da Lei n. 1060/50 (matéria disciplinada no atual art.98, § 2º, e art. 95, CPC/15), a nova redação do art. 790-B, CLT, inserida pela Lei n. 13.467/2017, deixa claro que a responsabilidade pelas despesas decorrentes da sucumbência, inclusive honorários periciais, é da parte sucumbente, ainda que beneficiária da Justiça Gratuita: “Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. (...)”.

Ou seja, não há falar em substancial alteração quanto à responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais, no processo do trabalho, a partir da Reforma Trabalhista.

Na verdade, pela aplicação da Lei n. 1.060/50 e do CPC/15, ante o disposto no art. 769, CLT, com a regulamentação apenas parcial do instituto da Justiça Gratuita pelas normas processuais trabalhistas, o correto sempre foi a condenação da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia no pagamento de honorários periciais, ainda que beneficiária da justiça gratuita, ficando suspensa, entretanto, a exigibilidade, enquanto mantida a condição de insuficiência de recursos. A União responderia, assim, num primeiro momento, sendo possível a cobrança dos valores adiantados pela União se, em até 5 anos, a contar da decisão, a parte (normalmente o reclamante) deixasse a condição de insuficiência de recursos.

Desse modo, percebe-se que a norma inserida no § 4º do art. 790-B, segundo a qual “Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, União responderá pelo encargo.”, não conflita com o princípio constitucional de acesso à justiça e garantia da gratuidade.

É que “créditos capazes de suportar a despesa, ainda que em outro processo”, deve ser entendida como a obtenção de um crédito que permita a revogação da Justiça Gratuita, ante o desaparecimento da situação de insuficiência de recursos. Não significa, portanto, uma possibilidade “meramente matemática”.

Muito importante destacar, neste particular, que a concessão e manutenção da Justiça

Gratuita não está ligada ao resultado do processo, mas a situação da parte de “insuficiência” de recursos.

Desse modo, ao fazer alusão aos “créditos capazes de suportar a despesa, ainda que em outro processo”, deve-se compreender que se trata, apenas, de uma das hipóteses que pode provocar a revogação da Justiça Gratuita, ante o desaparecimento da situação de insuficiência de recursos, o que poderá ocorrer também, por exemplo, se a parte for sorteada na loteria ou receber valores consideráveis provenientes de uma herança. Todas as hipóteses, contudo, estão vinculadas a um eixo central, qual seja: desaparecimento da situação de insuficiência de recursos da pessoa que foi beneficiária dos benefícios da justiça gratuita.

Outrossim, talvez para evitar que interpretações literais da norma provoquem a denegação de direitos fundamentais, o Procurador Geral da República – PGR ajuizou ADIN, tombada sob o número 5766, em face de algumas alterações introduzidas pela Reforma Trabalhista (arts. 790-B, caput e § 4º; 791-A, § 4º, e 844, § 2º).

Segundo o Elpídio Donizetti(2017, 445):

A alteração promoveu **restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária** aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho, **violando as garantias constitucionais de amplo acesso à jurisdição e a assistência judiciária integral aos necessitados**”, além de gerar **“ônus desproporcionais** para que cidadãos vulneráveis e desassistidos busquem o Judiciário. Impõem a utilização de recursos obtidos em processos trabalhistas para custeio de honorários, sem considerar o possível caráter alimentar de tais valores ou a possibilidade de comprometimento de necessidades essenciais do trabalhador. [grifo nosso]

Ressalta-se que, em sede de cautelar, a suspensão da eficácia da expressão desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa.

3.3 PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA DISCIPLINA DA LEI N. 13.347/2017 – REFORMA TRABALHISTA

Sem dúvidas, o art. 791-A, é uma das maiores novidades da Reforma Trabalhista, no que toca ao Direito Processual.

Na disciplina anterior à Reforma Trabalhista, sob influência na Lei n. 5.584/70, pacificou-se o entendimento de que a condenação em honorários advocatícios, em regra, no processo do trabalho, não decorria da mera sucumbência. Conforme Súmulas n. 219 e 329, TST, na Justiça do Trabalho, em regra, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) 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 (art.14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970).

Na sistemática da Reforma Trabalhista, contudo, os honorários advocatícios, mesmo nas lides decorrentes das relações de trabalho, passam a decorrer da mera sucumbência, inclusive recíproca, prevendo o art. 791-A, caput, da CLT, que “Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.”, bem como o seu §3º que “Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.”.

Registre-se que, no particular, a Reforma Trabalhista ratificou o entendimento no sentido de que os honorários constituem direito do advogado, não sendo admissível a compensação pelas partes dos respectivos valores, sendo, inclusive, de natureza alimentar (art. 85, § 14, CPC/15 e Súmula Vinculante n. 47, STF):

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

(...)

Súmula Vinculante 47

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

Como visto anteriormente, a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (art. 98, § 2º, CPC/15), apenas suspende sua exigibilidade. Consoante a § 3º do art. 98, CPC/15:

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. [grifo nosso]

Em sentido semelhante, a nova disciplina do tema pela CLT, consoante alteração promovida pela Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista (art. 791-A, §4º, da CLT):

Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, **créditos capazes** de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos **dois 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.[grifo nosso]

Assim como foi destacado quando da análise dos efeitos da concessão da Justiça Gratuita quanto ao pagamento dos honorários periciais, quanto aos honorários advocatícios, necessário que se compreenda a referida norma pela adequada interpretação da expressão “créditos capazes de suportar a despesa”, devendo esta expressão ser entendida como crédito capaz de retirar a parte (beneficiária da Justiça gratuita) da condição de insuficiência de recursos.

Não se trata, pois, de capacidade “matemática”, ou seja, não se trata de dizer que o mero fato da parte, beneficiária da justiça gratuita, ter recebido, no processo trabalhista ou em qualquer outro processo judicial, um crédito superior ao valor do seu débito de honorários, permite, por si só, que se cobre dela o valor relativo aos honorários advocatícios, mediante retenção deste valor devido a título de honorários do valor do seu crédito obtido no processo. Fundamental, pois, para tanto, que o recebimento do crédito, pela parte beneficiária do benefício da justiça gratuita, seja suficiente para retirar a parte (beneficiária da Justiça gratuita) da condição de insuficiência de recursos.

A diferença da disciplina da CLT em relação ao CPC/2015, neste particular, pois, se refere apenas ao prazo que antecede a extinção da obrigação, já que a CLT prevê que ele será de dois anos, ao passo que o CPC/2015, como visto, fala em cinco anos.

Afastada, portanto, a ideia de que seja possível promover um “encontro de contas” de modo a retirar do crédito devido ao reclamante (se beneficiário da gratuidade) os valores devidos a títulos de honorários ao advogado da parte contrária.

Assim, para que a parte, beneficiária da justiça gratuita, venha a responsabilizada pelo pagamento dos honorários advocatícios, necessário será: primeiro, que o credor demonstre que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, seja pela obtenção, em juízo, ainda que em outro processo, de créditos capazes de suportar a despesa, seja pelo recebimento de herança, prêmio de loteria ou qualquer outro fato suficiente, em qualquer caso, para retirar a parte beneficiária da Justiça gratuita da condição de insuficiência de recursos e; segundo, que, diante desta demonstração, o Juiz revogue a decisão que concedeu à parte os benefícios da justiça gratuita, ouvindo-a, previamente (art. 10 do CPC/2015), é claro, para, somente a partir daí, se dentro dos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, ser possível, efetivamente, cobrar da parte, antes beneficiária da justiça gratuita, os valores relativos às obrigações decorrentes de sua sucumbência.

Também nesse ponto, e certamente com o mesmo propósito, o PGR ajuizou ADIN, já citada, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade do art. 791-A, § 4º, com a suspensão da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”.

CONCLUSÃO

Assim, Justiça Gratuita não consiste em uma dispensa (definitiva) do pagamento das despesas processuais, mas mera inexigibilidade (temporária) quanto a tais despesas, enquanto mantida a condição de insuficiência de recursos que justificou a concessão da medida.

Vale dizer, uma vez alteradas as condições econômicas da parte, de modo a permitir concluir não ser mais insuficiente para arcar com despesas processuais, sem prejuízo do sustento próprio e/ou e sua família, tais despesas podem ser integralmente exigidas, desde que isso ocorra no prazo de cinco anos, a contar do trânsito em julgado da decisão;

A gratuidade não dispensa o pagamento, mas apenas o adiantamento da despesa, e, se sucumbente, suspende a exigibilidade das despesas processuais, e honorários advocatícios;

O mero fato da parte, beneficiária da justiça gratuita, ter recebido, no processo trabalhista ou em qualquer outro processo judicial, um crédito superior ao valor do seu débito de honorários, não permite, por si só, que se cobre dela o valor relativo aos honorários advocatícios, mediante retenção deste valor devido a título de honorários do valor do seu crédito obtido no processo. Fundamental, pois, para tanto, que o recebimento do crédito, pela parte beneficiária do benefício da justiça gratuita, seja suficiente para retirar a parte (beneficiária da Justiça gratuita) da condição de insuficiência de recursos;

Para que a parte, beneficiária da justiça gratuita, venha a responsabilizada pelo pagamento dos honorários advocatícios, necessário será: primeiro, que o credor demonstre que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, seja pela obtenção, em juízo, ainda que em outro processo, de créditos capazes de suportar a despesa, seja pelo recebimento de herança, prêmio de loteria ou qualquer outro fato suficiente, em qualquer caso, para retirar a parte beneficiária da Justiça gratuita da condição de insuficiência de recursos e; segundo, que, diante desta demonstração, o Juiz revogue a decisão que concedeu à parte os benefícios da justiça gratuita, ouvindo-a, previamente (art. 10 do CPC/2015), é claro, para, somente a partir daí, se dentro dos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, ser possível, efetivamente, cobrar da parte, antes beneficiária da justiça gratuita, os valores relativos às obrigações decorrentes de sua sucumbência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF, julho. 2017

BRASIL. Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidações das Leis Trabalhistas**. Brasília, DF, Mar. 1943

BRASIL. Lei [Nº 13.105, de 16 de Março de 2015](#). **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, , mar. 2015.

BRASIL. Lei Nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. **Assistência Judiciária**. Brasília, DF, Fev. 1950.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** – 20. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual e direito processual civil**. Volume único. 8. ed – Salvador, JusPodivm, 2016.

Gonçalves, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado** – 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

José Miguel Garcia MEDINA. **Novo Código de Processo Civil** comentado. 2. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

Leite, Carlos Henrique Bezerra, **Curso de direito processual do trabalho** – 14. ed. de acordo com o novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. – São Paulo : Saraiva, 2016.

Schiavi, Mauro, **Manual de direito processual do trabalho** — 10. ed. de acordo com Novo CPC. — São Paulo : LTr, 2016.

LOMAN REACIONÁRIA CONTAMINOU O JUDICIÁRIO

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro.

A Lei da Magistratura Nacional – LOMAN (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979), é um texto elaborado e aprovado no seio da ditadura militar de 64. Era o crepúsculo do governo do ditador general Ernesto Geisel e o início da transição com o presidente ditador general João Batista Figueiredo. Com essa geografia, se imagina o quanto seu texto foi e está contaminado do ranço ditatorial.

Os militares precisavam da Suprema Corte e dos juízes para oficializar o golpe que durou de 1964 a 1985. Por conta do seu texto reacionário o juiz adquiriu poderes que transcendem e agridem a cidadania, discrimina e cria o isolamento desse poder do habitat social. Ao findar os “Anos de Chumbo”, e sendo a volta do estado democrático e de direito, da mesma forma que a ditadura se foi, a Loman teria que ser imolada. Como pode exigir ampliação de benefícios e proteção, quando a casa está na desordem.

Corporativa - Ocorre que o projeto da nova Loman ainda está em discussão no Supremo Tribunal Federal (STF) e aguarda aprovação dos outros dez ministros que compõem a Corte. Depois de um consenso no STF o projeto será enviado ao Congresso Nacional para votação, onde poderá sofrer novas alterações. As associações de classe dos juízes defendem que o primeiro grau possa votar em eleições para presidentes dos Tribunais de Justiça.

A eleição direta é um ponto que têm o total apoio da magistratura de primeiro grau. O projeto ainda tem resquício da era da exceção. As alterações aumentam os benefícios e o poder dos magistrados, além de estabelecer novos parâmetros para a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e para a punição de juízes envolvidos em casos de corrupção. Em suma a nova Loman tem um objetivo corporativista.

O projeto cria, por exemplo, auxílio-educação para filhos com até 24 anos de juízes, desembargadores e ministros do Judiciário em escolas e universidades privadas; auxílio-moradia equivalente a 20% do salário; transporte, quando não houver veículo oficial; reembolso por despesas médicas e odontológicas não cobertas por plano de saúde, e licenças para estudar no exterior com remuneração extra. Hoje, o teto salarial dos ministros é de R\$ 39.293,38, sem nenhum desses benefícios.

Sem prestígio - Entre as propostas em discussão estão à proibição de indiciamento de magistrados em inquéritos policiais, salvo se o tribunal a que pertencem o autorizar. O projeto também proíbe que juízes, desembargadores e ministros do Judiciário sejam interrogados em processo disciplinar ou criminal, a não ser por magistrado de instância igual ou superior.

É incrível o quanto a magistratura investe suas forças para obter dos legisladores o êxito de seus pleitos. Sem prestígio junto à opinião pública, juízes e legisladores estarão juntos nessa segunda fase de discussão da nova Loman, a ser apreciada no plenário da Câmara. Uma emenda do ministro do STF Luiz Fux estabelece que juízes condenados por improbidade não percam as suas funções. O ministro também pede que, se houver feriados nos 60 dias de férias que os juízes têm direito a tirar por ano, esses dias não contem, e o período de folga seja prolongado na mesma quantidade de dias.

O projeto determina o livre ingresso e trânsito de magistrados em qualquer recinto público ou privado, quando em serviço, e prioridade em transportes públicos em urgências.

Enfraquecimento do CNJ - Criado para, entre outras funções, exercer controle externo do Judiciário o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) diante do Poder Judiciário está sendo esvaziado, isso gera inquietação porque

estabelece limitação do poder do Conselho. Por outro lado prevê, entre outros pontos, ajuda de custo para mudanças, auxílio-moradia, auxílio-creche e auxílio-educação para dependentes, auxílio-plano de saúde e reembolso por despesas médicas e odontológicas não cobertas pelo plano de saúde.

Os poderes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também serão reduzidos, se a proposta for aprovada. Os conselheiros não poderão mais, por exemplo, criar as semanas de conciliação e os mutirões carcerários, que agilizam o trabalho do Judiciário. O Conselho também não poderá mais criar “normas abstratas”, contexto em que se insere, por exemplo, a resolução que proíbe o nepotismo no Poder Judiciário.

A morosidade é latente, o tratamento as partes está abaixo da crítica e ainda, é bom citar que uma instituição que escolhe seu dirigente de classe através do voto por procuração, não merece respeito