

# CADERNOS JURÍDICOS

DA FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA



FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA  
FUNDAÇÃO EDUCACIONAL SOROCABANA

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL SOROCABANA  
FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA



CADERNOS JURÍDICOS DA  
FACULDADE DE DIREITO DE  
SOROCABA

|                                                           |              |            |      |
|-----------------------------------------------------------|--------------|------------|------|
| Cadernos Jurídicos da Faculdade de<br>Direito de Sorocaba | Ano 1 - n. 1 | p. 1 - 395 | 2017 |
|-----------------------------------------------------------|--------------|------------|------|

Edição: Faculdade de Direito de Sorocaba

Revisão: Sergio Diniz da Costa  
Criação da Capa / Fotografia: Marcelo Georges Karam

Confecção:

Gráfica Editora Cidade - Sorocaba, SP / 2018

contato@graficaeditoracidade.com.br

#### **FICHA CATALOGRÁFICA**

---

Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba -  
Ano I - n.1 (2017) - Sorocaba; SP: Faculdade de Direito  
de Sorocaba, Sorocaba, 2017.

Início: ano I, n.1 (2017)

1. Direito - periódico. I. Faculdade de Direito de  
Sorocaba, Direito.

CDU: 34(05)

---

Brígida Alves de Lima - CRB8/8724

## **Conselho Superior da Fundação**

### **Diretoria do Conselho**

José de Mello Junqueira - Presidente  
José Humberto Urban Filho  
Weldon Carlos da Costa  
Noemia Celeste Galduróz Cossermelli

### **Conselheiros**

Anselmo Domingos da Paz Júnior  
Antonio Carlos Delgado Lopes  
Celso Fernando Oliveira Campos  
Hugo Leandro Maranzano  
Jorge Alberto de Oliveira Marum  
José Eduardo Marcondes Machado  
José Francisco Cagliari  
Ademar Adade  
Alexandre Issa Latuf  
Dante Soares Catuzzo  
Haroldo Guilherme Vieira Fazano  
Iara do Carmo Santana  
Laor Rodrigues  
Wilson Vieira

### **Suplentes**

Paulo Sérgio Domingues  
Ricardo Barbosa Alves  
Antônio Domingues Farto Neto  
Ricardo Maluf

### **Honorários**

José Crespo  
Rodrigo Maganhato

### **Diretor**

João Baptista de Mello e Souza Neto

### **Corpo Docente**

|                                       |                                     |
|---------------------------------------|-------------------------------------|
| Alexandre Dartanhan de Mello Guerra   | Jorge Alberto de Oliveira Marum     |
| Ana Laura Vallarelli Gutierrez Araujo | José Augusto Fontoura Costa         |
| Anselmo Domingos da Paz Jr.           | José Eduardo Marcondes Machado      |
| Antonio Carlos Delgado Lopes          | José Francisco Cagliari             |
| Antonio Paulo Ferreira de Castilho    | José Pedro Zaccariotto              |
| Aruai Martins                         | Karen Cristina Moron Betti          |
| Celso Fernando Oliveira Campos        | Luis Inácio Carneiro Filho          |
| Daniela Amaral dos Reis               | Marcelo Sampaio Soares de Azevedo   |
| Daniele Cristina Pavin                | Marcelo Valdir Monteiro             |
| Denis Donoso                          | Marcelo Xavier de Freitas Crespo    |
| Eduardo Francisco dos Santos Junior   | Mariana Moreira                     |
| Fabiana Domingues Cardoso             | Mauro Augusto de Souza Mello Júnior |
| Fernando Fernandes da Silva           | Noemia Celeste Galduróz Cossermelli |
| Frederico da Costa Carvalho Neto      | Orlando Bastos Filho                |
| Gilberto Carlos Maistro Junior        | Oswaldo Luiz Soares                 |
| Gustavo dos Reis Gazzola              | Paulo Sérgio Domingues              |
| Gustavo Escher Dias Canavezzi         | Ricardo Barbosa Alves               |
| Hélide Maria Santos Campos            | Roberto de Campos Andrade           |
| Hugo Leandro Maranzano                | Rubens José Kirk de Sanctis Junior  |
| Iris Pedrozo Lippi                    | Samyra Haydêe Farra Napolini        |
| João Baptista de Mello e Souza Neto   | William Bedone                      |
| João Batista Martins Cesar            |                                     |

### **Secretária**

Fernanda Sanches Mendonça

## **Apresentação**

O ilustre e culto juiz e professor, coordenador destes Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba, Alexandre Dartanhan de Mello Guerra entendeu que seria minha a honra de apresentar estes Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba a todos os alunos e demais cultores do direito desta Faculdade e da sociedade jurídica de Sorocaba. Levou-o à escolha, certamente, a amizade e o tempo de casa que tenho completo de quarenta e um anos, dos quais boa parte em sua direção.

Primeiramente, regozijo-me pela publicação, por seu objetivo: ensinar a alunos e professores produções acadêmico-científicas, contactáveis de forma impressa e em ambiente eletrônico.

Com essa iniciativa, a Faculdade difundirá sua própria produção científica, com ensino a textos de alunos, professores e pesquisadores convidados.

Comprometo-me a dar-lhe todo apoio. É um incentivo ao desenvolvimento do estudo, da pesquisa, possibilitando aos alunos, nosso principal objetivo, uma reflexão jurídica própria, divulgada em teses, ideias e debates acerca de temas relevantes da área jurídica.

Vejo, com esta publicação, uma mudança de visão do ensino, que deve ser cientificamente reflexivo e provocativo, mesmo porque, o Direito, por vivenciar a sociedade, é eminentemente prático e vivencia um contexto de permanente transformação.

De há muito tempo tem-se debatido o método, processo e conteúdo do ensino do Direito e, inclusive, a infraestrutura adequada e necessária pra sua melhor implantação.

Uma e outra tornam-se preocupação da instituição e pronta está nossa mantenedora em atender esses objetivos e anseios, desde que centrados em seus termos.

A publicação dará à estampa o pensamento da instituição, dos alunos e professores e, certamente, provocará mudanças. Disto estou certo, mesmo porque tem à sua frente o professor e juiz Alexandre Guerra, de quem se dispensam referências, apoiado que está pelo ilustre e competente diretor professor João Batista de Melo e Souza Neto.

Estes Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba publicarão textos de ex-alunos, hoje espalhados por todas as carreiras jurídicas. Suas reflexões certamente poderão servir de incentivo aos atuais bacharéis.

O surgimento destes Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba é fruto dos esforços de uma instituição universitária qualificada, que conta em seus quadros com renomados professores, razão maior de ter a certeza e convicção de seu êxito.

Parabéns a todos os envolvidos.

**José de Mello Junqueira**

## Nota do Coordenador

É com satisfação que a Faculdade de Direito de Sorocaba, por ocasião de seu sexagésimo ano de existência, publica os *Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba*. Desde a sua fundação, no já distante 18 de maio de 1957, é a marca de nossa instituição o compromisso de excelência no ensino do Direito. O compromisso de seriedade e competência é concretamente revelado no contínuo sucesso dos nossos alunos nas carreiras jurídicas. A competência do Conselho Superior da Fundação Educacional Sorocabana, o compromisso do seu corpo docente e a dedicação de todos os que compõem os nossos quadros permitiram fossem colhidos frutos de significativa qualidade. O êxito de nossos propósitos é comprovado pela expressiva aprovação dos alunos em concursos públicos e no exame de ingresso da Ordem dos Advogados do Brasil, o que fez, dentre outras honrarias, recebesse a Faculdade de Direito o selo “OAB Recomenda”.

Os *Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba* ora publicados somam-se aos trabalhos *A Nossa de Direito: memória*, de José Aleixo Irmão, tomos 1 e 2 (1997); *Revista da Faculdade de Direito de Sorocaba*, volumes 1, 2, e 3 (2001, 2007 e 2008, respectivamente) e *Revistas Comemorativas dos 50 e 60 anos da Faculdade de Direito de Sorocaba*.

As publicações da Faculdade de Direito de Sorocaba serão divididas em três grandes seções, a depender da predominância do tema objeto de reflexão, seguindo, na sua estrutura, a tradição da Ciência do Direito na Corte Paulista de Justiça: Direito Público, Direito Privado e Direito Criminal. Nas edições vindouras, permita-nos Deus possamos seguir as reflexões acadêmicas nas perspectivas da Eficácia dos Direitos Fundamentais e nas Políticas Públicas voltadas ao desenvolvimento. É nosso compromisso a análise científica da jurisprudência, de notas à recente legislação de maior relevo, a indicação de trabalhos forenses de peso e resenhas.

A publicação que ora temos a honra de levar às mãos do público revela o manente compromisso com a Ciência do Direito e com o aprimoramento dos alunos dos nossos cursos de graduação e pós-graduação. Honra-nos contar, ainda, com a publicação de docentes e discentes da Casa, assim como dos eminentes membros do Conselho Superior da Fundação Educacional Sorocaba, que permitiram que os *Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba* se tornassem realidade. Aguardaremos os trabalhos de estudiosos do Direito de outras entidades de ensino do Estado de São Paulo, dos demais Estados da Federação e de instituições do exterior. Ao final, seguem as orientações aos estudiosos do Direito que pretendam conosco publicar, desde já todos convidados a submeter suas reflexões ao Conselho Editorial em formação.

Enfim, nas páginas que seguem, é renovado o compromisso de excelência com o Direito e com a Justiça. Os *Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba* materializam para a comunidade de Sorocaba o empenho daqueles que integram, têm a honra de compor *A Nossa de Direito*. O permanente

desenvolvimento das letras jurídicas sempre será o nosso Norte, garantindo que a Faculdade de Direito de Sorocaba permaneça por décadas e décadas a ocupar na Academia a posição de destaque a que faz jus.

**Prof. Dr. Alexandre Dartanhan de Mello Guerra**

Coordenador da Revista e dos Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito  
de Sorocaba

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela PUC/SP Professor Titular de  
Direito Civil da FADI

Juiz de Direito no Estado de São Paulo Coordenador e Professor  
da Escola Paulista da Magistratura

e-mail: *alexandreguerra5@gmail.com*

## SUMÁRIO

### SEÇÃO I - DIREITO PÚBLICO

1. O governante e a lei segundo a concepção de sábio em Santo Tomás de Aquino  
Bruno Lincoln Ramalho Paes ..... 9
2. Estado constitucional, soberania e liberdade religiosa  
Marcelo Sampaio Soares de Azevedo ..... 24
3. Estado laico, liberdade religiosa e cidadania  
José Pedro Zaccariotto ..... 35
4. O direito fundamental à vida privada e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana na Era Digital  
Carolina Noura De Moraes Rêgo ..... 49
5. A proteção legal dos dados pessoais como efetivação do direito à privacidade  
Marcelo Crespo ..... 62
6. Representatividade adequada no processo coletivo. Breve análise comparativa dos sistemas brasileiro e americano  
Daniela Amaral dos Reis. ....77
7. Mandado de segurança: aspectos relevantes da Lei nº 12.016, de 07.08.09 à vista do Código de Processo Civil de 2015  
Alexandre Dartanhan de Mello Guerra ..... 95
8. Discrecionariade judicial: uma visão processual civil  
Denís Donoso ..... 120

### SEÇÃO II - DIREITO PRIVADO

9. A mudança do paradigma da teoria das incapacidades com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência  
Thaís Christina Gallerani ..... 135
10. Notas sobre o regime especial do Decreto-Lei nº 1.044/69 para alunos doentes  
João Baptista de Mello e Souza Neto ..... 155
11. O enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro  
Patrícia Giangiacomo Aguiar ..... 164
12. *O duty to mitigate the loss* no direito brasileiro: é justo o credor ser indenizado por prejuízos que deixou de mitigar?  
Paulo Araujo Chong..... 190
13. A dúvida registrária, A cindibilidade do título para fins de registro e o exame parcial das exigências do oficial do registro imobiliário  
Fábio Calheiros do Nascimento ..... 210

|                                                                                                                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>14. A dificuldade do registro civil das crianças havidas por meio da gestação por outrem e a casuística paulista</b><br>Francine Yamane Eugenio.....                                            | 221 |
| <b>15. A indignidade e sua repercussão nos alimentos</b><br>Fabiana Domingues Cardoso.....                                                                                                         | 234 |
| <b>16. O princípio da conservação dos negócios jurídicos nos contratos comerciais</b><br>Luís Inácio Carneiro.....                                                                                 | 255 |
| <b>17. A garantia Constitucional da Defesa do Consumidor</b><br>Frederico da Costa Carvalho Neto.....                                                                                              | 272 |
| <b>18. O princípio da igualdade e a terceirização nas relações de trabalho autorizada pelas recentes mudanças legislativas</b><br>João Batista Martins Cesar e<br>Carlos Eduardo Monti Júnior..... | 285 |
| <b>19. A dispensa coletiva no direito do trabalho brasileiro diante da Lei nº 13.467/2017: entre o retrocesso social e a resistência</b><br>Gilberto Carlos Maistro Junior.....                    | 302 |
| <b>20. Os impactos da Lei 13.467/2017 na negociação coletiva e nos princípios fundamentais do direito coletivo do trabalho</b><br>Noemia C. Galduróz Cossermelli.....                              | 325 |
| <b>SEÇÃO III - DIREITO CRIMINAL</b>                                                                                                                                                                |     |
| <b>21. A argumentação no discurso do júri</b><br>Hélide Maria dos Santos Campos.....                                                                                                               | 337 |
| <b>22. Audiência de Custódia como direito fundamental</b><br>Marcelo Valdir Monteiro.....                                                                                                          | 357 |
| <b>23. Garantias constitucionais processuais e justiça consensual podem conviver harmonicamente?</b><br>Aruel Martins.....                                                                         | 369 |
| <b>24. A Lei Maria da Penha enquanto instrumento do princípio da isonomia</b><br>Diogo Basílio Vailatti e Guilherme Piccinin De Oliveira.....                                                      | 380 |
| <b>25. A mídia e a publicidade no processo penal. Publicidade e garantia Fundamental da presunção de inocência. Direito à preservação da imagem.</b><br>Aruel Martins.....                         | 388 |

# O GOVERNANTE E A LEI SEGUNDO A CONCEPÇÃO DE SÁBIO EM SANTO TOMÁS DE AQUINO

BRUNO LINCOLN RAMALHO PAES<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Sobre o pensamento tomista. 2. Do ofício do sábio e do governante. 3. A função da sindérese. 4. A importância da lei. 5. Características da lei. 6. Classificação das leis. 6.1 A Lei Eterna (*Lex Aeterna*). 6.2 A Lei Natural (*Lex Naturalis*). 6.3 A Lei positiva (*Lex humana positiva*). 6.4 Lei Divina (*Lex Divina*). 7. Pela lei se realizará a justiça no direito. Considerações finais. Referências.

## Introdução

“Pior que tá não fica” (*sic*), com esse debochado slogan, Francisco Everaldo Oliveira da Silva, mais conhecido como Tiririca, tornou-se o deputado federal mais votado de 2010 e um dos mais votados da história. Com quase 1,4 milhão de votos, o dobro do segundo colocado<sup>2</sup>, o comediante usou de sua sinceridade: “O que é que faz um deputado federal? Na realidade, eu não sei. Mas vote em mim que eu te conto” e de sua paspalhice para alçar-se como político em Brasília. O Ministério Público, alegando que o candidato seria analfabeto, levou o caso até o Supremo Tribunal Federal, que, não obstante optou pelo arquivamento.<sup>3</sup>

Não é de hoje que a população se sente revoltada com a corrupção endêmica e resolve, à sua maneira, vingar-se nas urnas, no que é popularmente conhecido como “voto de protesto”. Em 1959, logo após a morte de Getúlio Vargas, uma grande parte do eleitorado de São Paulo votou no famigerado “Rinoceronte Cacareco” para vereador.<sup>4</sup> Não se intenta neste trabalho discorrer sobre as razões de fundo psicológico que impulsionam esses movimentos do eleitorado, tampouco investigar as questões da legitimidade e os efeitos práticos do dito “voto de protesto”. Para isto, existem incontáveis e importantes autores dedicados ao estudo do comportamento (ir)racional do eleitor, tais como os economistas da *Public Choice* se propuseram a fazer.

<sup>1</sup>Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Mestrando em Economia pelo Centro de Estudos Superiores Madri Manuel Ayau. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba (2015). Advogado.

**RESUMO:** Este artigo pretende investigar se a sabedoria é necessária para governar e, se sim, que tipo de sabedoria seria esta. Para tal, escolheu-se o teólogo e filósofo Tomás de Aquino, considerado o ponto alto da filosofia medieval escolástica e autor de obra central para a retomada do pensamento jusnaturalista. Sua concepção de lei e governo justo servirá de base para a justificativa da importância da sabedoria por parte dos homens responsáveis pela feitura e administração das leis e, assim, ao final, realizar um contraponto ao atual paradigma democratista.

Palavras-chave: Tomás de Aquino; Governança; Sabedoria; Lei; Direito Natural.

<sup>2</sup>AMENDOLA, Gilberto. O Palhaço que virou campeão de votos. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,o-palhaco-que-virou-campeao-de-votos,619965>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

<sup>3</sup>MOTTA, Severino. Ação que acusava Tiririca de ser Analfabeto é arquivada no STF. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1374631-acao-que-acusava-tiririca-de-ser-analfabeto-e-arquivada-pelo-stf.shtml>>. Acesso em: 02 ago., 2017.

<sup>4</sup>NOTÍCIAS R7. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/esquissitices/noticias/quando-sao-paulo-elegeu-um-rinoceronte-20091204.html>>. Acesso em: 02 ago., 2017.

Procura-se, por outro lado, tentar responder a outras questões de cunho teórico, como: o governante deve expressar o ideal de sábio? Deve ser justo? Como qualificar alguém como sábio ou ignorante?

Para respondê-las, optou-se pelo referencial teórico de Santo Tomás de Aquino, cuja monumental obra permite que se adentre nestas e noutras questões, articulando-as com as vicissitudes e contingências do panorama democrático atual. Sublinhe-se, não obstante, que para responder satisfatoriamente a estas indagações é preciso que se investigue o que o Aquinate entendia por sabedoria, além de quais conhecimentos proporcionam a correta ordenação da comunidade para o bem comum, cumprindo-se assim o ofício próprio do governante e, em última análise os desígnios de Deus. Tais questões em hipótese alguma constituem digressões ou puro diletantismo, mas antes integram o núcleo e a razão de ser do pensamento tomista. Em homenagem ao gosto trinitário do autor, far-se-á o seguinte itinerário: 1) identificar o que é a sabedoria, 2) identificar a natureza da lei e 3) justificar a importância do governante sábio. A terceira etapa é a conclusão lógica da primeira e segunda, e os tópicos, de certa maneira indissociáveis entre si, serão trabalhados nas próximas seções.

Inicialmente, será tratado algo da incomparável obra que o filósofo legou, que constitui o ponto mais alto da filosofia escolástica e quicá do pensamento cristão como um todo. A seguir, será apresentada a questão do ofício do governante, aproximando-o da função do sábio. Nesse sentido, sua concepção de Lei, discutida posteriormente, é fundamental para a compreensão de ideal de sabedoria e conduta a ser buscada por todo e qualquer governante. Por derradeiro, espera-se justificar a necessidade de que os homens em posição de poder político, responsáveis pelo cuidado do bem comum, sejam prudentes e dotados não só de uma formação intelectual mínima, como também possuidores de certa “sabedoria das leis”, que hoje se perdeu.

## 1. Sobre o pensamento tomista

Santo Tomás foi o responsável pela introdução da matriz aristotélica no cristianismo que, pelo menos desde Santo Agostinho, o mais importante nome da Patrística, grassava sob o platonismo. Conciliou fé e razão em toda sua obra, afirmando que a graça não suprime a natureza racional do homem, mas antes a supõe e a aperfeiçoa. Ato contínuo, sustentou a possibilidade de conciliação entre a teologia e a filosofia, entre razão e fé (*fides et ratio*), entre intelecto e Revelação, entre lei natural e lei divina.

Tendo sua configuração e metodologia própria, a filosofia não se confunde com a teologia sagrada, pois a primeira busca compreender a natureza do Ser e do mundo à luz da razão natural. No entanto, é a filosofia um *preambula fidei*, haja vista não exaurir tudo o que o homem pode conhecer. Para completá-la é preciso o auxílio da doutrina revelada, uma vez que o homem sofre de uma precariedade ontológica inerente à sua condição. Diz Aquino (2001, v. IV, p. 842) em sua *Summa*, ao tratar sobre a questão da verdade e conhecimento: “A mente humana, seja qual for sua perfeição, não pode chegar por seu raciocínio à verdade sem a iluminação divina. Esta pertence ao auxílio da graça”. Consoante ensina Reale (1990, p. 554):

A diferença entre a filosofia e a teologia não está no fato de que uma trata de certas coisas e a outra de outras coisas, porque ambas falam de Deus, do homem e do mundo. A diferença está no fato de que a primeira oferece um conhecimento imperfeito daquelas mesmas coisas que a teologia está em condições de esclarecer em seus aspectos e conotações específicos relativos à salvação eterna.

Aquino (2001, v. IV, p. 843) acreditava que os seres humanos tinham a capacidade natural de conhecer as coisas, de conhecer a verdade, tal como cria Aristóteles: “O intelecto humano tem uma forma determinada [...] que por si só é suficiente para conhecer algumas coisas inteligíveis, aquelas que podemos adquirir a partir das percepções sensíveis”, enquanto as Revelações, em contraste, destinavam-se ao conhecimento das verdades pertinentes à fé (*De Fidei*), isto é, àquilo que o homem, em sua limitação e falibilidade, não está apto a conhecer sem ajuda superior. Mas, mesmo o conhecimento que o homem pode ter com o auxílio do revelado é precário e adequado à proporção da natureza humana, pois só Deus é Ser pleno e absoluto.

Ainda sobre a importância da retroalimentação entre filosofia e teologia, entre a graça e o intelecto, o grande medievalista Étienne Gilson, citado por Reale (1990, p. 555) observa que:

É desconcertante que homens que sustentam que a graça pode tornar os homens moralmente melhores recusem-se a admitir que a revelação possa tornar a filosofia melhor. Também no nível da metafísica houve entre as doutrinas de Aristóteles e Tomás a mesma continuidade que houve entre a concepção de mundo antes da encarnação de Cristo e depois dela.

Portanto, continua Reale (1990, p. 555), “[...] a fé melhora a razão assim como a teologia melhora a filosofia”. Gilson (2001, pp. 655-656), em seu *A Filosofia na Idade Média*, argumenta em brilhante síntese que não pode nem a reta-razão (*recta ratio*) enganar, nem a correta fé dissimular, visto que ambas provêm de uma mesma causa primária: Deus. A teologia não substitui a filosofia, e nem a última consegue acessar todas as questões. Eis o tronco do pensamento tomista.

## 2. Do ofício do sábio e do governante

*Veritatem meditatibus guntur meum, et labia mea detestabuntur impium* (Pr 8,7).

“Minha boca publicará a verdade e meus lábios odeiam a impiedade.” Assim o Doutor Angélico começa a sua “Suma contra os Gentios”. Lembra que Aristóteles, em seu “Tópicos”, diz que o homem do povo considera sábio aquele que sabe ordenar as coisas e governá-las com habilidade. E por isso mesmo *pertence* ao sábio a função, entre outras, de ordenar (AQUINO, 1990, v. I, p. 19). Considerando que o fim de cada coisa no mundo é o Bem, sendo o bem aquilo a que todas as coisas tendem (ARISTÓTELES, 1973, p. 249), assim cada coisa *deve* ser ordenada para o seu fim. Tautologia? Não, antes uma teleologia, em que cada coisa se orienta por sua finalidade intrínseca (*telos*), sendo identificada com o Bem.

“O fim da arte médica é a saúde, o da construção naval é um navio, o da estratégia é a vitória e o da economia é a riqueza.” (ARISTÓTELES, 1973, p. 249) e todas estas artes possuem um artífice: o médico, o construtor, o estrategista, o economista. O sábio, todavia, ou o “nome de sábio”, como diz Aquino, está reservado àqueles que se dedicam ao fim do universo, do todo, e não ao fim de coisas específicas. E se o fim último de cada coisa é dada pelo seu autor ou motor

primeiro, e sendo o motor do universo o intelecto, conclui-se que o fim último do universo seja o bem do intelecto, a verdade (AQUINO, 1990, v. I, p. 20). A verdade, fim do universo, deve ser o objeto do sábio.

Assim como o médico, cujo objetivo é restaurar a saúde, deve por consequência combater as doenças, tem o sábio a função de discorrer sobre a verdade, afastando as mentiras e os erros. E o que é a sabedoria? É conhecer a verdade ou, antes, empreendimento incessante da busca da verdade.

Destarte, não cabe ao governante em sentido *lato* aqui trabalhado, isto é, aquele que ascende a qualquer cargo político, conhecer o fim do universo, porquanto tal tarefa esteja reservada ao filósofo. Não se trata, desse modo, do velho sonho platônico do Rei-filósofo, tal como exposto em A República. É o governante, todavia, um artífice e, enquanto tal, manejador de uma arte e um *telos*. Ora, sendo o responsável direto pelas coisas comuns de uma comunidade, a arte da governança só pode ser a busca do bem desta comunidade, isto é, a busca do bem comum.

Se ao governante recai o ônus de levar a *polis* ao Bem comum, é necessário que seja, ainda que em sentido mais restrito, sábio. E a sabedoria de um governante consiste em conhecer algo da Lei, da Justiça e do Direito.

### 3. A função da sindérese

Sendo o homem, conforme Aristóteles e Aquino, a união das três potências da alma, a vegetativa (alimentação e reprodução), sensitiva (percepção sensorial e movimento) e intelectiva (consciência e vontade), é capaz de conhecer as coisas e a finalidade de suas próprias ações, ao contrário dos animais irracionais, dotados do sensitivo e do vegetativo, e das plantas, dotados apenas do vegetativo. Se a inteligência é a faculdade material e espiritual própria do homem, capaz de ultrapassar os dados sensíveis e de penetrar na essência das coisas, não deixa de ser também participação no Bem supremo, isto é, Deus. É Ele, motor universal e imóvel, quem lança no homem a semente que germina a vontade de seguir o caminho do Bem e do Verdadeiro.

Pois bem, dotado destas faculdades, é capaz de julgar entre o certo e o errado, entre o verdadeiro e o falso, entre o Bem e o Mal; em suma, capaz de exercer seu livre arbítrio (*liberum arbitrium*), atuando no mundo enquanto agente moral. Mas a racionalidade não se separa da experiência humana cotidiana, da vivência em sociedade e de todas as vicissitudes aí envolvidas. Distinguindo ainda entre razão especulativa ou teórica, a qual visa o conhecimento para a pura contemplação, e a razão prática, que visa em última instância o conhecimento para agir, tem-se que esta última guiará naquilo a que costuma chamar-se ética. Nada obstante, esta *práxis* ética mantém em seu fundo a própria razão teórica pois “[...] não é outra coisa senão a própria razão teórica contemplada sob o aspecto de uma função especial” (PIEPER, 1974, p. 51). Porque a atuação não pode escapar dos preceitos da moralidade objetiva, a razão prática não poderá ser separada da teórica, senão que deve correspondê-la. Do mesmo modo que a razão especulativa pode e deve fazer com que o intelecto capte os primeiros princípios (como o da não-contradição ou o do terceiro excluído), deve também a razão prática decorrer de tais princípios primeiros.

A esta união entre as duas faculdades deu a filosofia escolástica o nome de

sindérese (*sinderesis*): um conjunto de primeiros princípios inatos, capazes de oferecer de maneira intuitiva uma mínima orientação para o agir moral, norteador a ação na escolha para o Bem e formulando princípios iniciais para a ética. A razão teórica, alargando-se, faz-se prática. Cabe dizer, entretanto, na busca destes primeiros princípios, o intelecto é auxiliado pela experiência, pelo hábito e pela ação no mundo.

Portanto, o homem participa no mundo por um duplo caminho. Pela razão especulativa ou teórica, descobre as leis que regem a natureza e o Ser; pela razão prática, atuando consoante a razão teórica, lembre-se, descobre as leis do correto agir para com seu próximo (ética), buscando o Bem e evitando o Mal (*bonum faciendum et male vitandum*). Nas próprias palavras do Santo (2001, v. IV, p. 560), “deve-se dizer que a sindérese se diz lei de nosso intelecto, enquanto é hábito que contém os preceitos da lei natural, os quais são os primeiros princípios das obras humanas”.

Pode a mente humana captar primeiros princípios, seja pela razão teórica, seja pela prática, não raras vezes indemonstráveis e axiomáticos, como a ideia de que toda ação visa determinado fim. E pelo uso da reta razão, pode-se descobrir leis que regem o universo, a estrutura do real e do ser, quer sejam leis de ordem física, quer sejam leis de ordem ética. A seguir, e tendo em vista tal procedimento sinderético, investigar-se-á a natureza, a função e a classificação das leis.

#### 4. A importância da lei

A concepção de lei assume na modernidade, sob a égide do positivismo jurídico, a conotação de norma positivada, posta pela autoridade competente. Não há que se falar em justo, bom e verdadeiro, porquanto tais questões sejam assuntos para filósofos, sociólogos ou de algum outro departamento extrajurídico. Mas assim não o era com a longa tradição do jusnaturalismo, assim não o era com a escolástica, e assim por certo não o era com o *Doctor Angelicus*. Abordar a questão da lei passa necessariamente pela discussão de seus fundamentos e de sua função na escala maior do significado do universo. Não havia, como se sabe, a cisão radical entre as esferas do conhecimento, que é marca eminente do racionalismo dos séculos posteriores. E qual papel exerce a lei à luz do drama geral que envolve o humano?

Deus é princípio de todo o universo e de todas as criaturas, que tiram dele a existência (causa primeira). Se todo o universo emana de Deus, se é fonte do ser, toda criatura carrega em si as marcas dessa criação. Trata-se do conceito de analogia do ser (*analogia entis*): a causa transmite-se a si própria; conforme leciona Reale (1990, p. 561), “há entre Deus e as criaturas uma relação de semelhança e dessemelhança ou, ainda, uma relação de *analogia*, no sentido de que aquilo que se fala das criaturas pode-se falar de Deus, mas não do mesmo modo nem com a mesma intensidade”.

Existindo a ligação ontológica entre Criador e criatura, há no homem um movimento ascético de retorno a esta Causa primeira, enquanto o próprio Deus chama o homem para este fim. Neste mistério, que não é senão o querigma da salvação cristã, pode o homem na sua vida moral cotidiana afirmar ou negar essa tendência, ratificar ou não a vontade divina. É nesse sentido que a realidade da lei assumirá a sua função precípua, uma vez que responde a uma necessidade da razão prática, isto é, da ética.

Considerando que toda pessoa age no mundo, realizando (ou não) os desígnios de Deus, carece de orientação interna e externa para ordenar seus atos para este fim. A orientação interna, pertinente ao campo da moral e da consciência, aqui não cabe se debruçar. À ordenação externa, entra a necessidade da lei como fonte de pedagogia do agir humano, que auxilia o homem a adaptar seus atos e objetivos ao Bem maior. Mister, portanto, regulação externa e objetiva que constrange os arbitrios, funcionando como educadora desde seu estamento mais alto (leis divinas), até suas determinações temporais e eventuais (leis humanas positivas). Pedagogia como essência utilitária da lei.

## 5. Características da lei

Tomás de Aquino define que a lei não é “outra coisa que não a ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade” (*nihil est aliud quam quaedam rationes ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitates habet promulgata*) (AQUINO, 2001, v. IV, p. 527). Trata-se de uma definição que se compõe por quatro causas aristotélicas, as quais constituem o pressuposto de toda lei: racionalidade (causa material), bem comum (causa final), representação da comunidade (causa eficiente) e promulgação (causa formal).

Por racionalidade ou causa material, entende-se o elemento de ordenação da razão. O ato de ordenar, conforme se viu, é próprio da razão. Só ela pode ajustar meios e fins e adequar as coisas ao seu *telos*. Lei é aquilo que liga, portanto que obriga a alguém a se comportar ou não se comportar de determinada maneira. A lei é então ao mesmo tempo produto da razão e ordenação da razão. É racional na medida em que provém da razão e na medida em que ordena as coisas para seus fins; e os efeitos que dela derivam, ou seja, ordenar (*imperare*), proibir (*prohibere*), permitir (*permittere*), punir (*punire*) e, em última instância, produzir bondade, trazem em si também a marca da razão. *Ergo lex est aliquid rationis*.

Por bem comum ou causa final se entende antes o bem comum supremo, Deus, pois não se olvide que a lei eterna apresenta a Deus como fim escatológico de todas as criaturas, tanto racionais como irracionais. Em segundo lugar, o bem comum identifica-se com a felicidade (*eudaimonia*) em seu sentido grego e a bem-aventurança (*beatitudo*) em seu sentido cristão. É para este caminho que a comunidade deve se inclinar porque “qualquer outro preceito sobre uma obra particular não tenha razão de lei a não ser segundo a ordenação do bem comum” (AQUINO, 2001, v. IV, p. 535).

A representação da comunidade ou causa eficiente discorrerá se compete a qualquer um fazer leis. Ora, se a lei visa a ordenação do bem comum, pertence a multidão (*totius multitudinis*), ou ao representante dessa multidão (*gerentis vicem totius multitudinis*), a legitimidade para a constituição da lei. Ou seja, cabe ao povo por vias diretas ou indiretas, a escolha dos governantes e a feitura das leis, pois todo poder por ele deve passar (*omnia potesta a deo per populum*). Homens isolados buscando bens privados, no entanto, ainda que possam governar suas casas e seus pertences, não possuem o condão de elaborar leis cogentes. “Aquele que governa uma família, pode certamente fazer alguns preceitos ou estatutos; não, porém, aqueles que têm propriamente razão de lei” (AQUINO, 2001, v. IV, p. 527). Cabe ao civil a tarefa de apenas repreender os atos que considera injustos, sem que esta censura tenha a força necessária à lei. O poder coativo, de ordenar,

proibir, permitir e punir é atributo da multidão ou da pessoa pública. É isto que significa ter o cuidado da comunidade.

A promulgação ou causa formal é a manifestação da lei aos membros da comunidade para que esta seja corretamente executada e obedecida. Neste sentido, a lei só terá força coativa, que é próprio dela, quando corretamente levada ao conhecimento dos homens, quando for acessível a qualquer cidadão. São estas os seus quatro elementos constitutivos. A seguir se verá os quatro tipos de lei: eterna, natural, humana e divina.

## **6. Classificação das leis**

### **6.1 A Lei Eterna (*Lex Aeterna*)**

Como demonstrado na primeira parte da *Summa*, Deus é o criador de todas as coisas, tal como o artista é criador do artefato. Regente e senhor do universo, vale-se da promulgação de leis eternas, que são a razão da divina sabedoria, diretiva de todos os atos e movimentos (AQUINO, 2001, v. IV, p. 547).

A lei eterna é o plano de governo para todas as criaturas. Em cada ser, em cada ente, encontra-se uma lei que seja própria de sua natureza, pois cada qual possui um lugar no projeto divino. Em que pese ninguém conhecer a lei eterna em si mesma, a não ser o próprio Deus e aqueles em estado de beatitude que com Ele estão, é dada a toda criatura racional a capacidade de conhecê-la, em maior ou menor grau, por participação. Assim como todos participam do conhecimento da verdade, todos podem vislumbrar certa irradiação da lei eterna (AQUINO, 2001, v. IV, p. 549-550).

Também a lei eterna é a causalidade primeira de todas as demais leis. É causalidade eficiente, pois todas as leis são movidas e autorizadas em última instância por ela. Em melhores palavras: “[...] em todos os moventes ordenados é necessário que a força do segundo movente derive da força do primeiro movente, porque o segundo movente não move a não ser enquanto é movido pelo primeiro” (AQUINO, 2001, v. IV, p. 551).

É causa exemplar, porque modelo supremo de justiça, bem e verdadeiro. Todas as demais devem nela se inspirar. Mas observe-se que toda lei humana, conquanto derive da lei eterna, não pode segui-la perfeitamente, tão somente prossegui-la. A lei humana é sempre uma imitação obtusa e deficitária.

É por fim causalidade final, porque todos os fins definidos pela lei humana devem estar ordenados ao bem comum, que é o objeto próprio da lei eterna de

Deus, como visto. Posto que de maneiras distintas, todas as criaturas do universo, racionais e irracionais, são regidas pela lei eterna, trazendo-a inscrita na estrutura de seu próprio ser. Enquanto as criaturas irracionais possuem-na de maneira virtual, sem a perceberem, os homens, animais racionais que são, percebem-na pelo intelecto.

Já a promulgação da lei eterna, por mais estranho que pareça - pois poderia objetar-se que não pode haver uma promulgação desde toda a eternidade -, também faz-se necessária, uma vez que é da natureza de toda lei ser promulgada. Faz-se com efeito de duas formas, eterna e temporal. A forma eterna se dá pela palavra, pelo Verbo divino, promulgada desde a eternidade. A forma temporal promulga-se pela criatura, dotado do sensorial que vê e ouve a palavra divina, nesse sentido não sendo promulgação *sub specie aeternitatis*.

Deus, causa primeira, autor das coisas visíveis e invisíveis, gerador do Ser, que por sua vez se manifesta em multiplicidade de formas e essências, chama toda a sua criação para o fim último e bem comum supremo, Ele próprio. E por isso a lei eterna é senhora de todas as coisas, confundindo-se com o próprio Deus, o único que a conhece na sua totalidade.

## 6.2 A Lei Natural (*Lex Naturalis*)

A lei natural não é senão a participação da criatura racional na lei eterna. Não é hábito, porque este é aquilo que se faz quando algo for necessário, consoante dizia Santo Agostinho. Ao contrário, é algo constituída da razão e presente nas “criancinhas e condenados” (AQUINO, 2001, v. IV, p. 560), acessível à espécie humana. É reflexo da lei eterna nesta espécie “[...] como se a luz da razão natural pela qual discernimos o que é o bem e o mal, que pertence à lei natural, nada mais seja que a impressão da luz divina em nós” (AQUINO, 2001, v. IV, p. 531).

A lei eterna e a lei natural são troncos de uma mesma árvore. A primeira, entretanto, por ser o próprio *logos* divino, compreende todo o universo, o que está na terra e acima dela, enquanto a segunda destina-se a compreensão do agir humano com seu próximo e consigo mesmo. É de certa forma a materialização racional e cognoscível daquilo que é propriamente suprracional e etéreo. Pertence ao plano da temporalidade, da finitude humana, o que faz com que esteja sujeita a algumas tribulações, como adiante se verá.

Se ao homem é dada a capacidade de participação na lei eterna pela via de seu intelecto/razão, que se pode chamar propriamente de lei natural, aos animais irracionais essa participação só poderá se dar de maneira analógica, por isso não sendo chamada de lei em sentido estrito. A participação do homem se manifesta por meio de seu intelecto e vontade, deixando impresso já em seu coração uma natural inclinação para o bem.

E aí se retorna ao conceito de *sindérese*, operação responsável pela captura do primeiro princípio da razão prática, a qual descobre o princípio mais universal e imediato: fazer o Bem e evitar o Mal (*bonum faciendum et malum vitandum*). Como são vários os princípios indemonstráveis que derivam desse primeiro princípio instantâneo, vários são também os preceitos da lei natural. Deve-se começar pelo mais próximo e evidente e chegar até os mais distantes e obscuros.

Os primeiros princípios da lei natural são comuns e cristalinos a todos, senão

que derivem de processos sinderéticos universais e imutáveis. Porém, algumas outras conclusões deduzidas dos princípios comuns podem vir a sofrer alterações em razão de maus hábitos, ignorância, paixões, vícios ou qualquer outra contingência que turve a visão humana. Os segundos princípios, consistindo em conclusões daqueles primeiros princípios, possuem certas variações de tempo e de lugar. Já os princípios terciários, consistindo em deduções daqueles segundos, apresentam-se de maneira naturalmente mutável, sofrendo pressão quase invencível dos fatores externos. Segue-se que a lei natural compõe-se de um “justo imutável” e um “justo mutável”, de sorte que o primeiro não pode ser arrancado do coração humano, enquanto o segundo é ideal a ser perseguido, sempre fugidio.

Ademais, lei natural detém quatro propriedades, quais sejam: unidade, universalidade, imutabilidade e a indelebilidade. Constituem uma só força de lei, destinam-se a toda humanidade e não a povos específicos, não se alteram e não podem ser revogados por qualquer ato ou decreto. Pode-se ver que, no que se refere aos primeiros princípios, tais propriedades mantêm-se inflexíveis, porque o justo imutável é inerente à condição humana. Quanto aos princípios secundários, de dedução mais distante, poderão ser relativizados em algumas situações. Já os princípios terciários sofrerão constante mutação, tendo em vista as contingências históricas e dramas da vida humana que demandam a alteração e adaptação da lei. A unidade da lei natural, todavia, sempre se mantém constante, tendo em vista que o caráter de multiplicidade deve ser lido sob o prisma da falibilidade da natureza humana, da incontornável dificuldade de se manter perfeita e corretamente na razão.

### 6.3 A Lei positiva (*Lex humana positiva*)

Se é certo que a lei natural é universal, pois que resulta do processo sinderético imanente ao homem, também é certo que é insuficiente e rudimentar, precisando ser concretizada e complementada ou, em uma só palavra, positivada. Trata-se aqui, de certa forma, da lei em sentido estrito (*lex*), no direito escrito dos povos. E qual a necessidade de que tais leis sejam positivadas? Ocorre que a dedução racional só pode se limitar a princípios comuns e gerais, linhas de força que não dão conta de toda a multiplicidade da conduta humana. É justamente dessa necessidade de se promulgar normas particulares a partir dos princípios comuns e abstratos, que resulta a lei humana.

Outrossim, o homem, embora tenha natural inclinação à virtude, é imperfeito e frágil. É necessário que essas virtudes sejam objetos de uma disciplina, para que o melhor nele floresça. Sim, o ideal é que pratique voluntariamente o Bem, que este seja fruto consciente de sua vontade e liberdade, mas nem sempre assim pode se dar. Dotado de um lancinante senso de realismo, Aquino (2001, v. IV, p. 573-574) concede que na sociedade humana o Bem também deve ser feito pelo medo da punição, porque, ainda que a aptidão para a virtude esteja presente no homem, este necessita da disciplina de uma fonte externa, que não é outra coisa que não a lei (*est disciplina legum*), de sorte que é temerário deixar todas coisas reservadas ao arbítrio do humano.

A lei humana é também ordenada a um fim (bem comum) e está submetida à

hierarquia de leis superiores, lei natural e divina. E, citando Isidoro de Sevilha (570-636), o filósofo diz que a lei deve ser justa, honesta, possível — isto é, factível segundo a natureza e aos costumes locais —, clara e escrita não em vista de um interesse privado, mas a favor da utilidade comum dos cidadãos. Eis as qualidades de uma boa lei positiva.

É necessário frisar, no entanto, que a possibilidade de força coativa de toda lei humana deriva de seu respeito à lei superior. Ao contrário do juspositivista Hans Kelsen, o Aquinate (2001, v. IV, p. 576) entende que a validade não é dada pela norma imediatamente superior e pela promulgação da autoridade competente, e sim da presença do Justo; justiça enquanto critério supremo de legitimação do ordenamento jurídico, pois que o contrário disso seja corrupção da lei.

Da mesma forma, refletindo sobre a licitude de se agir fora das palavras exatas da lei — questão muito pertinente aos conflitos jurídicos atuais, diga-se —, o Santo (2001, v. IV, p. 594) advoga a possibilidade de se atentar mais à causa que move o legislador do que às palavras mesmas da lei, o que o colocaria mais próximo dos subjetivistas modernas (*voluntas legislatoris*) do que dos objetivistas (*voluntas legis*). Para isto, dá o exemplo de uma lei que determina que os portões de uma cidade estejam sempre fechados. Senão, vejamos:

Dado que o legislador não pode intuir todos os casos particulares, propõe uma lei segundo aquelas coisas que acontecem o mais das vezes, levando sua intenção à utilidade comum. Por isso, se surge um caso no qual a observância de tal lei é danosa à salvação comum, não deve ela ser observada. Assim se, na cidade sitiada, se estabelece a lei de que as portas da cidade permaneçam fechadas, isso é útil à salvação comum o mais das vezes; se, porém, acontecer o caso de que os inimigos persigam alguns cidadãos, pelos quais é a cidade defendida, seria danosíssimo à cidade que as portas não lhes fossem abertas; e assim, em tal caso, as portas deveriam ser abertas, contra as palavras da lei, para que se preservasse a utilidade comum, que o legislador intenciona.

Percebe-se a adequação da lei positiva à lei natural, ao bem comum, e o reconhecimento de que a lei em seu sentido abstrato dá conta apenas das situações genéricas e mais recorrentes, enquanto as condutas e eventos são virtualmente infinitos.

Também não pode e nem deve a lei humana coibir todos os vícios, vez que é sempre imposta como uma regra ou medida dos atos humanos, destinada a uma multidão que, em sua maioria, não é perfeita em virtude. Assim sendo, não há como se proibir todos os vícios, mas tão somente os mais graves, dos quais todos possam se abster (AQUINO, 2001, v. IV, p. 586).

De certa forma se trata da ideia de direito enquanto *ultima ratio*, responsável pela preservação do civilizacional, da sociedade, que sem ele não poderia se conservar. Proíbem-se homicídios, furtos, fraudes, agressões e coisas do gênero, e não pecados e vícios privados que colocam em risco o próprio indivíduo. Conter os últimos é tarefa da moral em sentido estrito e peregrinação dos mais virtuosos, os quais não devem ser transformados em régua imposta para toda a sociedade, conquanto sejam obviamente modelos de conduta.

Quanto à divisão da lei humana, tem-se o direito das gentes (*ius gentium*) e o direito civil. O *ius gentium*, instituto herdado dos romanos, é o direito

diretamente derivado da lei da natureza, o qual forma-se a partir de conclusões diretas dos princípios, tal como a ideia de compra e venda justa. É considerada hoje a base do direito internacional, depois de ter recebidos enormes avanços teóricos com a escolástica tardia (Escola de Salamanca), inspirando a formulação dos direitos humanos como hoje se conhece. Estão, em suma, em sintonia com o direito natural, constituindo o corpo de princípios sem os quais os homens não conseguem conviver com os outros. Dito de outro modo, é a tradução do direito natural em legislação.

O direito civil, em contraste, engloba as coisas que derivam da lei da natureza a modo de determinação particular e concreta, na qual a cidade determina algo que a ela interessa (AQUINO, 2001, v. IV, p. 581). Trata-se, pois, da aplicação legislativa contingencial e específica de uma nação ou local, em determinado período do tempo, parindo o ordenamento jurídico da maneira individualizada tal como se conhece. Se no caso do direito das gentes pode-se concluir que “não se deve matar” ou “não se deve roubar” do princípio “a ninguém deve-se fazer mal”, o Direito Civil determinará que aquele que viole tais comandos seja punido por uma pena. Descobrir que tipo de pena é mais adequada ao caso subsumido, se de morte ou cárcere, se de multa ou alguma restrição, é tarefa própria deste Direito Civil, compreensivelmente mutável e local.

#### **6.4 Lei Divina (Lex Divina)**

Além da lei eterna, natural e humana, fez-se necessário a promulgação da lei divina-positiva. Ensina o Doutor Angélico que existem quatro razões para tal. Em primeiro lugar, porque é preciso que o homem seja dirigido aos fins últimos, isto é, à beatitude eterna. Ora, trata-se de um fim que excede a proporção da potência humana, que excede mesmo o conceito de felicidade e realização dos gregos (*eudaimoni* e, se assim não o fosse, bastaria que fosse dirigido pela lei natural e humana que dela derivasse. No entanto, é pelo fato de que se ordena a bens sobrenaturais, de que sua alma tende ao fim da bem-aventurança, é que se fez mister que a lei também fosse revelada.

Como segundo motivo, a incerteza do juízo humano que, sempre afeto às coisas mundanas e particulares, pode resultar em leis e sentenças distorcidas acerca dos atos humanos. “Para que o homem, pois, sem qualquer dúvida possa conhecer o que lhe cabe agir e o que evitar, foi necessário que, nos atos próprios, ele fosse dirigido por lei divinamente dada, a respeito da qual consta que não pode errar.” (AQUINO, 2001, v. IV, p. 535-536). Dito de outro modo, para que não haja dúvida sobre o que deve ser feito, Deus próprio fornece Sua lei. Em terceiro lugar, porque o homem só pode legislar sobre atos externos, enquanto a perfeição dos atos humanos só pode se dar genuinamente se for fruto de uma reta vida interior. Assim, para direcionar e coibir determinados atos interiores, sobreveio a lei divina.

Por fim, na esteira de Santo Agostinho, o pensador afirma que não pode a lei humana proibir ou punir todas as coisas más, uma vez que para isso seria preciso suprimir também muitos bens, impossibilitando a convivência humana. Sendo assim, "é necessário que de modo mais elevado seja o homem dirigido para o último fim sobrenatural. E assim se acrescenta a lei divinamente dada, pela qual a lei eterna é participada de modo mais elevado" (AQUINO, 2001, v. IV, p. 536).

A lei divina-positiva emana da lei natural por revelação, tanto no Antigo como no Novo Testamento. O teólogo dedica centenas de páginas a análise dessas leis, tanto do Decálogo, quanto da lei de Cristo. Não cabe discorrer sobre esses pormenores, que envolvem um conhecimento avançado em teologia, hagiografia e história. Basta que se diga que o Decálogo constitui o núcleo da legislação veterotestamentária, porquanto positivem diretamente as ordens emitidas por Deus a Moisés, enquanto a lei nova de Cristo reafirma e resume a lei antiga. A lei divina é uma dádiva, um presente quase supérfluo dado ao homem, auxiliando-o na descoberta do justo natural. Visa a adequação da vida interior à vida superior, religando o homem a Deus. Diz respeito menos a Cidade dos Homens e mais à Cidade de Deus.

## 7 Pela lei se realizará a justiça no direito

*Ius quod justum.* Direito é o que é justo. O realismo jurídico do *Doctor Angelicus* afirma que o direito deve seguir o modelo norteador da lei, tendo em vista que esta antecede aquele. Enquanto o grosso da filosofia jurídica contemporânea identifica o Direito com a lei, não raras vezes obliterando ou relegando o conceito de justiça a searas extrajurídicas, a filosofia tomista diferenciará os conceitos de lei, direito e justiça.

Uma trindade, como de costume. A Justiça é o objeto do Direito, que deverá dar a cada um o que é seu, e também o Direito é objeto da Justiça, que visa senão o direito de cada um. O Direito é também efeito da Lei, que foi examinada nas seções anteriores. Justiça é o ato de julgar entre os homens, devendo proferir sentenças que sejam de acordo com a reta razão (*recta ratio*) e que efetivem a lei e o direito das partes.

Se a lei determina o Direito, agora entendido como direito normativo, então o cumprimento deste constituirá a justiça. Ou melhor, *deve* constituir, porque viu-se que a lei escrita deve instituir a lei natural, que por sua vez é participação da lei eterna, concretizando assim o Direito, agora em seu sentido amplo. Mas se a lei for injusta, então a sentença nela baseada também será, não podendo a justiça ser cumprida. Igualmente, lei justa sendo interpretada por juiz com más inclinações, seja por razões passionais ou de ignorância em matéria, não poderá proferir sentença fundamentada na reta-razão e, com efeito, não efetivará a Justiça. Ora, leis e sentenças irregulares, promulgados e proferidas, respectivamente, pelo arbítrio de legisladores e juizes, não possuem sua esperada força de vinculação e poder de império. Ao contrário, ferindo o bem comum e as leis divinas, não vinculam os indivíduos.

O positivismo jurídico moderno, que não se confunde com o antigo legalismo da Escola da Exegese do século XIX, observe-se, teve a pretensão de construir uma autêntica Ciência do Direito, purgada de todos os elementos extrajurídicos que a contaminassem. Nesse sentido, Hans Kelsen "dogmatizou" o seu objeto de análise, reduzindo-o radicalmente ao estudo científico da descrição das estruturas lógicas

das normas jurídicas. Por outro lado, ao tentar eliminar o problema da legitimidade, foi obrigado a admitir que a efetividade pode afetar a validade jurídica da norma, abrindo uma brecha na pretensa pureza do seu raciocínio. Nesse sentido, o Estado moderno, que a todo custo tenta racionalizar e burocratizar ao máximo seu poder, distinguindo-o da força bruta e identificando-o com o próprio ordenamento jurídico, é de certa forma ancorado pela teoria dogmática jurídica que evita questões filosóficas acerca da natureza do direito, da lei, da justiça, da autoridade e da legitimidade. Por que obedecer? Quando? O que proporciona legitimidade a um dado ordenamento normativo?

Em tempos em que a filosofia jurídica é reduzida a noção estrita de norma, a abordagem tomista da lei é extremamente sofisticada e ampla, ensinando que as normas emanadas da autoridade devem estar em consonância com a reta-razão e o justo natural, que por sua vez buscam o fundamento na Lei eterna. Se leis humanas mudam, e é natural que assim o seja, a lei de Deus é imutável, perfeita e impossível de ser arrancada do coração humano. E esta, e somente esta, pode ser a régua perene na qual as mudanças podem ser medidas.

### Considerações finais

O estudo apresentado buscou, dentro de uma perspectiva zetético-filosófica, levantar considerações relativas ao fundamento da lei. O ponto nevralgico do trabalho traz a prerrogativa, quiçá a máxima, de que os governantes sejam sábios, tendo como parâmetro o domínio acerca dos fundamentos da lei. Não se trata, no entanto, de domínio tecnicista sobre o ordenamento jurídico vigente, de memorização robótica de normas, portarias e decretos efêmeros que se reproduzem a um ritmo alucinante. Antes, o que se reclama aqui é a necessidade de que se conheça o real ofício do governante, a importância do agir ético e probó, e a lei em seu sentido verdadeiro.

Não se tentou, ademais, responder se Tiririca está apto ou não para exercer a função de deputado, tampouco acusar qualquer membro específico da classe política. Isto é matéria de consciência individual. Buscou-se, por outro lado, traçar linhas gerais sobre a estrutura formal das leis, ainda que não se tenha entrado propriamente no conteúdo delas. Discutir quais são e como se manifestam em concreto os direitos naturais é caso para ser discutido em outro recorte. Seja como for, legisladores, juízes, burocratas e membros do executivo: quantos deles possuem o conhecimento da lei natural? Possuem algo dela inscrito no próprio coração, como viu-se no filósofo, mas sem reflexão, sistematização e expostos a brutal degradação de valores e de virtudes políticas, há muito que se pode dizer que o manancial da lei natural foi reduzido a gotas d'água em meio a um deserto.

A função do político, seja ela sob um regime monárquico, aristocrático ou democrático, é a proteção dos direitos individuais e naturais do indivíduo, não importando o contexto e o período histórico. Vida, liberdade, propriedade, dignidade da pessoa humana. Quantos estão comprometidos com esta luta?

O filósofo espanhol Ortega y Gasset costumava dizer que existem atividades e funções na sociedade que são de “caráter especial”, que consequentemente não podem ser bem executadas sem dons também especiais. A massa, se quisesse nelas intervir, deveria, com efeito, adquirir essas qualidades, isto é: deixar de ser massa. No entanto, o espírito “democratista” rousseaniano, como tanto ressaltou o filósofo americano Irving Babbitt, turvou a visão do homem moderno. Deixando de

funcionar como um instrumento (meio) para a liberdade (fim), o regime democrático tornou-se um fim em si mesmo, conceito-fetiche e inquestionável, de modo que seu antônimo seja identificado imediatamente como “ditadura” pela opinião pública. O resultado é que não há estamento humano que esteja imune a tal sanha totalizante: escola, igreja, mercado, comunidade, partido, empresa e até família, todos devem perseguir o irrefreável fluxo da “democratização”. Com efeito, o mero ato de questionar se a governança não deveria ser reservada aos membros mais sábios da sociedade se torna um verdadeiro sacrilégio. Substituição da religião pelos ídolos atuais da imanência; Democracia como o novo Deus a ser adorado.

O resultado líquido e certo é a expansão do Estado e a autofagocitose da mesma democracia, como alertara Alexis de Tocqueville e os *Founding Fathers* dos Estados Unidos. O ideal democrático é, deste modo, pervertido em nome da própria democracia, como uma cobra que engole seu rabo, destituindo o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) e demais mecanismos que limitavam o exercício arbitrário do poder. Os princípios democráticos passam a ser aplicados a uma área crescente de áreas sociais, perdendo-se a distinção entre Direito e legislação — fato também observado pelo filósofo político Bruno Leoni — enquanto o governo torna-se como que uma instituição providencial, cujo escopo de atuação é ilimitado.

Se é verdade que o direito de um é uma obrigação para com o outro, aumentar indefinidamente o número de direitos positivos implica em aumentar o número de obrigações totais em uma determinada sociedade. A não limitação dos direitos implica em crescimento ilimitado do poder. É essa a conclusão de Bertrand de Jouvenel, em sua obra *O Poder — História Natural do seu Crescimento* (1945), sublinhando que os últimos 400 anos da História consistiram na centralização do poder político, ao passo que a cultura se fragmentou. Tome-se o fato, por exemplo, de que cada vez mais dimensões da vida humana deixem de ser resolvidas na esfera da pura espontaneidade social e se tornem objeto de legislação. Criando-se uma lei a mais, é preciso haver um *enforcement* a mais, um tribunal especializado, um departamento específico, uma delegacia, um imposto para pagar a manutenção desses funcionários especializados etc. O resultado é o aumento da opressão diária sobre a vida humana, sem que haja barreiras para a expansão legiferante.

Ocorre que a existência da democracia verdadeira depende de estamentos não-democráticos, de classes intermediárias, e de uma ampla dose de *tensão* política. O conflito não se opõe ao democrático, mas antes o integra. A genuína democracia, comentava o austríaco Friedrich Hayek em *O Caminho da Servidão*, exige que os controles se restrinjam aos campos públicos que demandam a necessidade de consenso e que, nos demais campos, confie-se no acaso e na ordem espontânea da sociedade. O acaso não pode ser suprimido por planejadores centrais sem que se perca o bem básico que toda democracia almeja: liberdade.

Foi Hayek também o primeiro a notar que houve uma sutil alteração de sentido na palavra “liberdade”, que deixou de significar “livre de coerção do Estado e de outros indivíduos”, e passou a significar “livre de necessidades limitadoras”, o que provocou a confusão, por conseguinte, entre o conceito de liberdade e necessidade, liberdade e potência etc. Essa nova concepção, a qual se pode chamar de “liberdade positiva”, em contraste com a antiga “liberdade negativa” — para usar a distinção do filósofo político Isaiah Berlin — demandará que o Estado seja o provedor de inúmeras benesses, doravante denominadas

“direitos” quando de seu processo de constitucionalização.

E aí retorne-se ao autor central deste trabalho, Santo Tomás, cuja teoria deve servir de base para identificar que direitos o homem tem, e que direitos o homem *não* tem. A proliferação indevida de direitos positivos coloca em cheque a existência dos direitos naturais, vez que o fortalecimento daqueles podem custar o enfraquecimento destes.

Neste sentido, escolher bons governantes, conscientes de seus papéis na proteção dos direitos, na defesa da lei segundo a reta razão, dotados tanto de um saber técnico especializado, quanto de um saber amplo e humano, é mais imperativo que nunca. Não se propõe o retorno a um mecanismo de censo ou de exclusão de qualquer parte do eleitorado ou de candidatos, muito menos o estabelecimento de uma autocracia, mas sim o da retomada de determinados valores e princípios que se acredita essenciais não só para a saúde de qualquer regime político, como também para todo agir humano. É para isto que esse grande autor legou sua obra, não para o efêmero e o local, mas para o universal e perene.

## Referências

AQUINO, São Tomás de. **Suma Contra os Gentios**. Tradução Odilão Moura O.S.B. livros I e II. Rio Grande do Sul: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, Universidade Caxias do Sul, Livraria Sulina Editora, 1990. v. I.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Vários tradutores. São Paulo: Loyola, 2001. v. IV.

ARISTÓTELES. Tópicos. **Dos argumentos sofisticos**. Metafísica: livro I e livro II. Ética a Nicômaco. Poética. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. 4.

GILSON, Étienne. **A Filosofia na Idade Média**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

PIEPER, Joseph. **El descubrimiento de la realidad**. Madri, 1974. Trecho traduzido por Mário de Medeiros Keller.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: Antiguidade e Idade Média**. São Paulo: Paulus, 1990. pp. 552-570.

# ESTADO CONSTITUCIONAL, SOBERANIA E LIBERDADE RELIGIOSA

MARCELO SAMPAIO SOARES DE AZEVEDO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** I - Introdução. II - Noções fundamentais. III - O conceito de Soberania. IV - Os princípios gerais imutáveis e sua aplicação analógica. V - Liberdade religiosa. VI - Conclusões. Referências bibliográficas.

## I - Introdução

Em *O Homem e o Estado*, obra de 1951 que condensa a visão mais acabada do filósofo no campo da Filosofia Política, Jacques Maritain desenvolve a ideia de que as relações entre a Igreja e o Estado e o corpo político são regidas por três princípios gerais, qualificados por ele de *imutáveis*. O cerne do raciocínio está concentrado no capítulo VI do livro, *A Igreja e o Estado*, e principia pela relação entre a pessoa humana e o corpo político, pessoa que na cosmovisão católica é, concomitantemente, membro desse corpo político e superior a ele, na medida em que está marcada pela dimensão espiritual e voltada a destino supratemporal. É nesse contexto das conexões vitais entre a ordem secular e a ordem espiritual que aparecem as principais formulações acerca dos fundamentos da liberdade religiosa, da Igreja e do cristão mais especialmente, sem descurar, no entanto, do mesmo direito que deve ser desfrutado por todas as pessoas no seio da comunidade.

Esse tema das relações da Igreja com o Estado na modernidade foi largamente tratado no Magistério católico, especialmente a partir da segunda metade do século XIX e intensificando-se no decorrer do século XX, paralelamente às reflexões desenvolvidas por Maritain, e será lembrado neste texto sempre que o tema guardar pertinência com as formulações aqui desenvolvidas.

A compreensão do pensamento de Maritain acerca das relações da Igreja com o Estado e o corpo político passa necessariamente pelas ideias que ele

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor Titular de Introdução ao Estudo do Direito e História do Direito na Faculdade de Direito de Sorocaba. E-mail: marcelossazevedo@gmail.com  
Resumo: Neste artigo pretende-se analisar as articulações entre o Estado constitucional e a liberdade religiosa com fulcro nos princípios que o filósofo Jacques Maritain formulou acerca das relações da Igreja com o Estado e o corpo político. A abordagem principia pela questão da soberania, pois, para Maritain, a soberania do Estado provém do corpo político e exerce-se apenas em face de quem é parte da sociedade política, o que não é o caso da Igreja, que se vê como um todo e não parte; Igreja e Estado transitam em esferas distintas e ambos são autônomos e independentes em suas próprias ordens. É nessa perspectiva, e com esses pressupostos, que Maritain desenvolve seu pensamento acerca das relações entre a Igreja e o corpo político e o Estado, e fixa os princípios gerais que regulam essas relações. Palavras-chave: Soberania; Estado; Liberdade religiosa.

CONSTITUTIONAL STATE, SOVEREIGNTY AND RELIGIOUS LIBERTY. Abstract: "This article intends to analyze the articulations between the constitutional state and religious freedom with the core principles that the philosopher Jacques Maritain made about the Church's relationship with the state and the political body. The approach begins by the question of sovereignty, because to Maritain state sovereignty comes from the political entity and shall be exercised only in the face of those who are part of political society, which is not the case of the Church, which is a whole rather than part; Church and state transit in distinct spheres and both are autonomous and independent in their own orders. Is in this perspective, and with these assumptions, that Maritain develops his thinking about the relationship between the Church and the political body and the State, and lays down the general principles governing these relations. Keywords: Sovereignty; State; Religious liberty".

desenvolveu acerca da noção de soberania, as quais confrontam aquelas de alguns dos pensadores clássicos na modernidade. O tema da soberania é tratado por Maritain no segundo capítulo de *O Homem e o Estado* e, antes disso, se aborda no capítulo primeiro certas noções, verdadeiros conceitos incertos, que têm um uso corrente voltado a necessidades práticas e que podem ser, no entanto, inteligidas, ainda que marcadas por ambiguidades decorrentes de seu uso no decorrer da história. Estas noções serão abordadas antes de se adentrar no conceito de soberania.

## II - Noções fundamentais

A primeira abordagem envolve as noções de *Comunidade* e de *Sociedade*, frequentemente utilizadas como sinônimos, mas que contemplam naturezas distintas, cada qual com suas próprias esferas de realização. Ambas são realidades do plano ético assim como do social, não somente biológicas, mas realmente humanas, sendo que a primeira é obra da natureza e a segunda é obra da razão. A noção de comunidade se dá a partir de aspectos biológicos; sociedade, em contrapartida, traz aspectos intelectuais e espirituais; no primeiro, o objeto é um fato que precede as determinações da inteligência, e no segundo surge em vista de uma necessidade não natural, porém carregado desta característica, ou seja, surge tendo como objeto uma tarefa ou um fim, o qual não é, necessariamente, um fim último, pois na ordem secular só há fins intermediários. Afirma Maritain: “A *comunidade* é um produto do instinto e da hereditariedade em certas circunstâncias e condições históricas; a *sociedade* é um produto da razão e da força moral (aquilo que os antigos chamavam *virtude*)” (1966, p.12).

A ideia de *Nação* está referida à de comunidade, uma vez que não se trata de uma sociedade. Este conceito está fortemente ligado à noção de evolução histórica, ou construção histórica, e relacionado ao campo étnico; para Maritain, a nação surge a partir de uma consciência de si mesmo que se forma em uma dada comunidade étnica.

Uma nação é uma comunidade de pessoas que se tornaram conscientes de si mesmas, à medida que a história as foi formando, que preservam como um tesouro o seu próprio passado, que se unem a si mesmas segundo creem ou imaginam ser, com certa introversão inevitável. Esse despertar progressivo da consciência nacional é uma característica da história moderna. (1966, p. 13).

Frisa-se, nesse passo, o quanto a noção de nação pode desnaturalizar-se e descambar de modo destrutivo quando se confunde com o conceito de Estado, o que a modernidade está prenhe de exemplos explosivos como no caso do Nazismo.

A próxima noção tratada é a de *Corpo Político*, e sua abordagem se faz em conjunto com a do *Estado*, ambos pertencentes à ordem da sociedade, contrariamente à ideia de nação. Aqui é necessário proceder a um esclarecimento, ainda que sucinto, acerca dos termos empregados por Maritain, pois se distingue claramente *Estado* de *Corpo Político* logo no início da obra. Para ele, ambos integram uma mesma categoria, “mas diferem entre si como uma parte difere do todo. O *Corpo Político* ou a *Sociedade Política* é o todo. O *Estado* é uma parte — a parte principal desse todo” (1966, p.17). A parte representada pelo Estado está delimitada pelas funções que desempenha e pelos fins que persegue, sempre em proveito do corpo político: “O Estado é unicamente a parte do corpo político que se refere especialmente à manutenção da lei, ao fomento do bem comum e da

ordem pública e à administração dos negócios públicos. O Estado é uma parte que se *especializa* no interesse do *todo*” (1966, p.19-20). Nesta visão, o Estado é o instrumento do corpo político para administrar a justiça e a ordem pública em vista do bem comum.

A última noção trabalhada por Maritain é o *Povo*, o conjunto de pessoas humanas que formam um corpo político; é o conceito mais elevado dos que se propôs abordar nesse passo, pois o povo é constituído de pessoas humanas que possuem uma alma imortal e um destino eterno e que, no sentido mais político do termo, se reúnem para formar um corpo político. Como corpo político, o povo possui direito natural à plena autonomia, apesar de não ser soberano, uma vez que só há soberania quando existe um poder independente, um governo de outrem, que atua separadamente e acima do todo, o que claramente não se aplica ao povo que não pode exercer um poder separado e superior a si mesmo. Este poder é exercido por pessoas escolhidas pelo próprio povo às quais foi cometido um comando para o exercício de funções determinadas, poder que deve se sujeitar à fiscalização do povo e que não se sobrepõe à sua vontade e nem constitui uma natureza independente do corpo político: “O povo constitui a própria substância — a substância viva e livre — do corpo político. O povo está acima do Estado, o povo não existe para o Estado, mas o Estado é que existe para o povo” (1966, p.32).

### III- O conceito de Soberania

Feitos estes esclarecimentos introdutórios, para uma melhor compreensão do pensamento de Maritain acerca das relações da Igreja com o Estado é preciso primeiro colocar, ainda que de forma sumária, as ideias que ele desenvolveu acerca da noção de soberania, as quais se opõem substancialmente às de alguns luminares do pensamento político na modernidade. De fato, se partirmos da abordagem derivada especialmente do pensamento de Rousseau, mas também em certa medida do de Hobbes, não haveria espaço para as considerações que marcam as relações da Igreja com o corpo político e o Estado, nos termos propostos por Maritain. Para ele, o núcleo do *Contrato Social* de Jean-Jacques Rousseau é um mito, que ele chama de disparate, que configura um meio de transferir para o povo o poder que pertencia ao rei absoluto, poder transcendente e separado que apenas por meio do exercício místico da *Volonté Générale* transforma o povo em soberano. Nas palavras do próprio Rousseau o pacto social “[...] dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus membros e é esse mesmo poder que, dirigido por uma vontade geral, tem o nome de Soberania.” (*apud* MARITAIN, 1966, p.50).

No que tange mais diretamente ao tema que aqui nos interessa, Rousseau se apresenta como tributário de Hobbes na concepção de uma única ordem englobando a dimensão secular e a espiritual e para ele “[...] o filósofo Hobbes foi o único que viu claramente o mal e o seu remédio e que ousou sugerir a união, em uma única autoridade, das duas cabeças da águia.” (*apud* MARITAIN, 1966, p.51), fazendo com que Maritain concluísse que “O Estado de Rousseau era apenas o Leviatã de Hobbes, coroado com a Vontade Geral.” (1966, p.51).

Maritain afirma que o conceito de soberania não é válido na esfera política, ao menos quando entendido nos termos postos por Rousseau e por Hobbes, e que só se presta a descrever algo com certeza quando corretamente empregado. É o típico caso de “[...] um conceito que perde o seu veneno quando transplantado da política para a metafísica” (1966, p.54) na medida em que significa uma

independência e um poder que são supremos de modo separado, transcendente. Na esfera espiritual soberania é um conceito pertinente, pois “Deus, o Todo separado, é o Soberano do mundo criado. De acordo com a Fé Católica, o Papa, *enquanto vigário de Cristo*, é o soberano da Igreja” (1966, p.54. O grifo é nosso). O mesmo raciocínio, com trajetória inversa, foi desenvolvido por Carl Schmitt, para quem os conceitos mais relevantes da moderna ciência política são conceitos teológicos secularizados, operação da qual Rousseau se serviu para reduzir noções próprias do universo teológico a ideias aplicáveis ao âmbito político, dentre estas a de soberania (Cf. SCHMITT. 2009, p.37)<sup>2</sup>.

Segundo Maritain, apenas em sentido impróprio a noção de soberania tem pertinência e este sentido é o que reconhece:

[...] o direito natural do corpo político à plena autonomia, ou o direito, que o Estado recebe do corpo político, à máxima independência e ao máximo poder *em relação às outras partes e aos outros órgãos de autoridade da sociedade política*, ou então relativamente às relações internacionais entre Estados. (1966, p. 48-49. O grifo é nosso).

A Igreja, contudo, não se vê como uma parte, e sim como um todo, muito embora se mostre visivelmente no corpo político por meio de seus membros e de suas instituições; ela titulariza uma ordem própria na esfera espiritual, distinta da ordem política, configurando uma cisão fundamental que remonta aos seus primórdios, desde a separação operada pelo próprio Cristo entre as coisas de Deus e as de César. De fato, é apenas após o advento do Cristianismo que se operou uma separação entre as duas esferas, a secular e a religiosa, e a partir daí é possível falar em ordens distintas, qualificadas por uma natureza e por fins próprios.

Na visão católica, contudo, a distinção entre as duas ordens não significa uma separação total entre dois reinos que nunca se entrelaçam; embora exista visivelmente no corpo político, e diga-se em qualquer corpo político, por meio de suas instituições e de seus membros, a Igreja age em busca de um fim sobrenatural que lhe é próprio e que abarca, inclusive, o bem que é próprio da comunidade política. O magistério da Igreja, especialmente a partir da metade do século XIX, e tendo em vista a realidade política peculiar dos Estados nacionais, reconhece a plena autonomia da autoridade secular na ordem civil, porém afirma a existência de um fundamento único sobre o qual estão assentadas ambas as ordens. William T. Cavanaugh resume este ponto da doutrina cristã:

Quando Jesus afirma que se deve render o que é devido a Deus e o que é devido a Cesar, Ele não está almejando uma divisão de tarefas entre dois seres divinos. Não há um reino da vida chamado 'política' que está somente indiretamente sob o cuidado providencial de Deus.

<sup>2</sup> Segundo Carl Schmitt: “Todos los conceptos centrales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados. Lo cual es cierto no sólo por razón de su evolución histórica, en cuanto fueron transferidos de la teología a la teoría del Estado, convirtiéndose, por ejemplo, el Dios omnipotente en el legislador todo poderoso, sino también por razón de su estructura sistemática, cuyo conocimiento es imprescindible para la consideración sociológica de estos conceptos.”

Uma vez que se rende a Deus o que é de Deus - 'Do Senhor é a terra e tudo o que nela existe' (Sl 24,1) - não resta nada que pertença propriamente a Cesar.<sup>3</sup> (2011, p. 4-5).

O próprio Maritain vai desenvolver o tema aqui tratado com este pano de fundo, notadamente quando abordar o princípio da supremacia do espiritual. Segundo ele, a ordem natural do corpo político é a vida temporal dos homens e o seu fim é o que ele chama de *bem comum temporal*, compondo desta forma o *reino das coisas temporais* no qual o corpo político é plenamente autônomo. No entanto, a ordem própria da Igreja é de outra dimensão e dado que ela penetra no corpo político por meio de cidadãos que são seus membros, é sob a perspectiva destes cidadãos que compõe o corpo político que o Estado deve fixar, apenas nos limites da esfera temporal e em relação ao bem comum temporal, a sua posição em face da Igreja. Nessas condições, o Estado:

[...] reconhecera a personalidade jurídica da Igreja, tanto quanto a sua autoridade espiritual no governo dos seus membros dentro dos limites de sua jurisdição espiritual, e com ela se entenderia como uma sociedade perfeita e perfeitamente independente, com a qual a sociedade política estabeleceria convênios e com cuja autoridade suprema manteria relações diplomáticas. (1966, p.173).

Em suma, para Maritain a soberania do Estado provém do corpo político e exerce-se apenas em face de quem é parte da sociedade política, o que não é o caso da Igreja; Igreja e Estado transitam em esferas distintas e ambos são autônomos e independentes em suas próprias ordens. É nessa perspectiva, e com esses pressupostos, que Maritain desenvolve seu pensamento acerca das relações entre a Igreja e o corpo político e o Estado, e fixa os princípios gerais que regulam essas relações, partindo da liberdade religiosa, designadamente a da Igreja e dos cristãos.

#### IV- Os princípios gerais imutáveis e sua aplicação analógica

Previamente a apresentação dos princípios dos quais passa a se ocupar, atinentes às relações da Igreja com o Estado e o corpo político, Maritain faz duas observações, a primeira diz respeito à sua fé católica, o que significa que as formulações ora ensaiadas referem-se diretamente à Igreja Católica, e apenas de forma restrita e indireta às outras confissões religiosas, inclusive as demais denominações cristãs; a segunda observação, para frisar que este tema foi por ele meditado e estudado por um quarto de século até o momento da elaboração da obra e, portanto, trata-se de uma formulação bastante madura.

Partindo da constatação de que a pessoa humana é parte da comunidade política e concomitantemente superior a ela, Maritain formula o primeiro princípio geral que rege as relações entre a Igreja e o Estado, qual seja, “[...] a liberdade da Igreja de ensinar e pregar e cultivar a liberdade do Evangelho, a liberdade da palavra de Deus” (1966, p.149). Para o cristão, há uma ordem sobrenatural que abriga o fim último da pessoa humana e que transcende todo o universo criado, uma vida eterna que já se inicia aqui na terra e que é construída sobre verdades.

<sup>3</sup> “When Jesus suggests that God and Caesar each be rendered his due, he does not thereby envision a division of labor between two divine beings. There is no realm of life called *politics* that is only indirectly under God's providential care. Once one renders to God what is God's - 'The earth is the Lord's and all that is in it' (Ps. 24:1) - there is nothing left that belongs properly to Caesar.”

reveladas e guardadas por uma sociedade sobrenatural que é a Igreja. Este princípio será pormenorizado no próximo tópico.

O segundo princípio é o que sustenta “a superioridade da Igreja — isto é, do espiritual — sobre o corpo político ou o Estado” (1966, p.151). O corpo político se ocupa da vida terrena e seu fim é o bem comum temporal, bem dotado de dignidade própria, mas que projeta uma finalidade que o transcende; na ordem natural o corpo político dispõe de independência e autonomia, e desta feita Maritain sublinha a autonomia do Estado moderno, que não obedece às autoridades superiores, porém a ordem espiritual tem primazia sobre a temporal na medida que a vida eterna suplanta a que é finita. Ao adentrar o tema do princípio que estabelece tal superioridade, e que foi usado como título de uma de suas obras, *Primauté du Spirituel* (Primazia do Espiritual) de 1927, Maritain afirma que é determinante para o perfeito entendimento deste princípio a distinção evangélica das coisas de Deus em face das coisas de César, distinção estabelecida pelo próprio Cristo. De fato, é apenas após o advento do cristianismo que se operou uma separação entre as duas esferas, a temporal e a espiritual, e a partir daí é possível falar em ordens distintas, qualificadas por uma natureza e por fins próprios. Segundo Maritain, conforme já referido, a ordem natural do corpo político é a vida temporal dos homens e o seu fim é o que ele chama de *bem comum temporal*, compondo desta forma o *reino das coisas temporais* no qual o corpo político é plenamente autônomo: “[...] o Estado moderno, em sua própria ordem, não obedece ao comando de nenhuma autoridade superior” (1966, p.150). Cita em apoio a Encíclica *Immortale Dei*, de Leão XIII, “*utraque potestas est in suo genere, máxima*” (§19), indicando a visão que o Magistério da Igreja assume a partir do fim do século XIX frente à nova realidade do Estado nacional que se apresenta e que vai firmar a noção da “[...] *natureza intrinsecamente laica ou secular do corpo político.*” (1966, p.150)

O terceiro princípio geral apontado por Maritain é o que impõe a *necessária cooperação entre a Igreja e o Estado e o corpo político*. As ordens espiritual e temporal são distintas, e perseguem fins diversos conforme apontado nos princípios anteriores, mas não são absolutamente estanques e nem podem viver em completo isolamento, dada a relação entre o corpo político e a pessoa humana, concomitantemente membro desse corpo político e superior a ele, na medida em que está marcada pela dimensão espiritual e voltada a destino supratemporal. A união com seus semelhantes, seja na esfera doméstica seja na civil, é a única forma capaz de fornecer ao homem aquilo que é necessário para levá-lo à perfeição da existência; o homem tem uma natureza gregária que o faz viver em sociedade, pois no isolamento não consegue alcançar o que é necessário e útil à vida, uma vida plena que o encaminhe à perfeição do espírito e do coração. A despeito da distinção que existe entre a Igreja e o Estado e o corpo político, um isolamento absoluto entre eles é impossível dado que é a mesma pessoa humana que integra ambas as sociedades, a Igreja e a comunidade política. Separar absolutamente as duas sociedades é tão contrário à natureza quanto cindir a pessoa humana em duas metades distintas e, assim, o terceiro princípio geral é o que sustenta a “[...] necessária cooperação entre a Igreja e o corpo político ou o Estado.” (1966, p.151).

Antes de adentrar na exposição acerca do conteúdo dos princípios, Maritain afirma que a aplicação prática distingue-se de seu sentido; o sentido é imutável e a aplicação prática é analógica. Os princípios não são aplicados de forma unívoca, pois tal forma de aplicação não leva em consideração a realidade de momento nem o sentido do tempo; aliás, essa concepção é contraditória em si mesma na medida em que qualquer realização concreta de princípios se dá na dimensão temporal e é referenciada por determinadas circunstâncias históricas, sempre cambiantes. Em vez da perspectiva da univocidade, Maritain propõe a noção filosófica da analogia, especialmente a utilizada na metafísica tomista, como a ferramenta mais adequada para tratar deste problema. Registre-se que não é o *sentido* dos princípios que é analógico, como se estes pudessem assumir novos significados com o passar dos tempos, mas a *aplicação* dos princípios é que é analógica e, assim, a realização concreta assume formas distintas de acordo com os diversos climas históricos vivenciados pela humanidade. Diz ele:

Os princípios são, assim, absolutos, imutáveis e supratemporais. E as aplicações particulares e concretas, pelas quais têm eles de ser analogicamente realizados, e que são exigidas pelos vários climas típicos que se substituem uns aos outros na história humana — essas aplicações concretas e particulares mudam de acordo com as estruturas específicas da civilização, cujos traços inteligíveis devemos imperativamente reconhecer como peculiares a cada idade histórica determinada. (1966, p.154).

O clima histórico atual é diferente do medieval, especialmente porque o plano temporal adquiriu certa diferenciação e autonomia; a civilização moderna, ao contrário da medieval, é *leiga* e não *sacral* e o requisito básico para a cooperação entre a Igreja e o corpo político é a unidade da pessoa humana, membro da Igreja se a ela aderiu, e ao mesmo tempo membro do corpo político: “A unidade da religião não é um pré-requisito para a unidade política, e os adeptos de várias religiões ou de vários credos não religiosos têm de partilhar do mesmo bem comum político ou temporal e de trabalhar por ele.” (1966, p.157).

Nesse novo clima histórico, a atuação da Igreja no espaço político é marcada mais pela influência moral e pela autoridade do que pela coação legal e pelo poder, restritos na atualidade à sua ordem própria, sobre seus membros, mas não sobre o Estado. É desta forma, “[...] menos em termos de poder social do que em termos de uma inspiração vivificante da Igreja” (1966, p.159), que os princípios devem ser aplicados. A visão aqui difere substancialmente daquela esposada em *Primazia do Espiritual*, quando no uso do poder indireto se sustentava que se a intervenção do Papa dirigida à autoridade civil não fosse obedecida pelo conselho deveria ser pela ordem emanada da autoridade espiritual, ainda que fosse apenas para reprimir o pecado.

## V - Liberdade religiosa

O primeiro princípio geral enunciado por Maritain acerca das relações da Igreja com o Estado e o corpo político é o que sustenta a *liberdade da Igreja de ensinar e pregar e cultivar a liberdade do Evangelho, a liberdade da palavra de Deus*. É deste princípio que se ocupa mais diretamente no presente estudo.

Antes de entrar propriamente no tema da liberdade, Maritain pretende uma dupla abordagem acerca do que é a Igreja. A visão inicial é a daquele que não pertence à Igreja, do *não crente*. Para estes, a Igreja é uma instituição particular

voltada a alguns dos seus concidadãos, que se ocupa basicamente da propagação de um credo carregado de valores espirituais e dos quais depende boa parte de seus critérios morais. Aos não crentes — ao menos os de espírito democrático — compete reconhecer a Igreja como uma associação formada por alguns membros da comunidade que devem desfrutar de um direito à liberdade que inclui não apenas a liberdade de associação, “[...] mas ainda com o direito de acreditar livremente na verdade reconhecida pela própria consciência, isto é, com o mais fundamental e inalienável de todos os direitos humanos” (1966, p.148).

Na sequência, Maritain apresenta sua visão daquilo que entende ser a Igreja para o crente, a saber, uma sociedade sobrenatural com dupla dimensão, divina e humana, que é perfeita, independente e acabada em si mesma, que reúne e leva os homens à vida eterna, que guarda a verdade revelada e que ensina aos seus filhos o que recebeu do próprio Cristo. A Igreja forma um corpo, melhor dizendo é o próprio corpo do Cristo, visível quando cultua e celebra os sacramentos, invisível quando transmite a graça divina e propaga a caridade.

A liberdade da Igreja se exerce tanto na sua própria esfera espiritual, sobre seus membros, quanto na esfera política, onde exerce autoridade de caráter moral, agindo como uma influência vitalizadora, como “[...] o poder moral com o qual ela atua vitalmente, penetra e estimula, como um fermento espiritual, a existência temporal e as energias íntimas da natureza, de modo a levá-las a um nível superior e mais perfeito em sua própria ordem” (1966, p.161).

Nos documentos do Concílio Vaticano II se encontra o mesmo ensinamento sobre este duplo exercício da liberdade religiosa, que consiste de um lado em uma atuação dentro da esfera própria da Igreja, agindo sempre de forma absolutamente imune ao Estado, seja para pregar o Evangelho, administrar os sacramentos e praticar a caridade, e de outro lado agindo para fora na esfera política quando emite seus juízos de caráter moral sobre a realidade secular. É o que diz particularmente a Constituição Pastoral *Gaudium et Spes* sobre a Igreja no mundo atual, último documento a ser aprovado e também o mais volumoso do Concílio Vaticano II, afirmando em suma que a liberdade da Igreja inclui o direito de pregar e ensinar a doutrina católica, bem como emitir juízos de caráter moral acerca do universo político. (Cf. §76)<sup>4</sup>.

Aqui, mais uma vez, é preciso frisar a autonomia do corpo político em sua própria ordem, sem descambar para o absolutismo ou o totalitarismo, cegos para a dimensão espiritual; a independência do Estado e do corpo político não é atingida quando reconhece a liberdade de religião e permite a influência desta na vida terrena, conforme a *Lei da Primazia do Espiritual* cunhada por Maritain. Ao tratar

---

<sup>4</sup> [...] É certo que as coisas terrenas e as que, na condição humana, transcendem este mundo, se encontram intimamente ligadas; a própria Igreja usa das coisas temporais, na medida em que a sua missão o exige. Mas ela não coloca a sua esperança nos privilégios que lhe oferece a autoridade civil; mais ainda, ela renunciará ao exercício de alguns direitos legitimamente adquiridos, quando verificar que o seu uso põe em causa a sinceridade do seu testemunho ou que novas condições de vida exigem outras disposições. Porém, sempre lhe deve ser permitido pregar com verdadeira liberdade a fé; ensinar a sua doutrina acerca da sociedade; exercer sem entraves a própria missão entre os homens; e pronunciar o seu juízo moral mesmo acerca das realidades políticas, sempre que os direitos fundamentais da pessoa ou a salvação das almas o exigirem e utilizando todos e só aqueles meios que são conformes com o Evangelho e, segundo a variedade dos tempos e circunstâncias, são para o bem de todos.

das formas específicas de mútua assistência entre a Igreja e o corpo político, Maritain sustenta que a mais fundamental é o reconhecimento e a garantia pelo Estado da plena liberdade da Igreja, o que é também uma forma de cooperação entre ambos, ainda que negativa. É preciso cuidado, contudo, para não cair em erros históricos, como o sucedido na França pós-revolucionária, quando a liberdade assumiu um caráter de mútua ignorância e levou o Estado a imiscuir-se em assuntos espirituais em franca e violenta oposição à Igreja.

Na sequência, Maritain passa a apontar as razões que sustentam a liberdade religiosa e, mais particularmente, a da Igreja: “A plena liberdade da Igreja é, ao mesmo tempo, um direito proveniente de Deus e próprio a ela, assim como uma exigência do bem comum da sociedade política” (1966, p.153).

A soberania da Igreja na sua própria ordem não se assenta simplesmente na exigência da liberdade de associação, e nem mesmo da concessão por parte do Estado do livre exercício da crença religiosa, “[...] mas essa liberdade da Igreja aparece como fundada nos próprios direitos de Deus e idêntica à Sua própria liberdade em face de qualquer instituição humana. A liberdade da Igreja exprime a própria independência do Verbo Encarnado” (1966, p.149). Para ele, portanto, o fundamento encontra-se no dado revelado e que pode, no entanto, ser lido de forma concomitante pela razão humana como algo inerente à pessoa humana, dotada daquilo que ele chama *direito primordial*: “Garantir à Igreja uma liberdade plena e o exercício livre de sua missão espiritual é uma exigência fundamental dos direitos por Deus concedidos à Igreja, tanto quanto a expressão do respeito pelos direitos primordiais da pessoa humana” (1966, p.149).

De outro lado, o direito de liberdade religiosa, tal como historicamente posto no ordenamento estatal, especialmente na conformação do Estado Constitucional, corresponde a uma dimensão fundamental do bem comum temporal construído pelos indivíduos e pelas comunidades. É assim que Maritain coloca a liberdade da Igreja também como “[...] uma exigência do próprio bem comum do corpo político. É uma condição para a irradiação do fermento do Evangelho, por todo o corpo social, de que necessita, em sua própria esfera de ação, o bem comum temporal” (1966, p.175). Neste caso, é o Estado agindo na sua própria esfera secular, traçando para si mesmo os limites de sua atuação, tendo em vista o bem comum da sociedade política e, garantindo “[...] a plena liberdade da Igreja em sua missão espiritual, está o Estado atuando em seu próprio terreno, por estar garantindo o bem comum do corpo político” (1966, p. 175). E o respeito à liberdade da Igreja, nesta era secular, não implica ofensa ao princípio da igualdade, pois “[...] pode o Estado conceder essa garantia — e é assim que melhor pode assegurá-la em nossa era histórica — sem atribuir nenhum privilégio especial aos cidadãos que sejam membros da Igreja” (1966, p. 175).

A liberdade da Igreja, no entanto, não significa indiferença ou absoluta impotência por parte do Estado nas questões de moral e de religião. É certo que no âmbito da consciência todos os caminhos estão vedados à atuação estatal, contudo deve o Estado atuar no campo da moralidade, particularmente no exercício da justiça e do respeito à lei. O mesmo se diga no que tange à religião, com certas ressalvas, pois aqui “[...] o Estado tem de tratar delas em certo plano, que é o plano da paz civil e do bem-estar, e considerando-as do seu ponto de vista, que é o ponto de vista do bem comum temporal” (1966, p.172). Maritain exemplifica, neste passo, com o

reconhecimento institucional de certas confissões religiosas, enraizadas historicamente na vida da nação, e de outro lado com a rejeição da mesma institucionalidade quando as entidades professarem algo que possa ofender ou mesmo destruir as bases da sociabilidade, e.g. suicídio coletivo ou aniquilamento racial. O fundamento aqui está alicerçado na igualdade de direitos independentemente da confissão professada, e implica na distribuição da justiça que está na esfera de competência do Estado.

## VI - Conclusões

Ao concluir o estudo do tema, Maritain insiste na perenidade dos princípios que regem as relações da Igreja com o Estado e o corpo político, ao mesmo tempo em que reforça que sua aplicação só pode ser feita de forma analógica; o que valeu para a civilização sacral da Idade Média continua valendo para os nossos dias, para a era do Estado constitucional. Os parâmetros fixados na noção de liberdade religiosa, a ideia de supremacia do espiritual e a necessária cooperação entre as duas ordens têm aplicação em qualquer contexto — que ele chama de *climas históricos* — inclusive na nossa civilização secularizada, e o que muda é apenas o modo de aplicação destes princípios. Ontem, como hoje, a pessoa humana está vocacionada a perseguir não apenas bens que se esgotam na dimensão material, dimensão regida pelo Estado constitucional, mas busca também, e sobretudo, bens de natureza espiritual que transcendem esta ordem temporal, bens que possam levá-la à perfeição da existência.

A visão de Maritain, assim, é incompatível com as formulações de Hobbes e de Rousseau acerca do poder absoluto que o corpo político teria sobre todos os seus membros, e a concepção daí decorrente de uma única ordem englobando a dimensão secular e a espiritual, ambas regidas por uma mesma autoridade. O pensamento do filósofo, ao contrário, está edificado sobre o pressuposto da existência de duas ordens distintas, as quais correspondem à dupla dimensão da natureza humana, material e espiritual, e ele não hesita em apontar dados revelados como o fundamento último da existência de uma ordem própria da Igreja, e de sua correspondente liberdade; com efeito, se na esfera secular a liberdade da Igreja corresponde a uma exigência do próprio bem comum do corpo político, como corolário da liberdade de associação e do livre exercício da crença religiosa, na ótica cristã *a liberdade da Igreja exprime a própria independência do Verbo Encarnado* em face de qualquer instituição humana.

## Referências bibliográficas

CAVANAUGH, William T. *Migrations of the Holy. God, State, and the political meaning of the Church*. Cambridge/UK: Eerdmans, 2011.

**Constituição Pastoral Gaudium et Spes sobre a Igreja no mundo actual (1965).**  
Disponível em: <[vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vat-ii\\_const\\_19651207\\_gaudium-et-spes\\_po.html](http://vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html)>.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica*

**e Civil.** Tradução João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

MARITAIN, Jacques. **O Homem e o Estado.** Rio de Janeiro: AGIR, 1966.

MARITAIN, Jacques. **Primacia de lo espiritual.** Tradução Mariano Argüello. Buenos Aires: Club de lectores, 1947.

Papa Leão XIII. **Encíclica Immortale Dei.** Disponível em: <[vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_01111885\\_immortale-dei.html](http://vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_01111885_immortale-dei.html)>.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política.** Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía. Trad. Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. Madrid: Trotta, 2009.

# ESTADO LAICO, LIBERDADE RELIGIOSA E CIDADANIA

JOSÉ PEDRO ZACCARIOTTO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O Estado laico e seu conteúdo juspolítico. 2. A laicidade e a liberdade religiosa. 3. Laicidade *versus* laicismo. 4. A intolerância religiosa e o seu necessário combate. 5. O Estado laico, o novo ateísmo e a cidadania em risco. Considerações finais. Referências bibliográficas.

## Introdução

Há algum tempo, notadamente em meio a acirrados debates políticos, tem-se visto a frequente invocação do “Estado Laico”, normalmente recitado na forma de um mantra ou de uma fórmula mágica, a esconjurar as convicções, os correspondentes posicionamentos e comportamentos ou até mesmo a vontade daqueles que possuem e professam algum credo religioso.

Partindo de premissas absolutamente equivocadas, tais censores costumam confundir o “Estado Laico”<sup>2</sup> com uma espécie de Estado ateu<sup>3</sup>, cuja triste existência e opressiva conformação, como lastimavelmente se pode registrar em tantos lugares do mundo ao longo do último século, tornavam a crença e o exercício religiosos proibidos e, nessa medida, viam-se os crentes invariavelmente submetidos a perseguições e, também, não poucas vezes, à prisão, à tortura e à morte.

Essa concepção, indubitavelmente desarrazoada e antidemocrática, tem levado os seus adeptos a pressionar e coagir os fiéis religiosos a abandonar os seus credos ou, quando menos, abster-se de professá-los e vivê-los em público. Essa situação de intolerância, que em nada se afina à ideia de cidadania e ao ideal de neutralidade inerente ao verdadeiro e legítimo Estado Laico<sup>4</sup>, visa, em verdade, à

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Paulista. Professor da Faculdade de Direito de Sorocaba. Advogado. Autor de “A Polícia Judiciária no Estado Democrático”, pela Editora Brazilian Books.

<sup>2</sup> Não raro e curiosamente gritado em coro, a lembrar crianças contrariadas que, tapando os ouvidos, põe-se a fazer barulho no afã de abafar a fala alheia. Como afirmava George Orwell, “*A liberdade é o direito de dizer às pessoas o que elas não querem ouvir.*”

<sup>3</sup> Como bem ilustram Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, “*O Estado brasileiro não é confessional, mas tampouco é ateu, como se deduz do preâmbulo da Constituição, que invoca a proteção de Deus*” (CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 408). Nessa mesma e exata linha posiciona-se Alexandre de Moraes: “*Observe, porém, que o fato de ser uma Federação leiga não a confunde com os Estados ateus, pois o Brasil, expressamente, afirma acreditar em Deus, quando no preâmbulo da Constituição declara: ‘Nós, representantes do povo brasileiro (...) promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil’.*” (CONSTITUIÇÃO DO BRASIL INTERPRETADA E LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL. São Paulo: Atlas, 2002, p. 639 - grifo nosso). Vide, igualmente, MARTINS, Yves Gandra da Silva. Estado laico não é Estado ateu. CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-26/ives-gandra-estado-laico-nao-estado-ateu>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

<sup>4</sup> “*ESTADO - LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões.*” (STF. ADPF 54 / DF - Relator Min. MARCO AURÉLIO - 12/04/2012 - Tribunal Pleno - DJe-080 - grifo nosso).

eliminação da religião, expulsando-a das relações públicas<sup>5</sup>, aos moldes do que anteriormente passado, como acima suscitado, em Estados totalitários de abominável memória.

Portanto, tendo em vista esse pernicioso e transgressor quadro, impõe-se aclarar o efetivo significado e os lógicos consecutórios desse decantado Estado Laico, em tarefa que, diante das possibilidades deste trabalho, se procurará levar a termo de forma tão objetiva quanto viável, com indefectível fulcro no Direito.

## 1. O Estado laico e seu conteúdo juspolítico

Convém, de pronto, valendo-se do magistério de doutos juristas, bem situar o Estado brasileiro em face da proposta discussão. Com esse sentido, de ótimo alvitre focalizar os claros ensinamentos de Alexandre de Moraes: “*A República Federativa do Brasil é leiga ou laica, uma vez que há separação total entre Estado e Igreja, inexistindo religião oficial*”<sup>6</sup>.

Um passo a frente, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco acrescentam e elucidam que “[...] a laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé”<sup>7</sup>, concorrendo, em sentido diametralmente oposto, para “a colaboração de interesse público”, na forma textualmente assentada na Constituição da República.

À sua vez, André Ramos Tavares reitera que a laicidade estatal coloca-se como uma proibição, um impedimento de adoção pelo Estado de uma religião oficial, minuciando:

*A vedação compõe-se da seguinte forma: em primeiro lugar, não podem ser estabelecidos cultos religiosos ou igrejas pelo Poder Público, seja direta, seja indiretamente. Assim, a adoção de uma única fé religiosa por escolas públicas, obrigando-a a seus alunos, é uma forma de confrontar o comando constitucional. Em segundo lugar, é proibida qualquer espécie de subvenção pública a alguma religião ou igreja. Também é vedado que se mantenha, com estas ou seus representantes, relações de dependência ou aliança. Em terceiro lugar, e como decorrência tanto da liberdade de crença, estabelecida no art. 5º, VI, da CF, como da característica laica do Estado brasileiro, tem-se a proibição de embarçar o funcionamento de cultos religiosos ou igrejas.*<sup>8</sup> (grifo nosso)

Tais formulações, de fácil compreensão, apenas corroboram as clássicas doutrinas políticas acerca da laicidade estatal que, de forma convergente ensinam, como assevera Zanone, que:

*O Laicismo rejeita os sistemas onde o Estado subjuga a Igreja ou a reduz a um ramo de sua própria estrutura administrativa. Enfim, visto que não defende somente a*

<sup>5</sup> MACHADO, Jonatas E. M.. ESTADO CONSTITUCIONAL E NEUTRALIDADE RELIGIOSA. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.24.

<sup>6</sup> Op. cit., p. 639. Nessa mesma linha, considerando a perspectiva da liberdade religiosa, J. J. Gomes Canotilho anota a consecutória “proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial”<sup>6</sup>. (DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO. 3. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 1998, p. 359).

<sup>7</sup> Op. cit., p. 409.

<sup>8</sup> TAVARES, André Ramos. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 941.

*separação política e jurídica entre Estado e Igreja mas também os direitos individuais de liberdade em relação a ambos, o Laicismo se revela incompatível com todo e qualquer regime que pretenda impor aos cidadãos, não apenas uma religião de Estado, mas também uma irreligião de Estado.*<sup>9</sup>(grifo nosso)

Portanto, aflora seguro afirmar que o Estado, quando realmente laico, deve necessariamente se apresentar **neutro em matéria religiosa**, o que importa em (i) não professar religião alguma (o ordenamento estatal não tem por necessária referência a verdade religiosa), (ii) não proibir religião alguma (podendo apenas limitar o seu exercício se e quando, desnaturado, atentar gravemente contra a moralidade ou a ordem pública), em reconhecimento ao fato de o ser humano possuir uma dimensão religiosa que ultrapassa as pretensões racionalistas e a natureza estatal.

De efeito, ao Estado dito laico não foge a convicção, por um lado, que há uma dimensão da existência humana que é propriamente secular, política (da qual os indivíduos necessariamente participam como cidadãos, **inclusive os religiosos**), e que é regida por instituições, normas e autoridades temporais, estando, portanto, sujeita a uma jurisdição estatal. Mas, de outro lado, que a existência humana se projeta num segundo espaço, de natureza espiritual, que a completa ontologicamente, e está sujeita a ordenamento distinto daquele de índole meramente jurídico, pois se trata de uma ordem imaterial e moral supraestatal. Este é o campo por excelência no qual operam, por exemplo, as igrejas cristãs, que *estão no mundo*, mas apontam para a transcendência deste mundo mediante a proclamação de verdades cujo depósito lhes é confiado. E nesse âmbito, o Estado, porque laico, não pode se imiscuir, sob qualquer pretexto.

## 2. A laicidade e a liberdade religiosa

Prevê o nosso Estatuto Jurídico Fundamental:

*Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:  
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (grifo nosso)*

Como uma vez mais se percebe, a regra do Estado Laico nada impõe além da neutralidade dos Poderes Públicos em face dos credos e suas instituições, não se assemelhando a um brado antirreligioso, qual desejado e buscado por alguns.

Importa, ademais, ter em mente que a "neutralidade" estatal não opera apenas no sentido do reconhecimento de um campo autônomo e independente para a religião (proclamação de uma verdade que aponta para o transcendente, além de jurisdição soberana e instituições, práticas, doutrinas, rituais e hierarquias próprias), mas também no sentido de tornar o campo político permeável à visão de mundo das confissões religiosas — admitindo-se expressamente a “colaboração de interesse público” —, naturalmente segundo normas e procedimentos próprios da esfera política.

---

<sup>9</sup> ZANONE, Valerio. Laicismo, p. 671.

Antes ainda, a própria invocação da proteção divina constante do preâmbulo constitucional<sup>10</sup> já patenteava o reconhecimento, nos planos político e jurídico, da dimensão espiritual do ser humano que, depois, consoante a liberdade de consciência e de crença consagrada como direito fundamental, poderá ou não ser individualmente assumida e vivificada.

Nesse passo, diversos são os cânones que evidenciam o respeito e principalmente a viabilização constitucional da vivência religiosa, nos claros termos adiante elencados:

*CF, art, 5º, VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;*

*CF, art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*VI - instituir impostos sobre*

*b) templos de qualquer culto;*

*CF, art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.*

*§ 1º - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.*

*CF, art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:*

*CF, art. 226, § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. (grifo nosso)*

Portanto, a neutralidade estatal em relação aos credos e instituições religiosos não deve e nem pode ser entendida como uma imposição de alheamento ou mesmo de escrupuloso distanciamento dos fiéis e de suas organizações da vida pública e/ou estatal. Em sentido diametralmente oposto, afiança Scalquete: *“O fato de o Estado se declarar laico não significa que há repúdio a qualquer tipo de credo ou religião, muito pelo contrário, há uma relação de cooperação entre ambos sendo respeitados a liberdade e o pluralismo religiosos de seus componentes.”*<sup>11</sup> (grifo nosso)

Ora, como duas realidades sociais não excludentes ou antagônicas, o Estado Brasileiro e as Igrejas possuem, noutra mão de direção, a imperiosa obrigação — a priori ética, mas que adquire consistência e relevo jurídico diante dos valores comuns positivados na nossa Carta Magna —, de se ombrearem no afã da construção de uma sociedade livre, justa e, notadamente solidária, qual vaticinado pelo já citado preâmbulo constitucional. Outra não é a lição da Ministra Carmén Lúcia:

*Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 [...]. Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade*

<sup>10</sup> *“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.* <sup>11</sup> SCALQUET. Rodrigo Arnoni. HISTÓRIA DO DIREITO: PERSPECTIVAS HISTÓRICO-CONSTITUCIONAIS DA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E RELIGIÃO, p. 123. (grifo nosso)

*haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...] E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que 'O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. 'Assegurar', tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu 'exercício'. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de 'assegurar', tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico' [...]. Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade.<sup>12</sup>*

Advirta-se, nesse passo, em nome da boa-fé que deve reger as relações cidadãs, que as ações solidárias encetadas entre Estado e Igrejas não podem, consequentemente, ser tomadas, máxime de forma preconceituosa e/ou licenciosa, como atentatórias ao Estado Laico. Impõe-se, consoante exigências da legalidade, da moralidade e da razoabilidade, o encetamento dos esforços necessários à correta compreensão dessa dimensão estatal, sob pena de se perder de vista que as vertentes instituições possuem objetivos comuns, cujo ponto mais alto e de convergência identifica-se com a defesa e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, não se pode olvidar que a liberdade religiosa também é objeto de expressa proteção constitucional, nos termos seguintes:

*Art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;*

*VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (grifo nosso)*

Abundam prescrições no ordenamento jurídico pátrio a lastrear e dar vida a esse direito, a começar pelos tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil, dentre os quais merecem realce:

#### **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM <sup>13</sup>**

*Artigo 18 - Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.*

#### **PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS <sup>14</sup>**

*Artigo 18.1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. (grifonosso)*

<sup>12</sup> ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008. <sup>13</sup> Adotada e proclamada pela Assembleia Geral na sua Resolução 217A (III), de 10 de Dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data.

<sup>14</sup> Incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por força do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992

2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

4. Os Estados partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais — e, quando for o caso, dos tutores legais — de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS  
HUMANOS PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA <sup>15</sup>

#### **Artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião**

§1. *Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião.* Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a **liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.**

§2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

§3. *A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.*

§4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. (grifo nosso)

#### **DECLARAÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE INTOLERÂNCIA E DISCRIMINAÇÃO FUNDADAS NA RELIGIÃO OU NAS CONVICÇÕES** <sup>16</sup>

Artigo 1º §1. *Toda pessoa tem o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito inclui a liberdade de ter uma religião ou qualquer convicção a sua escolha, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções individuais ou coletivamente, tanto em público como em privado, mediante o culto, a observância, a prática e o ensino.*

Artigo 2º §1. *Ninguém será objeto de discriminação por motivos de religião ou convicções por parte de nenhum Estado, instituição, grupo de pessoas ou particulares.*

§2. *Aos efeitos da presente declaração, entende-se por "intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções" toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.* (grifo nosso)

Extraí-se, com efeito, desse arcabouço normativo o firme lineamento do direito em voga, que assim se há deduzido especificamente em face da questão posta: a **liberdade de crença é inviolável, podendo cada um ter a sua religião, manifestá-la e difundi-la, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. Eventuais restrições ao exercício religioso somente poderão ser**

<sup>15</sup> Incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por força do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

<sup>16</sup> Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 25 de novembro de 1981 - Resolução 36/55.

**impostas por lei, consoante os paradigmas da moralidade, da razoabilidade e proporcionalidade.** Ou na abalizada dicção de Jacques Robert:

*A religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples contemplação do ente sagrado, não é simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida.*<sup>17</sup>(grifo nosso)

Em outras palavras, mas não de forma menos clara, André Ramos Tavares define o discorrido direito fundamental como a liberdade:

*i) de opção em valores transcendentais (ou não); ii) de crença nesse sistema de valores; iii) de seguir dogmas baseados na fé e não na racionalidade estrita; iv) da liturgia (cerimonial), o que pressupõe a dimensão coletiva da liberdade; v) o culto propriamente dito, o que inclui um aspecto individual; vi) dos locais de prática do culto; vii) de não ser o indivíduo inquirido pelo Estado sobre suas convicções; viii) de não ser o indivíduo prejudicado, de qualquer forma, nas suas relações com o Estado, em virtude de sua crença declarada.*<sup>18</sup> (grifo nosso)

### 3. Laicidade versus laicismo

Nessa senda, o encimado publicista adverte para a crucial distinção a ser feita entre *laicismo* e laicidade, assim na medida em que o primeiro traduz e defende a aberta hostilidade estatal à religião e às suas práticas, mesmo diante do reconhecimento da fé popular e da rejeição pública a essa autoritária imposição. Já a laicidade, explica, reporta-se unicamente à neutralidade e à isenção do Estado em face das religiões, qual já definido pela Suprema Corte norte-americana: “*O tanto que o poder do Estado não deve ser utilizado de maneira a favorecer as religiões, não deve ser para ceifá-las*” (caso *Everson v. Board of Education - U.S. 1, 18 - 1947*).<sup>19</sup> (grifo nosso)

Numa absurda distorção do princípio da neutralidade estatal em questões religiosas, essa falsa laicidade procura, a partir de pequenos gestos, gradualmente afastar a religião e as suas manifestações do espaço público, a fim de cabalmente confiná-la — e este é o termo exato, pois bem exprime a segregação intencionada — a âmbitos ocultos, privados da contemplação e do conhecimento alheios. Bem o desnuda Santamaria:

*Também se invoca a laicidade para pedir que se retirem os crucifixos das salas de aula ou dos organismos públicos, ou para proibir que uma jovem estudante vá à escola com o véu islâmico ou um funcionário traga algum tipo de distintivo religioso.*

<sup>17</sup> Apud SILVA, Jose Afonso. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 249).

<sup>18</sup> TAVARES, André Ramos. Religião e neutralidade do Estado. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coords.). DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA: DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA O SÉCULO XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 55-56. E ainda completa o mesmo autor: “*O laicismo significa um juízo de valor negativo, pelo Estado, em relação às posturas da fé. Baseado, historicamente, no racionalismo e no cientificismo, é hostil à liberdade de religião plena, às suas práticas amplas. A França, e seus recentes episódios de intolerância religiosa, pode ser aqui lembrada como exemplo mais evidente de um Estado que, longe de permitir e consagrar amplamente a liberdade de religião e o não comprometimento do Estado, compromete-se, ao contrário, com uma postura de desvalorização da religião, tomando o Estado inimigo da religião, seja ela qual for. Já a laicidade, como neutralidade, significa a isenção acima referida.*”(p. 58).

<sup>19</sup> Idem, p. 58-59.

*Enfim, decreta-se a incompatibilidade entre os símbolos religiosos e os espaços . públicos  
Este conjunto de conflitos, que abrange uma casuística muito mais ampla, derivada  
uma mentalidade bem concreta que recebe o nome de laicismo. De acordo com  
semelhante mentalidade, o espaço público – entendido física e moralmente – deve  
ser um espaço livre de influências religiosas.<sup>20</sup>*

A toda evidência, o *laicismo* conflita frontalmente com a exposta realidade constitucional pátria. Manifestando-se em diversos níveis em diferentes Estados – desde as terríveis perseguições religiosas e clericais recorrentemente promovidas por regimes de características totalitárias e materialistas <sup>21</sup>, até certas formas repressivas hodiernas, mais brandas e até dissimuladas, que procuram mutilar ou mesmo cassar a cidadania daqueles que professam uma fé –, essa *laicidade de combate* (como eufemisticamente o *laicismo* também é tratado), obviamente não encontra escora no ambiente democrático, pluralista, onde a política e o direito devem corresponder a meios de realização de valores essenciais (igualdade, liberdade, solidariedade) de convivência e de dignidade humana (direitos fundamentais).

A pretensão de se estabelecer “uma irreligião de Estado”, como salienta Zanone, colide frontalmente com a liberdade religiosa assegurada pelo arcabouço jurídico pátrio, qual acima cristalinamente evidenciado. E completa o douto autor:

*O Estado leigo, quando corretamente percebido, não professa, pois, uma ideologia “laicista”, se com isto entendemos uma ideologia irreligiosa ou anti- religiosa. A relação entre temporal e espiritual, entre norma e fé, não é relação de contraposição, e sim de autonomia recíproca entre dois momentos distintos do pensamento e da atividade humana.* <sup>22</sup>(grifo nosso)

#### 4. A intolerância religiosa e seu necessário combate

Aliás, esse combate aberto à fé e às religiões tem ensejado, em nosso conturbado país, alguns episódios desveladores da veia cômica de alguns juristas, como se pode extrair, por exemplo, do interessante artigo denominado “*Como assim, a ‘inconstitucionalidade’ de Deus?*”, da lavra de Lenio Luiz Streck, no qual houve-se analisada a ação civil pública intentada em São Paulo, pelo Ministério Público Federal, para a retirada do enunciado “*Deus seja louvado*” das cédulas da nossa moeda, o real.

<sup>20</sup> SANTAMARIA, Francisco. A RELIGIÃO SOB SUSPEITA: LAICISMO E LAICIDADE, p. 6/7. A propósito, insta recordar que o Conselho Nacional de Justiça entende que o uso de símbolos religiosos em órgãos da Justiça não fere o princípio de laicidade do Estado. O entendimento ficou expresso no julgamento de quatro pedidos de providência (1344, 1345, 1346 e 1362) que questionavam a presença de crucifixos em dependências de órgãos do Judiciário (<http://www.cnj.jus.br/noticias/64462-uso-de-solos-religiosos-nfere-laicidade-do-estado>). É nesse plano, por exemplo, que os mais lúcidos vêm concebendo o enraizamento histórico-cultural das manifestações religiosas no seio da comunidade e, assim legitimada, suas pertinentes presenças no âmbito das instituições fidedignamente democráticas.

<sup>21</sup> Como verificado na antiga URSS, na República Popular da China, no Vietnã unificado e na Alemanha Nazista, por exemplo.

<sup>22</sup> Op. cit., p. 670 - grifado).

Diante dessa insólita e surreal proposição<sup>23</sup>, o bem humorado doutrinador pôs-se a antever outras extravagâncias do gênero, como a declaração da inconstitucionalidade dos feriados religiosos, a mudança da denominação de certos Estados e Municípios por decisão

judicial, ou até a apreensão de veículos que vierem a trafegar em via pública levando em seus vidros adesivos contendo alguma menção à divindade. Ou em suas próprias palavras:

Eventualmente um cidadão que tenha Santo ou São no nome, deverá imediatamente alterá-lo. Sim, porque pode ‘incomodar’ o próximo. Jogadores de futebol não deverão fazer o sinal da cruz, porque a televisão, concessão pública, estará transmitindo e isso poderá ‘incomodar’ parte da malta.<sup>24</sup>

Todavia, é de se ter em mente que as aventadas pilhérias, ao menos em parte, vêm lamentavelmente ganhando concretude em nosso cotidiano. Nesse plano, merece destaque caso que se relaciona ao jocoso exemplo do jogador de futebol, pois não é que, há alguns anos, um conhecido jornalista esportivo, ombreando-se à congênere iniciativa da FIFA (então sob a gestão do corrupto e hoje desmoralizado Joseph Blatter), veiculou publicamente o seu incômodo com alguns atletas — entre eles Kaká — que, ao comemorar um gol, revelavam, por meio de gestos ou escritos, suas crenças religiosas. Segundo esse veterano profissional de imprensa, tais atitudes — como a comemoração durante a qual o jogador simplesmente aponta os dedos para o céu — denotariam “merchandising religioso”, entendido como uma espécie de tentativa de “nos enfiar suas crenças goela abaixo” (*sic*)!<sup>25</sup>

Entrementes, para além do caráter inconfundivelmente burlesco das citadas pretensões (algumas, como visto, infelizmente levadas a cabo com recursos públicos), tais projeções escancaram a presença real, a fúria e a ousadia do pensamento *laicista* em nosso meio, onde por vezes aflora até beirando a teofobia (horror às coisas divinas).

Basta, nesse sentido, recorrer à internet para se recordar do emblemático e abominável episódio ocorrido, no Rio de Janeiro, durante a visita do Papa Francisco

<sup>23</sup> É no mínimo curioso o fato do autor dessa desventura jurídica, cujo impensável sucesso proveito algum poderia carrear à sociedade, não tenha gasto a sua energia, o seu tempo e o dinheiro do contribuinte para enfrentar, por exemplo, os privilégios, as escandalosas vantagens e os super salários dos ocupantes de tantos cargos públicos que, inexoravelmente, aviltam a probidade administrativa, corrompendo a moralidade pública, em clara afronta ao espírito e à letra constitucionais.

<sup>24</sup> Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-22/senso-incomum-assim-inconstitucionalidade-deus>>. Acesso: em 22 nov. 2012.

<sup>25</sup> Deixando um pouco de lado a evidente falta de razoabilidade desse dramalhão (disponível em <https://blogdojuca.uol.com.br/2010/06/o-engano-e-a-contradiccao-de-kaka/>), importa reparar que esse mesmo e sempre contraditório comentarista, assumidamente ateu, é sobejamente conhecido por entremear seus pífios palpites esportivos com tão inconvenientes, quanto impertinentes posicionamentos políticos (muitos com conotação partidária) —, assim procurando enfiar “goela a baixo” dos ouvintes seus particulares credos acerca da vida pública. A mesma incongruência há de se divisar em relação à FIFA, entidade empenhada em modificar, na onda do politicamente correto, certos usos e costumes peculiares aos estádios de futebol, ao mesmo tempo em que se vê, nos bastidores do esporte, afundada num lamaçal de negociatas, a ponto de ter um sem números de seus próceres ora afastados por terríveis denúncias de corrupção, sendo que não poucos se encontram já de longa data presos. É no mínimo interessante observar esses incongruentes comportamentos, cujos autores, enquanto se melindram com cândidas manifestações de fé religiosa, se permitem tudo mais.

ao Brasil para a Jornada Mundial da Juventude, quando um grupo de participantes da denominada “Marcha das Vadias” invocou o “Estado laico” e o “debate de ideias” para cometer crimes e obscenidades, mediante a profanação de imagens sacras e ofensas aos peregrinos do mundo inteiro que, ordeira e pacificamente, exercitavam a liberdade religiosa em nosso país.

Não é demais lembrar, ainda que *en passant*, que atos eventualmente configuradores de discriminação ou preconceito religioso são criminalizados pela Lei nº 7.716/89, ao passo que o Código Penal tipifica, em seu artigo 208, à guisa de atentado contra o sentimento religioso, o crime de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo. Ao que se pode prognosticar, é bem possível que, ainda num futuro breve, a eficácia da atual tutela penal do direito fundamental à liberdade religiosa venha a ser posta a prova, por conta da crescente virulência de determinadas promoções *laicistas*, especial e incoerentemente aduzidas como expressões do livre exercício da manifestação do pensamento.

## 5. O Estado laico, o novo ateísmo e a cidadania em risco.

Não obstante a violência inerente a essas abusivas, mas esporádicas manifestações públicas de pensamento teofóbico, assomam-se ainda mais preocupantes, como posto desde o início, as sutis tentativas de expulsão dos fiéis religiosos dos espaços e das discussões públicas, mediante suas transformações em verdadeiros párias, privados de cidadania, de vez e voz no âmbito político e social. Eis o esclarecedor alerta do Procurador da República e líder cristão Paulo Vasconcelos Jacobina:

*Todos os temas polêmicos dos quais querem excluir os cristãos, inclusive mediante a citação distorcida da palavra de Jesus, são temas com forte conotação social e com graves argumentos de âmbito científico, filosófico e ético contra si. Sua rejeição não se encontra no plano das escolhas individuais, nem a sua regulamentação legal envolve apenas questões de fé. Não há situação mais claramente política do que a discussão sobre os limites e as condições em que, num determinado Estado, vidas inocentes podem ser suprimidas ou a sanidade física e mental pode ser descartada. No entanto, é preciso registrar: os cristãos têm feito a defesa tranquila e racional da vida e da liberdade da pessoa humana, contra a cultura da morte, do aborto, da eutanásia, do suicídio, da promiscuidade e da adição química, com base em argumentos éticos, naturais, filosóficos e científicos, guiados, é claro, por uma opção fundamental por Deus e pela plenitude da vida que Ele nos deu.*<sup>26</sup> (grifo nosso)

Nesse contexto, a absurda pretensão de afastar os crentes religiosos da vida política surge como um inexorável ataque à cidadania, porquanto destituída de qualquer fundamento político-jurídico, consistindo, destarte, numa inelutável afronta à dignidade dos fiéis, constitucionalmente assegurada, na forma supravista.

Mesmo no plano filosófico ou científico, tal pretensão assoma-se absurda, não subsistindo a um choque de realidade ou mesmo à refutação lógica de seus próprios e inconsistentes argumentos. Não mais se havendo como ancorar-se na

<sup>26</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. NÃO SE PODE DAR A CESAR O QUE É DE DEUS. Disponível em: <<https://pt.zenit.org/articles/nao-se-pode-dar-a-cesar-o-que-e-de-deus/>>. Acesso em: 29 mai. 2012.

surrada e desmoralizada alegação de que “a religião é o ópio do povo”<sup>27</sup> — desde sempre repetida sem o conhecimento do contexto em que foi originalmente enunciada e, assim, levemente proferida à margem de qualquer reflexão ou sentido profundo —, ou seguir dissimuladamente servindo às razões de mercado ou a outras premissas e interesses materialistas (desde preocupações demográficas até intenções hipoteticamente pacifistas), os hodiernos adversários da fé religiosa buscam formatar novas ideologias a fim de diminuir e calar os crentes, sem antes sequer tentar aproximar-se ou, com alguma boa-fé e boa-vontade, buscar minimamente compreender o fenômeno religioso.

Trata-se, pois, de uma espécie de exclusão de Deus “a priori”. E nesse plano se inserem os autodenominados e pretensiosos “brights” (brilhantes, iluminados, inteligentes), teóricos materialistas, naturalistas, darwinistas que, clara e até agressivamente, professam:

*Deus não passa de uma ilusão subjectiva, insusceptível de prova científica objectiva, ao passo que a religião, ao afirmar a especial e inata dignidade do homem em face dos animais e às plantas e a sua natureza espiritual e racional, afasta-se daquilo que consideram ser a verdadeira natureza humana: um acidente cósmico, produto de um processo aleatório de mutações e selecção natural, destituído de sentido.*<sup>28</sup> (grifo nosso)

Concepções dessa índole podem ser enfrentadas com bom humor (dizia o genial Benjamin Franklin que “[...] achar que o mundo não tem um criador é o mesmo que afirmar que um dicionário é o resultado de uma explosão numa tipografia” (grifo nosso), mas necessariamente devem gerar uma boa dose de inquietação, a começar pelo fato de não oferecerem fundamento algum para a formação de um pensamento ético. Nesse diapasão, em que a lei da vida se resume

---

<sup>27</sup> Embora essa frase conste textualmente da obra do materialista Karl Marx — “*Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*” —, publicada em 1844, longe passa de desvelar alguma originalidade desse pensador, pois se trata de ideia comum e difundida por autores ateístas do século XVII, dentre os quais figura o famigerado Marquês de Sade que, a respeito da religião, ainda em 1797, escrevera: “É ópio que você faz seu povo tomar, para que, anestesiado por esse sonífero, ele não sinta as feridas que você lhe rasga.” (em *L'Histoire de Juliette*, obra pornográfica voltada à recriminação da moral, da vida virtuosa e de Deus). No mais, é de se consignar que a telada analogia é simplesmente absurda e ridícula, pois, como cediço, enquanto o uso contínuo do ópio inevitavelmente destrói o ser humano, podendo facilmente leva-lo à morte (a exemplo dos efeitos da utilização do “crack”), a religião e a espiritualidade, como também cientificamente comprovado, avivam o indivíduo, carreando inúmeros e notáveis benefícios para o seu bem-estar físico, moral e psíquico. Vale, inclusive, ilustrar esta realidade com parte da resposta dada por Bezerra de Menezes, protagonista da história contada pelo filme “Diário de um espírito”, a um materialista que o desafiava a provar a existência da dimensão espiritual dos seres humanos: “Aceitamos o desafio desde que o irmão traga para o debate um infortunado que o materialismo tenha soerguido moralmente no mundo, um malfeitor a quem a dignidade humana tenha sido devolvida, um infeliz a quem o materialismo tenha restituído o riso e alegria de viver, os desesperados da alma a quem tenha sido restituída a paz do coração. Aqueles, irmãos nossos, que a morte levou os seus entes mais queridos e, enregelados na dor, será que o materialismo acenou para eles com alguma esperança? As mulheres afortunadas ou desafortunadas, perdidas na vida, o materialismo devolveu a elas o equilíbrio, a serenidade, a paz? E aqueles que, sem rumo, sem bússola na vida, foram arrancados da porta do inferno pelo materialismo? Acontece isso, meu irmão? (...)” (Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=MAK6pTBqdZM>>. Acesso em: 30 jul. 2017).

<sup>28</sup> MACHADO, Jônatas E. M. Tempestade perfeita? Hostilidade à liberdade religiosa no pensamento teórico-jurídico, p. 150.

à luta pela sobrevivência, as vertentes teorias se projetam dotadas de um fortíssimo potencial de fornecer argumentos valiosos, por exemplo, à formação de ideologias supremacistas, estimuladas a partir de crenças naturalísticas acerca da existência de uma possível superioridade evolutiva/adaptativa, legitimando, como até já cogitado, uma guerra ‘biologicamente justa’. Aliás, como bem nos recorda a famosa advertência de Karl Popper, “[...] a *tentativa de trazer o céu para a terra invariavelmente produz o inferno.*”<sup>29</sup> (grifo nosso)

Além disso, atentos à arrogância dos formuladores dessas teses, convém também não se esquecer que, diversamente do que esses autoproclamados “iluminados” querem fazer acreditar:

- i) obviamente nem todos os cientistas e filósofos foram, são ou serão necessariamente ateus ou céticos<sup>30</sup>, e,
- ii) que aqueles que eventualmente possam ostentar essa condição, ou mais ainda, que venham até mesmo a se assumirem teofóbicos (e assim jamais neutros e imparciais), inexoravelmente não possuem todas as respostas (nem mesmo todas as perguntas), notadamente as corretas.

Neste ponto, há de se abrir espaço a um irrefutável argumento religioso, condizente à eterna pretensão humana em tomar o lugar de Deus (começando por Adão, passando pelos faraós e césores, seguindo pelos adoradores da matéria e divinizadores da razão humana, até chegar àqueles que hoje perseguem a imortalidade terrena), a qual tem levado muitos a propugnar, em perseguição aos precitados interesses terrenos, pela expulsão do divino do nosso mundo e, portanto, das relações sociais, em ações que não apenas refletem a soberba, mas até um claro descaramento e certo “nonsense”, como se extrai da conhecida e reveladora afirmação de Nietzsche: “*Se existissem deuses, como eu iria admitir não ser um deles? Logo, não existem deuses.*” (grifo nosso)

Enfim, tal raciocínio leva à conclusão de que se o humano não pode ser Deus, se não pode subjugar-lo e nem mesmo calá-lo, certamente, para muitos, torna-se conveniente negá-lo e, nessas circunstâncias, assumir o seu lugar, passando-se a reivindicar o poder e a glória que somente aos céus seria devido. E os senhores do planeta, nessa senda, como resta fácil constatar, naturalmente se encontram, e de há muito, empenhados nessa sutil, senão furtiva faina, levada a efeito a reboque de enganosas justificativas utilitárias ou outras estratégias de índoles próximas, mediante a manipulação da opinião dos inocentes e desavisados.

<sup>29</sup> Como bem provam os terríveis banhos de sangue levados a cabo, em várias partes do planeta, ao longo dos últimos séculos — com o sacrifício de milhões e milhões de vidas humanas —, no afã da implementação de utopias materialistas.

<sup>30</sup> Não é demais lembrar que a esmagadora maioria dos filósofos, de Sócrates a Hegel, conformou-se teísta. E mesmo no que tange à contemporaneidade, há de se recordar, a propósito, o célebre caso de Antony Flew, considerado por muitos o mais importante filósofo ateu do século XX, e que depois de mais de cinco décadas de discursos naturalistas tornou-se teísta, abraçando o credo do “design inteligente”, que professa a existência de Deus como uma conclusão racionalmente irrefutável: “*A super-inteligência (sic) é a única explicação plausível para a origem da vida e a complexidade da natureza.*” (ANTONY FLEW. Disponível em: <<http://www.allaboutphilosophy.org/portuguese/antony-flew.htm>>. Acesso em 30 jul. 2017).

Nessa missão, emerge, pois, o verdadeiro Estado laico como um bastião a ser derrubado. Mediante a sua deformação, busca-se igualmente jogar por terra o direito à liberdade religiosa.

### Considerações finais

Assim, promovido, em consonância ao todo apresentado, o deslinde da efetiva natureza do verdadeiro Estado laico, torna-se impositivo o reconhecimento estatal de sua impossibilidade de agir na esfera espiritual e, nessa justa medida, da obrigatoriedade de admissão do pleno direito de liberdade religiosa aos cidadãos.

Mais ainda, e diante do expandido panorama, emerge imperioso à caracterização do verdadeiro Estado laico brasileiro, o reconhecimento do seu inexorável compromisso com a proteção e a promoção do direito à ampla liberdade religiosa dos seus cidadãos, assegurando-lhes, na concretude de suas existências e em qualquer âmbito de suas vidas, o **direito e a liberdade de manifestarem publicamente suas crenças, independentemente de qualquer autorização ou anuência por parte das autoridades estatais** (notadamente no que diz respeito ao conteúdo da doutrina professada), donde naturalmente há de se dessumir o correlato **direito e a liberdade de emitir juízos éticos, mediante a escrupulosa valoração e, em sendo o caso, a reprovação do exercício do poder temporal.**

Qualquer outra postura estatal fere de morte os postulados do Estado Democrático de Direito pátrio e o conteúdo essencial do direito de liberdade religiosa, se prestando unicamente a rasgar a nossa Lei Fundamental e fulminar o Estado laico por ela concebido.

### Referências bibliográficas

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 1998.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Não se pode dar a Cesar o que é de Deus**. Disponível em: <<https://pt.zenit.org/articles/nao-se-pode-dar-a-cesar-o-que-e-de-deus/>>. Acesso em: 29 mai. 2012.

MACHADO, Jonatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. **Tempestade perfeita? Hostilidade à liberdade religiosa no pensamento teórico-jurídico**, p. 150. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coords.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 113-162.

MARTINS, Yves Gandra da Silva. **Estado laico não é Estado ateu**. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-26/ives-gandra-estado-laico-nao-estado-ateu>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, GONET, Paulo

Gustavo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTAMARIA, Francisco. **A religião sob suspeita: laicismo e laicidade**. Tradução de Emérico da Gama. São Paulo: Quadrante, 2013.

SCALQUET, Rodrigo Arnoni. **História do direito: perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Jose Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Como assim, a ‘inconstitucionalidade’ de Deus?. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2012-nov-22/senso-incomum-assim-inconstitucionalidade-deus>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Religião e neutralidade do Estado. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coords.). **Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 53-68.

ZANONE, Valerio. *Laicismo*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). **Dicionário de política**. 5. ed. Tradução Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. v. 2, pp. 670-674.

# O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA PRIVADA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ERA DIGITAL

CAROLINA NOURA DE MORAES RÊGO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais. 2. O direito fundamental à privacidade. 3. Princípio da dignidade humana x direito à privacidade x direito à liberdade de expressão. 4. A lei do marco civil e a ação estatal. Considerações finais. Referências bibliográficas.

## 1. Considerações iniciais

Em seu artigo 5º a Constituição Federal do Brasil traz a proteção do direito à privacidade, assegurando a sua inviolabilidade:<sup>2</sup>

Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

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:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O direito à vida privada pelo texto da Carta Magna demonstra que há uma busca por atingir um sentido amplo, abrangendo todas as manifestações da esfera íntima, no que tange à vida privada, à honra, à intimidade, à personalidade e à imagem do ser humano, inclusive sendo a sua violação passível de indenizações de cunho material e/ou moral.

Nacionalmente, o direito fundamental à privacidade, conforme regido pela Constituição Federal, abarca os direitos à intimidade, o direito à honra, à imagem, à inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas e de dados das comunicações telefônicas.

Já internacionalmente, o Pacto de San José da Costa Rica, que foi recepcionado pelo Brasil por meio do Decreto 678 de 1992, em seu artigo 11, apresenta:

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em História pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Licenciada em Língua Francesa pela Universidade de Nancy (França). Licenciada em História pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Advogada.

RESUMO: O presente trabalho traz um breve estudo do direito fundamental à vida privada, com base no princípio norteador do conceito de dignidade humana em contrapartida ao princípio da liberdade de expressão, e a dificuldade de assegurar esses direitos fundamentais frente aos avanços tecnológicos mundiais. Palavras-chave: direito à privacidade, direito à liberdade de expressão, dignidade da pessoa humana, Lei do Marco Civil.

ABSTRACT: "This paper presents a brief study of the fundamental right to privacy, based on the guiding principle of the concept of human dignity as a counterpart to the principle of freedom of expression, the difficulty of ensuring these fundamental rights in the face of Brazilian regulatory guidelines. KEYWORDS: human dignity, right to privacy, freedom of expression."

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição*, disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. acesso em: 20 de jul. 2017.

### Proteção de honra e da dignidade:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Dessa forma, entre as garantias fundamentais do indivíduo, instaladas constitucionalmente no art. 5º, da Constituição Federal, encontram-se positivados os direitos à intimidade e à vida privada, os quais, como direitos da personalidade, podem ser delineados como quesitos da integridade moral do ser humano. Portanto, saindo desse ponto, há distinção entre a proteção à intimidade e a proteção à vida privada, já que a própria Carta Magna esclarece que são institutos autônomos, pois a vida privada se distingue da vida íntima, onde, aquilo que a pessoa pensa, sente ou deseja, se refere à sua intimidade; já os seus hábitos, incluindo aí, modo de viver, se comportar, se relacionar e o que se possui, dizem respeito a sua vida privada. Institutos distintos, porém, amplamente tutelados pela Constituição Federal Brasileira, na busca da cidadania, da dignidade da pessoa humana e no Estado Democrático de Direito.

## 2. O direito fundamental à privacidade

A privacidade é um pensamento dominante na história da humanidade; sempre houve uma grande preocupação a esse respeito.

Atualmente, as pessoas se expõem voluntariamente nas redes sociais, mas quando se sentem violadas ou agredidas buscam o Poder Judiciário para questionar a pretensa violação a esse direito fundamental que fora afrontado, não por si, mas pelo outro, afinal de contas, quem se expõe apenas alega a liberdade de expressão.

Segundo o autor Alexandre de Moraes<sup>3</sup>, trazendo uma breve visão histórica do Direito à vida privada, a origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., local onde já eram previstos alguns movimentos de proteção individual do ser humano em relação ao Estado.

Acredita-se que o Código de Hamurabi (1690 a.C.) seja a primeira codificação a elencar direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade e a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes.

Também, na propagação das ideias de Buda, se pode perceber a influência filosófico-religiosa nos direitos do homem, mais especificamente sobre a igualdade de todos os homens (500 a.C.).

---

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: comentários aos arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

Sequencialmente, mais coordenados, porém, longe da concepção atual, surgem na Grécia vários trabalhos sobre a conveniência da igualdade e da liberdade do homem, com as antevisões da participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estoicos (por exemplo, na obra *Antígona* [441 a.C.], Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos do homem).

Porém, é no Direito romano que se estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. Com isso, a Lei das Doze Tábuas é considerada a origem dos textos escritos formador da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.

Apenas a partir dos anos 50 do século XX, que o direito à vida privada e à intimidade passam a ser vistos com outros olhos, e de forma mais semelhante aos dias de hoje, como direitos autônomos, mais especificamente, a partir da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, em seu artigo 12: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito à proteção da lei.”

O direito à privacidade compreende a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, onde a intimidade se caracteriza como a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais; vida privada é aquela que integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo; a honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental de a pessoa resguardar essas qualidades e a inviolabilidade da imagem da pessoa, segundo Adriano de Cupis, “[...] satisfaz uma exigência espiritual de isolamento, uma necessidade eminentemente moral.”<sup>4</sup>

Dessa forma, como visto acima, o direito à vida privada é um princípio constitucional e está relacionado diretamente com o direito da personalidade da pessoa humana, e a violação deste princípio pode deturpar as relações pessoais e de intimidade.

Por conta do avanço tecnológico, da internet, das facilidades *online*, as pessoas se adequaram e se adéquam às facilidades de uma vida conectada, às redes sociais e às compras pelo computador e, com isso, ficam mais suscetíveis aos crimes cibernéticos, uma vez que fornecem informações por meio de redes que interligam os bancos de dados, relativizando o direito à privacidade e outros direitos interligados a esse direito.

O direito à privacidade é um dos assuntos de muita preocupação no mundo da informação e da tecnologia; os usuários deveriam ter consciência de que tudo que é implantado na internet recebe uma dimensão assombrosa de armazenamento e de compartilhamento e, dessa forma, a privacidade das pessoas não está completamente assegurada, muitas vezes por conta de atos delas mesmas.

---

<sup>4</sup>GONÇALVES DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*, tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro, Lisboa: Livraria Moraes.

Para o autor Celso Bastos, privacidade é o direito:

Que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Já em contrapartida ao direito à vida privada, a liberdade de expressão é a autonomia de poder decidir de que forma se comunicar com a sociedade, podendo expressar a opinião sobre qualquer tipo de assunto, sensível ou não, ponderando, porém, o limite da privacidade de outrem.

Por meio de um pensamento crítico da realidade, quanto mais se coexiste com a tecnologia mais se acostuma com as suas facilidades e, dessa forma, infelizmente, se perde a ciência de que os dados ali inseridos levam o ser humano a perder cada vez mais o direito à sua privacidade.

A lei do Marco Civil da Internet é uma iniciativa do Poder Legislativo, do ano de 2014, e regula o uso da Internet no Brasil, mediante previsão de princípios, garantias, direitos e deveres de quem usa a rede, e da determinação de diretrizes para a atuação do Estado.

### **3. Princípio da dignidade humana x direito à privacidade x direito à liberdade de expressão**

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Os princípios constitucionais condensam bens e valores considerados fundamentos de validade de todo sistema jurídico; os princípios servem, a um só tempo, como objeto de interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação.

Desde os tempos mais remotos até os dias atuais buscam-se explicações, conceituações e aplicações do que hoje se acredita ser o grande princípio balizador do ordenamento jurídico brasileiro: o princípio da dignidade humana.

A 'ideia do conceito' de dignidade humana é um tema bastante discutido na sociedade; tal discussão abrange filósofos, religiosos, historiadores, doutrinadores, juristas, entre tantos outros.

O princípio da dignidade humana está relacionado ao pensamento estoico<sup>5</sup> e ao Cristianismo. Inicialmente, são os primeiros registros históricos que se tem sobre a matéria.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Estoicismo: movimento filosófico que surgiu na Grécia Antiga e que preza a fidelidade ao conhecimento, desprezando todos os tipos de sentimentos externos, como a paixão, a luxúria e demais emoções. Para alcançar a felicidade, o ser humano deveria depender apenas de suas virtudes. É sinônimo de resignado, impassível, firme, inabalável. O estoicismo foi uma doutrina que sobreviveu todo o período da *Grécia Antiga*, até o *Império Romano*, incluindo a época do imperador Marco Aurélio, até que todas as escolas filosóficas foram encerradas em 529 d.C., por ordem do imperador Justiniano, que percebeu as suas características *pagãs*, contrárias à *fé cristã*. A escola estoica preconizava a indiferença à dor de ânimo causada pelos males e agruras da vida. Reunia seus discípulos sob pórticos ("*stoa*", em grego) situados em templos, mercados e ginásios. Foi bastante influenciada pelas doutrinas *cinica* e *epicurista*, além da influência de *Sócrates*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em: 15 ago. 2016

Os estoicos acreditavam que, como a dignidade pertencia unicamente aos humanos, ela por si só bastaria para ser uma qualidade, uma vez que inerente ao ser humano, isso bastava e já o diferenciaria dos demais seres.

Como surgimento do Cristianismo<sup>7</sup> e devido à filosofia cristã acreditar que o ser humano é feito à imagem e à semelhança de Deus, logo, essa representação de que a dignidade é uma qualidade se fortaleceu ainda mais, pois dignidade é uma característica intrínseca atribuída apenas ao ser humano.

Com isso, em uma interpretação profunda da filosofia cristã, se teria que o desrespeito à dignidade do ser humano seria desrespeitar ao próprio Criador, o que seria impensável no mundo cristão.

Após todas as atrocidades das guerras, e mais especificamente as da Segunda Guerra Mundial, a filosofia kantiana reaparece com toda força, uma vez que se verificou na prática quais são as consequências da utilização do ser humano como meio de realização de interesses, sejam políticos, sejam econômicos.

E, dessa forma, o princípio da dignidade humana foi positivado na maioria das Constituições do pós-guerra, bem como na Declaração Universal das Nações Unidas, em 1948.

No Brasil, o princípio da dignidade humana é positivado e alçado a princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, mas até se chegar a esse momento histórico, na constituição chamada de “cidadã”, houve um grande e tortuoso percurso, haja vista os diferentes momentos políticos vividos no país.

Um grande problema que paira neste tema é que, como a privacidade anda de mãos dadas com outro direito fundamental, a liberdade de expressão, como o Judiciário deve e pode agir na proteção de ambos os direitos.

Tem-se que a liberdade de expressão também é um direito fundamental constitucional do homem, que garante a manifestação de opiniões, ideias e pensamentos sem retaliação ou censura por parte de governos, órgãos privados ou públicos, ou por outros indivíduos; porém, como todo e qualquer direito fundamental, não é absoluto; sendo assim, o limite da liberdade de expressão está em não ultrapassar os direitos fundamentais dos outros seres humanos. Como exemplo, ser preconceituoso ou pronunciar palavras racistas, não é ter liberdade de expressão, mas sim executar um crime contra outra pessoa que tem os mesmos direitos assegurados constitucional e legalmente.

Na rede digital a problemática fica um pouco maior, pois as pessoas acreditam no anonimato da tela do computador para proferir suas opiniões e isso, infelizmente, tem gerado muitos crimes de difícil solução, pois as mesmas regras e limites do mundo real devem ser seguidos pelo mundo virtual, onde a contribuição da rede digital para a liberdade de expressão, para o direito à vida privada e a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana é de extrema relevância

---

<sup>6</sup>BERNARDO. Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade Humana. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII. Nº 8 - jun. 2006, p. 233/4.

<sup>7</sup>A religião fez tantos seguidores que no ano de 392 é transformada na religião oficial do Império Romano.

já que democratiza a informação e dá voz a novos e inúmeros canais de divulgação de informações, de mídia, de publicidade, entre tantos outros serviços.

E é neste sentido que a liberdade de expressão e a privacidade caminham juntas, não podendo uma extrapolar os limites da outra.

Atualmente, a exacerbada nova tecnologia e os efeitos da rede mudaram a perspectiva de privacidade; os volumosos bancos de dados compartilhados pela internet e a ampla quantidade de informações processadas mecanicamente e de forma instantânea levou a sociedade a observar o direito fundamental à privacidade de outra forma.

Apesar de não ser possível se permitir primazia absoluta de um princípio sobre outro princípio, no processo de ponderação a ser desenvolvido, muitas vezes o direito de informação deve ceder, se o seu exercício importar sacrifício injusto da intimidade, da honra e da imagem das pessoas, ou seja, se de alguma maneira ferir a vida privada do ser humano.

A liberdade de expressão não pode ser utilizada como um direito absoluto, havendo certas mitigações e limitações à liberdade de imprensa, com vistas a preservar outros direitos individuais tão relevantes quanto, como, por exemplo, neste caso, o direito à privacidade.

Trata-se de um assunto extremamente rico e de inviável exaustão, sobre o qual há inúmeras divergências, desde o seu conceito até a sua devida aplicabilidade; o seu esgotamento seria impossível, visto que novas agressões à dignidade humana, à vida privada e à liberdade de expressão são constantes e mutáveis no tempo e no espaço.

Na visão de Kant, em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*:

Age de tal forma que possas usar a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio. [...]. No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade.<sup>8</sup>

Para Maria Celina Bodin de Moraes “[...] será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.”<sup>9</sup>

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade inseparável e constitutiva de cada ser humano, que, por isso, deve ser digno de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade.

Os direitos e deveres fundamentais devem assegurar as condições existenciais mínimas para uma vida benéfica e, assim, promover sua participação nos rumos da própria existência humana.

A igualdade aqui deve ser vista superando o conceito de igualdade formal da Revolução Francesa, como o texto constitucional preconiza: tratar igualmente os

---

<sup>8</sup>KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.59.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

iguais e desigualmente os desiguais; o intuito é suprir necessidades, dar igualdade de oportunidade, ou seja, promover a igualdade material.

A liberdade não apenas como a ideia de se poder fazer tudo aquilo que não é proibido, mas como *princípio* deve ser levada cada vez mais próxima à ideia de privacidade, de intimidade, de vida privada, e sim, liberdade no sentido de poder fazer suas próprias escolhas, sem intervenções.

Com a integridade psicofísica entende-se não sofrer interferências, violações no seu corpo ou em sua personalidade. Aqui estão presentes as questões de bioética, de biodireito. É aqui que o Estado aparece como o garantidor de vários direitos, como, por exemplo, o direito à saúde.

E por fim, a solidariedade social, onde se tem o ser humano como um ser social e a sua existência, depende da existência dos outros.

Conforme a Constituição Federal, um dos objetivos fundamentais positivados é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como, a erradicação da pobreza e da marginalização.

Como diz Canotilho:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos (...) direitos do homem são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos e os direitos fundamentais são os direitos dos homens jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.<sup>10</sup>

O escopo do princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental na ordem jurídica brasileira, tem como intuito assegurar ao ser humano direitos que devem ser observados e respeitados pelo poder público e pela sociedade de modo geral com o objetivo de preservar a valorização do ser humano.

Os direitos fundamentais possuem, então, como principal função, dar aos cidadãos os direitos, as garantias e as liberdades, fazendo a defesa da pessoa humana, assim como, de sua dignidade frente aos poderes do Estado.

#### 4. A Lei do Marco Civil e a ação estatal

Quem se percebe lesado à sua vida privada pode, em tese, propor ação indenizatória, conforme o artigo 5º, X, da CF, uma vez que a sua aplicação é imediata, isto é, independe de norma regulamentadora, de acordo com o parágrafo 1º do mesmo artigo.

Entretanto, na prática, o que se nota é que as vítimas — cidadãos e consumidores — continuam muito fracas diante dessas ações judiciais indenizatórias.

O direito à imagem é um dos direitos da personalidade e consiste na proteção do uso da representação de aspectos físicos da pessoa, seja por fotografia, filmagem, pintura etc.

---

<sup>10</sup>CANOTILHO. JJ Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1941, p. 407.

A Carta Magna brasileira já preconiza que: “XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.”

Nesse mesmo diapasão, o Superior Tribunal de Justiça, depois de repetidas deliberações, materializou através da Súmula nº 403: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou no mesmo sentido. Embora a utilização comercial indevida da imagem da pessoa possa configurar ilícito civil passível de indenização, a conduta, por si só, não é criminalmente punível.

O Superior Tribunal Federal, anteriormente à sanção da Lei de Organizações Criminosas, havia se posicionado no sentido da dispensa de autorização judicial para a obtenção, pela autoridade policial, de dados cadastrais, como, por exemplo, o endereço de alguém investigado.

O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência pacificada quanto à quebra do sigilo de dados telefônicos, que apenas pode se dar mediante autorização judicial ou requisição de CPI no âmbito do Congresso Nacional ou de uma de suas casas, devido aos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

A Lei Federal nº 12.965/2014, a Lei de Uso da Internet, também conhecida como a Lei do Marco Civil da Internet, originou um condão de novidades no tocante à intimidade, no que tange à rede mundial de computadores.

O primeiro artigo da lei em referência traz que esse ordenamento estabelece os princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso da internet no território brasileiro, e determina, portanto, as suas diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no que diz respeito à matéria em questão.

Essa lei traz a importância do direito à liberdade de expressão logo em seu artigo 2º, onde diz:

A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

- I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
- II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
- III - a pluralidade e a diversidade;
- IV - a abertura e a colaboração;
- V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor;
- VI - a finalidade social da rede.

Uma abordagem muito interessante e muito importante trazida pela lei é no que diz respeito aos princípios do uso que disciplina a internet no Brasil, pois constam alguns princípios constitucionais, entre outros: garantia da liberdade de expressão, proteção dos dados pessoais, preservação e garantia da neutralidade de rede, preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades etc. Sendo que, por óbvio, os princípios expressos no artigo 3º da lei não excluem outros princípios previstos no ordenamento jurídico brasileiro relacionados à matéria ou nos tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte.

Nesse mesmo diapasão, o artigo 6º prevê que, na interpretação da supracitada lei, serão levados em conta, também, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural; dessa forma, mais uma vez se nota que a lei é norteadora pelo ordenamento jurídico norteador da Constituição Federal do Brasil.

O artigo 7º da supracitada lei estabelece uma ordenada proteção à intimidade semelhante à que se encontra na CF, com uma cláusula geral prevendo o direito de indenização e os seguintes desdobramentos, um relativo ao fluxo de comunicações e outro às comunicações armazenadas:

O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

A lei do Marco Civil da Internet estabelece no seu artigo 8º uma das questões mais importantes relacionadas a esta lei, qual seja, a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações com sendo condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet; e mais, preconiza que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem esse dispositivo.

Aqui fica uma crítica à lei, que deixa à margem do seu texto, colocando apenas de maneira implícita, o princípio constitucional balizador de todo o ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana. A lei 12.965 não traz referência explícita a esse princípio, como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet: “(...) por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.”<sup>11</sup>

Não obstante, a Lei de Uso da Internet, no seu artigo 10, ao regular a matéria, impõe a necessidade de autorização judicial para a divulgação desses dados, ou seja:

A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. § 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º, § 2º. O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º. Art. 13 (...) § 5º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo [registros de conexão] deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

---

<sup>11</sup>BERNARDO. Wesley de Oliveira Louzada. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII. Nº 8 - jun. 2006, p. 235.

Logo, apesar da exigência de autorização judicial — antes dispensada pelos tribunais — dá a sensação de ter aumentado a privacidade do usuário da internet; de fato, é que, com a obrigação de manutenção de registros, todas as conexões à internet, assim como os acessos a aplicações, ficarão guardadas por prazo determinado.

Anteriormente à lei, por mais que a autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público pudessem acessar abertamente os registros, poderia ocorrer desses registros não existirem mais, logo, por incrível que pareça a privacidade estaria assim, mais resguardada.

E com isso, quicá o máximo do problema da manutenção compulsória dos registros referente à intimidade seja o fato de que, por mais que a lei estabeleça cuidados com a guarda e penalidades para a sua violação, as informações sempre poderão estar sujeitas ao acesso desautorizado ou à transmissão clandestina. Ou seja, se os registros não estivessem guardados, esse risco não seria iminente.

Havendo a violação da privacidade do usuário pelo provedor, seja ele de conexão ou de aplicação, pode ensejar responsabilidade civil, penal e administrativa. A Lei de Uso da Internet traz especificamente algumas penalidades de natureza administrativa, em seu 12º artigo, a saber:

Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa: I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11 [operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações em território nacional]; ou IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11 [operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações em território nacional]. Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.

Porém, a lei não faz alusão à autoridade responsável pela obrigação de tais penalidades. A lei ainda não admite que, contratualmente, os provedores se eximam do dever de resguardar a privacidade dos usuários, como traz o artigo 8º:

A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que: I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou segredo particular e segredo profissional.

Já foi dito anteriormente, mas nunca é demais ressaltar, que não é exclusivo dos agentes públicos o dever de respeitar a intimidade dos indivíduos, mas também dos particulares.

Uma vez que violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem pode ocasionar a responsabilidade de indenizar, de acordo com a Carta Magna. Além do mais, o particular também poderá responder criminalmente pela violação deste direito fundamental.

De acordo com a lei, além de haver a possibilidade da responsabilização do Estado, o agente público que viola o direito à intimidade também pode responder nas esferas administrativa, civil e penal, assim como, o particular que infrinja o direito à de outra pessoa também ficará sujeito a sanções de natureza civil e criminal.

Ratificando o artigo 5º da Carta Magna, o Código Civil, prevê, acrescentando a possibilidade de tutela judicial inibitória:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Outra lei que traz a garantia fundamental à vida privada é a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/2011), que antevê a proteção às informações que estiverem em poder do Estado relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, ou seja, a chamada informação pessoal.

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. § 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem: I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem. § 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido. A lei, no entanto, afasta a necessidade de consentimento para a revelação das informações pessoais nas seguintes hipóteses: Art. 31 (...) § 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias: I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; III - ao cumprimento de ordem judicial; IV - à defesa de direitos humanos; ou V - à proteção do interesse público e geral preponderante. § 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

As relações sociais, as redes sociais e as exposições da vida privada, cada vez mais agravadas pela constante busca de lucros, acabam gerando a construção de uma sociedade caótica e superficial. Dessa forma, as leis, as ações estatais e a própria sociedade têm a competência para buscar o equilíbrio da vida social, principalmente, no que diz respeito aos conflitos existentes entre pessoas físicas ou jurídicas. E com isso, faz-se cada vez mais necessária a utilização do instrumento da jurisprudência, ou seja, a compreensão dos tribunais e de suas respectivas

decisões sobre um caso concreto que, com os direitos fundamentais agredidos, procura um determinado vínculo obrigacional limitado.

### **Considerações finais**

Mesmo que de fundamental importância no ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana, alçado à função de balizador das legislações brasileiras, é um princípio constitucional de difícil alcance, principalmente quando colocado em frente a outros princípios fundamentais constitucionais, como o direito à vida privada e o direito à liberdade de expressão, porém é necessário ficar atento para sempre se buscá-lo em todos os casos concretos.

A natureza da questão da proteção ao direito à vida privada requer uma solução política do direito onde se busque garantir a maior eficiência possível na proteção de dados pessoais dentro da rede. Dessa forma, os marcos legislativos, como a Lei Federal 12.965/14, a Constituição Federal e demais sistemas codificados brasileiros, reproduzem ‘apenas’ uma busca referencial, distante de conseguir demonstrar a realidade concreta, haja vista que todos os questionamentos devem ser colocados caso a caso de acordo com todos os fatores envolvidos para não se incorrer em injustiças ou inseguranças jurídicas.

De acordo com o que foi relatado, segundo a doutrina e segundo o entendimento dos tribunais superiores brasileiros não há direito absoluto e, por isso, tem que ser entendido que os direitos fundamentais podem entrar em conflito, e o que diz a justiça brasileira é que se deve, dessa forma, fazer uma ponderação de interesses em cada análise de cada caso em concreto, e é a partir dessa análise, que se deve concluir qual o ‘direito’ que irá prevalecer, sempre se baseando no maior senso de justiça, na garantia dos princípios e direitos fundamentais previstos na constituição e na legislação brasileiras.

No entanto, verifica-se que a colisão entre direitos fundamentais em um mundo digitalmente conectado no qual as pessoas voluntariamente expõem sua intimidade e posteriormente buscam o Estado para dirimir lides decorrentes dessa mesma exposição, cria problemas de difícil solução.

As regulações estatais (Lei do Marco Civil, Lei de Acesso à Informação, dentre outros) podem ajudar a trazer respostas ou ao menos diretrizes para as resoluções das divergências decorrentes das violações à intimidade, mas fato é que sempre haverá um hiato a ser preenchido ou pela ação do Poder Judiciário (a quem cabe interpretar a colisão de direito e eleger qual o prevalente) ou preferencialmente pela composição entre os envolvidos.

### **Referências bibliográficas**

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz na Terra, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERNARDO. Wesley de Oliveira Louzada. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, Nº 8, jun. 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 18 de jul. 2017.

BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 18 jul. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANO. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao\\_universal\\_dos\\_direitos\\_do\\_homem.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf)>. Acesso em: 18 jul. 2017.

GONÇALVES DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues. **O princípio da dignidade humana nas constituições do Brasil**. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

# A PROTEÇÃO LEGAL DOS DADOS PESSOAIS COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE

MARCELO CRESPO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Novos modelos de negócios baseados em dados. 1.1 Privacidade e dados pessoais em um mundo Orwelliano e Kafkiano. 1.2 Quando os serviços são grátis, nós somos o produto. 2 Um panorama sobre a proteção aos dados pessoais na lei brasileira. 3 Breves comentários sobre os projetos de leis de proteção aos dados pessoais. Considerações finais a título de conclusão. Referencias bibliográficas.

## Introdução

A evolução tecnológica está sendo capaz de nos proporcionar incríveis experiências que muitos ainda encontram dificuldade para compreender, tais como fenômenos disruptivos econômico-sociais, como o surgimento de empresas como a Uber ou a circulação de criptomoedas como o Bitcoin.<sup>2</sup> A ampla disseminação da internet<sup>3</sup> e da *world wide web*<sup>4</sup>, aliado ao fato de que seu acesso tem-se dado primordialmente por equipamentos móveis tem sido fundamental neste cenário,

<sup>1</sup> Advogado, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba (2002), atuante nas áreas do direito digital, criminal e compliance. Doutor (2012) e Mestre (2008) em Direito Penal pela Faculdade de Direito de São Paulo. Especialista em Segurança da Informação e também em Direito Penal pela Universidade de Salamanca. Certified Compliance and Ethics Professional International (CCEP-I) pela Society of Corporate Compliance and Ethics (SCCE). Professor concursado na Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI). Coordenador do curso de pós-graduação em Direito Digital e Compliance no Damásio Educacional. E-mail: marcelo.crespo@prof.fadi.br.

Resumo: O presente texto discorre sobre como a tecnologia transforma o cotidiano social, em especial pela oferta de produtos e serviços que dependem de fornecimento e análise de dados pessoais, o que decorre dos novos modelos de negócios derivados do uso da tecnologia. Esta situação é comentada sob a perspectiva da necessidade de proteção aos dados pessoais com a finalidade de conferir aos indivíduos a concretização do direito fundamental à privacidade.

Palavras-chave: Dados pessoais. Privacidade. Direitos fundamentais. Internet. Segurança da informação.

Abstract: "This paper discusses how technology transforms social everyday life, especially by offering products and services that depends on the supply and analysis of personal data, which stems from the new business derived from the use of technology. This situation is commented from the perspective of the need of personal data protection in order to give individuals the realization of the fundamental right to privacy. Keywords: Personal data - privacy - fundamental rights - internet - security information."

<sup>2</sup> Para maiores detalhes sobre o Bitcoin, vide: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Bitcoin: breves considerações sobre a criptomoeda. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/bitcoin-breves-consideracoes-sobre-a-criptomoeda/>>. Acesso em: 05. ago. 2015; e CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Ainda sobre as criptomoedas: considerações em face do Sistema Financeiro Nacional. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/ainda-sobre-as-criptomoedas-consideracoes-em-face-do-sistema-financeiro-nacional/>>. Acesso em: 12.ago.2015.

<sup>3</sup> Muito resumidamente poder-se dizer que a internet é uma rede que conecta milhões de computadores pelo mundo.

<sup>4</sup> A web, também em resumo, é uma ferramenta de acesso à internet, usando o protocolo HTTP para transferir informações, dependendo de browsers (navegadores) como o Internet Explorer, Chrome, Safari, que permitem aos usuários, mediante cliques em links, acesso a arquivos hospedados em outras máquinas.

que é formado por massivas coletas e tratamento de dados pessoais. Trata-se do mundo em uma perspectiva de *big data*.<sup>5</sup>

Nos últimos anos também se pode notar, empiricamente, um aumento nas produções de textos e mídias explicativas dos fenômenos relacionados à tecnologia e suas repercussões no nosso cotidiano. Esse aumento, embora representado por algumas publicações de indiscutível qualidade, lamentavelmente também abarca uma série de aventureiros e “estelionatários” que insistem em discorrer sobre temas que mal compreendem e, mesmo assim, intitulam-se especialistas em direito digital, muitas vezes fornecendo explicações equivocadas ou meramente opinativas, sem o devido fundamento jurídico. Também há, infelizmente, profissionais da área jurídica que, em busca de algum momento de fama, optam por perseguir qualquer mínima aparição nas mídias, sempre comentando os últimos acontecimentos relacionados ao direito e tecnologia, igualmente sem se preocupar com detalhes técnicos ou éticos.

Assim, é importante que a academia siga exercendo seu importante papel, delineando teorias, apresentando questionamentos, soluções, críticas e sugestões aos desafios da tecnologia em nossas vidas. Afinal, com a seriedade acadêmica fundada em pesquisas é que se poderá buscar respostas e explicações às repercussões jurídicas da tecnologia em nossas vidas.

Registre-se que, com tais assertivas, não se quer dizer que opiniões não acadêmicas não tenham importância, mas, sinalizar que a atenção deve ser redobrada quanto a estas, já que atualmente vivemos em tempos de protagonismo das pós-verdades<sup>6</sup> e tendo a internet dado voz a “legiões de imbecis.”<sup>7</sup>

Mas, para além de preocupações com textos e informações de qualidade, merece protagonismo a preocupação com a proteção a dados pessoais num

<sup>5</sup> *Big Data* relaciona-se com conjuntos de dados tão grandes (estruturados e não estruturados) que sua análise depende de aplicações não tradicionais, isto é, com técnicas minuciosas de coleta, armazenamento, análise, compartilhamento, consulta e segurança da informação (proteção a eles). Os dados componentes de *big data* servem como base para análises dos negócios, impactando-os significativamente em razão da possibilidade de decisões estratégicas, porque tem caráter preditivo e de conhecimentos específicos sobre as características dos usuários/clientes/consumidores. Embora se desconheça o surgimento da expressão, ela ganhou maior exposição a partir dos anos 2000, quando Douglas Laney articulou o conceito de *big data* fundado em (i) volume (já que as coletas derivam de enorme quantidade de fontes), (ii) velocidade (já que os dados fluem em velocidades sem precedentes); e, (iii) variedade (já que são gerados em diversos formatos).

<sup>6</sup> Trata-se de substantivo que representa o momento social em que fatos objetivos têm menos influência para moldar a opinião pública do que emoções e crenças pessoais.

O Oxford Dictionaries afirma que o termo “pós-verdade” foi usado pela primeira vez em 1992 por Steve Tesich, mas que houve um pico de utilização mais recentemente, tendo crescido o uso em 2000% no ano de 2016. Sobre isso, vide “O que é ‘pós-verdade’, a palavra do ano segundo a Universidade de Oxford”, disponível em:

<<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/11/16/O-que-%C3%A9-%E2%80%98p%C3%B3s-verdade%E2%80%99-a-palavra-do-ano-segundo-a-Universidade-de-Oxford>>. Acesso em: 25 set. 2017, às 14h43min.

<sup>7</sup> Umberto Eco disse, em 10.06.2015, por ocasião do recebimento de título de Doutor Honoris Causa na Universidade de Turim, que “As mídias sociais deram o direito à fala a legiões de imbecis que, anteriormente, falavam só no bar, depois de uma taça de vinho, sem causar dano à coletividade. Diziam imediatamente a eles para calar a boca, enquanto agora eles têm o mesmo direito à fala que um ganhador do Prêmio Nobel. O drama da internet é que ela promoveu o idiota da aldeia a portador da verdade.”

contexto de privacidade, se é que se pode considerá-la existente em tempos atuais.

Aliás, privacidade e intimidade são conceitos de difícil conceituação e que, no Direito, não se definiu se são autônomas ou interdependentes. Fato é que os aspectos da integridade moral dos direitos da personalidade sofrem, constantemente, intromissões alheias. Por isso mesmo Rodotà já disse que juntamente da percepção dos riscos do progresso tecnológico está a consciência da impossibilidade de detê-lo, mesmo que a evolução apresente aspectos negativos.<sup>8</sup>

No plano internacional, o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 dispõe que “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”<sup>9</sup> A Constituição Federal de 1988, por sua vez, garantiu o direito à vida privada e à intimidade como direito fundamental, em seu artigo 5º, X, mas, como dito, não os define.

A falta de definição e consenso reflete uma diversidade de tratamentos da questão.

Sobre os conceitos de privacidade e intimidade podemos afirmar, assim, que há duas teorias: a) uma que se apoia na diferenciação da teoria das esferas, onde privacidade e intimidade são termos distintos; e b) outra que, devido à profusão do conceito norte-americano de *privacy*, entende que os conceitos devem ser entendidos como sinônimos e tutelados de forma única. Na doutrina brasileira não há sistematização, o que se evidencia pela verificação de que autores tratam do tema de maneiras bastante distintas. Por outro lado, nossa Constituição aparentemente aproxima-se da teoria das esferas, apesar de que, no que tange à jurisprudência, os termos são tratados como sinônimos. Eis, assim, um perfeito cenário para uma verdadeira confusão conceitual entre privacidade e intimidade.

Cabe à doutrina a responsabilidade de realizar uma profunda reflexão com vistas a superar essa confusão conceitual. De qualquer forma, é a definição de dados pessoais que estabelecerá o nível de proteção a eles conferidos. Atualmente, no Brasil algumas leis mencionam apenas características de dados pessoais, sem, contudo, trazer uma definição. Tal discussão está no centro do debate de uma nova lei de Proteção de Dados Pessoais, representada por alguns projetos de leis, em especial o nº 5.276, de 2016, enviado ao Congresso pelo Poder Executivo após elaboração, pelo Ministério da Justiça, de um anteprojeto que passou por consulta pública.

## **1 Novos modelos de negócios baseados em dados**

### **1.1 Privacidade e dados pessoais em um mundo Orwelliano e Kafkiano**

Orwelliano poderia ser um adjetivo a definir o atual estágio mundial em face da tecnologia: amplamente conectado e vigiado, especialmente porque há uma

<sup>8</sup> RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. p. 41-42.

<sup>9</sup> Documento disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 25 set.2017, às 21h35min.

constante e crescente fiscalização das nossas vidas pelos governos e empresas privadas.<sup>10</sup> Kafkiano, por sua vez, pode ser outro adjetivo a definir o atual estágio social na medida em que remete a algo surreal, de absoluta submissão ao imaginário.<sup>11</sup> Afinal, vivemos tempos onde nossos dados são o novo petróleo, e tempos onde se fala não na possibilidade, mas na certeza de que, em algum momento, nossos dados serão indevidamente expostos indevidamente.

Para ilustrar a perspectiva Kafkiana, vale mencionar a narrativa curiosa e preciosa de Janet Vertesi.<sup>12</sup>

Janet Vertesi é professora de Sociologia na renomada Universidade de Princeton e tomou uma decisão arrojada, de difícil concretização: quando engravidou, decidiu que ia evitar que seus dados dispostos na *web* pudessem inferir seu estado gravídico.<sup>13</sup> Em outras palavras, ela tentou passar sua gravidez despercebida perante empresas cujas atuações dependem fortemente de análise de dados. É que em um mundo altamente conectado, a simples aquisição de pacotes de fraldas pela *web* já seria suficiente para que, em geral, empresas tomassem conhecimento de que estava grávida. E ela não queria ser importunada por propagandas.

Parece uma decisão estranha? Sua opção foi pertinente na medida em que as grávidas têm os dados pessoais com maior valor de mercado, havendo pesquisas que apontam que eles podem valer até quinze vezes mais do que os de uma mulher não grávida.<sup>14</sup> Em geral, as grávidas se encontram em situações de constantes tomadas de decisões importantes e que se estendem pela vida de seu filho.

Assim, Vertesi faz um relato sobre *big data*, mas, ao contrário, isto é, sobre como é difícil evitar que nossos dados sejam coletados, que sejam localizados, monitorados e inseridos em bancos de dados sem nosso consentimento.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> O termo “Orwelliano” surgiu para se referir ao regime ficcional (mas que mostra grande realidade na atualidade) do livro “1984” de Eric Arthur Blair, conhecido pelo pseudônimo de “George Orwell” e que retrata a ampla fiscalização e controle de determinado governo na vida das pessoas. A obra foi escrita a partir da narrativa de Winston Smith, um homem com uma vida aparentemente insignificante e que recebe a missão de perpetuar a propaganda do regime por meio da falsificação de documentos públicos e da literatura, no intuito de registrar que tudo o que o governo faz está correto. Smith fica desiludido com sua existência miserável e, assim, inicia uma rebelião contra o sistema.

<sup>11</sup> O termo “Kafkiano” ganhou maior destaque na língua inglesa e significa algo complicado, labiríntico, surreal, como as situações verificadas nas obras de Franz Kafka, um dos escritores mais influentes do século XX, nascido em Praga, e que publicou obras como “Metamorfose” (publicado em 1915 e narra o caso de Gregor Samsa, que após acordar de um pesadelo, vê seu corpo transformado em um inseto daninho) e “O Processo” (publicado em 1925 e que conta o caso de Josef K., envolto em um obscuro processo sobre um crime que desconhece).

<sup>12</sup> Pudemos discurrir sobre tal relato também no artigo “Intimidade e Privacidade em face do Marco Civil (lei nº 12.965/14). In: ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; MEIRELLES, Delton R. S.; PIMENTEL, Fernanda (org.) Processo e Conexões Humanas. Petrópolis: 2014, pp. 159/186.

<sup>13</sup> O programa do evento no qual houve a participação de Vertesi pode ser encontrado em <<http://www.theorizingtheweb.org/2014/ttw14-print-program.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017, às 12h14min.

<sup>14</sup> How One Woman Hid Her Pregnancy From Big Data. Disponível em: <<http://mashable.com/2014/04/26/big-data-pregnancy/#5wwUCU3si8q7>>. Acesso em: 25 set. 2017, às 22h25min.

<sup>15</sup> O evento no qual Janet Vertesi compartilhou sua experiência foi o “Theorizing the web”, cuja página da programação pode ser encontrada em: <<http://theorizingtheweb.tumblr.com/>>. Acesso em: 25 set. 2017, às 22h27min.

A saga de Janet Vertesi teve início quando ela pediu que ninguém do seu relacionamento fizesse menções à sua gravidez nas redes sociais. Para isso, telefonou e escreveu individualmente para amigos e familiares. Assim que lhes dava a boa notícia da gravidez, aproveitava para solicitar que não falassem sobre o assunto.<sup>16</sup> O segundo passo foi utilizar o The Onion Router<sup>17</sup> - TOR - para acessar as páginas que desejava e impedir que fosse rastreada por *cookies*.<sup>18</sup> Também preferiu fazer compras *offline*, com pagamento em dinheiro em vez de cartões e precisou até alugar um armário para que suas compras lá fossem entregues com vistas a que as aquisições não fossem vinculadas a ela.

Por agir assim, na tentativa de evitar que seus dados fossem analisados contra sua vontade, deparou-se com uma situação bastante peculiar. Ao tentar comprar um carrinho de bebê, seu marido utilizou cerca de quinhentos dólares em cartões presente (*gift cards*) de uma famosa loja, mas não obteve êxito, porque isso desencadeou um alerta para o lojista, que teve que informar este tipo de operação para as autoridades como forma de se evitar a “lavagem” de dinheiro.

Outro aspecto que tornou a conduta de Vertesi alvo de desconfiança das autoridades foi o fato de ter utilizado o TOR como *software* de acesso à internet. É que a sua utilização, embora possa ter sido para fins legítimos, é visto pelas agências de segurança dos Estados Unidos como um indicativo de que alguém pretende fazer algo ilícito.<sup>19</sup>

Vê-se, assim, a problemática situação onde o aparente desejo de se manter anônimo tornou a professora um alvo de investigação, porque suas condutas amoldaram-se em práticas indiciárias de ilícitos. Algo bastante preditivo e violador das liberdades públicas, especialmente se pensado sob a óptica da Constituição Federal do Brasil. Vertesi provou que se forem tomadas medidas para evitar o rastreamento de dados, pode-se até mesmo conseguir o resultado oposto, incrementando as atenções sobre nós, o que se mostra realmente kafkiano.

## 1.2 Quando os serviços são grátis, nós somos o produto

<sup>16</sup> Mesmo assim, um tio residente na Austrália enviou mensagem felicitando-a e, em resposta, ela o bloqueou e apagou os registros de conversas com ele nas redes sociais.

<sup>17</sup> Tor é um software livre e de código aberto que permite anonimato ao navegar na Internet. É uma espécie de browser, mas cuja funcionalidade principal é a ocultação do I.P. da máquina conectada à internet. Vide [www.torproject.org](http://www.torproject.org).

<sup>18</sup> *Cookies* são arquivos que armazenam, de forma temporária, o que o internauta está fazendo enquanto navega na web, como endereços de e-mails, a cidade de onde se está acessando a web, preferências de buscas etc. As informações geralmente possuem formato de texto e ocupam ínfimo espaço no disco rígido do computador.

<sup>19</sup> Vide: Suprema Corte dos EUA autoriza FBI a hackear qualquer computador anônimo. Disponível em: <<http://meiobit.com/342817/suprema-corte-eua-autoriza-fbi-investigar-qualquer-computador-conectado-com-ip-desconhecido-tor-vpns-principais-alvos-usuarios-em-todo-mundo-podem-ser-afetados/>>. Acesso em: 25 set.2017, às 15h26min. Vide, ainda, O FBI hackeou mais de 8 mil computadores em 120 países com um único mandado. Disponível em: <[https://motherboard.vice.com/pt\\_br/article/pgzeab/fbi-hackeou-mais-de-8-mil-computadores-em-120-pases-com-um-unico-mandado](https://motherboard.vice.com/pt_br/article/pgzeab/fbi-hackeou-mais-de-8-mil-computadores-em-120-pases-com-um-unico-mandado)>. Acesso em: 25 set.2017, às 15h27min.

“Quando os serviços são grátis, você é o produto”, é o que costumamos ouvir desde o surgimento da internet e dos serviços que aceitamos utilizar diariamente quase sempre sem ler os termos e condições de uso ou a política de privacidade de dados.

Em muitos casos na atualidade o modelo de negócios funda-se na exibição de publicidade, o que faz com que os dados dos usuários ganhem importância ímpar, já que, com eles, as propagandas são direcionadas de forma muito mais específica, resultando em atingimento de consumidores com muito maior precisão. Também há casos em que pode não haver a publicidade, mas dados do usuário são captados a partir do preenchimento de cadastro por ele mesmo, de forma espontânea e com seu consentimento. Também há coleta de dados baseadas em interações e comunicações com outros usuários. Em todos os casos anteriores, a coleta de dados é uma verdadeira fonte de poder e dinheiro.

Há serviços que oferecem versões gratuitas e, conforme crescem, passam a vender espaço publicitário para empresas ou ofertar o acesso a estes dados para as que estejam dispostas a pagar por eles. Mas que não se enganem: serviços pagos também podem agir assim. Apesar disso, tais modelos podem ser praticados de forma ética e em conformidade com a legislação e respeitando os direitos do consumidor.

Um caso bastante curioso é o do Instagram e as fotos de seus usuários que foram parar no jornal “The New York Times”.<sup>20</sup> Houve uma parceria do jornal com o mencionado provedor de aplicações, o que constava dos termos e políticas de uso da rede social, mas que, mesmo assim, pegou muitos de surpresa, porque jamais imaginaram que poderiam ter suas fotos estampadas no jornal de grande circulação. Ninguém leu os termos aplicáveis ao Instagram, mas, neste caso, as pessoas não se ofenderam na medida em que os donos das fotos haviam fotografado a neve dos Estados Unidos, tendo sido uma honra para os escolhidos.

Ainda sobre o Instagram, em 2013 houve mudança na sua política, mas seus termos não foram esclarecidos de forma adequada aos usuários, como, por exemplo, a venda de fotos dos usuários.<sup>21</sup> Por tal razão, a National Geographic cogitou deixar a plataforma do aplicativo, ocasião em que essa mensagem recebeu nada menos que trinta e oito mil curtidas, deixando clara a insatisfação das pessoas com a mudança. Por seu turno, o Instagram se manifestou informando que seus termos haviam sido mal interpretados e que os trechos polêmicos seriam retirados, o que fez com que voltassem atrás e anulassem as alterações.<sup>22</sup>

Mas é importante ressaltar que nem sempre a coleta e tratamento de nossos dados significará algo ruim. É com eles que conseguimos personalizações de conteúdos baseadas em interesses dos usuários, podemos melhorar nossa

<sup>20</sup> Instagrammers discover front-page NYT placement by chance. Disponível em: <<https://www.poynter.org/news/instagrammers-discover-front-page-nyt-placement-chance>>. Acesso em: 25 set.2017, às 22h33min.

<sup>21</sup> Instagram muda termos de serviço e quer usar suas fotos para ganhar dinheiro. Disponível em: <<https://www.poynter.org/news/instagrammers-discover-front-page-nyt-placement-chance>>. Acesso em: 25 set.2017, às 22h34min.

<sup>22</sup> Instagram desiste de reformular seus termos de serviço. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/instagram/34456-instagram-desiste-de-reformular-seus-termos-de-servico.htm>>. Acesso em 25 set.2017, às 22h36min.

navegação, tornando-a mais eficiente, podemos ter facilidades ao não precisar digitar senhas todas as vezes em que formos acessar um determinado *website* etc.

Também é preciso dizer que, mesmo quando o serviço é cobrado, isso não impede que os dados pessoais sejam usados. Veja-se, por exemplo, o caso da Netflix, que pode analisar — e de fato analisa — nossos dados para ofertar séries e filmes mais alinhados com os gostos do assinante. O mesmo pode-se dizer de análises das transações bancárias e com cartões de crédito, que podem permitir aos bancos ofertar produtos mais específicos para seus clientes.

Programas de fidelidade também se prestam a conhecer mais dos clientes, não sendo apenas um meio de recompensar os mais fiéis. Assim, as interações com a empresa — ou grupo de empresas — é monitorado para que sejam ofertadas promoções e produtos específicos. Então, mesmo com pagamento, nossos dados são analisados e não deixamos de ser produtos por conta disso.

Também é preciso considerar que o fato de pagar por um produto não faz dele melhor que outros, que terá atendimento melhor ou que nossos dados não serão coletados.

Mas o que há de mal em coletar a tratar nossos dados? Por si só, nada. O problema é que quando não temos ciência do que ocorre com eles, este vício no consentimento frustra nossa expectativa de privacidade e, ainda, mostra os valores das empresas e o respeito que elas têm pelos seus clientes.

O melhor cenário seria termos pleno conhecimento e compreensão de quais dados são coletados e como são utilizados pelas empresas e governo.

Exemplos de uso de nossos dados são as experiências que temos com as plataformas Facebook, Instagram e WhatsApp. Nenhum deles tem versão paga, mas todos exploram nossos dados de forma massiva. Aliás, todos agora são pertencentes ao mesmo grupo econômico (são todos pertencentes ao Facebook). Todos os nossos textos, curtidas, interações e compartilhamentos são analisados e usados para segmentar publicidade. E é estranho como muitas pessoas acham receoso preencher o CPF em alguns estabelecimentos, mas ignoram que nossas interações nas redes sociais mostram muito mais de nós que o mencionado documento. Apesar de tais plataformas terem políticas de privacidade, as possibilidades de uso de nossos dados é tão grande que mal podemos compreender o que de fato é ou pode ser feito com eles.

Quem nunca pesquisou um produto numa loja digital e, dias depois, passou a ver anúncios dele em outros websites? Isso nada mais é que análise de dados, fazendo remarketing. O mesmo vale para os informes “pessoas que compraram isso também compraram...”

A Google, por exemplo, monitora a nossa localização para melhorar os serviços prestados, sendo possível verificarmos onde estávamos em determinado dia e horário. E, sendo usuário dos produtos Google, não é possível fazer cessar essa grande devassa em nossas vidas, havendo alguma possibilidade de reduzir o rastreamento, mas não impedi-lo.

A atualidade é baseada em dados e não há motivos para pressupor que o futuro será diferente, com novos modelos de negócios baseados em coleta e análise de

dados, propiciando lucros enormes para as empresas e um constante monitoramento dos cidadãos. Pode-se dizer, assim, que a vigilância é o atual modelo de negócios da internet e nada indica que isso mudará.

## 2 Um panorama sobre a proteção aos dados pessoais na lei brasileira

O Brasil não dispõe, atualmente, de uma lei específica de proteção de dados pessoais. De fato, há leis setoriais que, em seus respectivos âmbitos, tratam parcialmente do tema.

Nesta perspectiva, podemos mencionar, inicialmente, a lei nº 8.078/90 — Código de Defesa do Consumidor — sobre os dados dos consumidores.

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

As normas acima apontam que o consumidor deve ter acesso às informações arquivadas sobre si nos bancos de dados (art. 43, “caput”), sendo que elas devem ser objetivas, claras e verdadeiras, proibindo-se informações negativas por prazo superior a cinco anos (§1º).<sup>23</sup>

O Código de Defesa do Consumidor exige que a inserção de um consumidor em bancos de dados seja-lhe comunicada quando não tiver, por ele, sido solicitada (§2º). A ele, dá-se, ainda, o direito de retificar dados inexatos, com o prazo de cinco dias para que o responsável informe a realização da alteração solicitada (§3º).

Considerando que os parágrafos 4º e 5º declaram que os bancos de dados e cadastros dos consumidores e os serviços de proteção ao crédito e congêneres são de caráter público, estipulam que, operada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, é vedado que os sistemas de proteção ao crédito forneçam informações que impeçam ou dificultem novo acesso ao crédito pelo consumidor. Há, aqui, indubitável preocupação em não discriminar o consumidor em face da desproporcionalidade da utilização de seus dados pessoais fora de um contexto da atual dívida.

---

<sup>23</sup> Prazo aplicado para os cadastros relativos à negativação por dívidas.

Verifica-se, assim, que o sistema de proteção aos dados pessoais previsto no Código de Defesa do Consumidor é, por um lado, destinado a não permitir abusos contra o consumidor, mas, por outro, insuficiente para proteger cidadãos em geral, já que se refere apenas aos dados dos consumidores. E nem todas as relações havidas no âmbito da web são de caráter consumerista, restando grande parte dos cidadãos desprotegidos quanto à coleta e tratamento de seus dados.

Para além do microsistema de proteção aos dados dos consumidores, pode-se mencionar a lei nº 12.414/12 — “Lei do Cadastro Positivo” — que traz as seguintes disposições:

Art. 3º Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei.

§1º Para a formação do banco de dados, somente poderão ser armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado.

Vê-se, assim, que a mencionada lei é uma espécie de complemento ao Código de Defesa do Consumidor, mas aqui com maior detalhamento quanto ao histórico de crédito. Assim, é possível a constituição de bancos de dados com informações pessoais sobre o histórico de crédito (art. 3º), mas precisam conter registros claros, objetivos e, acima de tudo, adequados à necessária avaliação econômica do cadastrado (§1º). Não são admitidos, portanto, bancos de dados com informações que não se prestem a análise creditícia.

O sistema brasileiro conta, ainda, com a lei nº Lei 12.527/11, popularmente conhecida como “Lei de Acesso à Informação”, que regulamentou o acesso a informações, previsto nos artigos 5º, inciso XXXIII, e 37, parágrafo 3º, inciso II, e 216, parágrafo 2º da Constituição Federal.

Subordinam-se à mencionada lei os órgãos públicos que fazem parte da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, incluindo-se os Tribunais de Contas e o Ministério Público, bem como autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais instituições sob o controle direto ou indireto da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com aplicação estendida às instituições privadas sem fins lucrativos que desenvolvam ações de interesse público e recebam recursos públicos. Verifica-se, assim, que o acesso pretendido pela lei é de informações contidas em bancos de dados de entes públicos. A lei destina-se a garantir, antes da proteção dos dados pessoais, o acesso à informação. É um contexto oposto ao da proteção cujo aspecto normalmente se traz sob a perspectiva de não divulgação ou uso que possam violar a privacidade dos indivíduos.

Para além das normas sobre a proteção mais específica dos dados, há que se considerar, ainda, aspectos civis e criminais que merecem ser mencionados.

Nesta perspectiva, insta mencionar o artigo 20 da Lei nº 10.406/2003 (Código Civil), que se refere à divulgação de dados de interesse público que possam interferir na reputação de um indivíduo, nos seguintes termos:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber,

se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Logo, se, pela natureza dos dados divulgados, temos que podem ser de utilidade pública, a exemplo de nome, telefone, endereço, e-mail, situação de cadastro fiscal na Receita Federal do Brasil ou de Órgãos de Proteção ao Crédito, o que recebem status de Dados Pessoais de acesso público, mas, isto não significa que os dados cadastrais são públicos e de uso irrestrito, vez que eles pertencem ao seu Titular e há limitações para formação de registros descritas na lei.

Como dito, a norma acima se relaciona com a divulgação de dados cadastrais que possam interferir na reputação de um indivíduo. Evidentemente, não sendo este o caso (não se tratando de dados de um indivíduo) o dispositivo não se aplica. Isso não significa que o responsável pela coleta e tratamento de dados não possa vir a arcar com responsabilidades em face do mau uso.

Afinal, há uma cláusula geral de responsabilidade civil que impõe a obrigação de indenizar quem causar dano a outrem.

**Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

**Parágrafo único.** Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (grifo nosso)

Por ato ilícito entende-se o seguinte:

**Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

**Art. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A falha na prestação dos serviços que possam expor outros a dano poderá, então, ser alvo de responsabilização tanto pelo Código de Defesa do Consumidor (quando o cliente for destinatário final do produto/serviço) bem como pelo Código Civil (nos casos em que não houver relação de consumo protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor).

Há, portanto, inegável possibilidade de responsabilização civil ou consumerista, a depender do tipo de violação e agentes envolvidos. Isso pode se aplicar a uma série de situações, tais como vazamento indevido de dados, divulgação de dados falsos, enfim, qualquer situação que possa expor terceiros a danos patrimoniais ou morais.

Nota-se, assim, que apesar de haver algumas normas que tratam de cadastros com dados pessoais, nenhuma delas é específica ao ponto de delinear os princípios que devem nortear a coleta e tratamento dos dados, não havendo previsão de órgão específico de fiscalização, e sem que se prevejam consequências da falha na proteção dos dados pessoais. É mais que desejável, portanto, uma lei de proteção aos dados pessoais.

### 3 Breves comentários sobre os projetos de leis de proteção aos dados pessoais

Até o presente momento há três projetos que tratam da proteção de dados pessoais em tramitação no Congresso Nacional: o PL 5276/2016, o PLS 330/2013 e o PL 4060/2012. Cada qual prevê distintas garantias e também situações de riscos à privacidade e a outras liberdades fundamentais. Em geral, os projetos pretendem regular o consentimento entre os titulares dos dados e os responsáveis pelos seus respectivos tratamentos.

Os projetos mencionados oferecem diferentes garantias ao direito à privacidade, embora ainda seja necessário harmonizar a proteção de dados pessoais com os direitos fundamentais da liberdade de expressão e o direito à informação.

Apesar do PL 5.276/16 ser o que nos parece mais bem estruturado, até porque se baseia em modelo europeu já bastante discutido e em *vacatio legis*, nenhum dos projetos cria o órgão público específico e independente para fiscalizar a proteção aos dados pessoais. O que mais se aproxima disso é justamente o 5.276/16, que atribui responsabilidades específicas para a regulação e a fiscalização da implementação da lei por um órgão competente a ser designado na regulamentação da lei. Sem um órgão regulador há sérias chances de que o projeto, tornando-se lei, não seja concretizado. É que, sem um órgão independente, os titulares dos direitos terão o ônus de enfrentar a distribuição desigual de interesses das grandes corporações face à privacidade.

Por outro lado, o importante conceito de autodeterminação informativa (presente nos projetos 5276/2016 e 4060/2012) deve ser tratado com cautela, porque pode legitimar o “direito ao esquecimento”, que tem sido entendido como o direito das pessoas demandarem em juízo, que buscadores cancelem listas de informações sobre estas pessoas após pesquisas em seus nomes. O assunto é polêmico e merece ser tratado com independência e maturidade.

Todos os projetos possuem, de alguma forma, exceções para as atividades de investigação das forças públicas de segurança. Justifica-se que a exceção seria necessária para as atividades de investigação de casos que precisam de agilidade na resolução. Todavia, é possível constatar que os governos têm construído aparatos de vigilância, com as pessoas sendo seus alvos constantes. O vigilantismo desenfreado é uma realidade que deve ser limitada por critérios razoáveis relativos ao tratamento dos dados pessoais também pelos órgãos públicos e de segurança.

Uma questão importante é a menção à Lei de Acesso à Informação. Explica-se: tal menção é necessária quando o tratamento de dados pessoais for feito por órgãos da administração pública, ainda que a aplicação da mencionada lei já esteja subentendida, vez que deve-se reforçar a obrigação de transparência. A Lei de Acesso à Informação no art. 31, §3º, inciso V, determina que as informações pessoais podem ser publicadas sem consentimento se forem necessárias para a proteção do interesse público, o que tem gerado alguns bons resultados, como as remunerações de funcionários públicos que recebem supersalários de forma ilegal.

Os projetos também permitem o tratamento de dados para a realização de pesquisas estatísticas, embora não tragam delimitações precisas sobre o alcance e limites destas atividades, podendo gerar brechas e abusos no tratamento dos dados

pessoais sem o consentimento dos seus respectivos titulares. Deve, assim, haver uma clara definição do que se entende por pesquisa estatística, quem são os possíveis atores que executam este tipo de atividade e quais as finalidades de tais pesquisas.

No mais, o PL 5276/2016 é resultado de uma ampla e frutífera discussão com toda a sociedade brasileira e foi construído de forma colaborativa com engajamento social por meio de duas consultas públicas realizadas no fim do ano de 2010 e começo do ano de 2015, a partir da iniciativa do Ministério de Justiça em colocar o texto do então Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais sob escrutínio público nas plataformas online [culturadigital.br/dadospessoais](http://culturadigital.br/dadospessoais) e [pensando.mj.br/dadospessoais](http://pensando.mj.br/dadospessoais).

A forma pela qual o texto foi consolidado mostra que houve consenso entre diversos setores da sociedade, com a busca de uma redação equilibrada.

Tecnicamente considerado, o PL 5.276/16 sistematiza de forma orgânica os conceitos e princípios de dados pessoais, delimitando seu escopo de aplicação e critérios interpretativos necessários para sua aplicação. Há importantes temas tratados, tais como: i) os direitos dos cidadãos de acesso, retificação, correção e oposição ao tratamento de seus dados pessoais; ii) regras que tratam do início ao término do tratamento de dados pessoais e também sobre a responsabilidade civil de toda a cadeia de agentes nela inserida; iii) um capítulo específico para a proteção dos dados pessoais do cidadão frente ao Poder Público; iv) a regulação da transferência internacional dos dados pessoais; v) mecanismos de incentivo para o setor regulado, dedicando um capítulo específico para boas práticas.

Além disso, prevê a criação de um órgão de fiscalização (embora dependa de regulamento) e, dentre os projetos existentes, é o que se mostra capaz de suprir a lacuna no ordenamento jurídico da falta de uma lei específica para o tema, trazendo segurança jurídica para o cidadão, empresários e Administração Pública.

Verifica-se, assim, ainda que em termos breves, a importância e complexidade dos projetos em face do tema — proteção dos dados pessoais — que visa garantir o direito à privacidade, mas vai além, numa verdadeira regulação de direitos constitucionais amplamente considerados. É indiscutível, assim, a importância da existência de uma boa lei sobre proteção aos dados pessoais no Brasil.

### **Considerações finais a título de conclusão**

É inegável que a tecnologia tem sido protagonista de diversas alterações significativas em nossos cotidianos, para o Bem e para o Mal.

Aparatos tecnológicos têm ajudado a salvar vidas, têm tornado nossas vidas mais dinâmicas, encurtado distâncias e criado interações por linguagens que jamais havíamos imaginado, como os “emojis” ou os “memes”. Por outro lado, além de permitir uma vigilância quase desenfreada, ainda propicia diversos tipos de ilícitos.

Mas não se pode matar o mensageiro e culpar a tecnologia pelas situações de risco à nossa privacidade. Melhor que isso é compreender os modelos de negócios

baseados em dados para, assim, poder propor medidas que sejam aptas a proteger os cidadãos.

Quanto a isso, nosso sistema jurídico traz normas inequívocas sobre a existência de um direito à privacidade e à intimidade, embora não haja conceitos legais de ambos. Isto, todavia, não pode significar que não podem e não devem ser imediatamente protegidos dos abusos empresariais e estatais de monitoramento e vigilância derivados do *big data*.

Por todo o exposto, mostra-se mais que necessária uma agenda de conscientização das pessoas quanto à necessidade de resguardarem sua privacidade, além da necessária inovação legislativa para que advenha lei de proteção aos dados pessoais. Afinal, apesar do reconhecimento da existência do direito à privacidade, ele somente poderá ser concretizado no atual estágio social mediante a existência de lei e órgãos de proteção aos dados pessoais.

#### Referências bibliográficas

##### a) Artigos e livros:

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1993.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Intimidade e Privacidade em face do Marco Civil (lei nº 12.965/14)**. In: ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; MEIRELLES, Delton R. S.; PIMENTEL, Fernanda (org.) *Processo e Conexões Humanas*. Petrópolis: 2014.

\_\_\_\_\_. **Sobre os sites que divulgam dados pessoais: uma análise sob a perspectiva criminal**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/sobre-os-sites-que-divulgam-dados-pessoais-uma-analise-sob-a-perspectiva-criminal/>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Bitcoin: breves considerações sobre a criptomoeda**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/bitcoin-breves-consideracoes-sobre-a-criptomoeda/>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Ainda sobre as criptomoedas: considerações em face do Sistema Financeiro Nacional**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/ainda-sobre-as-criptomoedas-consideracoes-em-face-do-sistema-financeiro-nacional/>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Relações extraconjugais na mira dos crimes digitais: o caso Ashley Madison**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/relacoes-extraconjugais-na-mira-dos-crimes-digitais-o-caso-ashley-madison/>>. Publicado em 19 ago. 2015.

DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade no Código Civil**. A parte geral do

novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 51, 31/03/2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2460](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460)>. Acesso em: 10 mar. 2009.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. Senado Federal. **Revista de informação legislativa.** Brasília, Ano 17, n. 66, 1980.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista dos Tribunais**, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 1, pp. 77-90, 1992.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.** Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARMENTO E CASTRO, Catarina. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais:** A propósito da legalização de tratamentos de dados pessoais (incluindo vídeo vigilância, telecomunicações e Internet) por entidades públicas e por entidades privadas, e da sua comunicação e acesso. Coimbra: Almedina, 2005.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

#### **b) Reportagens:**

**Instagrammers discover front-page NYT placement by chance.** Disponível em: <<https://www.poynter.org/news/instagrammers-discover-front-page-nyt-placement-chance>>.

**Instagram muda termos de serviço e quer usar suas fotos para ganhar dinheiro.** Disponível em: <<https://www.poynter.org/news/instagrammers-discover-front-page-nyt-placement-chance>>.

*Instagram desiste de reformular seus termos de serviço.* Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/instagram/34456-instagram-desiste-de-reformular-seus-termos-de-servico.htm>>.

**How One Woman Hid Her Pregnancy From Big Data.** Disponível em <<http://mashable.com/2014/04/26/big-data-pregnancy/#5wwUCU3si8q7>>.  
*O FBI hackeou mais de 8 mil computadores em 120 países com um único mandado.* Disponível em: <[https://motherboard.vice.com/pt\\_br/article/pgzeab/fbi-hackeou](https://motherboard.vice.com/pt_br/article/pgzeab/fbi-hackeou)>.

mais-de-8-mil-computadores-em-120-pases-com-um-unico-mandado>.

**O que é ‘pós-verdade’, a palavra do ano segundo a Universidade de Oxford”.**

Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/11/16/O-que-%C3%A9-%E2%80%98p%C3%B3s-verdade%E2%80%99-a-palavra-do-ano-segundo-a-Universidade-de-Oxford>>.

**Suprema Corte dos EUA autoriza FBI a hackear qualquer computador anônimo.**

Disponível em: <<http://meiobit.com/342817/suprema-corte-eua-autoriza-fbi-investigar-qualquer-computador-conectado-com-ip-desconhecido-tor-vpns-principais-alvos-usuarios-em-todo-mundo-podem-ser-afetados/>>.

# REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO BREVE ANÁLISE COMPARATIVA DOS SISTEMAS BRASILEIRO E AMERICANO

DANIELA AMARAL DOS REIS<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Representatividade adequada no sistema processual norte- americano. 2. Representatividade adequada no sistema processual brasileiro. Conclusões. Referências.

## Introdução

Nos últimos anos, a legislação brasileira sofreu mudanças para garantir acesso à justiça a interesses transindividuais, isto é, a direitos “[...] que pertencem a todos e, ao mesmo tempo, a ninguém.”<sup>2</sup> Essa necessidade já havia sido apontada por Mauro Cappelletti — um dos maiores estudiosos da questão do acesso à justiça

— que, ao estudar o tema, havia identificado três pontos sensíveis. Entre eles, estava o da tutela dos interesses difusos, permitindo que os grandes conflitos de massa fossem levados aos tribunais.

Para que esse objetivo fosse alcançado, foram introduzidas, no ordenamento pátrio, a Lei da Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública, a Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor, entre outros diplomas.

A lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e a lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que, juntas, formam um microssistema de direitos transindividuais, foram responsáveis pelas principais inovações. Como exemplos, pode-se apontar a adaptação do instituto da legitimação de agir, presente no artigo

<sup>1</sup> Mestre em Filosofia Política pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Advogada. Professora da Faculdade de Direito de Sorocaba. Professora da ESAMC Sorocaba.

**RESUMO:** Ao longo dos últimos anos ocorreram, no Brasil, várias mudanças legislativas no intuito de atender a crescente demanda de proteção dos chamados interesses metaindividuais. A fim de garantir o acesso à justiça a esses direitos, houve necessidade de adaptação da estrutura individualista do Direito, presente no Código de Processo Civil. Daí a criação da Lei 7347/85 e do Código de Defesa do Consumidor, que, juntos, formam um microssistema de direitos transindividuais. Com eles, foram introduzidas as chamadas legitimação extraordinária e representatividade adequada. Ao contrário do que ocorre com relação à proteção dos direitos individuais, faz-se necessário que um porta-voz fale em juízo em nome de outrem, de um grupo ou coletividade, requerendo a tutela do direito coletivo violado. Assim sendo, é essencial saber se aquele que se apresenta como defensor em juízo do interesse transindividual é um representante adequado da coletividade, classe ou categoria. Por conta disso, instituiu-se a chamada representatividade adequada. A partir dela, os ordenamentos jurídicos criaram diversos critérios de avaliação. O sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos, tal como desenhado pelo legislador nas leis 7347/85 e 8078/90, estabeleceu a verificação *ope legis* da representatividade adequada, enquanto o sistema americano instituiu a verificação *ope judicis*. O objetivo deste trabalho é analisar como esses sistemas se constituem, assim como apontar seus pontos positivos e negativos. Palavras-chave: processo coletivo; legitimidade; representatividade adequada; acesso à justiça.

<sup>2</sup> Susana Henriques da Costa. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro, p.1.

6º do antigo Código de Processo Civil de 1973,<sup>3</sup> e a criação da figura da representatividade adequada.

Ao contrário do que se dá no sistema individualista do antigo Código de Processo e do atual Código de Processo Civil de 2015, na esfera de proteção dos direitos coletivos, a regra é a da legitimidade extraordinária. Pela própria natureza dos direitos transindividuais,<sup>4</sup> faz-se necessário que um porta-voz fale em juízo em nome de outrem, de um grupo ou coletividade, requerendo a tutela do direito coletivo violado. Daí a extensão da legitimação para agirem sujeitos públicos e privados, isto é, a entes não pessoalmente prejudicados.

No ordenamento jurídico brasileiro, o legislador optou por preestabelecer os legitimados ativos. No tocante à legitimação, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor também se integram. O rol de legitimados é praticamente o mesmo, tendo este último diploma acrescentado àquele apenas os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica.<sup>5</sup>

Conjugando os artigos 5º da lei 7347/85 (com a nova redação dada pela lei 11448/07) e 82 da lei 8078/90, são legitimados para propor a ação civil pública principal e a cautelar: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública; c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; d) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e) a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil, e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e) as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

<sup>3</sup> O artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973, em sua primeira parte, caracterizava a legitimidade ordinária: “[...] ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio [...]”. Em outras palavras, é titular da ação “[...] apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo cuja tutela pede (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva).” Rodolfo de Camargo Mancuso. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 204.

A legitimidade extraordinária aparecia na segunda parte desse artigo, quando o legislador estabelecia: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, *salvo quando autorizado por lei*.” Assim sendo, a pessoa que não for a titular do direito material somente poderia defender no processo, em nome próprio, direito de outrem, nos casos expressamente permitidos em lei. Portanto, no sistema de direitos individuais do CPC, a regra era a da legitimidade ordinária, sendo que a legitimidade extraordinária era a exceção.

No atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o artigo 18 trata da legitimidade da mesma forma que o diploma anterior: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.”

<sup>4</sup> Os interesses transindividuais são coletivos por natureza. Essa peculiaridade gera dificuldades em sua tutela pelas regras do Código de Processo Civil. Nem sempre é possível determinar os titulares desse direito ou, sendo possível, não se pode mensurar a quota parte de cada um. No primeiro caso, sendo indeterminado o titular, não se pode identificar o legitimado para defender em juízo o direito. No segundo, resta saber se um integrante do grupo ou alguns deles podem falar em juízo em nome do todo, quando a autorização ou o litisconsórcio são impraticáveis.

<sup>5</sup> Código de Defesa do Consumidor, artigo 82, inciso III.

Em sentido oposto ao nosso ordenamento, o legislador norte-americano não decidiu estipular um rol fechado de legitimados para propor ação coletiva. Na realidade, são exigidos três requisitos pelas Cortes Americanas para o reconhecimento da legitimidade: “(i) que o autor tenha sofrido ou esteja ameaçado de sofrer alguma lesão; (ii) que o réu seja o suposto causador da lesão ou sua ameaça; e (iii) que a situação seja passível de ser remediada pela lei”.<sup>6</sup>

Como a legitimação de agir no processo coletivo é mais aberta — já que um porta-voz fala em juízo em nome dos interesses do grupo —, a possibilidade de haver abusos é maior, o que representaria um empecilho à tutela satisfatória desses direitos. Por conta disso, torna-se necessário saber se aquele que se apresenta como defensor em juízo do interesse transindividual é um representante adequado da coletividade, classe ou categoria. É o que ensina Mancuso:

Nessas ações, ante a impossibilidade da presença real de todos os interessados, o enfoque é deslocado para outro ponto: o que releva é saber se aquele que se apresenta como representante (parte ideológica) do grupo ou segmento social é realmente um representante idôneo, adequado. (...) Posto que tal pretensão coletiva é socialmente relevante e não pode ficar desprovida de tutela, a solução encontrada foi a de substituir o critério da titularidade da pretensão (viável nos conflitos individuais) pelo critério da ‘adequacy of representation’.<sup>7</sup>

A aferição da representatividade adequada é uma forma de se garantir o devido processo legal com relação aos membros ausentes na demanda. Tal garantia traduz-se na necessidade de que todos que serão atingidos pela sentença possam ser ouvidos em juízo<sup>8</sup> e possam influenciar a convicção do magistrado. As peculiaridades do processo coletivo fizeram com que o direito de ser ouvido pessoalmente fosse convertido em “[...] um direito de ser ouvido através do representante.”<sup>9</sup> Segundo Gidi, a *adequacy of representation* é considerada “[...] suficiente para satisfazer a garantia da oportunidade de ser ouvido para todos os membros do grupo.”<sup>10</sup>

A fim de verificar se o representante é um porta-voz idôneo do grupo ou da coletividade, os ordenamentos jurídicos criaram critérios de avaliação. Nos próximos itens, serão estudados os modos de análise estabelecidos nos sistemas norte-americano e brasileiro.

## 1. Representatividade adequada no sistema processual norte-americano

<sup>6</sup> Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 6.

<sup>7</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 213-214.

<sup>8</sup> “A garantia constitucional do devido processo legal assegura que ninguém seja privado de seus bens sem ser ouvido em juízo (*opportunity to be heard, right to be heard, day in court*)”. Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99-100.

<sup>9</sup> Idem, p. 100.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 100.

Na esfera federal <sup>11</sup> do sistema processual norte-americano, as ações coletivas ou *class actions* encontram-se disciplinadas pela *Rule 23*, editada em 1938. Posteriormente, essa norma sofreu alterações em 1966, 1988 e 2003.<sup>12</sup>

Ao analisar a *Rule 23*, Cássio Scarpinella Bueno, citando Vincenzo Vigoriti, afirma serem dois os pontos centrais das *class actions* do direito estadunidense. Entre eles, está o da representatividade adequada<sup>13</sup>, prevista no item 23(a) (4).

Segundo o autor, a doutrina <sup>14</sup> aponta três elementos para se verificar a existência da representatividade adequada nesse sistema: a) o porta-voz da coletividade, classe ou grupo deve demonstrar que tem efetivo interesse *jurídico* na promoção de determinada ação coletiva; b) o advogado deve ter sua competência avaliada pela Corte, incluída sua competência técnica e sua *bona fides*; c) a Corte deve averiguar a “[...] inexistência de qualquer conflito interno no interior da classe”.<sup>15</sup> E, ainda, pode-se acrescentar um quarto elemento, tendo por base as lições de Gidi: d) inexistência de conflito entre advogado e grupo.<sup>16</sup>

Levando em conta que a *class action* é uma “ação representativa,” <sup>17</sup> é necessário que o candidato a representante tenha condições de defender da melhor forma possível os direitos de toda a classe e não somente os seus próprios interesses.<sup>18</sup> A ideia que está por trás disso é que, se o representante lançar mão dos argumentos e provas suficientes para uma boa defesa do interesse coletivo, a

<sup>11</sup> Ao citar Linda Mullenix, Susana Henriques da Costa ensina que “[...] dentro do federalismo norte-americano, os Estados membros possuem normas processuais próprias. Com relação às *class actions*, cada Estado, com exceção de dois, tem sua própria legislação.” Tomando de empréstimo suas palavras, utilizamo-las para este trabalho: “[...] mostra-se, impossível, assim, dentro do âmbito desse estudo estudar o processo coletivo de cada Estado norte-americano. Por esse motivo, ele estará adstrito às especificidades da legislação federal.” Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 5.

<sup>12</sup> Idem, p. 5-6.

<sup>13</sup> Linda S. Mullenix explica que o conceito da representatividade adequada é muito desenvolvido na jurisprudência norte-americana, em razão de estar intimamente relacionado com a garantia do devido processo legal. Nesse sentido: “[...] american class action jurisprudence has a highly developed concept of adequacy of representation. As indicated above, the concept of adequacy of the class representative is intricately related to the protection of the due process interests of absent class members.” (Linda S. Mullenix. *New trends in standing and res judicata in collective suits*, p. 24.

<sup>14</sup> Apesar de o autor citar a doutrina como fonte dessa lição, é importante ressaltar que os requisitos para se reconhecer a adequação da representatividade são uma construção jurisprudencial. Para saber mais: Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 7.

<sup>15</sup> Cássio Scarpinella Bueno. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 104.

<sup>16</sup> Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 120.

<sup>17</sup> O termo é usado por Gidi, que esclarece seu significado neste trecho: “[...] a *class action* é uma ‘ação representativa’ (representative action). A sua fundamentação histórica e filosófica é que uma parcela do grupo vai lutar pelos interesses de todos os demais integrantes, como se todos estivessem presentes no processo.” Idem, p. 101.

<sup>18</sup> Não são raros os casos de ações movidas por indivíduos para a tutela de seus direitos que passam a ter o status de ação coletiva em razão de um pedido feito pelo autor, que procura convencer o juiz de estarem presentes os requisitos da *Rule 23*, a fim de que a demanda seja recebida e processada como *class action*. Para saber mais, vide Cássio Scarpinella Bueno. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 109-110.

decisão do juiz provavelmente seja a mesma que seria se o representado estivesse litigando pessoalmente em juízo.<sup>19</sup> É isso que autoriza o juiz a tratar os membros ausentes como partes e vinculá-los ao quanto decidido na sentença ou no acordo. Nas palavras de Antonio Gidi:

O requisito da adequação do representante possui um duplo aspecto. Por um lado, é o direito de todos os membros ausentes de terem os seus interesses adequadamente representados na ação coletiva. Por outro, é o direito de não serem atingidos pela coisa julgada de uma sentença dada em uma ação em que os seus interesses não foram adequadamente representados.<sup>20</sup>

Na cultura jurídica norte-americana presume-se que apenas o membro do grupo, isto é, aquele que efetivamente tenha sofrido lesão a seu direito pela conduta do réu está interessado em defender adequadamente o direito do grupo em juízo. Em outras palavras, o interesse *jurídico* exigido nas *class actions* implica envolvimento pessoal no conflito com o réu.

Essa presunção não significa livrar o pretense representante do dever de comprovar ser ele um porta-voz idôneo no processo. Ele tem o ônus de fazê-lo. Se não o fizer ou se alguém, seja o réu ou um membro interveniente, comprovar sua inaptidão <sup>21</sup>, o juiz não receberá a ação coletiva ou não permitirá que a ação individual se desenvolva como *class action*.

A avaliação da representatividade adequada é feita pelo juiz em cada caso concreto.

<sup>22</sup> Ela é, portanto, *ope iudicis*. Sua análise não só ocorre no início da

<sup>19</sup> Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 103.

<sup>20</sup> Idem, p. 101.

<sup>21</sup> “Algumas deficiências dos representantes têm sido levantadas pelos réus em diversas ações coletivas, com o objetivo de atacar a adequação do representante. Alegam-se, por exemplo, os reais motivos pelos quais o representante propôs a ação, o seu status, o seu nível de conhecimento dos fatos e dos fundamentos jurídicos da causa ou as circunstâncias individuais que envolvem o representante. Numa análise dos inúmeros casos que envolveram tais questões, percebe-se que os juizes, em geral, têm rejeitado tais alegações como comprometedoras da adequação do representante, se ele se mostrar capaz e disposto a lutar vigorosamente pelos interesses do grupo. “[...] Todavia, se tais fatores indicam uma atipicidade da lide ou um conflito de interesses entre o representante e os membros do grupo, o tribunal pode considerar o autor inadequado para representar o grupo em uma ação coletiva.” Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 108.

<sup>22</sup> Os critérios para avaliar se o candidato a representante tem condições de conferir tutela vigorosa aos interesses do grupo são de diversos tipos, conforme o caso concreto. Pode ser levada em consideração sua conduta pessoal, sua condição financeira, sua condição física etc. Idem, p. 109. A avaliação da adequação da representação é “considerada uma questão de fato a ser determinada pelo juiz de primeiro grau, com base nos fatos e nas circunstâncias que envolvem cada caso concreto. Como toda decisão de questão de fato, é deixada à discricionariedade do juiz de primeiro grau e somente será modificada pelo tribunal superior se for demonstrado um abuso de discricionariedade ou erro manifesto.” Idem, p. 104. Segundo Gidi, não se exige que ele “[...] seja perfeito ou o melhor membro disponível para a função de representar o grupo. Basta que o representante seja adequado a tutelar vigorosamente os interesses coletivos, para que o requisito seja satisfeito.” Ibidem, p. 107. Linda S. Mullenix enumera alguns critérios que fazem adequado um representante: “[...] an adequate class representative must not have ceded entire supervision and control of the litigation to the class counsel; must be knowledgeable about the underlying claims, defenses, and substantive Law; must be willing to actively participate in the ongoing class proceedings; and must be free of conflicts of interest. In some American jurisdictions, the proposed class representatives also must know and agree to the responsible for the costs and expenses of the

demanda, mas durante todo o curso do processo. Segundo Susana Henriques, quando, no começo da *class action*, o juiz entender que o representante é adequado, “haverá a *certification*, o que significa que o autor foi reconhecido como representante adequado dos membros da classe ausentes e que os outros requisitos da *Rule 23* foram preenchidos.”<sup>23</sup>

No sistema estadunidense, é tão amplo <sup>24</sup> o poder de o juiz averiguar a configuração da representatividade adequada, que nem mesmo a coisa julgada é óbice para sua reavaliação, em face dos membros ausentes. É o que ensina Gidi:

Se, em ação futura, através de uma avaliação retrospectiva, ficar estabelecida a inadequação da representação, o juiz negará o efeito da coisa julgada à sentença coletiva (*collateral attack*). O juiz da ação posterior, sob muitos aspectos, está mais bem aparelhado para detectar algumas inadequações no processo anterior do que o juiz original.<sup>25</sup>

Em razão da garantia do devido processo legal, a coisa julgada só deve atingir os membros do grupo que foram satisfatoriamente defendidos. Desse modo, é possível que o juiz reconheça que um subgrupo não teve seus interesses vigorosamente tutelados pelo representante em determinada ação coletiva, afastando os efeitos da coisa julgada somente em relação a ele.

Nesse sentido, é a lição de Gidi;

Em *Johnson v. Uncle Ben's, Inc.* uma ação coletiva foi proposta em defesa de negros e latinos supostamente discriminados no ambiente de trabalho em função da cor e da origem. Como o representante do grupo concentrou as suas provas quase inteiramente na pretensão dos negros, não foi considerado um adequado representante dos latinos. Consequentemente, a sentença não fez coisa julgada para os últimos. O juiz de primeiro grau deveria ter criado um subgrupo para os latinos, com representante e advogado próprios, quando percebeu a inadequação ou o eventual conflito de interesses de representante negro em face dos interesses do grupo de latinos.<sup>26</sup>

A extensão dos efeitos da coisa julgada aos integrantes da classe também pressupõe ampla publicidade do processo coletivo. É necessário que os membros ausentes sejam notificados da existência da *class action* para que possam exercer seu direito de *opt out*, isto é, de optarem por não serem atingidos pela decisão<sup>27</sup>.

---

class litigation if the class proceedings fail.” (grifo nosso) Linda S. Mullenix. *New trends in standing and res judicata in collective suits*, p. 24.

<sup>23</sup> Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 8.

<sup>24</sup> Cássio Scarpinella Bueno procura indicar as possíveis razões de ser necessário ser tão minuciosa e ampla a averiguação da adequação da representatividade. Ele aponta tanto para a inexistência da formação da chamada coisa julgada *secundum eventum litis e in utilibus*, que ocorre no Brasil, quanto para “[...] a circunstância de haver dúvida na doutrina norte-americana acerca da possibilidade de auto-exclusão (*right to opt out*) dos membros ausentes das *class actions* movidas *sub* (b)(1) e (b)(2), mesmo que notificados pessoalmente da existência da ação.” Cássio Scarpinella Bueno. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 100.

<sup>25</sup> Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 102.

<sup>26</sup> Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 107.

<sup>27</sup> Segundo Linda S. Mullenix, quando se tratar das *mandatory class actions*, não há previsão do direito de *opt out* dos membros da classe, dado o caráter indivisível do interesse em jogo. Nesses

Essa notificação varia conforme se trate das chamadas *class actions for damages* (Rule 23(b)(3)) ou das denominadas *mandatory class actions* (Rule 23 (b)(1) e (b)(2)). Nas primeiras, há necessidade de notificação pessoal, em razão da natureza divisível dos interesses envolvidos. Já, nas últimas, não é obrigatória a notificação pessoal dos membros; basta que haja uma notícia apropriada da existência da demanda por parte do magistrado.

Não só a necessidade de notificar os membros ausentes torna as *class actions* algo financeiramente custoso. O pagamento de honorários periciais, assim como outras despesas referentes à investigação dos fatos, são frequentemente necessários.<sup>28</sup> Pode acontecer que o autor não tenha condições de arcar com tudo isso. Nesse caso, é comum o advogado comprometer-se a financiar o litígio.

A expectativa de vultosos honorários advocatícios<sup>29</sup> é o que atrai os advogados a arcarem com despesas tão altas em determinada ação coletiva. Segundo a doutrina e a jurisprudência, ela é também “‘um natural’ incentivo a que o advogado tutele vigorosamente os interesses do grupo em juízo.”<sup>30</sup>

Mas isso não exclui a possibilidade de conflito de interesses entre o advogado da causa e os membros do grupo. O envolvimento financeiro do advogado na causa é uma faca de dois gumes. Ao mesmo tempo em que ele pode garantir o acesso à justiça de causas de pequeno valor<sup>31</sup>, também pode ser razão de divergências. A obtenção de um acordo de alta soma em dinheiro, logo no início do processo, pode lhe render excelentes honorários, sem contar que evita maiores investimentos de sua parte, tanto de tempo quanto de dinheiro, na demanda. No entanto, ensina Gidi:

Isso pode ser particularmente problemático, por exemplo, nos casos em que o interesse maior do grupo não seja o de obter uma indenização em dinheiro pela lesão causada no passado, mas uma sentença mandamental (*injunction*) que obrigue o réu a fazer ou deixar de fazer alguma coisa no futuro.<sup>32</sup>

A fim de evitar que os interesses privados do advogado<sup>33</sup> sobreponham-se aos interesses coletivos presentes nas *class actions*, cabe ao juiz avaliar se o advogado é

---

casos, o resultado do julgamento é obrigatório para todos os membros da classe. Nesse sentido: “[...] pursuant to Rule 23 and class action jurisprudence, only members of Rule 23 (b)(3) damage classes must be afforded the full panoply of due process rights. Classes certified under the two other class categories are mandatory and non-opt-out classes.” Linda S. Mullenix. *New trends in standing and res judicata in collective suits*, p. 32.

<sup>28</sup> Antonio Gidi. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada, p. 109.

<sup>29</sup> “Como o valor dos honorários, em geral, é calculado em função do resultado obtido para o grupo, quanto maior o valor da condenação, maior o dos honorários.” Antonio Gidi. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada, p. 112.

<sup>30</sup> Idem, p. 112.

<sup>31</sup> Existem casos em que o interesse de cada membro do grupo individualmente considerado tem baixo valor econômico, o que consiste, muitas vezes, empecilho para que uma pessoa deduza sua pretensão individual em juízo ou que venha a arcar com altos gastos que são exigidos nas class actions, quando não há previsão de uma contrapartida financeira interessante para o indivíduo.

<sup>32</sup> Antonio Gidi. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada, p. 121.

<sup>33</sup> “[...] Quem inicia, financia e controla a ação coletiva é o advogado do grupo, é ele quem deve estar suficientemente motivado para tutelar os interesses do grupo que representa. O advogado do

um representante idôneo do grupo. O magistrado deve levar em conta a adequação do profissional em relação aos interesses do grupo e de seus membros e não em relação aos interesses do representante. Segundo Gidi, o titular da pretensão coletiva deduzida em juízo é o grupo e é em face dele que o advogado tem responsabilidade. “Assim, ele deve representar em juízo os interesses da coletividade, ainda que conflitem com os do representante.”<sup>34</sup>

A *Rule 23 (g)* estabelece os critérios que devem ser considerados pelo juiz ao avaliar o advogado. Segundo Linda Mullenix, cabe a ele averiguar não só a experiência advocatícia em geral do profissional, bem como sua habilidade em manejar ações coletivas. Do mesmo modo, os recursos financeiros e logísticos para promover e levar a cabo uma *class action* também devem ser levados em conta. Ademais, o juiz deve avaliar se não existem conflitos de interesses entre o advogado e os membros da classe.<sup>35</sup> Finalmente, lembra Gidi que, além da competência técnica do profissional, deve ser avaliado se ele é ético<sup>36</sup>. Assim sendo, deve ser considerado inadequado o advogado que não tiver condições de garantir uma tutela vigorosa à classe. Nesse sentido, afirma Gidi:

O juiz deve considerar inadequado o advogado que demonstra não ter tempo, estrutura material e financeira ou funcionários suficientes para se dedicar satisfatoriamente à missão de conduzir e administrar um litígio complexo.<sup>37</sup>

Por fim, é importante enfatizar que, no sistema norte-americano, nem todo aquele que tem legitimidade processual é necessariamente um representante adequado<sup>38</sup>. Embora todo representante idôneo seja legitimado, o contrário não é verdadeiro. O direito estadunidense distingue o conceito de legitimidade (*standing*) do conceito de representatividade adequada (*adequacy of representation*). Segundo Susana Henriques, os requisitos exigidos pelas Cortes desse país para o reconhecimento da legitimidade são três: “(i) que o autor tenha sofrido ou esteja ameaçado de sofrer alguma lesão; (ii) que o réu seja o suposto causador da lesão ou sua ameaça; e (iii) que a situação seja passível de ser remediada pela lei”.<sup>39</sup>

Em suma, o conceito de representatividade adequada é mais abrangente do que o de legitimidade, pois exige, além da legitimidade processual, a vigorosa defesa dos membros ausentes pelo representante, a fim de garantir concretamente o devido processo legal.

---

grupo é o verdadeiro dominus litis. Como o advogado do grupo tem a expectativa de receber um alto valor em dinheiro a título de honorários como remuneração pelos seus serviços, ele vê a ação coletiva como um empreendimento, um investimento pessoal.” Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 106.

<sup>34</sup> Idem, p. 111.

<sup>35</sup> Linda S. Mullenix. *New trends in standing and res judicata in collective suits*, p. 24.

<sup>36</sup> Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 111.

<sup>37</sup> Idem, p. 111.

<sup>38</sup> “Não há no direito norte-americano uma equivalência entre os conceitos de legitimidade (*standing*) e o de representatividade adequada, como parte da doutrina entende que ocorre no sistema brasileiro.” Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 7.

<sup>39</sup> Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 6.

## 2. Representatividade adequada no sistema processual brasileiro

O sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos, tal como desenhado pelo legislador nas leis 7437/85 e 9096/90, estabelece a verificação *ope legis* da representatividade adequada. Essa é a interpretação dada por grande parte da doutrina pátria.

Para essa corrente doutrinária, é da competência do legislador avaliar e determinar quem são os representantes idôneos para a defesa dos interesses metaindividuais em juízo. Essa tarefa teria sido realizada, no Brasil, quando da estipulação dos legitimados para as ações coletivas no microsistema de tutela coletiva.

Segundo Susana Henriques, para os adeptos dessa interpretação, “há uma identificação entre os conceitos de legitimidade e representatividade adequada.”<sup>40</sup> Assim sendo, todo aquele que constar no rol de legitimados<sup>41</sup> da lei é presumidamente um representante adequado da classe ou grupo. Essa presunção é *iuris et de iure*, ou seja, absoluta.

A origem desse entendimento está, para Gidi, no fato de que um dispositivo da proposta original da Lei da Ação Civil Pública, o chamado Projeto Bierrenbach, que “previa que o juiz deveria avaliar a adequação do representante caso a caso”<sup>42</sup>, não entrou em vigor na versão final da lei. Isso teria levado alguns doutrinadores a concluir pela inexistência do controle judicial da representatividade adequada no sistema brasileiro<sup>43</sup>. É a posição de Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes:

Vale ressaltar também que, ao contrário do que estabelece o *Common Law*, inexistente em nosso sistema o controle da *Adequacy of representation*, feito pelo órgão jurisdicional.<sup>44</sup>

Mais radical é o entendimento de Nelson Nery. Ao comentar a legitimidade das associações na Lei da Ação Civil Pública, o autor afirma ser ilegal a aferição *ope judicis* da representatividade adequada nas ações coletivas brasileiras. Nesse sentido, ele aduz:

A legitimidade é aferível *ope legis*, bastando à associação preencher os requisitos contidos na lei para considerar-se legitimada ativa para a ACP, ao contrário da ação de classe (*class action*) norte-americana, onde essa legitimidade é aferível *ope judicis*. [...] As limitações à legitimação das associações para a propositura da ACP são apenas e tão-somente as estipuladas na norma ora comentada. [...] Não tem

---

<sup>40</sup> *Idem*, p. 14.

<sup>41</sup> No caso das associações e das entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, mesmo sem personalidade jurídica, é necessário também preencher requisitos estabelecidos, em abstrato, na norma jurídica (artigo 82 do CDC cc 5º Lei da Ação Civil Pública) para serem presumidamente representantes adequados.

<sup>42</sup> Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 134.

<sup>43</sup> Segundo Susana Henriques essa é a posição de Pedro Dinamarco, para quem o “legitimado para a propositura da ação civil pública é um ‘legitimado institucional’, previsto pela lei em abstrato. Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 14.

<sup>44</sup> Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes. *Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no código de defesa do consumidor*, p. 143.

lugar, por ser ilegal, outra exigência ou distinção [...] que restrinja a legitimação para agir das associações.<sup>45</sup>

O legislador pátrio não conferiu liberdade ao magistrado para avaliar a adequação do representante em cada caso concreto, tal como é no direito norte-americano. Isso não significa que ele não possa fazer nenhum juízo de valor sobre a legitimidade do autor da ação coletiva. No entanto, esse poder é muito limitado. Ele restringe-se, segundo Susana Henriques, a averiguar “o nexó entre as finalidades do legitimado e o interesse que se pretende tutelar.”<sup>46</sup>

Há casos, porém, em que, no curso do processo, fica evidente a incompetência do representante em defender os direitos coletivos. Seja porque o autor não tem condições financeiras para arcar com as perícias necessárias, seja por outros motivos como “[...] falta de interesse real no litígio, existência de interesses conflitantes, parcialidade ou mesmo má-fé.”<sup>47</sup>

Tanto o autor quanto o advogado podem se mostrar incapazes ou negligentes na condução do processo. Mesmo assim, “[...] o juiz está obrigado a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo.”<sup>48</sup>

Sob a perspectiva dos membros ausentes, a falta de avaliação profunda da representatividade adequada pelo juiz brasileiro pode significar submissão a uma decisão sem prévia defesa satisfatória. Em outras palavras, o princípio do devido processo legal tornar-se-ia mera ficção nesses casos. Procurando evitar isso, o legislador relativizou a coisa julgada *erga omnes* nas ações coletivas brasileiras. Criou, portanto, a figura da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Essa construção permite que a coisa julgada nas demandas relativas aos direitos difusos e coletivos<sup>49</sup> se forme de acordo com o resultado do processo. Se a demanda for julgada procedente, haverá coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*, respectivamente. Se for julgada improcedente, a coisa julgada *erga omnes* também se formará<sup>50</sup>. No entanto, no caso de ser julgada improcedente por falta de provas, não haverá coisa julgada material.<sup>51</sup>

<sup>45</sup> Nelson Nery Junior. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 1340.

<sup>46</sup> Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 15. Vide artigo 82, incisos III e IV, da lei 8078/90.

<sup>47</sup> Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 130.

<sup>48</sup> Idem, p. 129.

<sup>49</sup> Quanto aos direitos individuais homogêneos, essa regra não é aplicável. Aqui, a coisa julgada formar-se-á qualquer que seja o resultado do processo, mesmo que julgado improcedente por falta de provas. Nesse caso, o que não ocorre é a extensão dos efeitos da coisa julgada coletiva para a esfera individual dos membros do grupo (com exceção dos membros que participaram como litisconsortes da demanda coletiva — estes sofrerão os efeitos). Isso quer dizer que as pessoas prejudicadas podem entrar com ação de indenização por danos individuais. É a chamada extensão *in utilibus*.

<sup>50</sup> Nesse caso, embora haja formação da coisa julgada, os indivíduos não serão prejudicados em seus interesses privados, já que a lei permite que o indivíduo entre na justiça com ação de indenização para ressarcimento dos prejuízos individualmente sofridos. Na verdade, essa é a regra para a tutela jurisdicional dos interesses transindividuais em geral: os indivíduos só serão atingidos pelos efeitos da coisa julgada se benéfica, exceto para os que se habilitarem como litisconsortes na demanda coletiva. (artigo 103, §2º, CDC). Para saber mais, vide Susana Henriques Costa. *O controle judicial*

Para parte da doutrina, a coisa julgada *secundum eventum litis* é a prova de que a representatividade adequada não pode ser avaliada pelo magistrado no sistema brasileiro<sup>52</sup>. Tal avaliação seria desnecessária, já que não se admite que “[...] a eficácia natural da sentença e a imutabilidade de seu comando possam prejudicar aqueles que, ausentes do processo, não intervieram na qualidade de litisconsortes.”<sup>53</sup> Além da ausência de danos aos indivíduos, não haveria como vislumbrar prejuízos aos interesses coletivos, já que, nos casos de sentença de improcedência por falta de provas, é possível a repropositura de ação coletiva com o mesmo fundamento por qualquer dos legitimados da Lei Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, desde que surjam novas provas.

No entanto, o controle *ope legis* da representatividade adequada, acompanhado da coisa julgada *secundum eventum litis*, não está isento de falhas. É verdade que, sob o prisma da tutela dos direitos individuais, essa estrutura protege o indivíduo contra possíveis prejuízos, na medida em que “[...] qualquer que seja o motivo da improcedência da demanda, ela nunca atingirá a demanda individual”<sup>54</sup>. Isto é, o direito individualmente lesado estará *amplamente* resguardado contra uma demanda coletiva proposta por um representante incapaz. Todavia, com relação aos direitos coletivos lesados, o mesmo não se dá.

Ao estabelecer que a sentença de improcedência por falta de provas nas demandas coletivas não impede a propositura de nova ação coletiva, o legislador criou uma espécie de filtro. Nessa situação, não há prejuízos para a tutela dos direitos transindividuais. Apesar disso, esse recurso é insuficiente, pois não abrange os casos de improcedência pura e simples.

Antônio Gidi ensina que a má condução do processo ou fundamentação imprópria da pretensão coletiva por representante incapaz pode levar o juiz a julgar improcedente a demanda.<sup>55</sup> Nesse caso, é impossível repropor a ação coletiva baseada em melhores argumentos ou fundamentos.<sup>56</sup> Aqui, os efeitos da coisa julgada prejudicam a tutela dos interesses metaindividuais, pois o único recurso para a tutela coletiva de direitos não poderá ser usado novamente. Aos

*da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 17.

---

<sup>51</sup> Susana Henriques da Costa explica perfeitamente o raciocínio utilizado pelo legislador ao criar esse sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*. De acordo com ela, o legislador relativiza a coisa julgada quando a demanda é julgada improcedente por falta de provas. Esse resultado da demanda indica que o autor não se desincumbiu de atuar de forma adequada na defesa dos interesses coletivos, e por isso sofrerá uma espécie de sanção, qual seja, não receber uma sentença apta a produzir efeitos frente aos membros do grupo. “O raciocínio é simples: se o autor não for, de fato, um representante adequado, a decisão desfavorável não será apta a atingir a coletividade e a demanda coletiva poderá ser reproposta (de forma idêntica), caso surjam novas provas.” Idem, p. 16.

<sup>52</sup> Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 130.

<sup>53</sup> É a opinião de Arruda Alvim, citado por Cássio Scarpinella. Cássio Scarpinella Bueno. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 132-133.

<sup>54</sup> Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 17.

<sup>55</sup> Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 130.

<sup>56</sup> Idem, p. 130.

membros da coletividade lesada restaria somente tutela individual de seus direitos, por meio de ações individuais.

Sobre o assunto, é oportuno citar a lição de Cássio Scarpinella:

De que adianta o acesso à justiça restar franqueado ao indivíduo diante do insucesso de ação coletiva se esta, precisamente, era o único meio hábil para que sua afirmação de direito fosse, eficazmente, levada ao Estado-juiz?<sup>57</sup>

Sob a perspectiva da efetividade do processo, o sistema brasileiro da representatividade adequada merece críticas. Segundo Susana Henriques da Costa<sup>58</sup>, a análise da efetividade dos mecanismos de solução de conflitos leva em conta critérios de *produção*<sup>59</sup> e de *qualidade*. Quanto aos últimos, o processo deve ser avaliado pela sua aptidão de alcançar os melhores resultados, tendo em vista não só as técnicas processuais, mas também os escopos do processo,<sup>60</sup> que são de ordem jurídica, política e social.<sup>61</sup>

Na lição de Dinamarco, a efetividade do processo pode ser entendida como:

Necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à '*ordem jurídica justa*'. Para tanto, não só é preciso ter consciência dos objetivos a atingir, como também conhecer e saber superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça.<sup>62</sup>

Embora o direito pátrio disponha de instrumento de tutela adequado à defesa dos direitos transindividuais (Ação Civil Pública), o sistema de controle *ope legis* da representatividade adequada acompanhado da coisa julgada *secundum eventum litis* não garante que os direitos difusos e coletivos recebam tutela ampla e satisfatória. Na realidade, nos casos em que um representante inadequado conduzir o processo até uma sentença de improcedência pura e simples, o acesso à ordem jurídica justa ficará prejudicado. Desse modo, existem empecilhos jurídicos para que o processo cumpra "[...] integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude os seus escopos institucionais."<sup>63</sup>

A figura da representatividade adequada presumida também é analisada por Cássio Scarpinella Bueno. O autor lembra que o ordenamento jurídico brasileiro é iluminado e traçado a partir do vetor do devido processo legal, assim como o

<sup>57</sup> Cássio Scarpinella Bueno. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 135.

<sup>58</sup> Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 18.

<sup>59</sup> "Sob o ângulo dos *argumentos de produção*, determinado mecanismo de solução de conflitos será efetivo na medida de sua capacidade de alcançar o melhor resultado com o menor gasto de recursos (economia interna)". Idem, p. 18.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>61</sup> "A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (...) A doutrina moderna aponta outros escopos do processo, a saber: a) *educação* para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor *liberdade*, a oferta de meios de *participação* nos destinos da nação e do Estado e a preservação do *ordenamento jurídico* e da *própria autoridade deste* (escopos políticos); c) a atuação concreta do direito (escopo jurídico)." Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*, p. 30.

<sup>62</sup> Idem, p. 47.

<sup>63</sup> Cândido Rangel Dinamarco. In: Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 17.

americano <sup>64</sup> . Isso significa que a construção legislativa da representatividade adequada brasileira “pode ser posta em xeque diante de um enfoque constitucional sério e pautado.” <sup>65</sup>

Nas palavras de Antônio Gidi:

Acontece que o Código de Defesa do Consumidor e a Ação Civil Pública se inserem em um contexto maior, que é a Constituição brasileira e o devido processo legal. Portanto, em verdade, pouco importa que a lei infraconstitucional brasileira não preveja expressamente que o juiz deva controlar a adequação do representante. Não se trata aqui de uma questão meramente processual, mas constitucional. <sup>66</sup>

O devido processo legal tradicional (de origem e natureza individualista), transportado ao processo coletivo, chama-se devido processo legal *social* ou *coletivo*.<sup>67</sup> Este não requer que a cada indivíduo do grupo seja dada a oportunidade de se manifestar pessoalmente no processo — por ser, muitas vezes, inviável —, mas que se tenha ampla oportunidade de ser ouvido e defendido por um representante. Tal representante não pode ser qualquer um, mas deve ser um representante adequado.

A corrente que entende que a legislação processual brasileira não aceita a avaliação pelo juiz da representatividade adequada, dá a ela uma interpretação contrária à Constituição. Se o juiz está proibido de controlar a adequação do representante, isso significa que:

No Brasil, um representante pode ser incompetente, relapso, medíocre, fraudulento e ainda assim a sua conduta no processo poderá vincular todo o grupo que ele representa. <sup>68</sup>

A possibilidade concreta de a coisa julgada atingir a coletividade ou o grupo sem prévia defesa satisfatória faz do princípio do devido processo legal *social* mera ficção.

Ademais, ao contrário do que se afirma, o sistema pátrio de tutela coletiva não é avesso à verificação *ope judicis* da representatividade adequada, em cada caso concreto. De acordo com Kazuo Watanabe, o artigo 82, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, é indício disso. É o entendimento do autor:

O art. 82, §1º, do Código de Defesa do Consumidor permite ao juiz dispensar a associação do requisito da pré-constituição há pelo menos um ano, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. A análise a ser atribuída ao juiz no caso concreto, para o reconhecimento da legitimação, está muito próxima do exame da ‘representatividade adequada’, podendo-se afirmar que, *a contrario sensu*, o juiz pode negar a referida legitimação, quando entender não presentes os requisitos da adequação. <sup>69</sup>

<sup>64</sup> Cássio Scarpinella Bueno. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 129.

<sup>65</sup> Idem, p. 130.

<sup>66</sup> Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 134.

<sup>67</sup> Idem, p. 135.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 133.

<sup>69</sup> Kazuo Watanabe. *Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 825-826.

Na verdade, a jurisprudência atual leva a crer que a avaliação pelo juiz da representatividade adequada é uma tendência do direito brasileiro. Em vários julgados, as Cortes nacionais vêm exigindo não só que o autor da ação coletiva cumpra as exigências legais para sua propositura, mas também que satisfaça um requisito denominado *pertinência temática*<sup>70</sup>. Este requisito é produto de construção jurisprudencial e permite ao magistrado avaliar, em cada caso concreto, o nexo entre o interesse em litígio e as finalidades institucionais/ estatutárias do autor da demanda.

Até mesmo o Ministério Público, que seria considerado autor incondicionado — em razão de a lei não estabelecer exigências para sua atuação nas ações coletivas —, teve sua legitimidade reconhecida ou rechaçada sob a alegação da presença/ausência de nexo entre seus fins institucionais (artigo 127, Constituição Federal) e o objeto da demanda ou de “relevância social” que justificasse sua atuação em certo caso. É o que se pode concluir das lições e dos julgados citados por Susana Henriques:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. AUSÊNCIA. -

“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.” - *O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesses sociais homogêneos, de relevante interesse social, em contratos por adesão, como no caso, os contratos de arrendamento mercantil.* - Embargos de declaração rejeitados (STJ. 3ª Turma, EDcl no Resp nº 373636/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 20.06.05, p. 265) (grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA (CF, ART. 129, III, E LEI 8.078/90, ARTS. 81 E 82, I). CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RODOVIA. EXIGÊNCIA DE TARIFA (PEDÁGIO) PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONCEDIDO QUE PRESCINDE, SALVO EXPRESSA DETERMINAÇÃO LEGAL, DA EXISTÊNCIA DE IGUAL SERVIÇO PRESTADO GRATUITAMENTE PELO PODER PÚBLICO.

1. *O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública ou coletiva, não apenas em defesa de direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos, nomeadamente de serviços públicos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes. Aplicação dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, e 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor ( )..”*(STJ, 1ª Turma, Resp nº 417804/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 16.05.05, p. 230) (destaque nosso).<sup>71</sup>

Segundo Susana Henriques, as decisões acima transcritas demonstram uma preocupação com a representatividade adequada nas ações coletivas brasileiras, uma vez que o juiz está interessado em avaliar “o comprometimento ideológico

<sup>70</sup> Susana Henriques da Costa explica que a pertinência temática é uma exigência criada pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade. Para explicá-la, a autora cita Cássio Scarpinella. A pertinência temática é, nas palavras do autor, “[...] uma criação jurisprudencial para que aquela Corte possa atestar, com alguma margem de segurança, tratar-se o autor previsto em abstrato no inc. IX, do art. 103 da Constituição representante adequado da lide constitucional.” Cássio Scarpinella Bueno. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 127-128. In: Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 18.

<sup>71</sup> Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 20.

existente entre a entidade legitimada e o interesse em jogo no processo.”<sup>72</sup> Tudo isso a fim de garantir “[...] uma defesa satisfatória dos interesses metaindividuais da sociedade.”<sup>73</sup>

Por fim, cabe falar sobre a natureza jurídica da representatividade adequada e da pertinência temática. Segundo Hugo Nigro Mazzili,<sup>74</sup> ambas são pressupostos processuais e não condições da ação. As condições da ação são possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimação *ad causam*.<sup>75</sup> Estas não podem ser dispensadas pelo juiz. Ao contrário do que ocorre com elas, o juiz pode, em alguns casos, prescindir de um pressuposto processual da ação civil pública. O autor dá como exemplo a possibilidade de o magistrado dispensar o pressuposto da pré-constituição das associações, “[...] quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.” (artigo 82, inciso IV, §1º, do Código de Defesa do Consumidor).

Assim sendo, no caso de uma associação não preencher a exigência dos dois anos de constituição anterior à demanda, pode o juiz relevar. No entanto, se a uma associação já constituída há muitos anos e que tenha finalidade institucional compatível com o objeto da demanda faltar interesse processual, não será dado ao juiz dispensá-la.

## Conclusões

A questão do acesso à justiça nos processos coletivos adquire feição própria em razão das peculiaridades dos conflitos em massa. O modo de ser do processo individual obedece a esquemas rígidos de legitimação, enquanto que o modo de ser do processo coletivo exige esquemas abertos de legitimação, prevendo a titularidade da ação por parte do denominado “representante adequado”.<sup>76</sup>

A necessidade de se legitimar um porta-voz que defenda em juízo os interesses metaindividuais traz à tona a questão de se saber se ele reúne as condições necessárias para garantir uma defesa satisfatória dos interesses do grupo ou categoria que substitui em juízo.

As dificuldades concretas que aparecem com a aplicação dessa estrutura de legitimação coletiva, criada pelas leis 7347/85 e 8078/90, merecem ser pensadas sob uma perspectiva constitucional. O princípio constitucional do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal) não pode ser relegado a mera ficção em certos casos de tutela coletiva de direitos.

A garantia de só ser atingido por sentença com prévia defesa satisfatória nos processos coletivos requer que o porta-voz do interesse metaindividual em juízo seja idôneo *de fato*. Avaliações meramente formais ou presunções legais, como são

---

<sup>72</sup> Idem, p. 21.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>74</sup> Hugo Nigro Mazzili. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 323.

<sup>75</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*, p. 276.

<sup>76</sup> Ada Pellegrini Grinover. *Direito Processual Coletivo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*, p. 12.

feitas no ordenamento brasileiro, já demonstraram ser critérios frágeis, que não garantem a presença de um substituto processual competente. Daí a necessidade de pautar-se pela experiência norte-americana em reconhecer ao juiz não só o poder, mas o dever de controlar a adequação do representante no caso concreto.

A avaliação *ope judicis* da representatividade adequada alicerça no processo coletivo a legitimação. Com poderes para avaliar a condição do porta-voz dos interesses supraindividuais e sua atuação ao longo da demanda, o juiz poderá detectar eventual inadequação do representante, proporcionando oportunidade e prazo para que ele seja substituído por outro mais adequado. Isso evita abusos e afasta pessoas que, de má-fé, poderiam conduzir inadequadamente uma demanda coletiva.

Em suma, somente um juiz pró-ativo e munido de poderes amplos de avaliação da adequação do representante, porta-voz em juízo dos interesses coletivos, poderá garantir ampla tutela a esses direitos, sem que tenha, em alguns casos, que se conformar em decidir contrariamente aos reais interesses do grupo, categoria ou coletividade. Em outras palavras, a adoção, como regra, da avaliação *ope judicis* da representatividade adequada no direito pátrio tem por fim auxiliar o processo coletivo a alcançar sua principal finalidade: a efetividade.

## Referências

ARRUDA FERNANDES, Sérgio Ricardo de. Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no código de defesa do consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 18, n.71, pp. 138-153, jul./set. 1993.

ARRUDA, Alvim. *Ação Civil Pública*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 22, n. 87, pp. 149-16, 5 jul./set. 1997.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela do meio ambiente: a legitimação ativa do cidadão brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 82, v. 698, pp. 12-16, dez. 1993.

BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, ano 21, n. 82, pp. 92-151, abr./jun.1996.

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

\_\_\_\_\_. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, ano II, n. 5, pp. 129-158, jan./mar. 1977.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: um longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. O anteprojeto de código-modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos e a legislação brasileira. **Revista de Processo**, ano 29, n. 117, pp. 109-127, set./out. 2004.

CORREIA DIAS, Lícínia Rossi. **Ação civil pública: tutela constitucional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.** *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 60, pp. 161-176, jul/set. 2007.

COSTA, Susana Henriques (coord.) **Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COSTA, Susana Henriques (coord.). **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. **O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro.** In: Carlos Alberto de Salles. (Org.). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 953-978.

DIDIER JR, Fredie. **O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas.** In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Araújo. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2008.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **A representação adequada nas ações coletiva brasileira: uma proposta.** *Revista de Processo*, São Paulo, ano 27, n. 108, out./dez. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos.** *Revista de Processo*, ano IV, n. 14-15, pp. 25-44, abr./set. 1979.

\_\_\_\_\_. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos.** Série Estudos Jurídicos, n. 1. São Paulo: Max Limonad, 1984.

\_\_\_\_\_. **et alii. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** São Paulo: Editora Forense Universitária, 2004.

GUEDES, Demian. **A legitimação individual para a ação civil pública.** *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 140, pp. 279-299, out. 2006.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos. **Repro**, ano 33, n. 164, pp. 152-169, out. 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRRA, Álvaro Luis Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MONTE ALEGRE, Sérgio. Ação civil pública, constituição federal e legitimidade para agir. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 14, pp. 67-77, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MULLENIX, Linda S. New trends in standing and res judicata in collective suits, general report, common law. **Direito Processual Comparado**. In: *XIII World Congress of Procedural Law*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 500-533.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo et alii. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2004.

# MANDADO DE SEGURANÇA - ASPECTOS RELEVANTES DA LEI Nº 12.016, DE 07.08.09 À VISTA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

ALEXANDRE DARTANHAN DE MELLO GUERRA<sup>1</sup>

**“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”**

(parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Questões propedêuticas relevantes. 2. Petição inicial e documentos que a instruem. A ordem liminar, a sua suspensão e a (in)constitucionalidade do artigo 15 da Lei nº 12.016/09. Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

## Introdução

Dentre as ações constitucionais, certamente poucas assumem relevo maior que o mandado de segurança. O mandado de segurança é uma garantia deferida ao particular contra atos ilegais e abusivos do Estado prevista no artigo 5º, incisos LXIX e LXX, da Constituição Federal em vigor. É o meio processual célere e adequado para proteger de modo eficiente o direito líquido e certo que não seja amparável por *habeas corpus* ou por *habeas data* nas hipóteses em que o agente responsável pela ilegalidade ou pelo abuso do poder é autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas. Presta-se para que os indivíduos defendam-se contra os atos ilegais ou abusivos perpetrados pelo Estado, razão pela qual constitui um instrumento de salvaguarda da liberdade civil e política. “O mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Professor, Coordenador Regional e Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito do Consumidor, Direito Civil e Direito Processual Civil do 10º Núcleo Regional da Escola Paulista da Magistratura. Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Sorocaba. Subchefe do Departamento de Direito Privado e Presidente da Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Sorocaba. Palestrante nos cursos de Especialização da Escola Paulista da Magistratura, da PUC/COGEAE e da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Professor Assistente ao Professor Doutor Renan Lotufo nos Programas de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito das Relações Sociais da PUC/SP (2011-2012). Juiz de Direito Titular da Vara da Fazenda Pública de Sorocaba/São Paulo (Entrância Final). Juiz da Terceira Turma Cível do Colégio Recursal da 10ª RAJ/SP. Juiz Instrutor e Formador da EPM. Juiz Colaborador da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Associado fundador do Instituto de Direito Privado e do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Coordenador e autor de obras e artigos jurídicos.

exerça.”<sup>2</sup> A definição de Hely Lopes Meirelles do mandado de segurança persiste lapidar.

No Brasil, vige o chamado *sistema de jurisdição única*. Significa dizer, cabe somente ao Poder Judiciário o poder de decidir os conflitos com caráter de definitividade, sejam quais forem os litigantes em disputa, seja qual for a índole da relação jurídica controvertida. Reserva-se ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição. Nesse especial contexto de sistema de jurisdição única, avulta a importância do mandado de segurança. Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que a pedido da parte interessada (ou da parte concretamente ferida), o Poder Judiciário controla a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública. Ao Poder Judiciário cabe, diz, por sua missão constitucional e estruturante da República, anular as condutas ilegítimas dos entes públicos ou privados que lhes façam as vezes, compelindo, de outro lado, a adoção de comportamentos obrigatórios ao Estado. Ao Poder Judiciário cabe condenar o Estado a indenizar os lesados, por exemplo, merecendo destaque nesse ponto a regra prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, segundo a qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* (Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional). Das medidas judiciais adequadas para corrigir a conduta da Administração Pública, adverte, há mecanismos específicos para o enfrentamento de atos ou de omissões de autoridade pública, exemplifica, tais como o *habeas corpus*, o mandado de segurança individual ou coletivo, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão”<sup>3</sup>.

No âmbito desse breve ensaio, os esforços são concentrados na análise do mandado de segurança. Serão destacados os principais temas afetos a essa ação constitucional, em especial o seu conceito, os fundamentos, a conformação jurídica dos *atos de autoridade* passíveis de enfrentamento por essa via, os conceitos de direito individual e coletivo, de direito líquido e certo; o objeto e as espécies de mandado de segurança; a sua natureza jurídica e o prazo de impetração; as partes e a intervenção de terceiros; a competência; a petição inicial e os seus requisitos; a notificação à autoridade coatora, a tutela liminar e a suspensão da segurança; a sentença; a execução; os recursos e os seus efeitos; assim como a coisa julgada e questões processuais de maior relevo. O objetivo do estudo é também verificar a medida das alterações na Lei de Mandado de Segurança em virtude do advento do Código de Processo Civil. Convém adiantar que não foram significativas as modificações, mas apenas pontuais, decerto. Aliás, o parágrafo 2º do art. 1.046 do Código de Processo Civil estabelece que “[...] permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.”<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 25-26.

<sup>3</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 813.

<sup>4</sup> Os procedimentos especiais criados por leis extravagantes continuam a vigor após o advento do Código de Processo Civil de 2015. As regras do Código de Processo Civil em vigor apenas são aplicadas supletivamente, isto é, somente são aplicadas nos assuntos que não forem regulados pela legislação extravagante. É o que ocorre, exemplifica a doutrina, com a Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública), a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e a Lei nº 12.016/09 em estudo (Lei

## 1. Questões propedêuticas relevantes

*Mandado*, por sua etimologia, deriva do latim *mandatum*, de *mandare* (ordenar). Significa uma ordem, um ato emanado de autoridade pública judicial ou de autoridade administrativa em virtude do qual deve ser cumprida uma diligência ou se deve cumprir à medida que nele se contém.<sup>5</sup> O mandado de segurança é o remédio constitucional-processual que se destina a proteger direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão por autoridade, que não seja amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*. É exatamente o que prevê o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.” Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>6</sup> observa que o mandado de segurança é uma ação civil de rito sumaríssimo por meio da qual qualquer pessoa pode provocar o controle jurisdicional; diz, quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo que não seja amparado por *Habeas Corpus* ou por *Habeas Data*, em decorrência de ato de autoridade pública praticado com ilegalidade ou com abuso de poder.

Considerando a titularidade para o manejo da ação constitucional em estudo e aqueles que são diretamente afetados pelo provimento jurisdicional nele concedido, o mandado de segurança pode ser individual ou coletivo. Nas linhas acima, encontra-se a delimitação dos contornos do mandado de segurança individual. O mandado segurança coletivo, por sua vez, tem como fundamento constitucional o artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”<sup>7</sup>

Na História do Direito, o mandado de segurança surge entre nós na Carta Constitucional brasileira de 1934. Em todo histórico constitucional, restou ausente apenas na Carta Política de 1937. Recebeu tratamento jurídico mais amplo e

---

do Mandado de Segurança). Os referidos diplomas continuam em vigor e são aplicáveis às matérias processuais nele disciplinadas, a despeito da superveniência do Código de Processo Civil de 2015.

<sup>5</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, verbete *mandado*, p. 510.

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 508.

<sup>7</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que o mandado de segurança previsto no mesmo artigo 5º, LXIX e LXX da Constituição Federal (respectivamente consagradores das modalidades individual e coletivo) é regulado hoje, no plano infraconstitucional, pela mesma Lei Federal nº 12.016, de 07.08.09. Antes do início do seu advento, entretanto, o regime jurídico do mandado de segurança era aquele estabelecido pelo legislador ordinário na Lei Federal nº 1.533, de 31.12.51. Cuida-se de uma “providência sumamente expedita”, sublinha, o qual é vocacionado à proteção de direito líquido e certo que não seja passível de resguardo por meio de *habeas corpus* ou *habeas data*. Certo é que o mandado de segurança exige que o responsável pela ilegalidade ou pelo abuso do poder seja uma autoridade pública ou um agente de pessoa jurídica que esteja no exercício das atribuições públicas. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 813).

adequado, a nosso ver, na Carta Constitucional em vigor<sup>8</sup>. Segundo José Afonso da Silva, o mandado de segurança surgiu como evolução da doutrina brasileira do *habeas corpus*. Teve a sua gênese na orientação da jurisprudência do Brasil proveniente do Supremo Tribunal Federal. O seu objetivo foi não deixar sem remédio certas situações jurídicas que não se amoldavam precisamente à estrutura das ações até então conhecidas. Revela-se aí a sua vocação ao campo residual. Na origem inglesa, ensina a doutrina, o *habeas corpus* era usado também em matéria civil. Não entre nós, contudo. Desenvolveu-se no Direito brasileiro a ideia de um remédio que fosse apto a *amparar* os direitos do particular lesados pelo Poder Público (como o *Recurso de Amparo* existente no Direito mexicano). O mandado de segurança foi instituído no Brasil pelo artigo 113, n. 23, da Constituição de 1924, perdurando nas Constituições seguintes sob o contorno de um remédio constitucional-processual destinado a proteger a lesão ou a ameaça de lesão a direito individual, líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão por autoridade, que não possa ser amparado por meio do *habeas corpus*<sup>9</sup>.

Considera-se *líquido e certo* o direito quando os fatos aos quais deva ela ser aplicado são demonstráveis de plano. Os fatos demonstráveis de plano, sinteticamente, são aqueles fatos que independem de dilação probatória além da documental. Decerto, não se está em questão a complexidade do tema jurídico em debate. Significa dizer, independentemente de sua complexidade fático-jurídica, os fatos devem ser passíveis de demonstração e comprovação idônea à autoridade judicial por prova documental que instrua a petição inicial ou que esteja em poder da autoridade coatora (cuja exibição pode ser ordenada pela autoridade judicial se injustificadamente a autoridade administrativa se recusa a fornecê-la, a teor do artigo 6º, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº. 12.016/09).<sup>10</sup> O mandado de segurança

---

<sup>8</sup> Lúcia Valle Figueiredo adverte: “O artigo 5º, em seus incisos LIX e LXX, dilatou a garantia insculpida na Constituição anterior. Nos termos da Constituição de 1967, apenas poderia vir a ser postulado para direito líquido e certo individual. Na Constituição atual, ao contrário, tem-se a figura do mandado de segurança para proteger direito individual ou coletivo. [...] Ademais disso, vê-se claramente que a proteção é estendida também à conduta de particulares, no exercício de atribuições do Poder Público. [...] A atividade delegada enseja mandado de segurança. É dizer: considera-se também autoridade, para efeito do mandado de segurança, aquele que praticar atividade delegada pelo Poder Público.” (FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 14).

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 162. No mesmo sentido, v. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 508. Por força do que dispõe o artigo 1º, caput, da Lei Federal nº 12.016, de 07.08.2009, “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação, ou houver justo receio de sofrê-la, por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 814. Nesse sentido: “[...] Nos termos do art. 1º da Lei n. 12.016 de 7.8.2009, o direito protegido em mandado de segurança deve ser ‘líquido e certo’, comprovado de plano, sem instrução probatória. 2. *In casu*, analisar a validade da intimação administrativa feita pelo Ministério das Comunicações (...) é incompatível com a via célere do mandado de segurança, pois exige dilação probatória. [...]” (STJ, MS 14.615/DF, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Primeira Seção, j. 25/11/2009, DJe 07/12/2009). Ainda, Na lição de Vicente Greco Filho, toda norma jurídica traz em si um comando objetivamente certo e determinado. Cabe ao Poder Judiciário interpretar concretamente a vontade da lei no sentido em que efetivamente dispõe. “Não há dois comandos emanados da lei, concomitantemente; ainda que haja interpretação divergente, uma delas é correta e constitui o direito. O que pode ser

pressupõe a ausência de dúvida com relação à situação de fato que deva ser documentalmente provada. A incerteza a respeito dos fatos implica o descabimento do mandado de segurança. Se assim for, deve a parte demandar por ação de conhecimento que lhe autorize a ampla dilação probatória. O mandado de segurança é avesso à dilação probatória; “[...] é um *processo sumário documental*, isto é, um processo rápido, concentrado, fundado em prova documental.”<sup>11</sup> Segundo Lúcia Valle Figueiredo, o direito líquido e certo suficiente para estribar o mandado de segurança é aquele que não se submete a *controvérsias factuais*. “Se incertos os fatos, não se ensinará a via angusta do mandado de segurança, neste particular. Por isso mesmo, parece-nos que, não obstante não tenha o inciso LXX do prefalado art. 5º tornando a se referir a direito líquido é certo, é incontroversa a sua necessidade.”<sup>12</sup> Hely Lopes Meirelles<sup>13</sup> pondera que o direito líquido e certo é aquele “[...] que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”. O direito invocado, ensina o autor, para ser amparável por mandado de segurança, deve ser expresso em norma legal e deve trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação. Se a existência do direito for duvidosa, pondera; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e de fatos indeterminados, não é cabível o mandado de segurança, embora ainda possa ser amparado por outros meios judiciais.<sup>14</sup>

É questionável se o conceito de direito líquido e certo tem o caráter puramente processual no mandado de segurança. Doutrinadores de peso afirmam que se trata de uma condição da ação específica da via mandamental. Significa dizer, uma vez não identificado o direito líquido e certo, segundo parte da doutrina, a hipótese é de extinção do processo sem a resolução de mérito por força de carência de ação (ausência de interesse processual). José Antônio Remédio alinha-se aos que sustentam que o direito líquido e certo é uma condição da ação específica do mandado de segurança: “A certeza e a liquidez do direito importam na admissibilidade do conhecimento da ação, como verdadeira condição da ação, não implicando, todavia, na concessão da segurança. Se houver a existência do direito alegado, mas não se demonstrar sua liquidez e certeza, poderá haver o exercício de ação por outros meios, mas não pelo mandado de segurança”<sup>15</sup>. A despeito de viva discussão doutrinária, a nosso ver, a celeuma cai hoje por terra.

---

incerta é a situação de fato à qual deve aplicar-se o direito, podendo ter o juiz dúvida quanto àquela, jamais quanto a este. A doutrina moderna do mandado de segurança [...] definiu o direito líquido e certo como a certeza quanto à situação de fato, porque o direito, por mais complexa que seja sua interpretação, tem, na própria sentença, o meio hábil à sua afirmação” (GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 161-162).

<sup>11</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 162.

<sup>12</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 31.

<sup>13</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, pp. 38-39.

<sup>14</sup> Como antes assinalado, é certo que a lei admite uma hipótese em que a impetração pode vir desacompanhada da prova documental necessária para evidenciar a existência dos fatos noticiados pela parte: trata-se da situação em que o documento necessário encontra-se em poder da repartição, do estabelecimento público, de terceira pessoa ou de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão. Nesse caso, diz a lei, ao despachar a inicial, o juiz requisitará à autoridade a exibição do documento, em original ou cópia autêntica, em dez dias, caso em que o escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição (parágrafo 1º, do artigo 6º, da Lei nº 12.016/2009).

<sup>15</sup> REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 283. A existência (ou não) do direito líquido e certo somente pode ser aferida por meio de

A dúvida cede diante da literalidade da regra do parágrafo 5º do art. 6º da Lei nº 12.016/09. O dispositivo de lei é suficientemente claro no sentido de que se está diante de *juízo de mérito* na ausência de direito líquido e certo (e não de mera ausência de condição da ação). Referindo-se ao revogado Código de Processo Civil de 1973, a lei é clara: “*Denega-se* o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — Código de Processo Civil”.<sup>16</sup> (grifo nosso)

Por força dos incisos LXIX e LXX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o

mandado de segurança pode ser individual ou coletivo, como salientado linhas atrás. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o mandado de segurança individual visa a assegurar o direito pertinente individualmente ao impetrante ou aos impetrantes. Por sua vez, o mandado de segurança coletivo, prossegue, é a via aberta para os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, para as organizações sindicais, entidades de classe ou para as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano em defesa daqueles interesses de seus membros ou associados que concernem ao fator que os congrega na entidade, considerando as finalidades que consubstanciam o seu objeto social<sup>17</sup>. O mandado de segurança coletivo atende à necessidade de efetividade e de celeridade processual,

prova documental previamente constituída. Alfredo Buzaid adverte a respeito que “[...] o direito líquido e certo é aquele direito incontestável, que o poder público não tem possibilidade de impugnar séria e validamente.” (RT 258/35). Arruda Alvim pontifica com acerto que o impetrante deve fazer liminarmente a prova dos fatos que originam o seu direito. Os fatos que possibilitam a obtenção da segurança, diz Alvim, “[...] além de terem de ser provados, devem sê-lo incontrovertidamente, isto é, a prova documental não pode ensejar margem alguma de dúvida a respeito da existência dos fatos, ensejando perfeito conhecimento dos mesmos.” (ALVIM, Arruda. *Mandado de Segurança e sua aplicabilidade no Direito Tributário*. RDP 5/49). Nelson Nery Junior esclarece: “[...] deve, pois, o direito líquido e certo do impetrante, estar presente por ocasião da propositura da ação de mandado de segurança, e exsurgir claro, prima facie, não dando margem a quaisquer dúvidas, mesmo porque o mandado de segurança não é via apropriada para discutir-se questões que dependam de instrução probatória. Inexiste a fase probatória na ação de mandado de segurança, com delimitação precisa. A ocasião de o impetrante demonstrar a existência de seu direito líquido e certo é a da propositura da ação, juntando com a petição inicial, os documentos hábeis a provar o seu direito e a lesão a esse direito líquido e certo.” (RP 14/296).

<sup>16</sup> Em sentido contrário é a lição de Cássio Scarpinella Bueno: “[...] a Lei n. 12.016/2009 não traz nenhum elemento que infirme o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência no sentido de que a *ausência* de direito líquido e certo conduz à extinção do processo *sem* julgamento do mérito, nos moldes do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, por ser aquela exigência constitucional, em última análise assimilável ao *interesse de agir*. A hipótese, destarte, amolda-se perfeitamente ao dispositivo ora examinado e permite, também por força do que dispõe o art. 19 da mesma Lei n. 12.016/2009 [...], que, em tal caso, o direito reclamado pelo impetrante possa ser buscado mediante *outro* veículo processual — mediante *outra ação*, como se costuma dizer — que não seja mandado de segurança e viabilize a produção da prova cuja falta justificou a extinção do mandado de segurança.” (BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32).

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 814. A esse respeito, Vicente Greco Filho observa que “[...] a finalidade do mandado de segurança é a correção do ato de autoridade quando estiver viciado pela falta de alguns de seus elementos, que são: competência, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, motivo e finalidade. Não é possível, todavia, o exame do mérito do ato administrativo, isto é, o exame de suas razões de oportunidade e conveniência, que escapam, aliás, em qualquer caso, da apreciação do Poder Judiciário, dado o princípio constitucional da separação dos poderes [...]” (GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 159).

considerando a repetição de ações de proteção a direitos. Garante o sentido de coletivização para agir expresso na Carta Constitucional. O seu objetivo é evitar a proliferação de decisões conflitantes sobre um mesmo tema jurídico (as quais nem sempre os meios recursais conseguem pacificar e harmonizar). A Constituição Federal de 1988 cria o mandado de segurança coletivo a fim de que uma só decisão judicial atinja um universo maior de interessados em comparação às lides individuais<sup>18</sup>. Uadi Lamego Bulos<sup>19</sup> lembra que o mandado de segurança coletivo foi criado pela Carta Constitucional de 1988 como um instrumento processual constitucional que se destina a tutelar os interesses ou direitos *coletivos e individuais homogêneos*. No seu dizer, é uma espécie do gênero mandado de segurança. Logo, são idênticos os pressupostos constitucionais à impetração de ambos. O mandado de segurança coletivo, enfatiza, possui o que chama o autor de um *regime jurídico vinculado*, pois, de acordo com a sistemática adotada pela Carta Constitucional, ele não se distancia das bases conceituais próprias da via mandamental individual (art. 5º, LXIX); “O Constituinte, portanto, não criou um instituto independente e isolado do tradicional *mandamus*. Apenas ampliou a legitimidade ativa dos impetrantes”.

Vidal Serrano Nunes Júnior e Marcelo Sciorilli acentuam que o ato impugnado deve ser atual ou iminente. Daí o mandado de segurança poder ser preventivo ou repressivo. Em se tratando de ato impugnado atual, é cabível o mandado de segurança repressivo, por óbvio. Em se tratando de ato iminente, o *writ* será preventivo. A impetração do mandado de segurança em caráter preventivo encontra guarida tanto na Constituição Federal. O art. 5º, inciso XXXV, consagra o Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional nas vertentes de lesão a direito ou de ameaça de lesão a direito. A própria revogada Lei nº 1.533/51 já admitia no seu artigo 1º o mandado de segurança quando *houver justo receio* de prática de ilegalidade ou abuso de poder por autoridade<sup>20</sup>. Certo é que a regra contida no art. 1º da revogada lei repete-se no artigo 10 da Lei nº 12.016/09. É ainda cabível o mandado de segurança diante de omissão do agente público no desempenho das suas funções públicas. Se a lei prevê determinada conduta ao

---

<sup>18</sup> Vicente Greco Filho leciona: “O mandado de segurança coletivo mandado de segurança é, e, portanto, deve ser interpretado a partir dele. Valem, por conseguinte, os princípios básicos de que não pode ser interpretado contra lei em tese, nem dispensa a prova documental de uma situação concreta de violação de direito líquido e certo [...] GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 168). O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos aos seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade ou de parte dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada autorização especial para tanto. É o que determina a regra constitucional de regência e o artigo 21, caput, da Lei nº 12.016/2009. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser coletivos (isto é, os direitos transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica) ou direitos individuais homogêneos (assim entendidos os direitos decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante).

<sup>19</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 586-587.

<sup>20</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano e SCIORILLI, Marcelo. *Mandado de segurança. Ação civil pública, ação popular, habeas data, mandado de injunção*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 24.

agente estatal, é evidente que nasce ao particular um direito subjetivo à concessão da segurança. Se for decorrido o prazo fixado pela lei para o administrador público proceder de determinada forma e assim não fizer, é injustificado o silêncio da Administração Pública, razão pela qual a parte prejudicada com tal omissão ilícita (inércia ilícita pela omissão de comportamento devido) é autorizada a valer-se da via mandamental. Razão assiste a Alexandre de Moraes<sup>21</sup>, ainda, quando afirma que o mandado de segurança cabe contra atos administrativos discricionários e contra atos administrativos vinculados. No caso de atos administrativos discricionários, apesar de não caber ao Poder Judiciário, como regra, examinar o mérito político do ato, é dever do Estado-Juiz verificar se concretamente ocorreram os pressupostos autorizadores de sua edição. No caso dos atos administrativos vinculados, cabe ao Poder Judiciário aferir o real preenchimento das hipóteses vinculadoras da própria expedição do ato vergastado.

A natureza jurídica do mandado de segurança é de ação. Segundo Vicente Greco Filho<sup>22</sup>, justamente por ser ação, o mandado de segurança deve ser estudado na teoria geral do processo. Trata-se de um pedido de atuação da jurisdição, diz Greco, e, conseqüentemente, classifica-se como ação e como processo. Os seus aspectos especiais (que alteram as regras gerais) não o retiram da categoria jurídica de ação, adverte com acerto. Merece destaque nesse ponto o 5º da Lei nº 12.016/09 no que diz respeito ao (não) cabimento do mandado de segurança. Dispõe a regra em destaque que não se concederá mandado de segurança: (i) quando se tratar de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; (ii) de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo e (iii) de decisão judicial transitada em julgado. José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo comentam que a Lei nº 1.533/51 também elencava três situações de restrição à via mandamental. O art. 5º da vigente lei do mandado de segurança, no seu dizer, é “[...] uma fonte legal de impossibilidade jurídica do pedido pela via do mandado de segurança”. Entretanto, cumpre sublinhar que no regime do Código de Processo Civil de 2015, a possibilidade jurídica do pedido não mais compõe o rol de condições da ação. Significa dizer, no regime do Código de Processo Civil em vigor, as hipóteses antes identificadoras do pedido juridicamente impossível ensejam hoje a própria improcedência da pretensão do autor (hipótese de exame de mérito, portanto, de denegação da segurança). Decerto, a tipificação oferecida pelo 5º da Lei nº 12.016/09 não é taxativa. Além dessas hipóteses, por exemplo, é inadmissível a via mandamental, exemplificam, diante da restrição consagrada no próprio Texto Constitucional quanto ao não cabimento do mandado de segurança para as situações tuteladas pelo *habeas corpus* ou pelo *habeas data*.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. Atlas: São Paulo, 2009, p. 152, destacamos.

<sup>22</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 154-155, destacamos.

<sup>23</sup> MEDINA, José Miguel Garcia Medina e ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 72. “É da índole da ação mandamental a materialização de um verdadeiro Estado de Direito, no qual os atos abusivos e ilegais daqueles ocupantes de cargos ou funções públicas fiquem sujeitos ao controle da atividade jurisdicional. Tenta-se, desta sorte, evitar-se comportamentos destoantes não só da legalidade em sentido lato, como da própria razoabilidade e

Nos termos do artigo 23 da Lei nº 12.016/2009, o direito de requerer mandado de segurança extingue-se decorridos cento e vinte dias, contados da ciência do interessado do ato impugnado.<sup>24</sup> José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo advertem que não se trata de prazo decadencial para o prazo para o ajuizamento do mandado de segurança. No seu entender, a decadência e a prescrição são temas de direito material, e, nas suas palavras, “o direito de ação não se sujeita à prescrição ou decadência”. A decadência, lecionam, “[...] é motivo para a resolução do processo com análise do mérito, em virtude da extinção do direito material, mas não do direito de ação, que tem natureza constitucional.”<sup>25</sup> Com a devida vênia, é certo que se sedimentou a orientação da jurisprudência no sentido da constitucionalidade de lei que fixa prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança. Tal posição rendeu ensejo, aliás, ao verbete sumular 632 do Supremo Tribunal Federal. A decadência opera os seus efeitos sobre o manejo do mandado de segurança e não sobre o direito material invocado pelo impetrante, informa Cássio Scarpinella Bueno.<sup>26</sup> O termo inicial de fluência do prazo decadencial ocorre no primeiro dia útil seguinte à ciência do ato impugnado, seja pela publicação do ato na imprensa oficial, seja por meio de notificação, seja por qualquer outra via idônea. “A fluência do prazo só tem início se o ato é operante e exequível, isto é, passível de produzir efeito e violar direitos na esfera do interessado”. A esse respeito, observa a doutrina que “[...] não flui o prazo para impetração enquanto o ato por suscetível de

---

proporcionalidade.” (MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio César Vieira; LIMA, Thiago Asfor Rocha. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 39).

<sup>24</sup> Nesse sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça: “[...] DECADÊNCIA CONFIGURADA. Writ impetrado contra ato judicial. [...] “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”, consoante dispunha o art. 18 da revogada Lei n. 1.533/51, cuja redação é praticamente reproduzida *ipsis litteris* no art. 23 do novel diploma acerca do tema em foco, qual seja, a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, sendo aquele aplicável à espécie porquanto o ato impugnado e a impetração foram concebidos sob a sua égide. [...]” (STJ, RMS 27.620/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, j. 03/09/2009, DJe 16/09/2009).

<sup>25</sup> MEDINA, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo. Comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 226.

<sup>26</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 144. Ainda nesse sentido: “[...] Recurso ordinário em mandado de segurança. Decadência. *Dies a quo*. Publicação do edital para preenchimento da titularidade da serventia extrajudicial. 1. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado, consoante dispunha o art. 18 da revogada Lei n. 1.533/51, cuja redação é praticamente reproduzida *ipsis litteris* no art. 23 do novel diploma acerca do tema em foco, qual seja, a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, sendo aquele aplicável à espécie porquanto o ato impugnado e a impetração foram concebidos sob a sua égide. 2. A publicação do edital de abertura é o termo inicial do prazo decadencial para impetração de mandado de segurança objetivando a exclusão de serventia extrajudicial da relação constante de concurso público (RMS 21.044/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 1º de março de 2007). Outros precedentes: RMS 19.272/MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 14 de dezembro de 2006 e RMS 23.660/MG, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 04 de outubro de 2007. 3. No caso *sub examinem*, a publicação do edital destinado a prover, por concurso público, a titularidade do Segundo Ofício de Nova Lima/MG deu-se em 20 de maio de 2005, enquanto que a presente impetração data de 11 de agosto de 2007. Logo, a consumação da decadência é inarredável. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.” (STJ, RMS 29.538/MG, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, j. 03/09/2009, DJe 16/09/2009).

impugnação por recurso administrativo com efeito suspensivo, situação em que, até o julgamento deste, não se tem lesão ou ameaça de lesão a direito do interessado.”<sup>27</sup>

As partes no mandado de segurança são designadas como o *impetrante* e a *autoridade coatora*. Pode figurar no pólo ativo do mandado de segurança qualquer pessoa com capacidade de direito, natural ou jurídica. É superada a resistência contra o impetrante ser pessoa jurídica. O rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 não é privativo às pessoas naturais. Os entes despersonalizados dotados de capacidade processual podem igualmente manejá-lo. Podem ser impetrantes a massa falida, o espólio, a herança jacente ou vacante, a teor do artigo 75 do Código de Processo Civil de 2015. Vicente Greco Filho registra ser admissível a impetração do mandado de segurança também por entidades de direito público não dotadas de personalidade jurídica para garantir as suas prerrogativas funcionais violadas por outra entidade de Direito Público, tais como os Municípios contra os órgãos de Estado e o Prefeito Municipal contra atos da Câmara Municipal (“ou desta contra aquele”)<sup>28</sup>. Importa sublinhar que o mandado de segurança difere das ações em geral no que diz respeito ao sujeito passivo. As ações em geral propostas contra o Estado o são contra a pessoa jurídica de direito público (ou seja, a União Federal, o Estado-membro, o Município ou o Distrito Federal que eles representam ou em nome de quem atuam). Não é o que se passa no mandado de segurança. O mandado de segurança volta-se contra a *autoridade* <sup>29</sup> (aqui referida como *autoridade coatora*). O parágrafo 3º do artigo 6º da Lei nº 12.016/09 afirma: “Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.” O sujeito passivo do mandado de segurança divide-se em dois grupos: (i) *autoridades públicas* e (ii) *agentes de pessoas jurídicas com atribuições de Poder Público*. As autoridades públicas, que são todos os agentes públicos. São as pessoas físicas que exercem função estatal incumbida de poder de decisão e que tenham efetivamente competência para desfazer o ato guerreado (como os agentes políticos e os agentes administrativos). Os agentes de pessoas jurídicas com atribuições de Poder Público são todas as pessoas jurídicas de direito privado que executam a qualquer título as atividades, os serviços e as obras públicas.

O mandado de segurança não deve ser dirigido contra a pessoa jurídica de direito público: volta-se contra a autoridade coatora propriamente dita <sup>30</sup>. A

---

<sup>27</sup> NUNES Junior, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. *Mandado de segurança. Ação civil pública, ação popular, habeas data, mandado de injunção*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 59.

<sup>28</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 160/161.

<sup>29</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 155. Prossegue: “[...] a União e o Estado, em ações ordinárias, serão citados na pessoa de seus procuradores, e o Município na pessoa do prefeito ou procurador; no mandado de segurança será notificada a própria autoridade. Ainda que o objeto seja o mesmo e ainda que tenha sido impetrada a segurança, se, faltando qualquer de seus pressupostos, não puder ser conhecido o mérito da causa, a ação ordinária sucedânea seguirá essas regras de legitimidade, sob pena de carência de ação. Os órgãos de administração direta não constituem, por si mesmos, pessoas jurídicas, e, portanto, não têm legitimidade passiva para a ação, *salvo no caso de mandado de segurança [...]*” (Ob. cit., p. 155-156).

<sup>30</sup> Considera-se autoridade todo agente do Poder Público ou particular que atua por delegação do Poder Público no exercício do poder administrativo. A autoridade coatora é aquela que concretiza a

autoridade coatora é identificada a partir do exame concreto de quem tem competência administrativa para desfazer o ato hostilizado<sup>31</sup>.

De acordo com Hely Lopes Meirelles <sup>32</sup>, nos atos colegiados, considera-se coator o presidente que subscreve o ato impugnado e responde pela sua execução; nos atos complexos, o coator é a última autoridade que nele intervém para seu aperfeiçoamento (mas a jurisprudência exige, diz, a notificação de todos os que participaram do ato); nos atos compostos, a autoridade coatora é a autoridade que pratica o ato principal; nos procedimentos administrativos, a autoridade coatora é a que preside sua realização.<sup>33</sup> O mandado de segurança pode ser impetrado por pessoa física ou por pessoa jurídica. É indiferente a nacionalidade do impetrante, pois a todos é garantida a via mandamental. Nos termos do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei nº 12.016/09, equiparam-se às autoridades os representantes ou órgãos de partidos políticos, os administradores de entidades autárquicas, os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do Poder Público no que disser respeito a essas atribuições<sup>34</sup>. Importante destacar que o

---

lesão a direito individual como decorrência de sua vontade. Não se trata necessariamente daquela que estabelece as regras ou as determinações genéricas ou a pessoa que meramente executa a ordem de terceira pessoa. Os atos normativos em geral e os atos de mera execução não se submetem ao mandado de segurança. Igualmente não cabe mandado de segurança contra lei em tese (a não ser que efetivamente venha a produzir efeitos concretos). Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma com pertinência que a autoridade coatora é “[...] aquela que determinou a execução do ato, uma vez que ela é que dispõe de poder decisório. O executor não é autoridade, para fins de mandado de segurança, mas se cumpre ato manifestamente ilegal, responderá juntamente com o ordenador do ato, conforme decidiu o TFR em acórdão publicado na RDA 155/103.” O Superior Tribunal de Justiça destaca nos autos de Recurso Especial nº 179.818 que “[...] a autoridade coatora participa do *mandamus* como parte no sentido formal, enquanto a pessoa jurídica de direito público interno, destinatária dos efeitos da decisão, participa no capítulo material.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 509). A esse respeito, colhe-se recente orientação do Superior Tribunal de Justiça: “Administrativo. Mandado de segurança. Convênio celebrado para implementação de projeto cultural. Legitimidade passiva *ad causam* da autoridade coatora. Posterior constatação de mote político omitido na ocasião da celebração da avença. Ato administrativo viciado em seu objeto por omissão. Causa de invalidação do convênio. Inexistência de afronta ao devido processo legal. 1. A legitimidade passiva *ad causam* da autoridade coatora é manifesta; a uma, pois, consoante infere-se à fl. 311 dos volumes apensados aos autos principais, o Sr. Secretário de Fomento e Incentivo à Cultura anulou o Convênio Siconv n. 703101/2009-MinC/FNC a mando da autoridade impetrada e, a duas, porque o § 3º do art. 6º da novel Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, preconiza que “Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”. [...]” (STJ, MS 14.668/DF, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, j. 24/03/2010, DJe 09/04/2010).

<sup>31</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. No mesmo sentido, v. GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 157.

<sup>32</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 69

<sup>33</sup> Questão relevante diz respeito à identificação da autoridade coatora na hipótese de omissão de ato devido pelos agentes administrativos. A omissão, como visto, pode autorizar o manejo de mandado de segurança. No caso de omissão de comportamento devido pelo administrador público, a autoridade coatora é aquela que a lei indica como competente para praticar o ato, destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 510).

<sup>34</sup> O parágrafo 2º da regra em tela estabelece não caber mandado de segurança contra atos de gestão comercial praticados por administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviços públicos. O artigo 2º da Lei nº 12.016/2009 afirma ser federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o

parágrafo 3º do artigo 1º da Lei nº 12.016/09 estabelece hipótese de substituição processual: “Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.”<sup>35</sup>

Por força do artigo 24 da Lei nº 12.016/09, ao mandado de segurança aplicam-se os artigos 46 a 49 do Código de Processo Civil (referindo ao revogado Código de Processo Civil de 1973). No atual regime processual civil (CPC/2015), são os artigos 113 a 118. Os mencionados dispositivos de lei cuidam da disciplina jurídica do litisconsórcio. Desperta particular interesse o litisconsórcio ativo. Há litisconsórcio ativo quando há dois ou mais autores como partes processuais, quer em nome de uma comunhão de interesses, quer por força da indivisibilidade do direito material. O litisconsorte ativo é considerado parte principal e equiparado ao impetrante no mandado de segurança. O litisconsórcio ativo facultativo é medida que atende aos anseios de economia processual e minimiza os riscos de decisões conflitantes em casos idênticos. “As ações continuam distintas entre si, não exigindo decisão uniforme para todas.”<sup>36</sup> A lei processual permite que o juiz limite o litisconsórcio ativo facultativo quanto ao número de litigantes quando se comprometer a rápida solução do litígio ou se dificultar a defesa. Nos termos do parágrafo 2º do artigo 10 da Lei nº 12.016/2009, o ingresso de litisconsorte ativo não é admitido após o despacho da petição inicial. A regra em estudo tem *intenção moralizadora*, diz a doutrina, na hipótese de litisconsórcio ativo facultativo. Se decisão foi concessiva da liminar, o ingresso ulterior pode importar em indevida *escolha* do órgão julgador pelo litisconsorte afluente. O litisconsórcio facultativo ulterior, nesse caso, motiva-se no interesse de colocar o direito individual sob a proteção judicial de ordem liminar já concedida (e em desrespeito ao Princípio do

---

mandado houverem de ser suportadas pela União ou por entidade por ela controlada. A regra prevista no artigo 3º e seu parágrafo único da Lei nº 12.016/2009 afirma que o titular de direito líquido e certo decorrente de direito de terceiro e em condições idênticas é autorizado a impetrar mandado de segurança a favor do direito originário se o seu titular não o fizer no prazo de trinta dias quando notificado judicialmente. O exercício desse direito, diz o parágrafo único do dispositivo de lei em estudo, submete-se ao prazo fixado no artigo 23 da Lei nº 12.016/2009 contados da notificação (isto é, submete-se ao prazo de cento e vinte dias). A impetração de mandado de segurança é admitida contra agentes de estabelecimentos particulares de ensino (que exercem funções autorizadas pelo Poder Público), contra sindicatos (no concernente à cobrança de contribuição sindical), contra agentes financeiros (executores de planos governamentais sob o regime jurídico do Poder Público, tais como os agentes financeiros do Sistema Financeiro de Habitação) e contra atos de Serviços Sociais Autônomos (que, conquanto exerçam atividade de natureza privada, recebem parte da contribuição arrecadada pela Previdência Social, tais como SESI, SESC, SENAI, LBA etc.), como registra Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 509).

<sup>35</sup> Cassio Scarpinella Bueno anota a respeito que a regra em foco traz preceito de substituição processual para o mandado de segurança; o autor deseja “[...] que sua repetição chame a atenção dos intérpretes e aplicadores do direito para que ela seja mais utilizada do que, em geral, o é, não obstante ser ela a matriz da Súmula 628, do STF, segundo a qual integrante de lista de candidatos a determinada vaga da composição de tribunal é parte legítima para impugnar a validade de nomeação de concorrente” (BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12. A respeito, ainda, v. SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 164).

<sup>36</sup> REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 317.

Juiz Natural), pondera a doutrina.<sup>37</sup> José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo afirmam que a limitação de cognição no mandado de segurança não oferece campo propício para a intervenção de terceiros. A discussão centra-se na possibilidade da assistência simples ou da assistência qualificada, lembram, situação em que o STJ posiciona-se de modo restritivo, pois a participação de um terceiro após a constituição da relação processual é “incompatível com a agilidade e com a natureza do procedimento.”<sup>38</sup>

A competência para processar e julgar o mandado de segurança é definida pela categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional. A competência dos tribunais e dos juízos está disposta na Constituição Federal.<sup>39</sup> “Não interessa a natureza do ato impugnado; o que importa é a sede da autoridade coatora e sua categoria funcional, reconhecidas as normas de organização judiciária pertinentes. Se a impetração foi dirigida a juízo incompetente, ou no decorrer do processo surgir fato ou situação jurídica que altere a competência julgadora, o Magistrado ou o Tribunal deverá remeter o processo ao juízo competente.”<sup>40</sup> É cabível o mandado de segurança na Justiça do Trabalho em virtude do que estabelece o art. 114, inciso IV, da Constituição Federal em vigor, quando o ato questionado envolver matéria afeta à jurisdição trabalhista. Ainda, é cabível o mandado de segurança em matéria criminal e eleitoral, nos respectivos juízo e Justiça, o que não lhe altera a natureza. “Para fins da segurança não importa a origem do ato impugnado, nem a natureza das funções da autoridade coatora, visto que todos se sujeitam ao preceito nivelador do inc. LXIX do art. 5º da CF.”<sup>41</sup>

<sup>37</sup> MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio César Vieira; LIMA, Thiago Asfor Rocha, (Orgs.).

*Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 164.

<sup>38</sup> MEDINA, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas de. MEDINA, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo. Comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 232.

<sup>39</sup> A Justiça Federal compete o julgamento de mandado de segurança contra atos de autoridades federais não apontadas em normas especiais, originariamente, como regra nas Varas da Justiça Federal, e nos limites de sua jurisdição territorial, com recurso para os respectivos Tribunais Regionais Federais. Compete à Justiça Ordinária dos Estados o processamento e o julgamento de mandados de segurança contra atos das autoridades estaduais e municipais, observadas as normas de organização judiciária de cada unidade da federação. “O juízo competente será sempre o da respectiva comarca, circunscrição ou distrito, segundo a organização judiciária de cada Estado, observados os princípios constitucionais e legais pertinentes” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 75).

<sup>40</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 77.

<sup>41</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80. A esse respeito, v., ainda, PACHECO, José da Silva, *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. atual. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 200-201. Ainda: “[...] Mandado de segurança contra ato do Superintendente do IBAMA. Autarquia federal. Competência da justiça federal. 1. A competência para julgamento de Mandado de Segurança é estabelecida em razão da função ou da categoria funcional da autoridade apontada como coatora. 2. Hipótese em que o mandamus foi impetrado contra o Superintendente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama (autarquia federal de regime especial), porquanto este é qualificado como autoridade federal, nos termos da Lei Federal 12.016, de 7 de agosto de 2009 (Lei do Mandado de Segurança). [...]” (STJ, CC 105.538/AM, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, j. 26/08/2009, DJe 28/08/2009).

## 2. Petição inicial e documentos que a instruem. A ordem liminar, a sua suspensão e a (in)constitucionalidade do artigo 15 da Lei nº 12.016/09

O artigo 6º da Lei nº 12.016/09 estabelece que a petição inicial do mandado de segurança deve preencher os requisitos estabelecidos na lei processual. Será apresentada em duas vias com os documentos que instruírem a primeira, devidamente reproduzidos na segunda. Decerto, a regra aplica-se ao sistema físico de processamento de autos e não ao sistema eletrônico hoje implantado na Justiça Ordinária do Estado de São Paulo (Sistema de Automação da Justiça - SAJ). A petição inicial deve indicar, diz a lei de regência, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que a integra e a qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições. O parágrafo 1º da regra afirma que se o documento necessário à prova do alegado se achar em repartição, em estabelecimento público, em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou em poder de terceira pessoa, o juiz ordenará *preliminarmente*, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica, assinando o prazo de dez dias para o cumprimento da ordem. O escrivão deve extrair cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição. Nos termos do parágrafo 2º do artigo em estudo, ainda, se a autoridade que tiver assim procedido for a própria autoridade coatora, a ordem será feita no próprio instrumento de sua notificação a prestar informações.

O artigo 10, *caput*, da Lei nº 12.016/09 afirma que a petição inicial do mandado de segurança será desde logo indeferida, motivadamente, nas seguintes hipóteses: (i) quando não for o caso de mandado de segurança; (ii) quando se lhe faltar algum dos requisitos legais ou (iii) quando decorrido o prazo legal à impetração. Tal decisão de indeferimento da inicial desafia recurso de apelação. O parágrafo 1º do artigo 10 em foco dispõe que se a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais, do ato do relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal que integre. Impende assinalar que o regime de agravo alterou-se profundamente no novo CPC, mas não houve a expressa revogação ou modificação da lei especial do mandado de segurança nesse ponto, de modo que prevalece o regime da Lei nº 12.016/09 em atenção ao critério da especialidade estabelecido na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para solucionar o conflito de regras jurídicas.

Não sendo caso de indeferimento da petição inicial e tendo sido atendidas as exigências do artigo 6º da Lei do Mandado de Segurança, o art. 7º, *caput*, da Lei nº 12.016/09 afirma que, ao despachar a inicial, o juiz: (i) ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações; (ii) determinará que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos para ingresse no feito, se o caso e (iii) determinará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando houver *fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida*. É facultado ao juiz exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica. O mandado de segurança presta-se a proteger direito violado ou que esteja em iminente ameaça de violação. Sendo assim, havendo requerimento expresso da parte, o juiz poderá, liminarmente,

*inaudita altera parte*, se o caso, *suspender o ato impugnado* desde que presentes duas situações: (i) caso sejam relevantes os fundamentos do pedido e (ii) caso haja risco de que, não sendo adotada tal providência, resulte ineficaz a decisão final se vier a ser concessiva de segurança. É o que estabelece o inc. III do art. 7º da Lei nº 12.016/09. Deferida ou negada a ordem liminar, desafia-se recurso de agravo de instrumento, consoante orientação consolidada no Superior Tribunal de Justiça e no parágrafo 1º do art. 7º da Lei nº 12.016/09.<sup>42</sup>

A ordem liminar (provisória) no mandado de segurança não se sujeita aos mesmos requisitos das tutelas provisórias de urgência ou evidência genericamente previstas no Código de Processo Civil. A confusão, contudo, é frequente. O deferimento da tutela liminar no mandado de segurança condiciona-se à *relevância do fundamento* do pedido e ao *risco de ineficácia do provimento jurisdicional final* se for concessivo da segurança. Nada mais. Nada além. O regime jurídico é próprio, porque especial, e os requisitos não são os estabelecidos no Código de Processo Civil. Decerto, há limitações legais para o deferimento do provimento liminar em mandado de segurança, consoante dispõe o parágrafo 2º do artigo 7º da lei de regência. O legislador afirma que não será concedida medida liminar em mandado de segurança que tenha por objeto: (i) a compensação de créditos tributários; (ii) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; (iii) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e (iv) a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. Por certo, tais vedações estendem-se à tutela provisória a que se refere o Código de Processo Civil, por força do parágrafo 5º da regra em exame. Uma vez deferida a medida liminar, salvo se for revogada ou cassada, os seus efeitos devem persistir até a prolação da sentença. É o que determina o parágrafo 3º do dispositivo de lei em questão. O parágrafo 4º do artigo 7º da Lei nº 12.016/09 afirma que, deferida a liminar, o processo terá prioridade para julgamento. Ainda, nos termos do art. 8º da Lei n. 12.016/09, será decretada a perempção ou a caducidade da medida liminar ex officio ou a requerimento do Ministério Público quando for concedida a ordem e o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou quando deixar ele de promover por mais de três dias úteis os atos e as diligências que lhe cumprirem.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Nesse sentido é a orientação da jurisprudência: “PROCESSUAL CIVIL - Liminar em mandado de segurança - Natureza interlocutória - Agravo de instrumento - Cabimento - Aplicação subsidiária da sistemática recursal prevista no Código de Processo Civil. 1. A sistemática recursal prevista no Código de Processo Civil é aplicável subsidiariamente a todo o ordenamento jurídico, inclusive aos processos regidos por leis especiais, sempre que não houver disposição especial em contrário. 2. A liminar, negando ou concedendo a antecipação, é decisão interlocutória que desafia agravo de instrumento. 3. Em linha com a já placitada jurisprudência desta Corte, a Nova Lei do Mandado de Segurança, em interpretação autêntica, meramente elucidativa, prevê explicitamente o agravo de instrumento contra decisão liminar no mandamus (art. 7º, § 1º, da Lei n. 12.016, de 07/08/2009). 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” (STJ, REsp 1124918/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, j. 17/11/2009, DJe 07/12/2009).

<sup>43</sup> O procedimento do mandado de segurança é bastante simples: recebida a inicial, notifica-se a autoridade coatora para que informe a respeito da impetração. A seguir, os autos são remetidos ao representante do Ministério Público para parecer. Após, imediatamente, seguem os autos à prolação de sentença. No mandado de segurança, como antes assinalado, “[...] não há oportunidade para testemunhas, vistorias ou perícias, nem em caráter prévio ou preparatório” (GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 163). Quanto às informações a serem prestadas pela autoridade coatora, não têm elas as características da contestação no processo comum. A pessoa obrigada a informar é a própria autoridade apontada como coatora.

Há um ponto que merece especial atenção, o qual foi introduzido pelo

Código de Processo Civil de 2015. O artigo 1.059 do Código de Processo Civil de 2015 afirma que “à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009”. Ao versar a respeito das medidas de urgência contra o Poder Público, o Código de Processo Civil de 2015 fez manter o regime jurídico diferenciado conferido à Fazenda Pública no que diz respeito às tutelas provisórias requeridas contra o Poder Público. O legislador processual civil esclarece que permanecem em vigor as disposições da Lei nº 8.437/92 e da Lei nº 12.016/09. Ambos os diplomas normativos instituem óbices à concessão de tutelas provisórias contra a Fazenda Pública. É proibida por lei a concessão de liminar de natureza satisfativa contra a Fazenda Pública, estabelece o parágrafo 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/92. É também vedada por lei (e permanece a assim ser) a concessão de medidas que tenham por objeto a compensação de créditos tributários e à entrega de mercadorias e de bens provenientes do exterior, assim como as tendentes à vedação à reclassificação ou equiparação de servidores públicos e proibição à concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza, como dispõe o parágrafo 2º do artigo 7º da Lei do Mandado de Segurança.<sup>44</sup> Ainda, a Lei nº 9.494/97 disciplina de modo restritivo a concessão de medidas antecipatórias contra a Fazenda Pública. As limitações contidas nos diplomas normativos em estudo permitem verificar o rigor exigido do Estado-Juiz na excepcional concessão de medidas provisórias contra a Fazenda Pública.<sup>45</sup>

---

ausência de informações não gera confissão, diferentemente do que ocorre no regime do Código de Processo Civil aplicável às ações de conhecimento. A falta de informações por parte da autoridade coatora não determina a prática de crime de desobediência contra ato judicial. A desobediência ocorre se e quando for concedida a segurança e, intimado para o cumprimento, a autoridade coatora ou o responsável por seu cumprimento deixam de proceder de modo eficaz. A falta de informação pode facilitar a concessão da ordem, decerto. Pode, ainda, acarretar a responsabilidade funcional ao servidor omissor. No entanto, não há revelia ou desobediência em face do Poder Judiciário. Havendo urgência, é permitido impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada. É o que dispõe o artigo 4º da Lei do Mandado de Segurança. Nesse caso, pode o juiz notificar a autoridade por telegrama, radiograma ou por outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade, caso em que o texto original da petição deve ser apresentado nos cinco dias úteis seguintes. Em se tratando de documento eletrônico, devem ser observadas as regras da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira. O artigo 11 da Lei nº 12.016/2009 afirma que feitas as notificações previstas na lei, o serventuário em cujo cartório corra o feito deve juntar aos autos a cópia autêntica dos ofícios endereçados ao coator e ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada. Deve, ainda, juntar a prova da entrega a estes ou da sua recusa em aceitá-los ou dar recibo. De seu turno, cuidando-se de writ interposto por telegrama, radiograma, fac-símile ou por outro meio eletrônico de autenticidade comprovada, fará o serventuário a comprovação da remessa. Findo o prazo de dez dias a que a autoridade coatora preste as suas informações, o juiz deve ouvir o representante do Ministério Público, que opinará em dez dias. Com ou sem o seu parecer, os autos são conclusos à decisão judicial, que deve ser proferida em trinta dias.

<sup>44</sup> A Fazenda Pública goza da prerrogativa de se valer da suspensão do cumprimento da liminar pelo presidente do tribunal respectivo (Lei nº 8.437, art. 4º); e, no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, tem o direito de ser ouvida antes da apreciação da medida de urgência (Lei nº 8.437, art. 2º).

<sup>45</sup> O Supremo Tribunal Federal analisou em controle concentrado a constitucionalidade das restrições à concessão da tutela provisória em desfavor da Fazenda Pública. Na ADI/MC nº 223, não houve enfrentamento do mérito. Na ADC nº 4, o Supremo Tribunal Federal afirma a

Em se tratando de mandado de segurança coletivo, o art. 22, parágrafo 2º, da Lei nº 12.016/09 assevera que a ordem liminar somente pode ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deve pronunciar-se em 72h. A nosso ver, a regra exige temperamentos, jamais admitindo a interpretação literal. Antonio Herman Benjamin e Gregório Assagra de Almeida acentuam que o dispositivo de lei em foco não é absoluto ou “[...] fiel ao espírito da Constituição se nela se pretender enxergar uma via inflexível e cega, de aplicação automática e universal”<sup>46</sup>. A nosso viso, o juiz é autorizado a afastar a incidência da regra em foco desde que o faça motivadamente, diante da explicitação das circunstâncias concretas e de peculiaridades do caso e dos contornos da demanda, sobretudo quando verificar que a oitiva prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público gera risco de dano irreparável ou de difícil reparação aos direitos. A proteção judicial objeto de provimento liminar é manifestação do princípio do devido processo legal insculpido no artigo 5º, inciso LIV, da Carta Política de 1988. A previsão constitucional do mandado de segurança permite a proteção liminar do bem jurídico ameaçado por conduta do Estado. O *direito público subjetivo* do impetrante à obtenção da ordem liminar é protegido pelo Direito, desde que sejam demonstrados os seus pressupostos específicos. “Se for de rigor, qualquer que seja a hipótese, o juiz poderá sempre exercer concretamente o controle difuso ou incidental de constitucionalidade, com base no artigo 5º, XXXV, da CF/1988.”<sup>47</sup>

O artigo 15 da Lei nº 12.016/09 é uma regra que exige análise crítica do intérprete. Afirma que a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, o presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso poderá suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença. Contra tal decisão cabe o recurso de agravo, sem efeito suspensivo, o qual será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição. Com a devida vênia, a regra ressenete-se de inconstitucionalidade. Como é elementar, a inconstitucionalidade da lei, como é de conhecimento geral, pode ser declarada pela via de ação (com efeitos *erga omnes*) ou pela via de exceção, isto é, pela autoridade judicial competente ao processamento e julgamento do feito a ela submetido concretamente, e com eficácia restrita às partes em litígio.

---

constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/1997 (STF, Tribunal Pleno, ADC nº 4, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 1º/10/2008). Disso decorre a admissão, pela Corte Constitucional, de um regime rígido e excepcional ao tratamento de medidas provisórias contra a Fazenda Pública.

<sup>46</sup> BENJAMIM, Antonio Herman e ALMEIDA, Gregório Assagra de. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio César Vieira; LIMA, Thiago Asfor Rocha (org.) Comentários à nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 323.

<sup>47</sup> BENJAMIM, Antonio Herman e ALMEIDA, Gregório Assagra de. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio César Vieira; LIMA, Thiago Asfor Rocha (org.) Comentários à nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 323. Nos termos do art. 9º da Lei n. 12.016/2009, no prazo de 48 horas da notificação da medida liminar, as autoridades administrativas devem remeter cópia autenticada do mandado notificador ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora, bem como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas à eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

São severas as críticas contra a possibilidade estabelecida pelo legislador de suspensão da ordem liminar por decisão de autoridade jurisdicional diversa daquela que a lei afirma ter poderes para reexame na sistemática própria dos recursos em geral, conquanto seja frequente a aplicação da regra contida no artigo 15 da Lei do Mandado de Segurança.<sup>48</sup> Sérgio Ferraz<sup>49</sup> afirma com acerto que a suspensão da ordem liminar por autoridade jurisdicional diversa daquela que a concedeu (ou a suspensão dos efeitos da decisão concessiva de segurança) é “[...] constitucionalmente esdrúxula, à vista dos princípios norteadores da função jurisdicional.” A medida ressent-se de inconstitucionalidade, diz, porque fere as garantias do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e do devido processo legal. “O fato de estar esse tremendo poder nas mãos do presidente da Corte para a qual o writ deverá subir em recurso, mas, sobretudo, a circunstância de decidir ele sem audiência de todos os interessados na manutenção do decisório cuja suspensão se requer, somente torna mais aguda a inaceitabilidade dessa espúria ablação da função jurisdicional singular.” Decerto, se a ordem liminar for deferida com desprezo a outros interesses sociais e jurídicos mais relevantes, acentua Sérgio Ferraz, a via apropriada não é a sua cassação pelo presidente da Corte “[...] de cima para baixo imposta.” A via adequada, por evidente, é o ataque da ordem judicial pela senda recursal apropriada (por meio de agravo de instrumento à livre distribuição na Instância Superior) ou, excepcionalmente, até mesmo por meio de outro mandado de segurança.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> “[...] A Lei nº 12.016/2009 autoriza a suspensão, pelo Presidente do Tribunal, de liminares e sentenças (art. 15) que causem grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, bem como permite a extensão dos efeitos desta decisão àquelas cujo objeto seja idêntico (art. 15, § 5º). [...]” (STJ, AgRg na SS 2.780/BA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Corte Especial, julgado em 03/02/2016, DJe 17/03/2016); “RECLAMAÇÃO. A competência para examinar pedido de suspensão dos efeitos de sentença concessiva de segurança é do presidente do tribunal de origem (art. 15, caput, da Lei nº 12.016, de 2009); não usurpa, portanto, a competência do Superior Tribunal de Justiça a decisão que defere pedido de suspensão lá articulado, porque proferida nos limites de sua competência. [...]” (STJ, AgRg na Rcl 5.132/MA, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Corte Especial, julgado em 29/08/2012, DJe 06/09/2012); “PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. Grave lesão à saúde pública. No âmbito do pedido de suspensão, o Presidente do Tribunal apenas emite juízo político acerca dos efeitos da decisão impugnada, tendo presentes os eventuais danos do provimento judicial aos valores protegidos pelo art. 15 da Lei nº 12.016, de 2009 (ordem, saúde, economia e segurança públicas), e na espécie a grave lesão à saúde ficou demonstrada. [...]” (STJ, AgRg na SS 2.408/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Corte Especial, julgado em 01/07/2011, DJe 28/09/2011).

<sup>49</sup> FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança: suspensão da sentença e da liminar. In: FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 65. A esse respeito, acrescenta: “[...] em nosso entendimento, suspensa a medida liminar, os efeitos do despacho que concedeu a suspensão ficam extintos se sobrevém sentença concessiva da segurança. Se o Poder Público quiser, que vá requer a suspensão, já agora da segurança, até porque se cuida de instrumentos assemelhados, por certo, mas que têm por objeto momentos e atos bem diferentes, praticados no writ. O § 9º do art. 4º da Lei 8.437/1992 dispõe na linha dessa afirmação, mas, conforme já salientamos, cinge-se às medidas cautelares nas ações em geral, não se estendendo, à vista das pautas principiológicas atinentes ao nosso writ, aos mandados de segurança” (Ob. cit., p. 69).

<sup>50</sup> O parágrafo 1º do artigo 15 da Lei nº 12.016/09 estabelece que, se for indeferido o pedido de suspensão ou se for provido o agravo a que se refere o caput do artigo 15, cabe novo pedido de suspensão ao Presidente do tribunal competente para conhecer do recurso especial ou recurso extraordinário. É cabível tal pedido de suspensão quando for negado provimento ao agravo de

No que diz respeito à sentença proferida em mandado de segurança, algumas ponderações são necessárias. No anterior regime da Lei nº 1.533/51, se não fosse caso de indeferimento da petição inicial, a sentença poderia ser de carência de ação ou de mérito. Se de mérito, as sentenças seriam concessivas ou denegatórias da segurança. Como é notório, a carência de ação ocorre quando o impetrante deixa de atender aos pressupostos processuais e às condições da ação. A sentença de mérito é presente, de outro lado, se há a discussão do direito material invocado “apreciando desde a sua existência até a sua liquidez e certeza diante do ato impugnado, para concluir pela concessão ou denegação da segurança.”<sup>51</sup> Se concedida a segurança, o juiz transmitirá por ofício (ou por meio eletrônico de comunicação, no regime de processamento eletrônico de feitos) o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada por intermédio do oficial do juízo ou pelo correio (artigo 13, Lei nº 12.016/09). Em caso de urgência, pode o juiz observar o disposto no art. 4º da lei em foco, por força da autorização contida no parágrafo único do artigo 13.

Nos termos do artigo 19 da Lei do Mandado de Segurança, a sentença ou o acórdão que denegar a segurança sem decidir o mérito não impede que o impetrante pleiteie o reconhecimento dos seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais por meio de ação própria de conhecimento, no mais das vezes, razão pela qual se faz presente apenas a coisa julgada formal. O artigo 22, *caput*, da Lei nº 12.016/09 estabelece que no mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo

---

instrumento tirado contra a decisão liminar a que refere o artigo em questão, nos termos do parágrafo 2º do artigo 15 da Lei em foco. O parágrafo 3º do artigo 15 da Lei nº 12.016/09 dispõe que a interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e os seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere tal artigo. Ainda, o presidente do tribunal fica autorizado a conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar em juízo prévio a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida (par. 4º do art. 15 da Lei nº 12.016/09). Estabelece o parágrafo 5º da regra em apreço que as ordens liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão. O presidente do tribunal é autorizado a estender os efeitos da suspensão a ordens liminares supervenientes, diz o legislador, mediante simples aditamento do pedido original.

<sup>51</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 31. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101. No sistema da Lei Federal nº 12.016/09, há apenas a possibilidade de concessão ou de denegação da segurança, pondera parte da doutrina. Não mais há menção explícita pelo legislador às hipóteses de extinção processual sem resolução de mérito. As hipóteses de carência de ação estão hoje abarcadas pelas decisões denegatórias da pretensão. Cassio Scarpinella Bueno afirma que o parágrafo 5º do art. 6º da Lei nº 12.016/09 remete ao art. 267 do Código de Processo Civil (de 1973), salientando que o mandado de segurança deve ser denegado nessas situações. A decisão denegatória em mandado de segurança, diz o autor, não pode ser entendida apenas como a decisão que extingue o processo sem resolução de mérito. É denegatória da segurança a decisão que rejeita a pretensão do impetrante, julgando-a improcedente, a teor do artigo 487, I, do Código de Processo Civil. O mandado de segurança admite sentença concessiva ou denegatória da segurança, no todo ou em parte. Em suma, diz Bueno, por força do regime do artigo 6º, parágrafo 5º, da Lei nº 12.016/09, denega-se (o mandado de) segurança nos casos previstos pelo artigo 267 do Código de Processo Civil de 1973 (hoje, artigo 485 do Código de Processo Civil de 2015), os quais concernem à extinção processual sem resolução do mérito. O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial de cento e vinte dias previsto no artigo 23da lei em foco, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito (Lei nº 12.016/09, art. 6º, § 6º). (BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132 ss.).

impetrante.<sup>52</sup> O parágrafo 1º do artigo 22 da lei em estudo afirma que o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais. Entretanto, diz, os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de trinta dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

O artigo 25 da Lei do Mandado de Segurança preceitua que no processo de mandado de segurança não cabem a interposição de embargos infringentes ou a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios. É cabível, contudo, a aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé. A doutrina e a jurisprudência controvertem sobre a aplicação princípio da sucumbência no *writ*. No que diz respeito à condenação às despesas do processo, prevalece o entendimento de que por se tratar de uma ação na qual se faz necessário representar por advogado, é preciso respeitar o que dispõe o artigo 85 do Código de Processo Civil. José Antônio Remédio<sup>53</sup> afirma ser devida a condenação ao pagamento das custas processuais pelo sucumbente, ainda que a sentença a ela não refira expressamente a decisão. Pelo fato de corresponder a uma ação, adverte, subordina-se a todas as regras do Código de Processo Civil que disciplinam o processo de conhecimento, salvo naquilo que a lei especial dispuser de modo diverso. Por outro lado, alerta, já se decidiu ser incabível a condenação às custas do processo, não se aplicando o regime geral de distribuição dos ônus de sucumbência do Código de Processo Civil, porque, a rigor, não existe *parte vencida* no mandado de segurança. A jurisprudência orienta-se no sentido de que no caso de denegação da segurança, o impetrante deve responder pelo pagamento das custas do processo.

Em relação aos honorários advocatícios de sucumbência, não paira a mesma incerteza. A despeito de acirrada discussão doutrinária e jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal firma o seu entendimento final em 26 de maio de 1965 no sentido retratado no verbete sumular 512: “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”. Os fundamentos são três: (i) o princípio da sucumbência é de ser aplicado aos processos regulados pelo Código de Processo Civil e não aos processos regidos por lei especial; (ii) a aplicação do princípio da sucumbência implica eventual inibição de exercício de garantia constitucional do *writ* e (iii) a aplicação do princípio da sucumbência em mandado de segurança pode fomentar injustificadamente o aumento de demandas, gerando pretensões a objetivar a verba honorária de sucumbência quando sequer necessária é a *execução* propriamente dita (cumprimento de sentença). Sedimentando esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça fez editar a súmula 105, em 26 de maio de 1994, na qual afirma: “Na ação de mandado de segurança, não se admite condenação em honorários advocatícios.”

<sup>52</sup> Cássio Scarpinella Bueno acentua que sendo passíveis de tutela jurisdicional pelo mandado de segurança coletivo somente os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos (e não os direitos difusos), a coisa julgada deve restringir-se aos membros do grupo ou aos membros da categoria substituída pelo impetrante na relação processual. Isso porque tanto os direitos coletivos quanto os individuais homogêneos pertencem a pessoas determinadas ou determináveis, diversamente do que ocorre nos direitos difusos (BUENO, Cássio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133).

<sup>53</sup> REMÉDIO, José Antonio. Mandado de segurança individual e coletivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 436.

No que diz respeito ao cumprimento de sentença em mandado de segurança, é elementar dizer que a fase de cumprimento de sentença corresponde à série de atos processuais concatenados que visam ao cumprimento coativo da prestação. O parágrafo 3º do artigo 14 da Lei do Mandado de Segurança estabelece que a sentença concessiva da segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.<sup>54</sup> O mandado de segurança é um procedimento célere limitado à fase postulatória e probatória documental, admitindo a concessão de ordem liminar quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar ineficácia da medida caso seja deferida ao final. O mandado de segurança caracteriza-se pela imposição de ordem judicial executória por si (*self-enforcing*), isto é, independentemente de intervenção da parte e de instauração de nova fase procedimental<sup>55</sup>. A sentença no *writ* é preponderantemente mandamental. Sendo assim, a pretensão é satisfeita de forma direta, de *per si*, no mais das vezes, isto é, sem que haja a necessidade de outro pronunciamento judicial, dispensando-se a etapa de execução/cumprimento de sentença. O desrespeito ao comando judicial nela contido enseja o crime de desobediência (Código Penal, art. 330), intervenção estadual ou federal (Constituição Federal de 1988, artigos 35, incisos IV, e 34, inciso I) ou reclamação à garantia da autoridade no cumprimento de decisão de tribunal e à repulsa ao manifesto desrespeito ao Poder Judiciário (Constituição Federal de 1988, art. 105, inc. I, alínea “f”).<sup>56</sup>

Da sentença que denega ou concede a segurança, cabe o recurso de apelação (Lei nº 12.016/09, art. 14). Uma vez concedida a segurança, a sentença está sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição (Lei nº 12.016/09, art. 14, parágrafo 1º), estendendo-se à autoridade coatora o direito de recorrer (Lei nº 12.016/09, art. 14, parágrafo 2º). Respeitadas opiniões contrárias, a regra em foco comporta interpretação sistêmica e teleológica com o regime do artigo 496 do Código de Processo Civil, que estabelece critérios adequados para verifica-se a real pertinência do (excepcional) reexame necessário, os quais melhor atendem à eficiência, à celeridade do processo e à garantia de autoridade da jurisdição prestada pelo juiz singular<sup>57</sup>. O artigo 496 do CPC/2015 afasta com acerto o duplo

<sup>54</sup> O parágrafo 4º do artigo em estudo dispõe que o pagamento de vencimentos e de vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da Administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

<sup>55</sup> REMÉDIO, José Antônio. Mandado de segurança individual e coletivo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 500.

<sup>56</sup> De acordo com o artigo 26 da Lei nº 12.016/09, constitui crime de desobediência, nos termos do artigo 330 do Código Penal, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079/50, quando cabíveis, diploma que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

<sup>57</sup> CPC/2015. Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal [...]

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais

grau de jurisdição obrigatório quando a decisão de valores não expressivos ou quando for calcada em súmula de tribunal superior, em acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em recursos repetitivos, em entendimento vinculante do próprio ente público e em resoluções de demandas repetitivas ou de assunção de competência, o que se há aplicar, a nosso ver, ao mandado de segurança.

O recurso de apelação deve ser recebido no seu duplo efeito (efeitos suspensivo e devolutivo). Contudo, há ações que em função da especialidade da pretensão nelas veiculada, a sentença não se presta a ter eficácia suspensa mesmo diante da pendência de recurso. A ausência de efeito suspensivo predomina, acentua a doutrina, tanto para a sentença concessiva, quanto para a sentença denegatória de segurança (que cassa a liminar antes concedida)<sup>58</sup>. O parágrafo 3º do artigo 13 da Lei do Mandado de Segurança estabelece que “[...] a sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar”. Na denegação da segurança, a sentença tem natureza jurídica declaratória negativa. A ordem liminar porventura deferida deve ser retirada do mundo jurídico em virtude da eficácia extintiva dos provimentos jurisdicionais declaratórios. Ainda que seja interposto recurso contra tal sentença, a interposição não é suficiente por si só para que o juiz o receba com efeito suspensivo e mantenha a eficácia da ordem liminar deferida. Os efeitos suspensivo e devolutivo do recurso de apelação devem ser avaliados sempre em relação ao teor da sentença vergastada. A súmula 405 do Supremo Tribunal Federal afirma que “[...] denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.<sup>59</sup>

---

Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

<sup>58</sup> MEDINA, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas de. Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 169.

<sup>59</sup> O artigo 16 da Lei do Mandado de Segurança afirma que nos casos de competência originária dos tribunais, cabe ao relator instruir o processo. É assegurado o direito de defesa oral na sessão de julgamento. Nos termos do art. 937 do Código de Processo Civil de 2015, “[...] a sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do art. 1.021: [...] VI - na ação rescisória, no *mandado de segurança* e na reclamação”. Da decisão do relator que concede ou denega a medida liminar cabe agravo ao órgão competente do tribunal que integre. Nas decisões proferidas em mandado de segurança e nos respectivos recursos quando não for publicado no prazo de trinta dias contado da data do julgamento, o acórdão será substituído pelas respectivas notas taquigráficas, independentemente de revisão. Ainda, certo é que das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário (nos casos previstos em lei) e recurso ordinário (quando a ordem for denegada, a teor do que dispõe o artigo 18 da Lei nº 12.016/09). O artigo 27 da lei em foco determina que os regimentos dos tribunais e as leis de organização judiciária devem ser adaptados às disposições da Lei do Mandado

## PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

O Código de Processo Civil de 2015 não alterou significativamente o regime do mandado de segurança e o procedimento estabelecido pela Lei Federal nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. A referida lei mantém-se vigente; aliás, a ela havendo referência nos artigos 1.059 (que disciplina a tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública) e 937 (que garante o direito de sustentação oral às partes quando do julgamento dos processos no Tribunal), ambos do Código de Processo Civil. A análise crítica dos diplomas legislativos em foco, todavia, é sempre necessária. Refletir sobre as relações entre as normas jurídicas é um constante dever do intérprete. É preciso perquirir, por exemplo, as inconstitucionalidades que, adormecidas, podem se verificar na lei especial (15 da Lei nº 12.016/09). É imprescindível assegurar a aplicação sistêmico-teleológica dos diplomas normativos (estabelecendo, por exemplo, critérios racionais para as hipóteses de reexame necessário, estabelecidas pelo legislador processual civil no artigo 496).

A salvaguarda dos Direitos fundamentais reclama do Estado a criação de mecanismos de efetiva garantia da segurança do indivíduo contra os abusos dos governantes. É longevo (e lapidar) a lição de que todo aquele que detém poder, tende a dele abusar. Daí ser preciso que “o poder limite o poder”, ensina Montesquieu. O mandado de segurança é uma ação de natureza constitucional que permite ordens vocacionadas a esse fim. Retrata a materialização do Estado Democrático de Direito. Acima de tudo, é um meio de garantir-se o permanente cumprimento da função pública pelo administrador, que todo poder exerce em nome do povo, jamais a seu bem, jamais a seu interesse. No Estado Democrático de Direito, por mais óbvio que seja repetir essa lição, o governante exerce uma *função*. Nada mais. Nada além. Exerce-se *função* quando uma determinada pessoa é investida de um poder não a bem e no interesse próprio, mas em prol da concreta realização dos interesses, dos direitos e das necessidades de outrem. As funções são poderes instrumentais garantidores do exercício de finalidades públicas em proveito dos administrados. Nelas, há o assujeitamento de um poder a uma finalidade imposta pelo Estado no interesse de todos. Não há um poder, a rigor. Há um dever do governante: o administrador público é prisioneiro cuja missão é, incessantemente, trabalhar de modo eficiente para garantir, passo a passo, dia a dia, o bem da coletividade. É o fundamento único que legitima o poder (que sequer a ele pertence), a teor da clara dicção do parágrafo 1º do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

O mandado de segurança é um meio de garantia da luz e da paz em um sistema composto por homens (por vezes seduzidos e inebriados pelo poder, porque falíveis e imperfeitos, como é próprio de toda condição humana). É que, mesmo em

---

de Segurança Individual e Coletivo em cento e oitenta dias contados da sua publicação, no que lhes couber. Note que a publicação da Lei nº 12.016/09 ocorreu em 10 de agosto de 2009, com início de vigência imediato, a teor do disposto em seu artigo 28. Houve a expressa revogação, dentre outras, da Lei nº 1.533/51 (art. 29). Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos têm prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*, como dispõe o artigo 20 da Lei nº 12.016/09. Na instância superior, os processos de mandado de segurança devem ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator, certo que o prazo à conclusão não pode exceder de cinco dias.

*tempos sombrios*, diz Hannah Arendt, o homem tem o direito de esperar alguma iluminação; "Tal iluminação pode bem provir (...) mais da luz incerta, bruxuleante e frequentemente fraca que alguns homens e mulheres, nas suas vidas e obras farão brilhar em quase todas as circunstâncias e irradiarão pelo tempo que lhes foi dado na Terra". O dever de perpétua vigilância no exercício do Poder (e daquele que o exerce) é dever do Poder Judiciário. A missão confiada pelo legislador constitucional à Justiça é conter as condutas ilícitas dos entes públicos, estimulando-as a adotar comportamentos legítimos. Por meio do exercício concreto da função jurisdicional, o Direito é de ser fazer presente por meio de recursos da envergadura do mandado de segurança, amparando o homem contra os arbítrios e os desmandos do Estado. Somente assim há alguma garantia de que a invocação dos direitos fundamentais não é mero recurso retórico que pode ser impunemente lançado para justificar o injustificável. É preciso meios de garantir a aplicação do Direito nas relações estabelecidas entre os titulares do poder (homens) e os exercentes desse mesmo poder. Somente assim pode haver alguma esperança de que atravessaremos os tempos sombrios.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **Homens em Tempos Sombrios**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BENJAMIM, Antonio Herman; ALMEIDA, Gregório Assagra de. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio César Vieira; LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança: suspensão da sentença e da liminar**. In: FUX, Luiz.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio César Vieira; LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança individual e coletivo. Comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. Atlas: São Paulo, 2009.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano e SCIORILLI, Marcelo. **Mandado de segurança** São Paulo: Verbatim, 2009.
- PACHECO, José da Silva. **Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 5. ed. atual. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- REMÉDIO, José Antonio. **Mandado de segurança individual e coletivo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros 2007.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

# DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: UMA VISÃO PROCESSUAL CIVIL

DENIS DONOSO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO.** 1. Introdução. 2. O que se entende por “discricionariedade judicial”? 3. Análise da discricionariedade judicial, suas virtudes e seus defeitos. 4. Discricionariedade judicial “sob controle”: meios processuais disponíveis para mitigar ou anular seus defeitos. 4.1 Motivação. 4.2 Recorribilidade. 4.3 Estabilização da jurisprudência e compatibilidade vertical. Conclusões. Bibliografia.

## 1. Introdução

A tratativa da chamada discricionariedade judicial é um dos temas que desperta mais interesse no meio acadêmico. Isso se deve — sem espaço para dúvidas — não apenas pelos perturbadores desafios teóricos que o estudo do tema apresenta, mas igualmente porque proporciona situações que, de uma forma ou de outra, atingem todos que de alguma maneira participam do cenário forense, embora forçoso reconhecer que o juiz seja o protagonista de sua ocorrência. Não raramente o julgador faz uso da discricionariedade para, por exemplo, promover a eficácia de direitos fundamentais. Eis, então, as principais razões que me levaram, ainda que com alguma recalcitrância, a expor o tema.

A proposta deste texto é, de início, apresentar um conceito para discricionariedade judicial. Em seguida, pretende-se demonstrar que — goste-se ou não —, efetivamente existem não raras hipóteses de exercício judicial com elevada carga de subjetividade, fato que tem seus aspectos positivos e negativos (embora estes últimos sejam os que realmente chamem mais a atenção). Finalmente, partindo da premissa de que poderá haver situações de atuação judicial discricionária, serão apresentados meios colocados à disposição pela ciência processual para mitigar ou anular os seus eventuais defeitos.

O desenvolvimento do tema é, realmente, um desafio (sem exageros), pois exige, já na fase propedêutica, a incursão em temas altamente complexos da Teoria Geral do Direito, notadamente a polêmica sobre o papel do julgador ao colmatar lacunas sistêmicas (visando, claro, promover eficácia aos direitos fundamentais). E as conclusões daí tiradas é que conduzirão ao desenvolvimento dos tópicos seguintes, mais ligados ao Direito Processual Civil.

Importante frisar, desde já, que este artigo é um *estudo de Processo Civil*, e não de Teoria Geral do Processo. Mais especificamente, toma de empréstimo uma situação da Teoria Geral do Direito e propõe-lhe um determinado tratamento à luz daquilo que o Direito Processual Civil fornece como ferramenta (que, afinal de contas, é instrumental).

<sup>1</sup> Mestre em Processo Civil pela PUC/SP. Professor da Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI). Membro do corpo docente da Escola Superior da Advocacia de São Paulo (ESA/SP). Palestrante do Departamento de Cultura e Eventos da OAB/SP. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Centro de Estudos Avançados em Processo (CEAPRO) e da Comissão dos Direitos Infantojuvenis da OAB/SP. Advogado e consultor jurídico.

## 2. O que se entende por “discrecionalidade judicial”?

Todo e qualquer trabalho que pretenda receber o rótulo de *científico* — e este não foge à regra — deve estabelecer, antes de mais nada, os conceitos com os quais trabalhará e a partir dos quais formará suas premissas até atingir tal ou qual conclusão, sem o que não pode existir um eficiente canal de comunicação entre o emissor e o receptor das ideias transmitidas<sup>2</sup>.

É dizer, em termos bastante singelos, que se os conceitos básicos não forem muito bem fixados, não há comunicação científica adequada, um problema que parece se repetir em inúmeras discussões jurídicas.

Vem bem a calhar uma clássica afirmação atribuída ao saudoso Prof. BARBOSA MOREIRA, segundo a qual “Está claro que o ponto não interessará a quem não dê importância à terminologia — a quem suponha, digamos, que em geometria tanto faz chamar triângulo ou pentágono ao polígono de três lados, e que em anatomia dá na mesma atribuir ao fígado a denominação própria ou a de cérebro... Mas — digamos com franqueza — tampouco interessará muito o que esses pensem ou deixem de pensar.”<sup>3</sup>

Pois bem. A relevante questão se repete quando o tema enfrentado é a discrecionalidade judicial. As fontes pesquisadas se agarram com excelentes argumentos às suas posições — ora defendendo a existência da discrecionalidade, ora rechaçando-a — mas, o que se vê, muitas vezes, são opiniões que tratam de conceitos absolutamente distintos, o que evidentemente inviabiliza conclusões convergentes (ou verdadeiramente divergentes).

O primeiro passo, portanto — e quiçá o mais importante de todos —, é fixar o exato conceito de discrecionalidade judicial.

Ressalvo, de antemão, que nunca foi minha pretensão colocar uma pedra sobre a própria questão conceitual, tão conturbada quanto o próprio desenvolvimento do tema. Ao contrário, a fixação de uma definição é mero antecedente lógico de um encadeamento de ideias, jamais isento de críticas, para que se possa, a partir de então, desenvolver o tema.

Assim, *discrecionário* é um adjetivo que significa *livre de condições* ou *não limitado*<sup>4</sup>. Traz em seu bojo, pois, a ideia de *liberdade para a tomada de uma determinada decisão*, independentemente da sua natureza.

Ao abordar o assunto, ALESSANDRO RASELLI assim se manifesta: *il potere discrezionale consiste nella facoltà degli organi dello Stato di determinare la propria linea de condotta nell'attività esterna, in mancanza di norme imperative particolari che la regolino, secondo valutazioni di opportunità rivolte a determinare, in rapporto allo scopo della funzione, che cosa importi, nel singolo*

<sup>2</sup> Cf., na doutrina jurídica pátria: PUGLIESE, Márcio. *Por uma teoria do Direito*. p. 209 e seguintes.

<sup>3</sup> O preclaro professor, na oportunidade, tratava da chamada “exceção de pré-executividade”, nomenclatura consagrada na prática do foro, mas há tempos reconhecidamente inadequada pela literatura processual, por inúmeras razões (que aqui, em razão do enfoque do estudo, não vêm ao caso). BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Exceção de Pré-Executividade: Uma denominação Infeliz*. In *Temas de Direito Processual - Sétima Série*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 121.

<sup>4</sup> CALDAS AULETE. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. p. 1534.

*caso concreto, il precetto giuridico generale, posto per gli organi dello Stato: “adempi nel modo piu opportuno la funzione pubblica che ti è demandata”.*<sup>5</sup> (grifo nosso)

A discricionarietà é um termo de larga utilização no campo do Direito Administrativo, referindo-se aos atos praticados pela Administração resultantes de uma opção feita pelo administrador e permitida pela lei.

Enquanto o exercício da discricionarietà administrativa se encontra nos limites que a própria lei impõe, a respectiva decisão por uma ou por outra opção é *irrecorrível*.

É de se ter em conta, neste diapasão, que a função administrativa se caracteriza pela emanção de atos de produção jurídica complementares, aplicando concretamente a lei (ato primário resultante da função legislativa)<sup>6</sup>.

No campo do Direito Administrativo, pois, a discricionarietà resulta da ausência de objetividade absoluta do comando legal, seja porque não descreve antecipadamente a situação, seja porque a situação é descrita com conceitos vagos (ex: conduta *indecorosa*), ou, por fim, porque a própria norma confere uma liberdade decisória diante de um exame de *conveniência e oportunidade* do agente estatal. Além disso, a análise do caso concreto pode revelar a ausência de discricionarietà do administrador, especialmente nas situações de conceitos vagos, já que todos — apesar de vagos — têm uma *zona de certeza* circundado por uma auréola marginal imprecisa.<sup>7</sup>

Voltando aos caminhos que me propus trilhar — é dizer, a busca de um conceito de discricionarietà *judicial* — apressada e incorretamente — poder-se-ia considerá-la, diante do que expus acima (no trato da administrativa), como a atividade do juiz, no exercício de sua função típica, que, diante da ausência de objetividade absoluta do respectivo e aplicável comando legal, tem liberdade sobre qual decisão tomar, contra a qual não poderão as partes se insurgir por meio de recursos, porque o ato discricionário, quando respeitados os limites de atuação de quem o aplica, é conceitualmente irrecorrível.

Salta aos olhos, destarte, que *a discricionarietà judicial é distinta da discricionarietà administrativa*, em que pese o fato de que ambas são funções provenientes de um mesmo e único Poder. É que, ao contrário dos atos administrativos, os atos jurisdicionais, especialmente aqueles com conteúdo decisório, em regra quase que absoluta, estarão sujeitos ao duplo grau de jurisdição, ou seja, são *recorríveis*, em conclusão que resulta da leitura do inciso LV do art. 5º da Constituição.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. p. 263. Tradução livre: o poder discricionário consiste na faculdade dos órgãos do Estado de determinar a própria linha de conduta na atividade externa, na falta de normas imperativas particulares que a regulem, segundo valorações de oportunidade dirigidas a determinar, em relação ao objetivo da função, o que comporta, em cada caso concreto, o preceito jurídico geral, posto para os órgãos do Estado: “*Cumpra do modo mais oportuno a função pública que te é requerida*”.

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 55.

<sup>7</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, pp. 386-390.

<sup>8</sup> Nada obstante, observa ALESSANDRO RASELLI que a unidade fundamental do poder discricionário não se desfaz diante das diferenças de limites e critérios informadores entre a discricionarietà judicial e administrativa, porque se tratam de funções resultantes de um mesmo Poder e com escopos diferentes (*op. cit.*, p. 271).

Que fique clara, portanto, uma sinopse parcial deste estudo: *a discricionariedade judicial não é conceitualmente o mesmo que discricionariedade administrativa, pois tais funções, embora emanadas de um mesmo e único Poder têm escopos diversos. A discricionariedade judicial ocorre quando o juiz, no exercício de sua função típica e diante da ausência de objetividade absoluta do respectivo e aplicável comando legal, tem liberdade sobre qual decisão tomar no caso concreto, ressalvado, à luz do devido processo legal, o direito da parte de recorrer da decisão. Desta forma, difere da discricionariedade administrativa, pois nesta última a decisão tomada é irrecorrível.*

É preciso repetir — porque tal reflexão nunca será demasiada — que o conceito que acabo de propor não tem a pretensão de ser certo ou errado, tampouco isento de críticas. É pura e simplesmente uma *convenção* que construí e proponho ao meu prezado leitor, com quem quero ter um mínimo de comunicação científica.

### 3. Análise da discricionariedade judicial, suas virtudes e seus defeitos

Posto o conceito de discricionariedade judicial — ou, pelo menos, convencionado o que ela significará aqui —, resta perguntar: existem situações em que o magistrado tem liberdade decisória, podendo escolher um entre dois ou mais caminhos a seguir?

A meu ver, a resposta a tal questão pode passar por outra pergunta: existe, sempre, uma única resposta jurídica correta?

É evidente que em boa parte dos casos postos à apreciação judicial não existem questões complexas a serem dirimidas, mas meros exercícios silogísticos de subsunção de fatos a normas, quando muito com a apreciação de determinadas provas <sup>9</sup> produzidas pelas partes, sem que isso represente qualquer campo de escolha ao julgador.

Nas situações acima não se deverá cogitar da discricionariedade judicial. O juiz aplica a lei ao caso concreto, pura e simplesmente (a rigor, quase que mecanicamente, sem minimizar a importância da atividade desempenhada).

Um exemplo simples facilitará o leitor a visualizar o que acabo de concluir: A (locador) e B (locatário) firmaram um contrato escrito de locação de um determinado bem imóvel, mediante pagamento de aluguel mensal. Passado algum tempo do contrato, B (locatário) deixa de pagar um mês de aluguel, razão pela qual A (locador) move a respectiva ação de execução porque o crédito documentalmente comprovado decorrente do aluguel de imóvel é título executivo extrajudicial (com fundamento no art. 784, VIII, do CPC). Neste caso, não há espaço de liberdade ao julgador, especialmente em se tratando de uma ação de execução, em que existe *objetivamente* certeza jurídica. Os fatos, como postos, sugerem inexistir qualquer discricionariedade judicial. O devedor terá de pagar a quantia e isso não se discute.

<sup>9</sup> A discricionariedade judicial na apreciação da prova em si, ato com evidente carga subjetiva, é outro assunto que impõe as mais profundas reflexões, sobre o que não trato neste momento, em razão dos escopos deste estudo.

Há, porém, situações que admitem reflexões mais profundas, para as quais podemos dizer que não existe uma única resposta jurídica correta, sem prejuízo da melhor possível e sem negar que existem outras francamente incorretas<sup>10,11</sup>.

Não esqueça que o nosso sistema jurídico é *aberto*, de tal sorte que a participação recriadora do intérprete é decisiva, certo que a lógica do tudo ou nada não se aplica a ferro e fogo nem mesmo quando estamos diante de regras. Admitir a única resposta jurídica correta equivaleria a suprimir o pluralismo inerente às tensões características dos sistemas democráticos, em que são inadmissíveis princípios e direitos excludentes.

Consequentemente, nosso ordenamento é repleto das chamadas *cláusulas abertas* e *conceitos indeterminados*, cuja completude incumbe ao julgador no caso concreto, numa salutar opção legislativa para aquelas situações em que a objetividade seca da lei não daria soluções adequadas a todas as situações. Importa asseverar, desde logo, que a atividade judicial em casos assim, não representa, a rigor, qualquer agressão ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição), pois, como bem já se observou, “[...] ao se valer deste poder discricionário, o juiz não o faz como um legislador, pois se trata, em realidade, de uma atividade destinada ao suprimento de lacunas, que importa necessariamente o reconhecimento de que o poder discricionário é limitado pelo direito preexistente.”<sup>12</sup>

Adicione-se a todas estas constatações uma Constituição prolixa, aberta e nitidamente pós-positivista. Acima de tudo, entretanto, uma Carta Magna que prevê direitos fundamentais e que recusa qualquer opção que não lhes dê eficácia.

Pois bem, se admito a pluralidade de respostas jurídicas a determinados casos, devo, por coerência, assumir que existe discricionariedade judicial, ao menos dentro do conceito que propus logo acima (liberdade do juiz sobre qual decisão tomar, no exercício da função típica e diante da ausência de objetividade absoluta do respectivo e aplicável comando legal).

Exemplo fácil para ilustrar o que acabo de escrever pode ser refletido na concessão de tutela provisória de urgência, nos termos do art. 300 do CPC. O que é *probabilidade do direito*? O que é um *perigo de dano* ou *risco ao resultado útil do processo*? Um paciente à beira da morte cujo plano de saúde se nega a pagar a cirurgia porque entende que a doença é preexistente tem que trazer aos autos *elementos que evidenciem a probabilidade de que não existe a tal doença preexistente*?

<sup>10</sup> Adoto, aqui, as reflexões de JUAREZ FREITAS. Cf. FREITAS, Juarez. *Existe a única resposta jurídica correta?* In Revista Del Rey Jurídica, ano 7, n.º 15, Belo Horizonte, 2005, p. 18-19.

<sup>11</sup> É preciso reconhecer, de todo modo, que a própria identificação de um caso como *difícil* é um problema conceitual preliminar. Muitas vezes a dificuldade pode ser meramente subjetiva, hipótese que de modo algum se encaixa no conceito aqui tratado. Sobre o tema, interessante consultar o trabalho de JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM (CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *O problema da discricionariedade judicial. Existe uma única resposta correta para os casos difíceis?* Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3082, 9 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20582>>. Acesso em: 13 jan. 2015).

<sup>12</sup> PAULINI, Umberto. *Breves notas sobre a polêmica que medeia as construções teóricas de H.L.A. Hart e Ronald Dworkin*. Revista Eletrônica do CEJUR, v. 1, n. 1. Disponível em: <[ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/14840/9961](http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/14840/9961)>. Acesso em 14 jan. 2014.

Do mesmo modo, o que é *repercussão geral*? Refiro-me, neste momento, ao requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário, previsto na Constituição (art. 102, § 3º), regulamentado no art. 1.035 do CPC. Algum voluntário se apressaria em responder que haverá repercussão geral quando existirem “[...] questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”, em harmonia com o que prevê o § 1º do art. 1.035 do CPC. Mas, no afã de ajudar, deixou de notar o quanto são vagos os critérios legais, isto é, como representam os valores que inspiram o julgador no momento de apreciar a questão. Afinal de contas, o que seria uma questão relevante do ponto de vista social?

Pode-se arriscar que perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo são aquilo que assim pareça aos olhos do julgador<sup>13</sup>; e cada julgador pode enxergar uma mesma situação de forma diversa. Da mesma maneira, repercussão geral é aquela matéria que os ministros STF entendem plausível ser julgada em um dado momento histórico. A mera mudança de composição da Corte pode significar uma alteração sobre a existência ou não de determinada matéria.

Para sair um pouco do campo exclusivamente processual, proponho outra questão: o que é *dano moral*? Inegavelmente, ele pode existir, especialmente porque previsto no âmbito constitucional (art. 5º, V e X, da Constituição) e legal (art. 186 do Código Civil), embora conceituá-lo seja atividade ingrata. Aproveitando a carona, outra indagação: o *nascituro* pode sofrer *dano moral*? As incontáveis concepções sobre o conceito e extensão do dano moral, multiplicadas pelas inúmeras teorias acerca do nascituro perante o ordenamento jurídico representam, neste singelo exemplo, quantas respostas aceitáveis existem a uma mesma indagação. E qual delas prevaleceria no caso concreto?

Em qualquer caso, as arestas criadas pela norma são lapidadas no árduo e contínuo cotidiano forense, com arrazoados das partes e decisões judiciais que se multiplicam, muitas vezes dando soluções diversas a situações rigorosamente idênticas (situação indesejável da qual me ocupo adiante), fugindo do necessário alinhamento que deve ter ao efetivar os ditos direitos fundamentais.

Como se vê, porém, não é em todas as situações que o juiz age discricionariamente, mas é forçoso reconhecer que tais situações estão longe de ser raras. As hipóteses que ventilei aqui — que não esgotam todas as possíveis — comprovam suficientemente o que afirmo.

Por isso é que não me agrada a opinião de ALESSANDRO RASELLI <sup>14</sup> particularmente quando afirma que o juiz exerce em *todas* as suas atividades um poder discricionário que, como aquele exercido nas outras funções do Estado, é caracterizado pela necessária avaliação de conveniência e oportunidade, dirigida a

<sup>13</sup> Por tal motivo, com todo respeito, nunca me agradou o debate travado por alguns processualistas sobre simplesmente o juiz *poder* ou *dever* deferir tutela provisória de urgência, *se presentes os respectivos requisitos*. Ora, se os requisitos da medida são fruto de conceitos vagos, a discussão perde conteúdo. Parece-me evidente, sob este viés, que o juiz tem o *dever* de conceder a medida se constatar os seus requisitos, *à luz de suas impressões no caso concreto*. Com efeito, seria inimaginável uma decisão judicial afirmar que “embora presentes os pressupostos da medida antecipatória, deixo de concedê-la”; ou “embora ausentes os pressupostos da medida antecipatória, concedo-a.”

<sup>14</sup> *op. cit.*, p. 278.

determinar o que comporta, em cada caso concreto, o preceito jurídico geral disposto para os órgãos do Estado. Isto porque generaliza incorretamente a atividade discricionária do magistrado.

Por fim, mas nem de perto imaginando ter esgotado o assunto, lembro que o fenômeno da multiplicidade de respostas corretas a uma mesma situação jurídica traz, ao mesmo tempo, virtudes e defeitos. Virtudes, porque revela um Judiciário aberto à solução democrática dos conflitos, bem como proporciona um sistema prospectivo, isto é, mais adaptável às inevitáveis mudanças do tempo, fato que inegavelmente contribui para dar eficácia a direitos fundamentais; defeitos, na medida em que desprestigia a isonomia, gera insegurança e, no final das contas, verdadeira injustiça.<sup>15</sup> Isso sem contar na crítica, sempre presente na literatura processual, de um excessivo poder aos juizes. De mais a mais, acaba judicializando conflitos, diante da mera possibilidade de uma decisão favorável, certo que soa contraproducente o Judiciário debruçar-se sobre uma mesma questão quando ela já tenha sido suficientemente debatida e respondida com a finalidade de solucionar conflitos concretos de interesse (pois esta é sua função primordial).

Sem espaço para dúvidas, equacionar tais questões é um desafio. Procuro propor algumas soluções, no âmbito processual, no item seguinte.

#### **4. Discricionariedade judicial “sob controle”: meios processuais disponíveis para mitigar ou anular seus defeitos**

Até o momento, este texto deu dois delicadíssimos passos. Em primeiro lugar, procurou convencionar o que é discricionariedade judicial (extremando-a da administrativa); em segundo lugar, analisou-a, demonstrando de forma empírica que existem situações nas quais ela efetivamente acontece, pois reconhece-se o fenômeno da multiplicidade de respostas jurídicas corretas (sem prejuízo da melhor possível e sem negar que existem outras francamente incorretas), pois nosso sistema jurídico é aberto (a participação recriadora do intérprete é, deste modo, decisiva), recheado de cláusulas abertas e conceitos indeterminados que exigem interpretação judicial (o que não se confunde com o ato de legislar).

Ademais, as conclusões parciais até agora construídas levaram-me a concluir que o fenômeno da multiplicidade de respostas corretas tem defeitos, que podem ser resumidos no desprestígio da isonomia, na insegurança jurídica, na excessiva concentração de poderes no juiz e na desvirtuação da atividade jurisdicional.

Algumas doenças simplesmente não têm cura, mas são controláveis com medicamentos que garantem uma vida confortável ao sujeito. Nesta visão, o sistema jurídico teria uma “doença congênita” (ele simplesmente tolera múltiplas respostas corretas a uma mesma situação jurídica que gera os defeitos acima destacados), para a qual o Processo oferece remédios eficazes para seu controle, sem que haja uma cura efetiva.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> O assunto é brilhantemente abordado por MARCO AURÉLIO SERAU JR. e SILAS MENDES DOS REIS; Cf. SERAU JR., Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. *Manual dos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Método 2012, p. 145 e seguintes.

<sup>16</sup> É preciso uma “licença poética” para qualificar a possibilidade de múltiplas respostas, num sistema formado por cláusulas gerais, como uma *doença*. A depender do enfoque, esta característica

Em outras palavras, creio que existam meios legais para combater tais defeitos. Refiro-me especificamente sobre (i) a necessidade de fundamentação das decisões judiciais; (ii) a recorribilidade dessas decisões; e (iii) a imperiosa estabilização da jurisprudência e compatibilidade vertical das decisões judiciais. Trato, resumida e separadamente, de cada um deles.

#### 4.1 Motivação<sup>17</sup>

Como se sabe, toda decisão judicial deve ser fundamentada.

A motivação das decisões judiciais é considerada não só um *princípio processual*<sup>18</sup>, mas também um direito fundamental do jurisdicionado<sup>19</sup>, sendo uma imposição constitucional tida como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna). O art. 93, IX, da Constituição, que prevê a exigência de fundamentação, é claro, a propósito, ao estabelecer que a decisão não fundamentada é nula.

No plano legal, afirma-se com acerto que nosso ordenamento jurídico adota (e continuará adotando) o princípio da persuasão racional, que garante liberdade ao juiz no exercício de sua atividade decisória, impondo-lhe, todavia, que indique os motivos de seu convencimento, como se lê no art. 371 do CPC.<sup>20</sup>

Numa perspectiva extraprocessual, a fundamentação tem aspectos políticos, porque concretiza o Estado Democrático de Direito, *legitimando a decisão* ao permitir o controle de sua legalidade. Ora, “na medida em que o processo é o instrumento por meio do qual o Estado exerce seu poder jurisdicional, e tendo em vista que a motivação e a transparência dos atos estatais são traços característicos da democracia, não faria sentido estabelecer, como regra geral, o segredo e a imotivação das decisões judiciais”.<sup>21</sup>

Na perspectiva endoprocessual — a mais palpável ao jurisdicionado —, é indesmentível que a exigência de se motivar as decisões judiciais permite o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, visto que dá a possibilidade do conhecimento das *razões* que levaram o juiz a decidir de determinada maneira e consequentemente abre a oportunidade de questionar, pela via recursal, tais razões.

---

futuras (e atualmente invisíveis), como mencionado anteriormente neste mesmo escrito. Por isso, utilizo o termo exclusiva e especificamente no contexto deste tópico.

<sup>17</sup> Sobre o assunto, convido a ler meu trabalho sobre motivação da sentença, de onde extraí a maior parte das ideias tratadas neste item: DONOSO, Denis. *Motivação da Sentença. Características e Perspectivas Extra e Endoprocessuais. Consequências Resultantes da Ausência de Fundamentação*. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), São Paulo: Dialética, v. 59, p. 25-45, 2008.

<sup>18</sup> Neste sentido, consultar: GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *A garantia fundamental da motivação das decisões judiciais*. Dissertação (mestrado). Or. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, São Paulo: PUC, 2003, p. 24 e seguintes.

<sup>19</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, 3ª ed. Salvador: Jus Podium, 2008, p. 264.

<sup>20</sup> Art. 371. “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

<sup>21</sup> SACCO NETO, Fernando. *Análise das novas redações dos incisos IX e X do art. 93 da Constituição Federal de acordo com a EC n.º 45*. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al, *Reforma do Judiciário - primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.º 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 244.

Voltando-se especificamente ao assunto de que me ocupo, merece destaque a previsão do art. 489, § 1º, II, do CPC. Da leitura deste dispositivo legal, pode-se concluir que *não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”*.

Perceba, caro leitor, que o dispositivo foi redigido “sob medida”. O próprio legislador processual, reconhecendo a existência de conceitos jurídicos vagos no ordenamento jurídico, impõe ao magistrado uma “especial motivação” ao exigir que sejam expostos os motivos concretos de sua incidência no caso.

Neste contexto, a exigência de motivação das decisões judiciais — em especial a imposição a que se refere o art. 489, § 1º, II, do CPC — é um importante instrumento de equilíbrio para um sistema que tolera a discricionariedade judicial, pois, como se vê, afasta a possibilidade de uma “ditadura judicial”, com excessiva concentração de poderes nas mãos do juiz naqueles casos que admitem múltiplas respostas.

## 4.2 Recorribilidade

A recorribilidade das decisões, fruto do princípio do duplo grau de jurisdição, também é um importante instrumento de equilíbrio diante da discricionariedade judicial.

Como se sabe, o princípio do duplo grau de jurisdição “quer significar que toda decisão proferida por um magistrado (o órgão *a quo*) é passível de recurso para outro (o órgão *ad quem*) que tenha condições de revisar, no sentido amplo, aquela decisão.”<sup>22</sup>

Não que uma segunda decisão, emanada de julgador(es) mais experiente(s), seja qualitativamente melhor.<sup>23</sup> Mas é inegável que a simples recorribilidade das decisões judiciais *afasta definitivamente a discricionariedade judicial em grau tão elevado como o que se vê na função administrativa*.

Se a apreciação discricionária desagrade à parte, a possibilidade de recorrer funciona como um alívio para esta tensão, mais ainda porque previne, aqui novamente, a indesejável concentração de poderes num único julgador.

Aliás, a preocupação central do duplo grau de jurisdição parece mesmo ser a de afastar qualquer abuso de poder ou obstar a criação de “déspotas togados”. Como bem pondera NELSON LUIZ PINTO, “[...] sem o duplo grau de jurisdição correr-se-ia o risco de o juiz julgar-se soberano e infalível, tornando-se despótico (...). Isto atentaria contra o próprio Estado de Direito [...]”.<sup>24</sup>

Naturalmente, se o caso assim permitir, as decisões nos âmbitos recursais também serão discricionárias. Mas não há dúvidas de que a possibilidade de revisão

<sup>22</sup> SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 5, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

<sup>23</sup> Embora se espere que a decisão colegiada proveniente de um tribunal tenha mais possibilidades de ser melhor que uma decisão monocrática. Consultar: ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 70.

<sup>24</sup> PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 81.

dos entendimentos subjetivos é um instrumento valioso na mitigação dos poderes que invariavelmente decorrem de atos discricionários.

É oportuno lembrar, neste momento, que a decisão que julgar o recurso deverá ser fundamentada, na linha daquilo que demonstrei no item anterior. Os instrumentos de controle, assim sendo, interagem.

#### 4.3 Estabilização da jurisprudência e compatibilidade vertical

A estabilização da jurisprudência, conjugada com o respeito aos precedentes estabilizados, representa a última etapa na mitigação da discricionariedade judicial. Para além disso, estes remédios, se bem ministrados, podem significar mais do que um mero controle da doença, levando à desejável cura, porque, após a maturação da questão à luz do devido processo legal, põe de lado a multiplicidade de respostas jurídicas adequadas para assumir apenas uma como aceitável na prática do foro, situando o pragmatismo acima do cientificismo, malgrado possam — e talvez devam — haver hipóteses de oxigenação.

Pois bem. Tomemos o exemplo do dano moral ao nascituro acima exposto. O caso prático proposto é real. Em um dado momento, o fato ocorreu e foi levado ao conhecimento do Judiciário, que decidiu em variados graus recursais no contexto em que foi provocado, até que o STJ (guardião da lei federal) desse a última palavra: “O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*”, conforme o julgamento do REsp 399.028-SP pela 4ª Turma datado de 26 de fevereiro de 2002. Ou seja, ainda que possam ser dadas várias respostas à questão, o Judiciário, *neste caso concreto, deu apenas uma — a sua —*, cumprindo sua função de dirimir o conflito concreto de interesses.<sup>25</sup>

Ocorre que outras situações em que se pleiteia dano moral ao nascituro em decorrência da morte de seu pai (que sequer conheceu) chegaram e chegarão ao conhecimento do Judiciário. O que se espera, em primeiro lugar, é que os tribunais não alterem seus entendimentos firmados em casos anteriores (estabilização da jurisprudência), mantendo-se coerentes com o que decidiram em casos análogos. Mas, em segundo lugar, também se espera que os tribunais de segundo grau (estaduais ou regionais) decidam harmoniosamente ao que se estabilizou nas instâncias extraordinárias, assim como que as instâncias de piso (juízos monocráticos) não destoem da orientação que vem sendo seguida pelos respectivos tribunais (compatibilidade vertical).

Se assim ocorrer, de uma só vez haverá prestígio à segurança jurídica — porque previsíveis serão as decisões judiciais — e à isonomia, pois a casos iguais serão dadas soluções iguais. Na seara da ciência, muito se pode discutir sobre o assunto, mas na prática cotidiana já se saberá que o Poder Judiciário reconhece que o nascituro pode sofrer dano moral.

---

<sup>25</sup> “[...] o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como aos juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 88.

Evidentemente, quando uma nova questão que admite múltiplas respostas corretas é colocada à apreciação do Judiciário, nem sempre — e talvez nunca — as respostas dos inúmeros órgãos jurisdicionais serão idênticas. Por isso, o sistema deve criar mecanismos que permitam a uniformização da jurisprudência, para que de diversas possibilidades apenas uma se sobressaia.

Como bem pondera LUIZ GUILHERME MARINONI, “[...] embora o juiz possa criar a norma jurídica, é preciso impedir que haja uma multiplicidade de normas jurídicas para casos iguais, gerando insegurança e desigualdade. Aplica-se aí, literalmente, a máxima do *commom law*, no sentido de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*). [...] o sistema que prevê cláusulas gerais e deixa de instituir mecanismo vocacionado à fixação de normas jurídicas com caráter geral comporta-se de forma irresponsável e em desacordo com a Constituição, em especial com as normas que garantem a segurança e a igualdade.”<sup>26</sup>

O revogado CPC/1973 bem que tentou concretizar esta postura, mas nem sempre foi bem sucedido. Por exemplo, previu o incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479), instituto que curiosamente jamais “vingou” na prática do foro, sendo lamentavelmente raras as notícias de sua aplicação.

Há, felizmente, boas perspectivas no horizonte, inclusive em razão de novidades trazidas pelo CPC vigente.

Começemos por aquilo que já tínhamos e que continuamos tendo. Refiro-me, aqui, ao recurso especial, pois uma de suas hipóteses de cabimento é justamente a divergência jurisprudencial (art. 105, III, c, da Constituição) com finalidade de uniformização de entendimentos (respostas). Igualmente, o recurso de embargos de divergência (arts. 1.043-1.044 do CPC), bem como a edição de enunciados de súmulas pelos tribunais, especialmente os superiores (STF e STJ).

Mas, uma vez uniformizada a jurisprudência, é de extrema importância a sua estabilidade, de modo a tornar previsível o resultado de um julgamento. É digno de repúdio, neste viés, que tribunais mudem repentinamente suas orientações, sem que novas circunstâncias justifiquem tal postura.<sup>27</sup>

O CPC vigente mostrou-se sensível a esta situação, de modo que nele fez inserir o art. 926, segundo o qual “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

Estabilização — não é excessivo repetir — proporciona segurança jurídica. A *discrecionalidade judicial acaba no exato momento em que a jurisprudência se estabiliza*. Embora a questão possa permanecer aberta nos debates acadêmicos, ela está respondida no ambiente jurisdicional, até porque a função jurisdicional se

<sup>26</sup> *Op. cit.*, p. 155.

<sup>27</sup> Isso não significa que seja defensável o “engessamento” da atividade jurisdicional. A proposta, bem longe disso, é que haja regras para a mudança de entendimentos consolidados (*overruling*), como, por exemplo, a previsão dos §§ 2º ao 4º do art. 925 do CPC-2015. Dados os propósitos deste escrito, todavia, a questão não será aprofundada aqui. Sobre o tema, consultar o esclarecedor estudo de ANTONIO DO PASSO CABRAL, abordando com profundidade e clareza estes tópicos: CABRAL, Antonio do Passo. *Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica de julgamento-alerta*. In GALLOTTI, Isabel, et al, *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, pp. 31-54.

presta precipuamente a solucionar conflitos concretos de interesses, e não a fomentar discussões teóricas pura e simplesmente, por mais interessantes que sejam (e normalmente o são). Não se desvirtua, assim sendo, a função jurisdicional.

Mas não basta estabilizar a jurisprudência. É preciso seguir suas orientações, respeitando e seguindo, nas instâncias inferiores, o que se decidiu nas instâncias superiores, ainda que, porque o Brasil segue a tradição dos países da *civil law*, nossos precedentes sejam meramente persuasivos (não vinculantes, em regra, com exceção da súmula vinculante).

Em complemento ao que afirmei anteriormente, portanto, *a discricionariedade judicial acaba no exato momento em que a jurisprudência se estabiliza, especialmente porque neste momento os juízos das instâncias inferiores devem respeitar as orientações das instâncias superiores.*

Não se pode coadunar com “rebeldias judiciais”, ainda que em nome de valores como a independência e autonomia judicial, que — faço questão de frisar — é *limitada em nome da coerência sistemática*.<sup>28</sup> Só assim serão eliminadas agressões à isonomia, pois casos idênticos terão decisões idênticas. Bem por isso, é digna de aplausos a redação do art. 927 do CPC, que impõe a compatibilidade vertical de decisões, que deve ser lida em conjunto com a previsão do art. 489, §1º, II, sobre o qual já me manifestei no item 4.1 supra.

Em resumo: a discricionariedade judicial é fenômeno possível diante das situações que admitem mais de uma resposta jurídica correta. É saudável que o sistema esteja aberto a discussões voltadas à sua própria maturação (virtude). A permanência excessiva desta situação, entretanto, é maléfica, pois potencializa os defeitos que mencionei anteriormente. Daí porque, formada a jurisprudência que dará resposta uniforme à pergunta, deve-se não apenas estabilizá-la, mas especialmente respeitá-la em todos os graus de jurisdição. A partir deste momento, quanto a esta questão, não mais se poderá falar em discricionariedade judicial. As energias do Poder Judiciário poderão ser direcionadas a responder outras (e novas) questões.

## Conclusões

Após todas as considerações acima articuladas, em conclusão afirmo:

(i) A discricionariedade judicial é a liberdade decisória do magistrado sobre qual decisão tomar diante da ausência de objetividade absoluta do respectivo e

<sup>28</sup> Oportuna a observação de LUIZ GUILHERME MARINONI: “[...] ainda existe, nas entranhas da doutrina e da vida dos operadores do direito, a ideia de que, por não haver hierarquia entre os juízes, estes não devem respeito às decisões dos tribunais que estão sobre eles. Na verdade, o equívoco se encontra no significado que se retira da palavra hierarquia, misturando-se independência e autonomia com inexistência de respeito às decisões ou, nesta dimensão, com insubordinação. É evidente que, quando se fala, no sentido antes exposto, em hierarquia, não se pretende negar a independência e a autonomia dos juízes. Pretende-se apenas evidenciar que, por uma razão lógica derivada da função e do lugar de inserção conferidos aos tribunais pela Constituição Federal, a hierarquia justifica uma inquestionável necessidade de respeito às decisões judiciais.” *Op. cit.*, p. 169.

aplicável comando legal, *ressalvado o direito da parte de recorrer da posição assumida pelo julgador*.

(ii) A discricionariedade judicial não se confunde com a discricionariedade administrativa.

(iii) Nosso ordenamento jurídico é aberto, recheado de cláusulas abertas e conceitos indeterminados, em cujo ápice está uma Constituição prolixa, de tal modo que existem lacunas cuja completude incumbe ao julgador no caso concreto.

(iv) Deste modo, frente à necessidade de colmatar os espaços vazios, diante da complexidade das questões que podem ser colocadas, pode-se afirmar que não existe uma única resposta jurídica correta em inúmeras situações. Neste contexto é que se constata, empiricamente, a discricionariedade judicial, rente ao conceito proposto.

(v) O fenômeno da multiplicidade de respostas corretas a uma mesma situação jurídica traz, ao mesmo tempo, virtudes e defeitos.

(vi) As virtudes são, a uma, a possibilidade de uma solução democrática dos conflitos; a duas, proporcionar um sistema prospectivo, isto é, mais adaptável às inevitáveis mudanças do tempo. Indisfarçavelmente, esta circunstância proporciona melhores condições à eficácia de direitos fundamentais.

(vii) Os defeitos são a possibilidade de desprestígio à isonomia, geração de insegurança jurídica, concentração de um excessivo poder aos juízes e a multiplicação de demandas.

(viii) O Processo oferece meios legais para combater os defeitos apontados, de modo a otimizar o sistema, a saber: a necessidade de fundamentação das decisões judiciais; a recorribilidade dessas decisões; e a imperiosa estabilização da jurisprudência e compatibilidade vertical das decisões judiciais.

(ix) Ao se exigir motivação das decisões, mitiga-se a alegada concentração de poderes no julgador.

(x) A recorribilidade da decisão abranda a discricionariedade e distancia, definitivamente, as instâncias judicial e administrativa.

(xi) Possivelmente, contudo, o meio mais eficaz para eliminar os defeitos é a estabilização da jurisprudência e a compatibilização vertical das decisões.

(xii) A discricionariedade judicial acaba no exato momento em que a jurisprudência se estabiliza, especialmente porque neste momento os juízos das instâncias inferiores devem respeitar as orientações das instâncias superiores. Ao firmar jurisprudência, estabilizando-a e respeitando-a em todas as instâncias, dar-se-á *uma* resposta à questão, dirimindo o conflito de interesses concretamente. Prestigia-se a segurança jurídica (as decisões judiciais serão previsíveis) e a isonomia (pois a casos iguais serão dadas soluções iguais), razão pela qual é fundamental que o sistema crie mecanismos de uniformização da jurisprudência, bem como técnicas que imponham sua observância em todas as instâncias (de “cima” para “baixo”).

## Bibliografia

- ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: RT, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Exceção de Pré-Executividade: uma denominação Infeliz. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, Sétima Série, 2001.
- CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica de julgamento-alerta. In: GALLOTTI, Isabel. et al. **O papel da jurisprudência no STJ**. São Paulo: RT, 2014.
- CALDAS AULETE. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Edição Brasileira, Rio de Janeiro: Delta, 1958. v.2.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O problema da discricionariedade judicial. Existe uma única resposta correta para os casos difíceis?** Teresina, *Jus Navigandi*, ano 16, n. 3082, 9 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20582>>. Acesso em: 13 jan. 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafaela. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2008. v. 2.
- DONOSO, Denis. Motivação da Sentença. Características e Perspectivas Extra e Endoprocessuais. Consequências Resultantes da Ausência de Fundamentação. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, São Paulo: Dialética, v. 59, pp. 25-45, 2008.
- FREITAS, Juarez. Existe uma única resposta jurídica correta? In: **Revista Del Rey Jurídica, Belo Horizonte**, ano 7, n.º 15, 2005.
- GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **A garantia fundamental da motivação das decisões judiciais**. Dissertação (mestrado). Teresa Arruda Alvim Wambier (Org.), São Paulo: PUC, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.
- PAULINI, Umberto. Breves notas sobre a polêmica que medeia as construções teóricas de H.L.A. Hart e Ronald Dworkin. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 1, n. 1. Disponível em: <[ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/14840/9961](http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/14840/9961)>. Acesso em: 14 jan. 2014.
- PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- PUGLIESE, Márcio. **Por uma teoria do Direito**. São Paulo: RCS, 2005.
- RASELLI, Alessandro. **Studi sul potere discrezionale del giudice civile**. Milão: Giuffrè, 1975.

SACCO NETO, Fernando. Análise das novas redações dos incisos IX e X do art. 93 da Constituição Federal de acordo com a EC n.º 45. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et al.* **Reforma do Judiciário, primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional.** V. 5, n. 45, 2004. São Paulo: RT, 2005.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SERAU JR., Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. **Manual dos recursos extraordinário e especial.** São Paulo: Método, 2012.

# A MUDANÇA DO PARADIGMA DA TEORIA DAS INCAPACIDADES COM O ADVENTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA<sup>1</sup>

THÁIS CHRISTINA GALLERANI<sup>2</sup>

*Sou feita de retalhos. Pedacinhos coloridos de cada vida que passa pela minha e que vou costurando na alma. Nem sempre bonitos, nem sempre felizes, mas me acrescentam e me fazem ser quem eu sou. Em cada encontro, em cada contato, vou ficando maior... Em cada retalho, uma vida, uma lição, um carinho, uma saudade... que me tornam mais pessoa, mais humano, mais completo. E penso que é assim mesmo que a vida se faz: de pedaços de outras gentes que vão se tornando parte da gente também. E a melhor parte é que nunca estaremos prontos, finalizados... haverá sempre um retalho novo para adicionar à alma. Portanto, obrigado a cada um de vocês, que fazem parte da minha vida e que me permitem engrandecer minha história com os retalhos deixados em mim. Que eu também possa deixar pedacinhos de mim pelos caminhos e que eles possam ser parte das suas histórias. E que assim, de retalho em retalho, possamos nos tornar, um dia, um imenso bordado de "nós" (Cris Pizzimenti).*

**SUMÁRIO.** Introdução. 1. Contextualização histórica. 2. Transtornos Psíquicos. 3. Consequências da nova regulamentação da capacidade no Código Civil a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei da Inclusão – Lei nº 13.146/2015). 4. Como o Poder Judiciário pode solucionar os problemas decorrentes da nova regulamentação da capacidade no Código Civil (Lei nº 10.406/02) a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência? (adequações vertical e horizontal). Proposições conclusivas. Referências Bibliográficas.

## Introdução

No decorrer da História, houve uma infinda mudança na sociedade. Até a época hodierna, observa-se que a evolução do direito nunca foi constante, por vezes a humanidade prospera e, por outras, retrocede. Consequentemente, o movimento do Direito é pendular, oscilando entre a aplicação do direito posto e a realização da justiça ao caso concreto, ora evolui, ora retrocede. Na contemporaneidade, ao Poder Judiciário cabe a tarefa de integrar e interpretar o ordenamento jurídico, impondo uma nova perspectiva e execução do Direito. Assim, a jurisprudência é, agora, fonte material do Direito, impendendo ao Judiciário, efetivamente, transformar o mundo, confluindo o Direito à Justiça. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) é a execução da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque que integrou o sistema normativo brasileiro com hierarquia de Emenda à Constituição. A mudança de paradigma no conceito de pessoa com deficiência é evidente, abarca uma nova perspectiva para os elementos médicos: a social. Todavia, o Código Civil (Lei nº 10.406/02) não absorveu adequadamente as novas diretrizes em sua sistemática, o que gerou sequelas na teoria das incapacidades e, por conseguinte, na validade dos negócios jurídicos realizados por pessoas com transtornos psíquicos e na prescrição. Assim, é

<sup>1</sup> O estudo que ora vem a público teve como origem a monografia de conclusão de Curso de Especialização em Direito Civil da Escola Paulista da Magistratura realizada no Núcleo Regional de Sorocaba, sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Dartanhan de Mello Guerra.

<sup>2</sup> Assistente Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo da 1ª Vara Cível de Sorocaba. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas de Itapetininga - FKB. Pós-Graduação lato sensu em Direito Civil e Direito Processual Civil (em andamento) no Núcleo Regional de Sorocaba da Escola Paulista da Magistratura.

revelante que os aplicadores do Direito adequem a codificação civil aos novos ventos da convenção e do estatuto, para que não haja retrocesso do pêndulo da evolução da humanidade.

## 1. Contextualização histórica

Para a psicologia contemporânea há três maneiras de se compreender o indivíduo: a psicanálise, o movimento comportamentalista e a psicologia fenomenológico-existencial-humanista, cada uma com suas subdivisões. A teoria psicanalista foi desenvolvida por Sigmund Freud. Segundo ele, a personalidade está estruturada em Id, Ego e Superego. O Id desconhece a realidade, a ética e a moral porque regido somente pelo prazer; inclui os comportamentos instintivos e primitivos, ligados, principalmente, à libido. O Id tem origem orgânica, fator biológico e genético, e, portanto, é hereditário. O Superego é o representante interno dos valores e normas; procura inibir os impulsos do Id, buscando o que é certo para atingir a perfeição, ou seja, é o sensor do ego. O Superego tem origem ambiental. O Ego é o integrante psicológico da personalidade, pois é o responsável pelo contato do psiquismo com a realidade, entre o mundo individual e o externo. É o equilíbrio resultante entre as reivindicações do Id e as exigências do Superego, garantindo que os impulsos sejam expressos de uma forma aceitável no mundo real. O Superego tem origem na história pessoal do indivíduo, ou seja, nas experiências de vida. Essa é a corrente mais assentada na liberdade. Para Freud, o homem é o responsável por suas escolhas, por criar a si mesmo; contudo, através do Superego, as influências da sociedade repercutem na formação da personalidade humana.

O ser humano é resultado do elixir do instintivo pela moral da sociedade. “Cada indivíduo é um universo”. Nada obstante, na individualidade de cada universo há uma identidade: a socialidade. Conforme John Donne, “nenhum homem é uma ilha”. A convivência social é imprescindível, pois potencializa os recursos necessários à vulnerabilidade de cada indivíduo, elevando a autoestima pessoal e, por conseguinte, o bem-estar, o qual retroalimenta toda a coletividade. É certo que a individualidade não é unicamente determinada pela sociedade, tal qual afirmava Descartes e negava John Locke, mas, indiscutivelmente, é influenciada por ela. Dessarte, há inquestionável interdependência entre o individual e o social. Do ser social do humano, nasceu o Direito. De acordo com os ensinamentos de Miguel Reale, “a diáde entre experiência e cultura é o cerne do que se pensa sobre Justiça e o que se conceitua como Direito”. “O Direito é uma integração normativa de fatos, segundo valores. Isso significa que a estrutura da experiência jurídica é tridimensional”.<sup>3</sup> Desvenda Reale, ainda, que não há simples correlação entre fato, valor e norma, o que existe é uma dialeticidade, ou seja, uma dinamicidade

---

<sup>3</sup> Na Teoria Tridimensional do Direito, desenvolve Real esse raciocínio explicando que “[...] a pessoa se distingue por ser foco constitutivo de valores, fulcro de um mundo que não é o da natureza, mas o da vida ética, contraposto àquele. Ensinou, nessa mesma obra, que a gênese da norma jurídica não pode prescindir da apreciação pelo Poder [...] do complexo factual-axiológico. Prelecionou, ainda, que a norma jurídica está imersa no mundo da vida (fatos e o complexo axiológico) que é mutável. Defende, também, que as variações do estudo do Direito são apenas de ordem metodológica. Assim, a Sociologia do Direito estuda o fato segundo a norma valorada; a Filosofia do Direito analisa a imperatividade do valor frente ao fato e a norma; e os juristas compreendem a norma diante do fato e valor.

integrante e convergente”. Reale cria uma nova dialética existencial do Direito, entendendo que o Direito é uma dimensão da vida humana, que está no processo existencial do indivíduo e da coletividade. De suas lições de nomogênese jurídica, apreende-se que as proposições normativas resultam da incidência do complexo axiológico (valores) sobre os fatos, ou seja, a norma jurídica surge para regular o fato pelo viés histórico-cultural. Assim sendo, é impossível estudar o fenômeno social denominado Direito sem partir da história da humanidade.<sup>4</sup>

Para contextualizar o tema objeto deste ensaio, é preciso apresentar uma palavra a respeito do processo de descodificação do Direito Civil, o qual passa de um corpo legislativo monolítico (monossistema) para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Após a 1ª Guerra Mundial, em razão do desequilíbrio pronunciado nas relações jurídicas contratuais, houve um esgotamento do sistema fechado. Como o sistema pretérito não se sustentava mais, mudou-se o paradigma para a intervenção estatal. A nova ordem de direção passou a ser pública e sem discricionariedade. Essa fase foi caracterizada pelo primado da proteção da pessoa e pela despatrimonialização. Inicia-se assim a ordem pública de proteção.<sup>5</sup> Em consonância com Gustavo Tepedino<sup>6</sup>, desde o início do Século XX na Europa e no Brasil depois da década de 30, o pluralismo ensejou a desconstrução do sistema fechado. Com o fim de melhor regular determinados setores da vida privada, proliferaram estatutos, “universos legislativos” que substituíram o monismo consagrado no Código Civil de 1916. Com o intuito de disciplinar as novas figuras emergentes na realidade econômica e não previstas pelo codificador civil, proliferaram leis especiais, destinando ulterior papel ao Código Civil que, progressivamente, foi perdendo a sua função de normatização do direito comum e da subtração de matérias inteiras dessa esfera codificada, iniciando a fragmentação, designada *Era dos Estatutos*.

---

<sup>4</sup> “Não é possível manejar com desembaraço, aprender a fundo uma ciência que se relacione com a vida do homem em sociedade, sem adquirir antes o preparo propedêutico indispensável”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 20. ed. - 4ª Tiragem - 2015, p. 112).

<sup>5</sup> “[...] Esse longo percurso histórico, cujo itinerário aqui não se poderia palmilhar, caracteriza o que se convencionou chamar de processo de descodificação do direito civil, com o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de monossistema, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Em relação a estes o Código Civil perdeu qualquer capacidade de influência normativa, configurando-se um polissistema, caracterizado por um conjunto crescente de leis como centros de gravidade autônomos e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de microssistemas. [...] O Estado legislador movimenta-se então mediante leis extracodificadas, atendendo às demandas contingentes e conjunturais, no intuito de reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas castas econômicas, que se formavam na ordem liberal e que reproduziam, em certa medida, as situações de iniquidade que, justamente, o ideário da Revolução Francesa visava debelar” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil* - Rio de Janeiro: Renovar - 1999, p. 4).

<sup>6</sup> O Estatuto do Índio (1973), Estatuto dos Militares (1980), Código de Defesa do Consumidor (1990), Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), Estatuto da Terra (2001), Estatuto da Cidade (2001), Estatuto da Defesa do Torcedor (2003), Estatuto do Idoso (2003), Estatuto do Desarmamento (2003), Estatuto dos Museus (2009), Estatuto da Juventude (2013), Estatuto da Juventude (2013), Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015) são exemplos de leis que regulamentam exaustivamente extensas matérias.

De acordo com José Tadeu Neves Xavier, a sociedade atual passa por uma fase de transição entre o modelo moderno e o pós-moderno, criando um novo paradigma para o convívio social, o que acaba por se refletir no pensamento jurídico.<sup>7</sup> Há diversas modificações na formulação teórica e nos princípios.<sup>8</sup> Neste contexto, a pós-modernidade impõe a revisão dos postulados tradicionais que, moldados agora sob a ótica dos valores constitucionais, buscam servir como meios adequados de enfrentamento da complexidade pós-moderna.<sup>9</sup>

O humano do ser integra todos os tempos. Para Del Vecchio, os princípios são direitos naturais que persistem, independentemente do processo histórico, ou seja, da conjuntura, porque são expressão do absoluto. Consoante Miguel Reale a ideia jusnaturalista permeia todas as correntes de pensamento. Há um mínimo de direito natural que corresponde às exigências éticas que se tornaram truismos, dada a universalidade de seu reconhecimento. Para argumentar seu posicionamento, citou que para o maior crítico do jusnaturalismo, Kelsen, a norma fundamental é transcendental. O direito natural corresponde aos valores perenes, indeclináveis e transcendentais que estão presentes no nosso estatuto fundamental (Constituição Federal); transpessoais e atemporais; inelimináveis enunciações positivadas do patrimônio ético da civilização.<sup>10</sup> Vivemos hoje a *Era da informação*. Os direitos

---

<sup>7</sup> XAVIER, José Tadeu Neves: *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade* — tese apresentada para Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul — Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br>.

<sup>8</sup> Mencionando Norberto Bobbio, Gustavo Tepedino destaca que, nessa fase, o legislador deixa de atuar de maneira genérica e neutra, mediante suportes fáticos considerados como estruturas formais e abstratas. Diversamente, define os objetivos de política legislativa — tônica do Estado Social —, incentiva com subsídios fiscais os comportamentos que atendem às prioridades traçadas, transforma-se de mero repressor do ilícito em agente de promoção de valores e políticas públicas, delineando-se o que se nomeou, em síntese feliz, função promocional do direito (BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di comunità, 1977, p. 63 e ss *apud* Gustavo Tepedino. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa* — Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br>.

<sup>9</sup> Para Alexandre Guerra, [...] na contemporaneidade é inegável a influência direta da Carta Constitucional e dos seus princípios sobre o Código Civil e sobre as relações de ordem privada por ele reguladas. Tal forma de compreender o Direito Civil rende ensejo ao que convencionamos denominar Direito Civil-Constitucional. Cuida-se, em suma, de um método de interpretação jurídica por meio do qual não se pretende uma nova (e revolucionária) compreensão do Direito Civil, mas sim a compreensão dos fatos e das relações jurídicas privadas a partir dos valores e dos Princípios da solidariedade social e da Dignidade da pessoa humana, ambos expressamente afirmados pela Constituição Federal em vigor nos artigos 1º, inciso III, como destaca Luiz Bueno de Godoy. A interpretação jurídica que parte dos princípios constitucionais foi pioneiramente reconhecida pelo próprio Clóvis Beviláqua no ano de 1935, em conferência intitulada 'A Constituição e o Código Civil', como informa Renan Lotufo. Clóvis Beviláqua acentuou as inovações derivadas da Constituição Federal de 1934 e afirmou expressamente que o Código Civil de 1916, em diversos pontos, fora diretamente atingido por preceitos da então 'Nova Constituição'. Observou que todo o Direito de um povo se move necessariamente dentro do círculo de sua organização política, 'figurando as Constituições como fontes primárias do direito positivo', na expressão da vontade social preponderante e do complexo jurídico elaborado pela vida em comum, que nela, no entanto, não se esgota [...] (GUERRA, Alexandre: *Princípios da Conservação dos Negócios Jurídicos. A Eficácia Jurídico-Social como critério de Superação das Invalidades Negociais*. São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2016, p. 186 ss.).

<sup>10</sup> Os direitos fundamentais [...] constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. [...] os direitos fundamentais — na condição de direitos de defesa — objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar

fundamentais estão presentes nas relações individuais.<sup>11</sup> A globalização, o neoliberalismo e os direitos sociais são realidade. A globalização econômica e a ampla afirmação do paradigma neoliberal foram os responsáveis pela crise da sociedade, da democracia e da cidadania?

Adam Smith, fundador da economia clássica, defendia que a intervenção do Estado nos assuntos econômicos e no mercado em geral deveria ser a mínima possível. O mercado deveria funcionar livremente e as forças e ações de seus agentes o ajustariam automaticamente. Em sua concepção, haveria a chamada ‘mão invisível’, por ele chamada de divina providência, pela qual a ação de cada indivíduo, buscando atingir seus próprios interesses, acabaria resultando num funcionamento perfeito do mercado.

Em contrapartida aos efeitos negativos e nefastos do liberalismo *laissez-faire*, surgiu o conhecido Estado do Bem-Estar Social. Todavia, o *Welfare State* não alcançou seus objetivos porque concentra extremos poderes ao governante sob o pretexto de serem resolvidos os problemas sociais, criando um Estado cada vez mais oneroso, pois tem que arrecadar mais e mais. No Brasil, o Estado do Bem-Estar Social falhou. Em razão de a população ser menos instruída, a democracia no Brasil exige do governante medidas populistas de curto prazo. Os reais problemas sociais não são corrigidos, porque isso é tarefa de longo prazo, não visível em um ou dois mandatos.

Emergiu, então, o movimento neoliberal, uma corrente de pensamento que redefine o liberalismo clássico. *Quais seriam as principais funções a serem exercidas pelo governo?* É impossível que o Estado continue exercendo o papel de provedor na economia. Nos dias de hoje, é notória a incapacidade de o Estado administrar (operar) empresas. A intervenção do Estado nas atividades econômicas tem de ser mínima, cabendo-lhe apenas a dinâmica da indução, regulação e a fiscalização do mercado para a correção do rumo todas as vezes que houver necessidade. Assim, deve atuar como indutor do crescimento privado por intermédio, por exemplo, da criação de projetos, desapropriando e abrindo linhas de financiamento com órgãos internacionais para a iniciativa privada etc. Além

---

interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal” (WOLFGANG SARLET, Ingo. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988* - Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br>).

<sup>11</sup> “[...] Aparentemente de forma paradoxal, constata-se que o processo de globalização acabou trazendo avanços significativos na esfera dos direitos fundamentais, não sendo por acaso que hoje se sustenta o fenômeno da universalidade dos direitos fundamentais e a formação de um verdadeiro direito constitucional internacional nesta seara, fenômeno vinculado ao impulso da Declaração Universal da ONU, de 1948, bem como ao expressivo número de convenções internacionais na esfera dos Direitos Humanos, acompanhada da sua recepção pelo direito constitucional dos Estados [...]. De outra parte, verifica-se que a globalização, especialmente no que diz com o avanço das comunicações, tem permitido uma veiculação universal, ainda que mínima, da agenda da defesa da dignidade humana e dos direitos fundamentais, facilitando o fluxo de informações, a denúncia de violações e dificultando a censura sobre os meios de comunicação. Assim, como se pode concluir a partir da lição do grande jurista brasileiro Paulo Bonavides, a globalização, aqui considerada por um ângulo positivo, como veículo para a afirmação da universalização do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, acaba contribuindo decisivamente para que estes efetivamente venham a integrar, tal como referido alhures, uma espécie de patrimônio cultural comum da humanidade. (WOLFGANG SARLET, Ingo - *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988* - Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br>).

disso, ao Estado cabe maximizar a implantação do modelo de agência reguladora norte americano, com a cautela de preservar a independência dessas agências em relação ao Poder Executivo, como forma de torná-las isentas de pressões políticas. Todavia, o Estado neoliberal não é sinônimo de desassistência social ou ausência de Estado. Somente a máxima redução do Estado na economia possibilitará a concentração da administração Estatal e disponibilidade de orçamento para as questões sociais, que é o seu verdadeiro intento.

## 2. Transtornos Psíquicos

O tema relativo aos direitos das pessoas com deficiência é de alto grau de complexidade, devendo ser avaliado de acordo com os aspectos históricos, filosóficos, psicológicos, sociológicos, morais e éticos (axiológicos), econômicos e políticos. Débora Vieira Macedo, discorreu sobre os distintos tratamentos desvelados às pessoas com deficiência por parte do Estado e da sociedade ao longo dos séculos. As leis das primeiras civilizações deixaram como herança pessoas com deficiência em virtude de suas punições. Os egípcios puniam os condenados mutilando as partes do seu corpo; os hebreus, respeitando o Código de Hamurabi (Lei de Talião: "Olho por olho, dente por dente"), amputavam membros das pessoas como punição. Na Grécia Antiga, século IV a.C., o filósofo Platão defendia o extermínio de crianças nascidas "com o corpo mal organizado". Em contrapartida, o seu discípulo mais destacado, Aristóteles, defendia que as pessoas com deficiência tivessem acesso garantido ao exercício de atividades ou que aqueles impossibilitados de trabalhar tivessem sua subsistência garantida pela coletividade, numa espécie de seguridade social <sup>12</sup> arcaica. Na Roma Antiga, as crianças com deficiência eram sacrificadas. A Lei das XII Tábuas permitia que os filhos pudessem ser assassinados pelo patriarca romano. A primeira constituição a impor ao Estado responsabilidades em relação às pessoas com deficiência foi a Constituição Francesa de 1791, com o objetivo de dar trabalho aos pobres inválidos desempregados. As pessoas com deficiência foram colocadas à margem da sociedade, como indivíduos que requerem atenção especial sem, contudo, pertencerem efetivamente ao grupo social.

No Brasil, as Ordenações trataram da situação jurídica da pessoa com deficiência. Maurício Requião, em Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição, explica que antes das codificações nacionais, o Direito Civil era regulamentado pelas Ordenações Filipinas de Portugal, fixando a cessação da menoridade aos 25 anos. Em 1858, a Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, acabou suprimindo a necessidade de criação de um Código Civil até que surgisse o de 1916. O Código Civil de 1916 adotou a teoria das incapacidades criada por Savigny. Classificava como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, os surdos-mudos que não pudessem exprimir a sua vontade, os ausentes, e os loucos de todo o gênero. Englobava todas as anomalias psíquicas na denominação "loucos de todo o gênero" porque a medicina ainda não separava as doenças. As

---

<sup>12</sup> VIEIRA MACEDO, Débora - *Acessibilidade e a busca pela inclusão da pessoa com deficiência* - Disponível em: <[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)>.

duas grandes codificações civis brasileiras consideravam o ser humano apenas como figura econômica.

José Tadeu Neves Xavier<sup>13</sup> desenvolve o entendimento de que o Código Civil de 1916 consolidava as doutrinas individualistas e voluntaristas do século XIX, cujo tópico era o indivíduo na concepção liberal, ou seja, o sujeito de direito *contratante e proprietário*. O Direito Civil era o *locus* normativo privilegiado do indivíduo. Nesse modelo liberal-burguês, havia a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser. Era, assim, “a Constituição do Direito Privado”, servindo para consolidação do modelo econômico liberal, servia para regular as relações do indivíduo isoladamente considerado, protegendo-o. Assim, o Direito Civil brasileiro clássico (1916) não concebia a existência de um indivíduo, referia-se ao ser humano apenas como um polo de relações patrimoniais: proprietário, contratante, testador, pai, marido etc. Desse modo, se o indivíduo não conseguisse desempenhar os papéis econômicos dados pelo sistema, era excluído da sociedade civil, discriminalizado, justificando esse posicionamento na segurança jurídica.

Houve, no entanto, a mudança de paradigma dos anos 80. Da tutela e do assistencialismo passou-se para a promoção dos direitos humanos. Ao longo da década de 80, período em que o Brasil passou por um processo político de democratização, movimentos sociais buscaram garantir na Constituição Federal de 1988 o pleno gozo dos direitos das pessoas com deficiência nas áreas de educação, saúde, trabalho, habilitação profissional e assistência social. A partir dessa década, foi incorporada à questão da deficiência uma dimensão fortemente sustentada na promoção dos direitos humanos, procurando expressar a importância do reconhecimento da pessoa com deficiência enquanto cidadão em pleno direito. Maurício Requião enfatiza outro aspecto, deveras importante: dado o momento em que ainda se encontrava a Medicina, a nomenclatura utilizada pelo direito brasileiro relativa às pessoas com deficiência era preconceituosa e discriminatória (louco, desassissado, mentecapto, furioso etc.).

No início dos anos 2000, foi apresentado o projeto de lei que propunha a criação de um estatuto para as pessoas com deficiência. O projeto original possuía falhas, desde a terminologia inadequada até propostas que, se aprovadas, reforçariam a tutela e o assistencialismo. A denominação atual constante na Constituição Federal, nas convenções e nos documentos internacionais ratificados pelo Brasil é pessoa com deficiência. No que diz respeito aos Códigos Civis de 1916 e 2002, a imposição de limitação à capacidade civil foi fundamentada na proteção do incapaz. Antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o artigo 3º do Código Civil de 2002 estabelecia como absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, além dos menores de 16 anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. A possibilidade de a pessoa com transtorno psíquico ser qualificada pelo Código Civil de 2002 como relativamente incapaz e não necessariamente como absolutamente incapaz já foi um grande avanço visto que passou a graduar a autonomia, possibilitando à pessoa com deficiência alcançar a

---

<sup>13</sup> XAVIER, José Tadeu Neves: *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*, cit., Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br>.

incapacidade relativa. Entretanto, as consequências em ambas as codificações no caso dos declarados absolutamente incapazes era extremada: a total limitação para a prática de todos atos da vida civil. Dessa maneira, a pessoa perdia totalmente a capacidade civil a partir da interdição. Qualquer ato praticado pelo absolutamente incapaz, negocial ou existencial, sem representante legal, era nulo; apenas seria válido se realizado por meio do curador. Assim, perdiam totalmente a capacidade de transitar na sociedade civil com autonomia.

Houve o aumento significativo de pessoas com deficiência no Brasil. Tal fato se deu em virtude do aumento da expectativa de vida, consequência dos avanços médicos de diagnóstico e tratamento de doenças que vêm permitindo a sobrevivência dos pacientes e dos acidentes, em sua maior parte relacionados à violência urbana como, por exemplo, acidentes automobilísticos, principalmente, de motocicleta. No último Censo realizado, constatou-se que o percentual de pessoa com alguma deficiência corresponde a 23,9% dos brasileiros, demonstrando a urgência de incentivo à autonomia e a premência da proteção do Estado na medida da vulnerabilidade dessa população<sup>14</sup>.

O advento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da Lei de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) foi decisivo. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo assinados em Nova Iorque, em 30/03/2007, foi o primeiro instrumento criado com o propósito, deveras, de proteger porque assegura a todas as pessoas com deficiência o exercício pleno e equitativo dos direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como promove o respeito a sua inerente dignidade, substituindo o modelo puramente médico de classificação pelo social de inclusão da pessoa com deficiência, aceitando as diferenças com tolerância e alteridade. Ao assinar e ratificar a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (que é um instrumento diverso dessa Convenção), o Brasil comprometeu-se a implementar medidas para dar efetividade aos direitos garantidos e a encaminhar ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência denúncias sobre a violação dos seus direitos assegurados pela convenção. Houve oposição social e também muita resistência pelo executivo e judiciário quanto à implementação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo no país; suas diretrizes foram sendo paulatinamente aceitas e pouquíssimo concretizadas ao longo dos anos. Com o escopo de avançar na conquista de direitos, sem retrocessos, houve a necessidade da elaboração de um estatuto próprio para as

---

<sup>14</sup> “[...] Considerando a população residente no país, 23,9% possuíam pelo menos uma das deficiências investigadas: visual, auditiva, motora e mental ou intelectual. A prevalência da deficiência variou de acordo com a natureza delas. A deficiência visual apresentou a maior ocorrência, afetando 18,6% da população brasileira. Em segundo lugar está a deficiência motora, ocorrendo em 7% da população, seguida da deficiência auditiva, em 5,10% e da deficiência mental ou intelectual, em 1,40%. [...] Em 2010, 8,3% da população brasileira apresentava pelo menos um tipo de deficiência severa, sendo: 3,46% com deficiência visual severa; 1,12% com deficiência auditiva severa; 2,33% com deficiência motora severa; 1,4% com deficiência mental ou intelectual. Das 45.606.048 de pessoas com deficiência 1,6% são totalmente cegas, 7,6% são totalmente surdas, 1,62% não conseguem se locomover.” Disponível em:

<[www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf](http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf)>.

peças com deficiência, que entrou em vigor em janeiro de 2016. Nesse estatuto, o legislador entendeu que seria mais didático repetir o conceito de pessoa com deficiência já adotado na convenção.<sup>15</sup>

A mudança de paradigma hoje adotada no conceito de pessoa com deficiência é evidente. Tal qual disposto anteriormente na lei brasileira, a concepção também encerra os elementos médicos; todavia, a abordagem é muito mais ampla porque incluiu, ainda, a identificação de barreiras e, ao mesmo tempo, elementos sociais e ambientais.

Em suma, a organização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em Nova Iorque foi um divisor de águas. Após a sua realização, dificuldades foram superadas para que fosse ratificada pelo Brasil e, embora ela tenha sido internalizada com status constitucional, foi muito pouco efetivada no país. Por essa razão, imperiosa a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é a execução legislativa de uma convenção que integrou o sistema normativo brasileiro com hierarquia de Emenda à Constituição, pois aprovado conforme o artigo 5º, §3º da Constituição Federal, mas que foi escassamente concretizada pelos demais poderes. Houve nova regulamentação da capacidade no Código Civil a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A Lei da Inclusão trouxe novos institutos jurídicos relativos à concepção de deficiência, capacidade legal, avaliação psicossocial e acessibilidade, alterando diversas normas nacionais como o Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Código Eleitoral, Estatuto das Cidades, Lei de Improbidade Administrativa e Consolidação das Leis Trabalho. Prevê, em seus 127 artigos, uma série de garantias e direitos, além de se definirem prioridades e ações (de caráter afirmativo) a serem desenvolvidas pelo Estado e também pelo setor privado para evitar a discriminação das pessoas com impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais.

Dentre as pessoas com deficiência, destaco os transtornos psíquicos, porque o inciso II do artigo 3º do Código Civil, que tratava da incapacidade absoluta, foi revogado pelo estatuto, eliminando-se a expressão aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para praticar pessoalmente os atos da vida civil. Um dos fatores de grande impacto trazido pelo Estatuto é a importante alteração que provoca no regime das incapacidades do Código Civil daqueles que sofrem com transtornos psíquicos. Nota-se que até a chegada do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a regra no ordenamento jurídico brasileiro era a incapacidade. Porém, o fato de o sujeito ter como uma de suas características o transtorno psíquico não determina a sua incapacidade para os atos da vida civil<sup>16</sup>.

Quanto aos transtornos psíquicos, as denominações utilizadas na psiquiatria e na psicologia são *transtornos, perturbações, disfunções ou distúrbios*. Transtorno

---

<sup>15</sup> Artigo 2º do Estatuto das Pessoas com Deficiência: considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

<sup>16</sup> REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição* - Editora Jus Podivm - 2016, pp. 75-81.

psíquico é qualquer anormalidade, sofrimento ou comprometimento de ordem psicológica e/ou mental. Pelo Sistema de Jaspers, desde o início do século XX já se utilizava um sistema para a classificação dos transtornos.<sup>17</sup> O problema dessa classificação é a limitação da pessoa ao transtorno, ou seja, não corresponde às exigências de uma análise biopsicossocial. Na atualidade, há a Classificação Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde. Trata-se de um sistema de classificação internacional. O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Psíquicos (DSM, sigla em inglês), da Associação Americana de Psiquiatria (American Psychiatric Association - APA) é mais utilizado para as pesquisas.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> O Sistema de Jaspers dividia os transtornos em: “1. Doenças somáticas conhecidas que trazem consigo um transtorno psíquico, em seus subtipos: 1.1. Doenças cerebrais, 1.2. Doenças corporais com psicose sintomáticas (ex. infecções, doenças endócrinas etc.), 1.3. Envenenamentos/Intoxicações (Álcool, morfina, cocaína etc.); 2. Os três grandes tipos de psicose endógenas (ou seja, transtornos psíquicos cuja causa corporal ainda é desconhecida): 2.1. Epilepsia genuína, 2.2. Esquizofrenia, em seus diferentes tipos, 2.3. Distúrbios maniaco-depressivos; 3.

Psicopatias: 3.1. Reações autônomas anormais não explicáveis por meio de doenças dos grupos 1 e 2 acima, 3.2. Neuroses e síndromes neuróticas, 3.3. Personalidades anormais e seu desenvolvimento. A depender do grau de comprometimento do indivíduo em razão dos transtornos psíquicos, utiliza-se, ainda hoje, termos diversos: 1. neurose: designa os “transtornos mentais que não afetam o ser humano em si”, ou seja aqueles supostamente sem base orgânica nos quais o paciente possui consciência e uma percepção clara da realidade e em geral não confunde sua experiência patológica e subjetiva com a realidade exterior, como exemplo: a perturbação obsessiva-compulsiva, a transtorno do pânico, as fobias, os transtornos de ansiedade, a depressão nervosa, a distímia, a síndrome de Burnout, entre outras; 2. psicose: “aqueles transtornos mentais que afetam o ser humano como um todo”, ou seja um transtorno no qual o prejuízo das funções psíquicas atingiu um nível tão acentuado que a consciência, o contato com a realidade ou a capacidade de corresponder às exigências da vida se tornam extremamente diferenciadas, e por vezes perturbadas, e para a qual se conhece ou se supõe uma causa corporal” Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Transtorno\\_mental](https://pt.wikipedia.org/wiki/Transtorno_mental)

<sup>18</sup> “Os modelos de transtornos psíquicos são: 1. biopsicossocial: analisa a gênese e o desenvolvimento dos transtornos psíquicos sob diferentes pontos de vista, de acordo com os diferentes fatores que os influenciam: 1. Fatores biológicos — como a predisposição genética e os processos de mutação que determinam o desenvolvimento corporal em geral, o funcionamento do organismo e o metabolismo etc.; 2. Fatores psicológicos — como preferências, expectativas e medos, reações emocionais, processos cognitivos e interpretação das percepções etc.; 3. Fatores socioculturais — como a presença de outras pessoas, expectativas da sociedade e do meio cultural, influência do círculo familiar, de amigos, modelos de papéis sociais etc. 2. modelo estresse-vulnerabilidade: estabelece que o irromper de um transtorno psíquico está ligado, de um lado, à presença de uma predisposição genética ou adquirida no decorrer da vida (vulnerabilidade) e, de outro, à exposição a situações estressantes. Quanto maior a predisposição, menor tem de ser o nível de estresse para que um distúrbio mental irrompa. A relação entre vulnerabilidade e estresse, no entanto, é mediada pela resiliência, ou seja, a capacidade do indivíduo de resistir ao estresse. 1. fatores biológicos: 1.1. modificações do sistema nervoso central (1.1.1 os distúrbios das funções cognitivas, 1.1.2. distúrbios da regulação das emoções e do estresse), 1.2. modificações na regulação hormonal; 2. fatores genéticos, por exemplo, Mal de Alzheimer; 3. fatores psicológicos: 3.1. fatores vulnerabilizantes, 3.2. fatores protetivo. Importante destacar que de acordo com Tseng fatores sócio-culturais podem originar transtornos psíquicos: 1. efeito patogênico: fatores culturais podem ser a origem explícita ou imediata de um transtorno psíquico. Exemplos são os distúrbios frutos da quebra de um tabu ou o não cumprimento de uma expectativa social, como o suicídio de alunos que não são aprovados em exames de admissão típico de algumas culturas do extremo oriente; 2. efeito pato-seletivo: cada cultura vê alguns comportamentos patológicos como mais ou menos aceitáveis, de acordo com suas próprias normas. Assim, em algumas culturas certos comportamentos patológicos, como a agressividade ou o suicídio, são mais aceitos do que em outras;

Os transtornos psíquicos mais comuns na população são os seguintes:

1. Transtornos de Ansiedade: 1.1. O Ataque de Pânico, 1.2. Os Transtornos Fóbicos (1.2.1. A Fobia Social e 1.2.2. Agorafobia) 1.3. O Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT), 1.4. O Transtorno Obsessivo-Compulsivo (TOC); 1.5. O Transtorno de Ansiedade Generalizada; 2. O Transtorno de Humor: 2.1. O Transtorno Bipolar; 2.2. O Transtorno depressivo;
3. Transtorno Alimentar: 3.1. Anorexia Nervosa, 3.2. Bulimia Nervosa, 3.3. Transtorno de Compulsão Alimentar Periódica;
4. Transtornos Psicóticos: 4.1. O Transtorno Delirante, 4.2. Esquizofrenia; 5. Os transtornos de personalidade: 5.1. Transtorno Personalidade Borderline (TPB), 5.2. Transtorno de Personalidade Anti-Social (TPAS)<sup>19</sup>.

Há diferentes graus de comprometimento entre os indivíduos que sofrem com transtornos psíquicos. Na mesma proporção que a tecnologia e as ciências avançam são descobertos e classificados novos transtornos psíquicos ou reclassificados os já existentes, surgindo novas possibilidades de tratamentos que, na maioria das vezes, são utilizados esporadicamente, ou seja, durante hipóteses pontuais e pelo tempo necessário. A revogação do artigo 3º, II do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência foi um passo importante na promoção da igualdade, porque dissocia os transtornos psíquicos da necessária incapacidade. O indivíduo que sofre de transtornos psíquicos é capaz. O que se rechaça a condição a priori de incapaz da pessoa com deficiência. É, mais uma vez, a decisão mais acertada do legislador, visto que promove a autonomia. Todavia, há a possibilidade de a pessoa com deficiência como, por exemplo, com transtorno psíquico, ser qualificada como relativamente incapaz a certos atos ou à maneira de os exercer se não puder exprimir sua vontade, subsunção à hipótese do artigo 4º do Código Civil com a redação dada pela Lei nº 13.146/15, mantendo-se a possibilidade de vir a ser submetida ao regime de curatela, e devendo ser assistida ou representada, conforme a graduação de sua necessidade.

O estatuto desvincula a incapacidade e a deficiência, havendo, portanto, presunção de capacidade. Assim, para que os atos, negociais ou existenciais, praticados por uma pessoa com deficiência sejam restringidos, a pessoa com deficiência terá de se submeter a um novo método de perícia. Destaca-se um novo enfoque a partir do momento em que a questão deixou de ser tratada como um problema exclusivamente pessoal para ser abordado como um resultado da relação

---

3. efeito pato-plástico: a cultura determina a forma de expressão de determinados transtornos, por exemplo o conteúdo das alucinações, determinados tipos de obsessões e fobias. Além disso, alguns transtornos têm sintomas diferentes em diferentes culturas, como no caso da depressão: na Ásia faltam os sentimentos de culpa típicos da depressão na Europa; 4. efeito pato-facilitante: determinados fatores culturais, como a permissividade ou até mesmo a exigência de determinados tipos de comportamento que podem tornar-se patológicos, podem aumentar a frequência de determinados transtornos e na população. Desta forma, culturas em que o álcool é mais aceito e em que bebedeiras fazem parte de determinadas circunstâncias sociais tendem a ter um maior número de casos de abuso e dependência desse tipo de substância.; 5. efeito pato-reactivo: a cultura determina além disso a reação das pessoas a determinados tipos de doença. Essa é uma possível explicação para o fato de a esquizofrenia ter uma prognose mais positiva nos países em desenvolvimento do que nos países industrializados; 6. efeito de estresse (*Idioms of distress*): cada cultura possui um 'idioma' próprio para expressar seus estresses, tensões e problemas psíquicos. A esse fato estão relacionados as "síndromes ligadas à cultura" (*culture bound syndromes*), ou seja, determinados quadros clínicos que ocorrem apenas em determinados círculos culturais — como, por exemplo, as reações psicóticas ao Chi Kung, que há apenas na China, e a bulimia, típica da cultura ocidental” (Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Transtorno\\_mental](https://pt.wikipedia.org/wiki/Transtorno_mental))

<sup>19</sup> Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Transtorno\\_mental](https://pt.wikipedia.org/wiki/Transtorno_mental).

do indivíduo com a sociedade em que vive. De acordo com Élcio Rodrigues da Silva, é preciso criar um novo modelo de elaboração do laudo pericial, incorporando uma abordagem multidimensional da saúde, funcionalidade e incapacidade. Deve considerar, além das deficiências nas funções e estruturas do corpo, os fatores contextuais (ambientais e pessoais), a acessibilidade e a participação das pessoas com deficiência na sociedade, em consonância com a tendência mundial de atentar para os fatores biopsicossociais, pois a saúde é compreendida sob uma perspectiva biológica, individual e social. Deve constar no laudo o padrão de participação do indivíduo na sociedade (se plena e efetiva ou não); suas potencialidades, habilidades, capacidade de expressar vontades e preferências, se há restrições para atos da vida negocial e patrimonial (fazer empréstimos, conciliar, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, praticar atos que não sejam de mera administração); e, ainda, se há crítica para escolher o curador ou dividir decisão (decisão apoiada).

Se na produção da prova pericial for constatada a necessidade da curatela, o perito terá de registrar no laudo quais são os atos nos quais a pessoa deve ser assistida ou representada, determinando a duração da restrição. Devido à excepcionalidade da situação, será considerada relativamente incapaz. De acordo com os ensinamentos de Nelson Rosenvald, o instituto da representação não acabou porque é apenas técnica de substituição. Desse modo, o juiz poderá, fundamentadamente, determinar na sentença para quais atos o sujeito não tem a mínima possibilidade de expressar sua vontade e terá, então, de ser representado, e para quais atos ele será assistido. Se houver a necessidade de curatela, assistência ou substituição, será a menos restritiva possível. E nem se argumente que o Estado não tem como proporcionar essa nova perícia. Conforme já abordado, o Estado deve reduzir ao máximo a sua intervenção nas atividades econômicas e se ater àquilo que efetivamente lhe cabe: administrar com idoneidade o dinheiro arrecadado dos contribuintes, devolvendo-o em forma de serviços sociais eficientes.

### **3. Consequências da nova regulamentação da capacidade no Código Civil a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei da Inclusão - Lei nº 13.146/2015)**

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, as pessoas portadoras de enfermidade ou deficiência mental sem o necessário discernimento para exercer pessoalmente os atos da vida civil foram retiradas do rol dos absolutamente incapazes, que era determinado pelo artigo 3º do Código Civil de 2002. Verifica-se que a redação do artigo 166 da Lei 10.406/02 (“É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz”) permanece inalterada. *Ainda é possível o reconhecimento de ofício pelo juiz da nulidade dos atos praticados pela pessoa com deficiência, como exemplo, com transtorno psíquico?* Subsiste o mesmo texto para o artigo 198, I do Código Civil (“não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o artigo 3º”). A modificação do artigo 3º do Código Civil pela Lei de Inclusão causa prejuízo àqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para exercer pessoalmente os atos da vida civil? Se a interpretação for *ipsis litteris*, sim. A antinomia entre as normas deve ser resolvida pelo método temporal, hierárquico e/ou de especialidade.

Assim, as matérias que se referiam à capacidade reguladas no Código Civil de 2002, deveras, foram revogadas pela Lei nº 13.146/2015. Os dois primeiros critérios prescindem de elucidação, pois as razões são evidentes; no entanto, o de hierarquia merece especial atenção.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo cuida dos mesmos temas e exatamente de igual maneira dos tratados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, e, como a convenção foi recepcionada pelo sistema normativo brasileiro, conforme o artigo 5º, §3º da Constituição Federal, a matéria tem hierarquia constitucional. Justificável a revogação, portanto; isso sem discorrer sobre o controle de convencionalidade das leis. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a constitucionalidade das normas contidas na Lei nº 13.146/2015, que estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias, sem que ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas (eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais às relações jurídicas privadas). Enfatizo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou-as constitucionais. A decisão majoritária foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5357<sup>20</sup>.

O legislador perdeu a oportunidade de alterar a redação tanto do artigo 3º do Código Civil para: são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos *e as pessoas representadas*; o artigo 4º também necessitava da modificação pelo legislador para: são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos *e as pessoas assistidas*. Os demais incisos do artigo 4º deveriam ter sido excluídos. Em verdade, não importa a causa da incapacidade;

---

<sup>20</sup> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR.CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática, adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV (...)."

todavia, é imprescindível que a pessoa tenha a chance de ser avaliada por perícia (nos moldes novos) antes de ser declarada relativamente incapaz para ser assistida ou, conforme a sua necessidade, representada. Repise-se que, de acordo com os ensinamentos de Nelson Rosendal, o instituto da representação não acabou, porque a representação é apenas técnica de substituição.

#### **4. Como o Poder Judiciário pode solucionar os problemas decorrentes da nova regulamentação da capacidade no Código Civil (Lei nº 10.406/02) a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência? (adequações vertical e horizontal)**

Entre declarar inconstitucional o Estatuto da Pessoa com Deficiência e as normas referentes às pessoas com deficiência contidas no Código Civil, devem ser invalidados os artigos da Lei nº 10.406/02, porque incompatível com as regras e princípios constantes na Magna Carta, preservando-se os fundamentos basilares do Estado de Direito e garantindo a unidade do sistema. A inconstitucionalidade, neste caso, é classificada como expressa, material, parcial, superveniente e por ação, sendo que o controle deve ser jurisdicional e repressivo (sucessivo ou *a posteriori*). O controle pode ser o concentrado ou, ainda, o difuso (descentralizado, por via de exceção ou indireto), ou seja, a inconstitucionalidade do Código Civil deve ser apreciada diante do caso concreto, como questão prejudicial ao julgamento do mérito ou o concentrado por ação declaratória de constitucionalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O controle de constitucionalidade difuso destina-se basicamente a possibilitar a defesa de direitos subjetivos prejudicados em virtude de inconstitucionalidade. No controle difuso a iniciativa cabe a qualquer interessado e a competência a qualquer juízo. Os efeitos da decisão são *ex tunc*, ou seja, retroativos, e *inter partes*, não prejudicando nem beneficiando terceiros. Todavia, se a causa chegar até o Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário e este declarar a inconstitucionalidade dos artigos da Lei 10.406/02 referentes à teoria das incapacidades por maioria absoluta de seus membros, essa decisão poderá ter seus efeitos ampliados, conforme previsão do art. 52, inciso X da Constituição Federal. Nesse caso, o Pretório Excelso, após o trânsito em julgado da decisão, deve oficiar o Senado Federal para que suspenda a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva daquela Corte. A suspensão é feita mediante resolução, a partir da qual os efeitos se operam *erga omnes* e *ex nunc*, valendo para todos os que não participaram do processo, mas somente a partir da publicação. O controle de constitucionalidade concentrado visa tutelar a própria Constituição. No controle concentrado a legitimação é determinada pelo texto constitucional (artigo 103 da Constituição Federal) e a competência originária é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, onde a decisão surte efeitos *erga omnes*.

O método a ser utilizado para resolver os problemas decorrentes da nova regulamentação da capacidade no Código Civil a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência diverge daquele estabelecido no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quais sejam, analogia, costumes e princípios gerais de direito, porque o caso não é de integração ou colmatação normativa, ou seja, de fonte formal do Direito. Além do mais, no direito

contemporâneo, houve uma profunda alteração na Teoria das Fontes em razão do reconhecimento da eficácia normativa dos princípios e jurisprudência, o que gerou modificação na aplicação desse artigo, embora permaneça, ainda, escrito da mesma maneira e vigendo. O método a ser aplicado pelo magistrado é o de interpretação, pois não se refere ao caso de omissão da lei; a interpretação é concernente à fonte material do Direito. Carlos Maximiliano ensina ser “preciso interpretar para explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”<sup>21</sup>.

O processo de interpretação a ser utilizado nesse caso pelo judiciário é o sistemático, através dos métodos históricos, decorrente da investigação da causa geradora e da causa final da lei, conduzindo à descoberta do verdadeiro sentido e alcance da norma definitiva, e teleológico, que considera o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística, pois o hermeneuta deve ter sempre em vista o fim da lei, o resultado que ela precisa atingir em sua atuação prática, como leciona Carlos Maximiliano<sup>22</sup>: “A interpretação é uma só; não se fraciona: exercita-se por vários processos, no parecer de uns; aproveita-se de elementos diversos, na opinião de outros. Os vários processos completam-se porque todos os elementos colaboram para a busca da verdade e maior aproximação do ideal da verdadeira justiça”. Daí a importância que exercem os princípios na contemporânea compreensão e construção do Direito.<sup>23</sup>

Graças ao conhecimento dos princípios que determinam a correlação entre as leis dos diferentes tempos e lugares, sabe-se qual o complexo de regras em que se enquadra um caso concreto. Carlos Maximiliano discorre sobre as funções da jurisprudência, explicando cada uma delas: função de mera aplicação da lei (subsunção), função de criação para os casos em que houver lacunas na lei e, a função, que nos interessa, de adaptação, que harmoniza a lei às ideias contemporâneas e às necessidades modernas. A jurisprudência contemporânea é, por sua vez, diz, e nem poderia deixar de ser, fortemente impressionada pelo movimento progressista e renovador que se generaliza entre os estudiosos do Direito, sem distinção de escolas; o sopro de modernismo saudável insinua-se por toda a parte, e da cátedra dimana até o pretório.

---

<sup>21</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense. 20. ed., 2015 - p. 7

<sup>22</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense. 20. ed., 2015, p 104-106.

<sup>23</sup> Para Ricardo Marcondes Martins, “as contribuições de Ronald Dworkin e Robert Alexy são verdadeiros marcos na história da Dogmática Jurídica, ambas implicaram avanço científico que não pode ser ignorado; por outro, as concepções positivistas e linguísticas do direito não são incompatíveis com a teoria principiológica, sendo possível a adequada conciliação dessas teorias. [...] Os estudos do Direito não podem ignorar os avanços da teoria principiológica sob pena de grave retrocesso científico” (MARTINS, Ricardo Marcondes: *A Natureza Normativa dos Princípios*, cit.).

## Proposições conclusivas

“Toda pessoa é única e nela já habita o todo universal”, ensina Miguel Reale<sup>24</sup>.

O humano é um ser complexo: é universalmente individual e individualmente universal. Imprescindível, portanto, conhecer a história da humanidade para melhor apreender o humano do ser. Carlos Maximiliano ensina que “Deve partir de longe o estudo das fontes da legislação pátria; recuar até o Direito romano, ao canônico, às instituições jurídicas medievais, passar às dos povos modernos europeus, sobretudo português, e concluir pelo que se fez o Brasil, na mesma esfera de conhecimentos, desde a Independência até o presente”<sup>25</sup>. É preciso conhecer o passado para compreender o presente e antever o póster. No decorrer da História, percebe-se que o movimento da evolução humana é pendular; por vezes a humanidade prospera e, por outras, retrocede. Na legislação contemporânea é perceptível o grande progresso na concepção da deficiência no Brasil. O modelo de outrora dispensava à pessoa com deficiência uma análise puramente individual, como um objeto de investigação ou um problema social. Com o escopo de desvincular a deficiência da ideia religiosa, assistencial ou médica, ou seja, de caridade e de vitimização, emergiu uma nova perspectiva: a biopsicossocial.

A Lei de Inclusão Brasileira adotou o modelo biopsicossocial da deficiência, determinando que os impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais não produzam obstáculos por si só, pois, em verdade, as barreiras que impedem o exercício de direitos são produzidas socialmente e, por isso, ordena a criação de estratégias sociais, políticas e jurídicas que excluam esses obstáculos e discriminações negativas e incluam as pessoas com deficiência, desenvolvendo suas capacidades e possibilitando o usufruto de autonomia e independência. Dessa maneira, averigua-se que o modelo social trazido pelo estatuto é amparado nos valores concernentes aos direitos humano, ressaltando entre eles a dignidade e a liberdade, esta entendida como autonomia<sup>26</sup>.

O estatuto é mais uma marca da luta pela integração. Todavia, a perspectiva da deficiência na sociedade e a inserção das pessoas com deficiência ainda passam por o processo moroso de inclusão. Uma vez mais, a sociedade e, por conseguinte, o Poder Executivo e o Judiciário a marginalizam, utilizando como escusa o viés protetivo, mas insuficiente, que abalizava a teoria das incapacidades até então contidas nas codificações civis. Parece mesmo que o Código Civil e a Lei da Inclusão são contraditórios em matéria de capacidade civil e, por esse motivo, muitos aplicadores do Direito questionam a proteção prevista no estatuto ao estabelecer, a priori, a capacidade às pessoas com deficiência. Entretanto, o estatuto também foi criado com o intuito de proteção. Daí a advertência de Fernando Rodrigues Martins de que a fundamentação (base pré-legislativa) do EPD não apresenta aporia; “Há sustentação correta, humanitária, discursiva, inclusiva e

<sup>24</sup> REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2014, p. 135.

<sup>25</sup> MAXIMILIANO, Carlos: *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Editora Forense. 20ª edição, 2015 - 4ª Tiragem, 2015, p. 113.

<sup>26</sup> REQUIÃO, Maurício, *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Editora Jus Podivm, 2016, pp. 147-157.

democrática”<sup>27</sup>. Não é possível deduzir do estatuto a existência de retrocesso social ao prever que pessoas com deficiência devem ser previamente consideradas capazes. O Direito não pode se acomodar estritamente ao que está expresso na lei, no sentido vocabular do texto, quer comum, quer técnico.

*Qual seria a melhor solução jurídica aplicável à antinomia entre o Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência?* O controle de constitucionalidade concentrado, por ser a modalidade mais harmônica com o paradigma do Estado Democrático de Direito, na medida em que representam um sistema mais participativo, aberto e democrático, e, por essa razão, melhor resguarda as liberdades e direitos individuais das pessoas com deficiência. *E o melhor recurso jurídico a ser aplicado horizontalmente a essa antinomia?* A hermenêutica, a interpretação das intenções por um ângulo pragmático.<sup>28</sup> Na busca de justa decidibilidade, o aplicador do Direito deve interpretar para resolver as antinomias existentes entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código Civil pelos métodos histórico e teleológico, conjugando as necessidades sociais que o mundo em transformação passou a exigir, revalorando os fins propostos para as legislações. Assim, o hermeneuta não pode se satisfazer com a interpretação gramatical dessas normas e deverá, sempre, ter em vista o fim da lei e o resultado que ela precisa atingir em sua atuação prática.<sup>29</sup>

Se analisados os sentidos contextuais da teoria das incapacidades contidas no estatuto, que reflete o que foi estabelecido na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, e no Código Civil, verifica-se que não há verdadeira contradição ou incompatibilidade entre os textos. As situações juridicamente afirmadas estão em consonância, pois os fins convergem. A intenção do legislador, tanto da codificação civil quanto do estatuto, foi proteger. Todavia, a proteção almejada pelo estatuto é a mais adequada, porque coaduna com a evolução atual da humanidade, consistente em proteger as pessoas com deficiência na exata medida da sua necessidade, sob pena de o Estado se imiscuir na vida privada da pessoa com deficiência desnecessariamente.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Revista de Direito do Consumidor: RDC, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016.

<sup>28</sup> “(...) Há um sentido normativo a ser determinado, e este sentido implica a captação dos fins para os quais a norma é construída. A percepção dos fins não é imanente a cada norma tomada isoladamente, mas exige uma visão ampliada da norma dentro do ordenamento” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito* - São Paulo, Atlas. 2. edição, 1980).

<sup>29</sup> “Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta à cena um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social (GMÜR, Max: *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 1908, p. 139 e 141 apud MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense. 20. ed., 2015, p. 49/50).

<sup>30</sup> “[...] deverá crescer o índice de sensibilidade por parte daqueles aos quais foi delegada a difícil missão de zelar pelo cumprimento da Constituição, de tal sorte que — em se tratando do reconhecimento de um direito subjetivo a determinada prestação social — assume lugar de destaque

Ao aplicador do Direito cabe a tarefa de integrar e interpretar o ordenamento jurídico, adequando a codificação civil aos novos ventos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. As mudanças na teoria da capacidade civil decorrentes do surgimento da convenção e do estatuto não podem ser vistas como prejudiciais, pois é inconcebível neste momento evolutivo da humanidade que a igualdade, inerente a todo ser humano, não inclua a diferença que existe entre todos os seres, inclusive humano. A diferença tem de ser reconhecida; entretanto, não pode haver discriminação porque ela reforça o preconceito, estereótipo e estigma. É a igualdade na diferença. Só há evolução onde existe diferença. É assim para ciência (darwinismo)... É assim para o humano do ser... A nova perspectiva é, então, proporcionar, dentro das possibilidades de cada ser humano, a autonomia e a inclusão social, elevando-se a autoestima e proporcionando felicidade, o que retroalimentará a própria sociedade. Esse é o presente para a humanidade: incluir a diferença, transformando-se num ser mais humano.

### Referências Bibliográficas

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado**: artigo por artigo. 2. ed., rev.,

FERRAZ, Carolina Valença et al. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. Editora Saraiva, 2012. (ELETRÔNICO).

FIGUEIRA, Emílio. **Introdução à Psicologia e Pessoas com Deficiência**. A Construção de um Novo Relacionamento! 2. ed. Editora São Paulo.

GUERRA, Alexandre. **Princípios da Conservação dos Negócios Jurídicos**. A Eficácia jurídico-Social como critério de Superação das Invalididades Negociais. Editora Almedina Brasil, 2016.

KELSEN, Hans. **Teria pura do direito**. 8. ed., 5ª tir. Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2015.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieir. **Comentários Ao estatuto da pessoa com deficiência**: Lei nº 13.146/2015. Livro Digital (E-pub), 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed., 4ª tir. Editora Forense, 2015.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. Editora Saraiva, 1994. 9ª tiragem, 2014.

---

o princípio da proporcionalidade, que servirá de parâmetro no indispensável processo de ponderação de bens que se impõe quando da decisão acerca da concessão, ou não, de um direito subjetivo individual ou mesmo da declaração de inconstitucionalidade de uma medida restritiva dos direitos sociais” (WOLFGANG SARLET, Ingo. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Disponível em: <[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)>.).

\_\_\_\_\_. ***O direito como experiência: Introdução à Epistemologia Jurídica.*** 2. ed. fac-similar com nota introdutória do autor. São Paulo, Saraiva, 1992. 4ª tiragem, 2010.

\_\_\_\_\_. ***Direito como Experiência:*** fac-similar com nota introdutória do autor. Editora Saraiva, 1992.

\_\_\_\_\_. ***Verdade e Conjetura.*** Editora Nova Fronteira, 1983.

\_\_\_\_\_. ***A Teoria do Direito e do Estado.*** 5. ed. Editora Saraiva, 2000. 7ª tiragem, 2015.

\_\_\_\_\_. ***Lições Preliminares de Direito.*** 27. ed. Editora Saraiva, 2002. 1ª tiragem, 2016.

\_\_\_\_\_. ***Direito Natural. Direito Positivo.*** 1. ed. Editora Saraiva, 1984. 2ª tiragem, 2012.

\_\_\_\_\_. ***Nova Fase do Direito Moderno.*** 2. ed. Editora Saraiva, 2000. 4ª tiragem, 2014.

\_\_\_\_\_. ***Fontes e Modelos do Direito.*** Para um novo paradigma hermenêutico. 1ª ed. Editora Saraiva, 1994. 4ª tiragem, 2010.

MADRUGA, Sidney. ***Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos:*** ótica da diferença e ações afirmativas. 2. ed. Editora Saraiva, 2016. (ELETRÔNICO).

XAVIER, José Tadeu Neves: ***A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade.*** Tese apresentada para Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

#### **Artigos científicos:**

ARAÚJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. ***O Estatuto Da Pessoa com Deficiência.*** EPCD (Lei 13.146 de 06.07.2015): Algumas Novidades. *Revista Dos Tribunais*. <<http://www.rtonline.com.br/>>.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. ***A ciencia do direito.*** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. Disponível em: <[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)>.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. *Revista Dos Tribunais*. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>.

MARTINS, Ricardo Marcondes: ***A Natureza Normativa dos Princípios:*** trabalho publicado no livro Problemas de Direito Civil. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Disponível em: <[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)>.

MARTINS COSTA, Judith: ***O Direito Privado como um sistema em construção:*** as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: <[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)>.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br>.

OLIVEIRA, Alexandre Alves de; OLIVEIRA, Leticia Fagundes de: **História: conexões com a história**. Parte I. 2. ed. Editora Moderna, 2016.

REQUIÃO: Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Editora Jus PODIVM, 2016. Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br>.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, 2002, n. 798, p. 23-50.

SOUZA, Felipe Venade de. **O controle de convencionalidade da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência: uma visão portuguesa**. *Revista Dos Tribunais*. Disponível em: <http://www.rtonline.com.br/>.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa**. Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br>.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. A nova propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. In: **Revista Forense**, nº 306, p. 77.

\_\_\_\_\_. **Normas constitucionais e direito civil**. Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br>.

VIEIRA MACEDO, Débora. **Acessibilidade e a busca pela inclusão da pessoa com deficiência**. Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\_Ingo\_DF\_sociais\_PETROPOLIS\_final\_01\_09\_08.pdf>.

### **Palestras**

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. **Impactos do estatuto da pessoa com deficiência (Lei Federal nº 13.146, de 6 de julho de 2015) no Código Civil brasileiro**. In: **PALESTRA...** Bauru, SP: EPM, 2016.

ROSENVALD, Nelson. **As dimensões da dignidade da pessoa humana no direito civil**. In: **PALESTRA...** Sorocaba, SP: EPM, 08 mar. 2017.

# NOTAS SOBRE O REGIME ESPECIAL DO DECRETO-LEI Nº 1.044/69 PARA ALUNOS DOENTES

JOÃO BAPTISTA DE MELLO E SOUZA NETO<sup>31</sup>

*“Education is the most powerful weapon  
which you can use to change the world.”*  
(Nelson Mandela)

**SUMÁRIO.** Introdução. 1. Tipos de doenças que autorizam a concessão do regime especial. 2. A comprovação da necessidade do regime especial. 3. Sobre o regime especial *vis a vis* os regulamentos das instituições de ensino. 4. A implementação do regime. 5. A matéria vista pelos Tribunais. Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

## Introdução

O Decreto-Lei nº 1.044/69 é o fundamento normativo que cuida — com poucas alterações posteriores — do “tratamento excepcional para alunos portadores das afecções que indica”.

Indubitavelmente, é justo que o aluno acometido por doença — algo que se poderia caracterizar como força maior — receba da escola (aqui compreendida em todos os seus níveis, inclusive superior) um tratamento especial que evite a dupla penalização: a) a doença e b) a perda do desenvolvimento escolar em decorrência da doença.

Entretanto, há que se compatibilizar estas medidas de proteção com o efetivo aproveitamento do aluno na aquisição do conhecimento disponibilizado (ou facilitado) pela escola.

Portanto, quer parecer que este deva ser o binômio norteador da interpretação do Decreto-Lei nº 1.044/69, cuja antiguidade implica em uma série de problemas de ordem prática, mantendo-se sempre em mente ser a educação, por eleição constitucional, um direito social do cidadão.<sup>32</sup>

## 1. Tipos de doenças que autorizam a concessão do regime especial

Aqui a linguagem do diploma legal é bastante ampla:

“Art 1º São considerados merecedores de tratamento excepcional os alunos de qualquer nível de ensino, portadores de afecções congênicas ou adquiridas, infecções, traumatismo ou outras condições mórbidas (sic), determinando distúrbios agudos ou agudizados, caracterizados por:

<sup>31</sup> Professor Titular de Direito Civil e Diretor da Faculdade de Direito de Sorocaba. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da PUC/SP e Master of Laws (LL’M) pela University of Illinois College of Law (EUA). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>32</sup> Além disso, a Carta Magna determina: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

- a) incapacidade física relativa, incompatível com a frequência aos trabalhos escolares; desde que se verifique a conservação das condições intelectuais e emocionais necessárias para o prosseguimento da atividade escolar em novos moldes;
- b) ocorrência isolada ou esporádica;
- c) duração que não ultrapasse o máximo ainda admissível, em cada caso, para a continuidade do processo pedagógico de aprendizado, atendendo a que tais características se verificam, entre outros, em casos de síndromes hemorrágicas (tais como a hemofilia), asma, cartide, pericardites, afecções osteoarticulares submetidas a correções *ortopédicas, nefropatias agudas ou subagudas, afecções reumáticas, etc.*”

Percebe-se que muito improvavelmente encontrar-se-á patologia que não esteja escudada pela largueza do conceito adotado pelo comando normativo sob comento.

Primeiro, há a referência sobre “**qualquer nível de ensino**”, o que não deixa dúvida que são beneficiários do regime especial alunos, desde a fase pré-escolar até aqueles cursando o nível superior.

Em seguida, o Decreto se refere a “afecções congênitas ou adquiridas”. “Afecção”, segundo os dicionários, é “toda modificação, ou alteração, capaz de expressar uma doença; quaisquer sinais de patologias no corpo”<sup>33</sup>.

Já “congênita” é o adjetivo da doença constatável no nascimento da pessoa, “independentemente da causa ou momento que surgem durante a gestação”<sup>34</sup>. Opõe-se, pois, àquelas doenças adquiridas depois do nascimento.

Vê-se, aqui, que o regime especial não distingue a origem ou o momento de constatação da doença, sobre ser pré ou pós-nascimento.

A amplitude de espectro da legislação prossegue, com a referência a “*infecções, traumatismo ou outras condições mórbidas (sic), determinando distúrbios agudos ou agudizados*”. A alusão a “outras condições mórbidas” refere, sem dúvida, a **quaisquer doenças**.

Logo, quaisquer patologias, pré ou pós-nascimento, podem implicar na concessão do regime especial para o aluno doente.

Verdade que as alíneas do artigo comentado aparentam limitar um pouco esta conclusão. Mas a limitação, como se verá, tem relação com a possibilidade concreta de prosseguimento do aprendizado, caso não afetada pelo problema do aluno.

Com efeito, em tais alíneas vê-se o uso de expressões como “desde que se verifique a conservação das condições intelectuais e emocionais necessárias para o prosseguimento da atividade escolar em novos moldes” e “duração que não ultrapasse o máximo ainda admissível, em cada caso, para a continuidade do processo pedagógico de aprendizado”.

---

<sup>33</sup> <<https://www.dicio.com.br/afeccao/>>, consultado em 18 de setembro de 2.017.

<sup>34</sup> Cf.

[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/8665/1/2011\\_LucimarDeLaraAiresSilvestreDosReis.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/8665/1/2011_LucimarDeLaraAiresSilvestreDosReis.pdf). Acesso em: 18 set. 2017.

A aferição aqui é casuística, hipótese por hipótese, relacionada não apenas com o aluno doente, mas, também, com a matéria cursada.

Por exemplo, uma determinada aula que se disponha a ensinar ao aluno o uso prático das mãos a performar determinada atividade, com duração de seis meses, não atingirá seus objetivos se o aluno não, efetivamente, replicar os ensinamentos concretamente, durante o período de ensino. Neste caso, qualquer patologia que impedisse ao aluno a efetiva realização dos exercícios também o inviabilizaria de obter o conhecimento respectivo, de sorte que, aqui, lamentavelmente não seria possível o regime especial.

De outro lado, tratando-se de matéria puramente conceitual, teórica, com aprendizado possível mediante o estudo de anotações, livros e outras mídias, a mesma doença não seria um impeditivo para o alentado regime.

A análise, pois, insista-se, casuística, deverá levar em conta o aludido binômio necessidade de proteção do aluno x possibilidade de adequado alcance do desenvolvimento acadêmico pretendido no período.

Note-se, por fim, quanto à análise das causas autorizadoras da concessão do regime especial, que o diploma legal utiliza-se de expressões abertas, como a indicar que qualquer mal que acomete o aluno, em tese, autoriza o sistema protetivo: “**outras condições** mórbidas (sic)”, “afecções reumáticas etc.” (grifo nosso).

## **2. A comprovação da necessidade do regime especial**

Art. 3.º Dependerá o regime de exceção neste Decreto-lei estabelecido, de *laudo médico elaborado por autoridade oficial do sistema educacional*.

Como o pressuposto para o regime especial é uma condição médica do aluno, haverá necessidade de comprovação de tal fato, de sorte que, a partir daí, possa a instituição de ensino analisar a possibilidade de criação de atividades pedagógicas que compensem as faltas, *vis-à-vis*, do conteúdo que estiver sendo lecionado.

Quis o Decreto-Lei que a comprovação fosse feita por “autoridade oficial do sistema educacional”.

Ocorre que, nos dias de hoje, não há esta figura, sendo suficiente a apresentação de laudo ou atestado assinado por médico devidamente inscrito no Conselho de Medicina.

Isto porque a profissão médica teve disciplina por meio de legislação posterior ao Decreto-Lei que ora se examina, a saber, em decorrência da Lei nº 12.842/13.

Neste diploma legal lê-se, em seu artigo 4º, inciso XIII, ser “atividade privativa do médico” a certificação de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas da pessoa examinada.

E não há, nesta regra, qualquer referência a médico oficial, de sorte que, para fins de atendimento da exigência do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.044/69, basta que qualquer médico, devidamente inscrito no órgão de classe respectivo, por meio de documento devidamente assinado por ele (laudo ou atestado), declare a

condição de doença do aluno (inclusive o código CID), bem como a extensão (quando possível) do período a que deve se submeter ao regime especial, seja por conta da impossibilidade de comparecimento a todas as atividades escolares, seja em razão de impossibilidade de atuação em algumas delas (como, por exemplo, no caso do aluno que não possa realizar Educação Física, mas possa estar presente e participativo nas demais aulas).

Há, no meio administrativo-escolar, alguma indignação com certos atestados médicos que, no sentir da direção da escola, “facilitam” a vida do estudante, ao indicar determinadas doenças que, para quem qualifica o documento, não seriam aptas a justificar a falta ou as faltas indicadas.

Nada obstante as boas intenções destes administradores escolares, há que prevalecer a certificação do médico, que é a autoridade fática competente para tal, seja nos termos da legislação, seja como decorrente de sua preparação acadêmica para tal mister.

Logo, a negativa na concessão dos benefícios do Decreto-Lei, ao argumento de que esta ou aquela doença não autorizaria o benefício, não é válida, se o contrário estiver certificado pelo médico.

Pode a instituição de ensino, se desconfiar da autenticidade do atestado, contactar o médico e averiguar se, de fato, o documento foi por ele passado. O aluno que apresenta atestado médico materialmente falso incorre no crime do art.

304 do Código Penal <sup>35</sup>. Já se o médico for aquele que atestou falsamente a condição de seu paciente, tem-se o crime do artigo 302, também do Código Penal.

A existência de serviço médico perante a instituição de ensino não tem o condão de, *per se*, afastar a presunção de legitimidade do atestado médico apresentado pelo aluno. Mas, se assim contemplar o regulamento da instituição de ensino para casos semelhantes, poderá exigir que o aluno seja examinado também por este órgão. Com base na opinião de seu serviço médico, fundamentada, poderá o estabelecimento de ensino indeferir o pedido de regime especial.

Porém, diante da controvérsia que surge, com a discrepância de conclusões (teor do atestado apresentado x conclusão do serviço médico da escola), abre-se a possibilidade de rediscussão do tema judicialmente, com ônus da prova para a instituição de ensino<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Código Penal, “Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.” Confira-se, a respeito: “USO DE DOCUMENTO FALSO - Quadro probatório que se mostra seguro e coeso para evidenciar autoria e materialidade do delito - Conduta específica capitulada como crime autônomo - Uso de atestado médico falso para abonar faltas nas aulas - Correção quanto à capitulação do fato  
- Conduta que remete às penas do art. 301, § 1º, CP - Adequação da pena - Prescrição retroativa - Recurso parcialmente provido, reconhecida a extinção da pretensão punitiva estatal (voto nº 33409).” (in TJSP, APEL Nº: 0003155-96.2008.8.26.0562, <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10722370&cdForo=0>>. Acesso em: 18 set.2017).

<sup>36</sup> Art. 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90.

Sobre os prazos regimentais para apresentação do atestado médico e as consequências de seu desatendimento, a jurisprudência recomenda o respeito à regra administrativa interna da instituição de ensino, porém *cum grano salis*<sup>37</sup>.

Ao afastar o impedimento decorrente da perda do prazo para apresentação do atestado médico, o Tribunal paulista considerou a teoria do fato consumado e a necessidade de razoabilidade administrativa no interpretar normas e fatos, como consta dos trechos seguintes:

Trata-se, portanto, de situação excepcional que justifica a aplicação da teoria do fato consumado, uma vez que não se mostra razoável desconsiderar a conclusão de curso da apelada por mera inobservância do prazo previsto no regimento geral da universidade para solicitação do abono de faltas. Merece censura o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. Isto porque a razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato” (REsp. n. 658.458, rel. Min. Luiz Fux, j. 2.6.2005).

[...] Acrescente-se que a apelante foi aprovada em todas as disciplinas necessárias para se graduar, conforme se verifica a fs. 896/897, não havendo qualquer déficit de conhecimento decorrente de sua ausência nos períodos indicados na inicial.

[...] Conclui-se, portanto, que não se justifica obstar o abono de faltas da apelante pela mera inobservância do prazo de 72 horas para apresentação dos atestados médicos, sobretudo porque ela já concluiu seu curso de graduação e que tal circunstância ocorreu antes mesmo da prolação da r. sentença<sup>38</sup>.

### 3. Sobre o regime especial *vis-à-vis* dos regulamentos das instituições de ensino

Como sustentado acima, quer parecer ao signatário que a legislação impõe às instituições de ensino a concessão do regime diferenciado ao aluno doente, em circunstâncias a serem analisadas caso a caso.

Apenas na impossibilidade de substituição eficaz das aulas e atividades perdidas pelo aluno em decorrência da patologia é que tal *status* deveria ser negado.

Sendo assim, o argumento apriorístico no sentido de que o regulamento escolar prevê um máximo de “x” faltas para que o aluno possa lograr aprovação não faz sentido, quando em questão a necessidade de regime especial.

Justamente o regime especial pode implicar em a instituição de ensino substituir as aulas e atividades costumeiras por um projeto a ser executado pelo

---

<sup>37</sup> “Ação de obrigação de fazer. Prestação de serviços. educacionais. Abono de faltas em decorrência de grave enfermidade desenvolvida pela aluna. Incapacidade física relativa comprovada. Artigo 1º, “a”, do Decreto-Lei n. 1.044/69. Regime excepcional de aplicação de exercícios domiciliares. Artigo 2º do Decreto-Lei n. 1.044/69. Inobservância do prazo previsto no regimento interno da universidade para apresentação dos atestados médicos. Autora que concluiu o curso de graduação na vigência da tutela antecipada concedida e antes da prolação da sentença. Teoria do fato consumado. Aplicabilidade. Mera inobservância de ato administrativo que não justifica obstar a pretensão da autora, sobretudo por ela fazer jus à concessão do benefício pretendido. Recurso provido” (TJSP 32ª Câmara de Direito Privado Apelação nº 0000485-51.2009.8.26.0562 Rel. Des. Hamid Bdine j. 04.04.2013), apud TJSP. Apelação nº 1006306-72.2016.8.26.0562. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10325317&cdForo=0>> Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>38</sup> Apud acórdão citado na nota 6.

aluno, adaptado às condições pelas quais ele passa durante o tratamento e a convalescença.

Aliás, há precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que:

1. Apesar de as universidades gozarem de autonomia didática, essa liberdade não é absoluta e pode ser afastada de acordo com as particularidades do caso ou a existência de norma legal que lhe seja contrária.
2. Embora o regimento interno da Universidade preveja a vedação ao abono de faltas, deve-se considerar o princípio da razoabilidade na análise de cada caso, não se podendo afirmar de forma categórica-que será impossível aprovar o aluno em qualquer hipótese.
3. Caso em que a impetrante, que teve de se ausentar para prestar assistência à filha, então doente, apresentou suas justificativas extemporaneamente, mas teve suas razões aceitas pela Universidade, conforme provas nos autos.<sup>39</sup>

#### 4. A implementação do regime

Na linguagem do Decreto-Lei 1.044/69, art. 2º, é necessário “atribuir a esses estudantes, como compensação da ausência às aulas, exercícios domiciliares com acompanhamento da escola, sempre que compatíveis com o seu estado de saúde e as possibilidades do estabelecimento”.

Portanto, uma vez mais a análise da situação será individual.

Um aluno que tenha perdido algumas aulas teóricas por conta de um episódio agudo poderá compensar as faltas com a apresentação de trabalhos escritos sobre os temas das respectivas, em que tenha que pesquisar o conteúdo ministrado.

Outro, com patologia de cura mais demorada, talvez se beneficie de outra forma de atividade, como assistir a vídeos na Internet, responder a questionários periodicamente passados pelos professores etc.

O importante é lembrar que o foco do regime especial é o aluno e não a instituição de ensino e suas regras burocráticas.

Tome-se como exemplo a Resolução Unesp nº 79, que a este respeito regulamenta, com clareza:

Art. 2º- São considerados merecedores de tratamento excepcional os alunos em condição de incapacidade física temporária de frequência às aulas, **mas com a conservação das condições intelectuais e emocionais necessárias ao prosseguimento dos estudos**, e que se enquadram nos seguintes casos: [...]” (grifo nosso).

Ou, ainda:

Art. 3º - São condições necessárias para que o aluno seja submetido ao Regime de Exercícios Domiciliares:

(...) II - laudo do médico responsável do qual conste a assinatura e o número de seu CRM, o período do afastamento, a especificação acerca da natureza do impedimento, além da informação específica quanto às condições intelectuais e emocionais necessárias ao prosseguimento das atividades de

---

<sup>39</sup> RECURSO ESPECIAL Nº 1.387.554 - CE, decisão monocrática do Ministro Benedito Gonçalves, in <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=%22abono+de+faltas%22+e+%22institui%E7%E3o+de+ensino%22&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=7>>. Acesso em: 19 set.2017.

estudo fora do recinto da Universidade.

III - a existência de compatibilidade entre a natureza das disciplinas envolvidas e a aplicação do regime em questão, a critério do Conselho de Curso, de modo que poderão ficar excluídas disciplinas de natureza eminentemente prática como estágios, prática laboratorial, clínica médica ou odontológica. (grifo nosso).

Já quanto aos regulamentos estabelecerem prazos decadenciais para o interessado protocolizar o pedido de regime especial, contados a partir do impedimento, é bastante provável que tais normas administrativas sejam rejeitadas pelo Poder Judiciário, haja vista que, como curial, é possível que a situação envolvida impeça o aluno, ou alguém por ele, de providenciar a comunicação, até que a situação melhore. Sugere-se supor, aqui, o caso de pessoa sem familiares próximos que sofra acidente e fique em coma por dez dias. Como atender ao prazo de cinco dias para protocolizar o pedido, contados da data do surgimento do impedimento de frequentar as aulas?

Uma vez mais, ainda que tais prazos sejam fixados, devem ser contados de quando o estudante estava fisicamente apto a providenciar a protocolização do requerimento.

## 5. A matéria vista pelos Tribunais

A característica comum que se encontra na maioria dos precedentes jurisprudenciais acerca do tema diz respeito com o foco no aluno, a partir do já apontado fundamento constitucional a amparar a concessão do regime especial aqui tratado.

Tanto que a norma tende a ser interpretada pelas Cortes de maneira ampliativa, muitas vezes autorizando-se tal regime a alunos são, mas que tem o encargo familiar de lidar com parentes doentes, cuidados estes que impliquem em faltas às aulas regulares.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

Mercê de o referido diploma prever o abono de faltas ou a concessão de regime especial de trabalho domiciliar ao próprio aluno acometido de enfermidades que impossibilite sua frequência às aulas, conspiraria contra a *ratio essendi* da tutela da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n.º 9.394/96), bem como, da Lei do Procedimento Administrativo (Lei n.º 9.784/99) e do Princípio da Razoabilidade vedar a extensão de referido benefício, em situações excepcionais, como a hipótese dos autos, em que o aluno ausentou-se para acompanhar o tratamento de doença grave - neoplasia mamária - de sua esposa, fora do território nacional, a qual, *a posteriori*, veio a falecer.<sup>40</sup>

O Tribunal de Justiça de São Paulo não entendeu pertinente a desqualificação do atestado médico por ter a instituição de ensino considerado o signatário como tendo especialidade diversa da doença diagnosticada:

Por fim, o questionamento sobre a capacidade técnica daquele que subscreveu o atestado de fl. 24 não possui base de sustentação. Embora se qualifique como especialista em cirurgias da cabeça e pescoço, não se pode olvidar que o profissional tem com formação superior na área da medicina certo que o mal de

---

<sup>40</sup> STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 658.458 - PR (2004/0065433-2), Relator Ministro Luiz Fux, in: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1597568&num\\_registro=200400654332&data=20050627&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1597568&num_registro=200400654332&data=20050627&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 19 set. 2017.

saúde da autora (simples diarreia e possível gastroenterite de origem infecciosa) não é de maior complexidade e pode ser constatado por qualquer profissional médico. Além do mais, a apelante não trouxe qualquer outro elemento concreto a apoiar suas alegações.<sup>41</sup>

Além do abono das faltas, também a possibilidade de realização das provas perdidas pelo aluno está abrangida pelo Decreto-Lei nº 1.044/69:

Também está presente a hipótese de dano potencial, que se revela na medida em que impedir o aluno de realizar as provas faltantes estaria a afrontar o disposto no artigo 1º do Decreto-lei nº 1.044/69, que, ao contrário do que sustenta o agravante, não se limita a tratar situações de ausência às aulas, mas sim garante proteção e considera merecedores de “[...] tratamento excepcional os alunos de qualquer nível de ensino, portadores de afecções congênicas ou adquiridas, infecções, traumatismo ou outras condições mórbidas (sic), determinando distúrbios agudos ou agudizados, caracterizados por: a) incapacidade física relativa, incompatível com a frequência aos trabalhos escolares,...”. As controvérsias atinentes às alegações de que o sistema normativo do agravante permite várias oportunidades de recuperação da nota, de que ao aluno requerente caberia a aplicação de prova substitutiva e não de “prova especial” e de que é duvidosa a validade do atestado médico de que procuram se valer os requerentes deverão ser oportunamente dirimidas e não subtraem a caracterização dos requisitos da aparência do bom direito e do perigo da demora do deferimento da cautela pleiteada. Nesse panorama, a proibição imediata de realizar as provas postuladas acarretaria ao aluno dano de difícil reparação, especialmente, como bem ressaltado na decisão agravada, o de ter “uma prova a menos que os demais colegas, sem chance de ser avaliado somente pelo conteúdo bimestral do curso”, podendo ter maior dificuldade na aprovação.<sup>42</sup>

A mesma Corte desconsiderou o prazo estabelecido regimentalmente pela instituição de ensino para protocolo do pedido de regime especial, descartando, também, a tese de que o requerimento haveria de estar instruído com laudo médico “oficial”:

Portanto, tendo em conta que a *ratio essendi legis* do Decreto-lei nº 1 044/69 foi alcançada pelo autor, não há como se negar o pretendido abono das faltas ocorridas entre 30 de abril de 2001 e 12 de maio de 2001. Não se deve olvidar, nesse aspecto, que “Na aplicação da lei, o JUIZ atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto- lei nº 4 657/42).

O prazo de três dias para que fosse comunicado o afastamento por doença, além de ser estipulado por norma interna, mostra-se exíguo ao fim a que se destina, como bem destacou a r sentença. O autor esteve internado de 30 de abril de 2001 a 12 de maio de 2001, sábado, cuidando de requerer a justificativa de faltas logo em 17 de maio de 2001, período razoável levando-se em conta a necessidade de convalescença. Com relação à afirmada exigência de laudo médico confeccionado por autoridade do sistema educacional, é cediço que nos dias atuais essa norma comporta temperamento, além de estar superada a questão por estar incontroverso nos autos, como constou inicialmente nesta fundamentação, que o apelado foi acometido de “gastrite erosiva grave, desidratação severa, vômitos incoercíveis, apresentando estado depressivo severo impossibilitando de comparecer às atividades habituais”, permanecendo,

<sup>41</sup> TJSP, Apelação nº 0038126-05.2012.8.26.0001, relator Des. Vicentini Barroso.

<sup>42</sup> TJSP, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2107618-48.2015.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8583751&cdForo=0>>. Acesso em: 19 set. 2017.

por isso, internado no Hospital Sírío Libanês entre 30 de abril de 2001 e 12 de maio de 2001.<sup>43</sup>

### Proposições conclusivas

- a) O Decreto-Lei 1.044/69 deve ser interpretado de maneira finalística, protegendo o aluno doente, considerada a segurança constitucional ao direito à educação e à dignidade da pessoa humana.
- b) A referida proteção é aplicável a todos os casos de doenças dos alunos, congênitas ou não, sendo o rol de patologias constantes do Decreto-Lei meramente exemplificativo.
- c) Escapam à concessão do regime especial as situações em que a atividade escolar não possa seja compatível com a ausência do aluno, como, por exemplo, aulas práticas consideradas imprescindíveis, às quais o doente não possa comparecer.
- d) Tanto a aferição do quanto referido no item “c”, supra, como em que condições dar-se-á a implementação do regime especial dependem de análise, que levará em consideração cada caso concreto.
- e) Não há necessidade de atestado emitido por “autoridade oficial do sistema educacional” para comprovação do estado de saúde do aluno, bastando apresentação de atestado subscrito por médico devidamente inscrito no seu conselho profissional, que indique a patologia e a impossibilidade de o paciente comparecer às atividades educacionais regulares por um determinado (ou a determinar) período de tempo;
- f) O médico que falsear a declaração comete o crime do art. 302 do Código Penal; o aluno que apresentar o atestado falso ideologicamente ou materialmente falsificado, o crime do art. 304 do Código Penal.
- g) Havendo discordância sobre a adequação do atestado médico ao caso concreto, à instituição de ensino cabe o ônus de demonstração da incorreção do documento.
- h) Prazos regimentais para protocolo do requerimento de concessão de regime especial podem ser ignorados, se as circunstâncias do caso, decorrentes do impedimento do aluno, assim recomendarem;
- i) O regime especial pode consistir no abono de faltas e/ou na realização de provas especiais, no caso de aluno impedido de prestar os exames regulares e/ou quaisquer outras atividades de avaliação que tenham sido implementados no momento do impedimento por motivo de saúde.
- j) Ao decidir questões fundamentadas na interpretação do Decreto-Lei nº 1.044/69, os Tribunais têm levado em consideração a tutela da dignidade da pessoa humana e o critério da razoabilidade da interpretação.

---

<sup>43</sup> TJSP, APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 26 8.318-5/5-00, Rel. Desembargador Gonzaga Franceschini, in: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=985785&cdForo=0>>, consultado em 19 de setembro de 2.017.

# O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

PATRÍCIA GIANGIÁCOMO AGUIAR<sup>1</sup>

**SUMÁRIO.** Introdução. 1. O enriquecimento sem causa no Direito romano e estrangeiro. 2. A ausência de tratamento expresso no Código Civil de 1916 à positivação no Código Civil de 2002. 3. Natureza jurídica do enriquecimento sem causa. 4. Conceito, denominação, diferenciação terminológica e fundamento. 5. Objeto e pressupostos da ação restitutória (*actio in rem verso*). 6. Subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa. Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

## Introdução

Devido à grande importância do princípio geral da vedação ao enriquecimento sem causa, que desde a época do direito romano vem influenciando, em maior ou menor grau, os principais sistemas jurídicos, é de extrema relevância o estudo mais aprofundado desse preceito do Direito, visando propiciar uma melhor e maior consolidação do instituto pela doutrina e jurisprudência brasileira. O presente trabalho abordará, inicialmente, sua evolução histórica, a origem romana do instituto da vedação ao enriquecimento sem causa, onde será feito um breve relato de como a herança romana repercutiu nas duas ordens jurídicas — francesa e alemã —, que mais influenciaram o Direito Civil brasileiro. Ser-lhe-ão enfatizadas as consequências da ausência de tratamento expresso no Código Civil de 1916, a trajetória e o desenvolvimento do instituto até a positivação do preceito no Código Civil de 2002, por meio dos arts. 884 e 886, que fizeram com que o campo de atuação do enriquecimento sem causa, quer como fonte autônoma de obrigação, quer como princípio geral de direito, restasse bem restringido.

Em um primeiro momento, será abordada a natureza jurídica do enriquecimento sem causa como cláusula geral de direito, a ser utilizada como ferramenta principiológica para corrigir situações de iniquidade, bem como fonte autônoma de obrigação. O primeiro tópico abordará, ainda, a conceituação do instituto, diferenciação terminológica entre "enriquecimento sem causa" e "enriquecimento ilícito". Passar-se-á à análise dos fundamentos jurídicos remoto e próximo (*actio de in rem verso*), examinando-se elementos da ação restitutória, dentre eles, o enriquecimento, o enriquecimento à custa de outrem (empobrecimento), o nexo de causalidade, a ausência de causa justificativa para o enriquecimento, analisando, de forma apartada dos elementos, a questão da subsidiariedade da referida ação. Por meio de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ser-lhe-á possível observar

<sup>1</sup> Supervisora de Serviço da Administração Geral do Fórum da Comarca de Sorocaba. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Concluiu os Cursos de Pós-Graduação lato sensu em Novos Temas de Direito Civil e Direito do Consumidor na Escola Paulista da Magistratura. Concluiu o 1º Curso de Mediadores e Conciliadores (de Acordo com a Resolução 125 do CNJ). O estudo que ora vem a público teve como origem a monografia de conclusão de Curso de Especialização em Direito Civil da Escola Paulista da Magistratura realizada no Núcleo Regional de Sorocaba, sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Dartanhan de MelloGuerra.

o posicionamento da jurisprudência brasileira sobre a matéria, no sentido de como a expressão "enriquecimento sem causa" é utilizada de forma imprópria para fundamentar decisões, extrapolando os limites de cada um dos institutos, possibilitando com isso a utilização equivocada da responsabilidade civil para solucionar questões afetas ao instituto do enriquecimento sem causa.

## 1. O enriquecimento sem causa no Direito Romano e estrangeiro

O instituto do enriquecimento sem causa é uma figura das mais antigas do Direito, ao menos, desde os primórdios das ordenações romanas. Trata-se de um princípio normativamente constituído de toda ordem jurídica, inspirado nas duas máximas de Pompônio, da Roma Antiga, contidas no Digesto 50, fragmento 17, lei 206 e Livro 12, fragmento 6, lei 14, segundo Pedro Paes.<sup>2</sup> A coibição ao enriquecimento sem causa informa todo o sistema jurídico e encontra suas raízes no Direito Romano. De acordo com Marcos de Campos Ludwig<sup>3</sup>, é da noção romana de *condictio* que adveio o antecedente dogmático do que hoje se denomina pretensão restitutória ou, mesmo, sob o rótulo de enriquecimento sem causa. A noção clássica da *condictio*, que, originalmente, era moldada em torno da restituição de empréstimo de dinheiro (*pecunia numerata*), foi, progressivamente, alargando-se, ou seja, houve a generalização da *condictio*, na ideia de que o ponto determinante na pretensão restitutória, não se encontrava numa "causa de exigir" (por parte do autor/credor), mas na falta de causa de retenção (por parte do réu/devedor).<sup>4</sup> Com Justiniano, na época bizantina do direito romano, encontravam-se as seguintes categorias de *condictiones* que tutelavam as deslocções patrimoniais sem causa: a *condictio ob rem* (da qual a *condictio indebiti* era uma aplicação); a *condictio ob causam finitam*; a *condictio ob turpem causa* e a *condictio sine causa*.<sup>5</sup> No período Justinianeu, o direito restitutório

---

<sup>2</sup> "Pela permanente tentativa de perfeição social, o que é obvio, o enriquecimento sem causa à custa de outrem era combatido como ideal ético e como regra jurídica, na máxima: *Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores*. Mas, a norma demonstra a existência de locupletamento contrário ao direito, *in jura*, o qual, evoluindo, leva Pompônio a ditar outra máxima: *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletationem*, a demonstrar limitação dos casos de repetição no primeiro fragmento e proibição de qualquer tipo de locupletamento, no segundo" (PAES, Pedro. *Introdução ao Estudo do Enriquecimento sem Causa*. São Paulo: Vaner Bicego-Gráfica São Jorge, 1975. p. 38-39). D. 20.17.206: É naturalmente justo que ninguém pode ilegalmente se locupletar em detrimento alheio; D. 12.6.14: É naturalmente justo que ninguém possa se locupletar em detrimento alheio.

<sup>3</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. *Fundamento e Delineamento da Pretensão Restitutória: Comparação entre a 'Condictio' Romana e o Direito Civil Brasileiro*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, n. 4, set. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50492/31537>>. Acesso em: 02 abr. 2017. p. 127.

<sup>4</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. Ob. cit. p. 133.

<sup>5</sup> Com relação à *condictio sine causa*, Agostinho Alvim ensina: "O Código contentou-se com esta, porque, 'sine causa', querendo dizer sem causa que justifique, tal 'condictio' dispensava as demais. Aliás, à 'condictio sine causa' já se assinalava esta mesma função no Direito Romano. O Código Civil alemão aceitou a 'condictio sine causa' no seu sentido mais desenvolvido de modo que a correspondesse a fórmula desejável para a condenação do enriquecimento sem causa" (ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, maio de 1957. p. 8).

chegou mais próximo do moderno instituto do enriquecimento sem causa, do que a noção clássica da *condictio*, pois, a partir do século II, foi elencada a ideia de equidade natural (*naturalis aequitas*), como fundamento da pretensão restitutória.

Giovanni Ettore Nanni<sup>6</sup> relata que é indiscutível que o Direito Romano propiciou as vigas mestras das teorias sobre o enriquecimento sem causa acolhidas em cada sistema jurídico moderno, cada qual com suas particularidades. Posteriormente, como forma de suprir as lacunas provocadas pela rígida aplicação da *condictio*, surgiram as ações pretórias e outra figura que contribuiu para a evolução do enriquecimento sem causa foi a *actio de in rem verso*. Giovanni Ettore Nanni<sup>7</sup> ensina que era aplicado o remédio da *actio de in rem verso* para evitar o enriquecimento injustificado do pai de família ou do senhor de escravos que, excluídos da possibilidade de ser demandados pelas obtenções dos filhos e escravos, em razão da não representação nos atos jurídicos, eram beneficiados pelas aquisições de seus submissos, em que o terceiro participante do negócio não obtinha restituição do despendido, estando assim destituído de qualquer garantia do cumprimento da obrigação. Destarte, a *actio de in rem verso*, ao adquirir maior autonomia e com a ampliação do seu campo de atuação, passou a ser reconhecida como remédio geral do enriquecimento injustificado.<sup>8</sup> A *actio de in rem verso* teve um significativo avanço, ao permitir sua aplicação, para demandar contra o terceiro, em situações onde um dos contratantes não necessariamente estivesse sob o poder do *dominus*, aceitando que a pessoa que lhe propiciou o benefício fosse também homem livre. As primeiras codificações representaram um novo desenvolvimento da *actio de in rem verso*, que passou a ser considerada como ação geral de enriquecimento.

No direito francês, foi desenvolvida pelos doutrinadores ao longo dos séculos a noção de 'causa' como elemento essencial das obrigações em contratos bilaterais, com a prescrição da sanção de nulidade, em caso de ausência desse elemento, desencadeando a automática restituição ao *status quo ante*. Em decorrência dessa concepção, o Código Civil francês de 1804 instituiu, de modo geral, que uma obrigação sem causa, ou com causa ilícita ou falsa, não teria qualquer efeito, recepcionando assim as *condictiones* do Direito Romano apenas de maneira tópica, para os casos de desequilíbrio patrimonial ocorrido fora dos contratos, sem, contudo, introduzir no Código Napoleônico o princípio genérico de elisão a *l'enrichissement sans cause*.<sup>9</sup> Não houve a consagração expressa de um princípio

<sup>6</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento Sem Causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22-23.

<sup>7</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Ob. cit. p. 23-25.

<sup>8</sup> “Apesar de a *actio in rem verso* ser inicialmente percebida como uma solução romana limitada às situações em que as pessoas sob o poder do *dominus* atuavam junto a terceiros, ela progressivamente ganhou maior dimensão na Europa ocidental, apoiando construções jurídicas de responsabilização que envolviam não apenas os contratantes, mas também terceiros beneficiados a partir do negócio celebrado. A origem desse movimento não decorre diretamente do Digesto antes referido, mas do Codex de Justiniano, onde lançou-se a afirmação de que se um contrato foi feito com um homem livre e propicia ganhos ao *dominus*, não seria cabível ação do outro contratante contra este, que se posiciona como terceiro em relação ao negócio, salvo se o dinheiro for usado em benefício do *dominus* ou se por ele o contrato foi ratificado” (DINIZ, Davi Monteiro. *Da Obrigação de Restituir por Enriquecimento sem Causa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 21).

<sup>9</sup> “Aprofundando essa abordagem, situações antes alocadas nos caso de *negotiorum gestorum*, *condictio indebiti* e *condictio furtiva* tornaram-se objeto de tratamento normativo específico no Code Civil, consolidando-se assim, em regra próprias, a *gestion d'affaires* (gestão de negócios), o

de vedação do enriquecimento sem causa, tal construção decorreu da doutrina, posteriormente reconhecida pela jurisprudência.<sup>10</sup>

Diante da ausência de tratamento específico, a partir da decisão do *arrêt Boudier*, em 1892, a teoria do enriquecimento sem causa passou a ser desenvolvida na França, no caso clássico envolvendo enriquecimento de terceiro ao contrato, onde o arrendatário de uma fazenda comprou fertilizante do senhor Boudier, lançou-o ao solo e, por ter ficado inadimplente, não pagou pelo adubo. Diante da situação econômica do arrendatário, o arrendamento foi findado, tendo sido acordado que o proprietário do imóvel receberia, como forma de pagamento, a entrega da safra. O comerciante Boudier ajuizou ação diretamente em face do proprietário do imóvel, para receber o preço pelo fertilizante não pago, tendo a Corte de Cassação francesa deferido o pedido fundamentando a decisão no princípio da equidade, no qual não se pode enriquecer às custas de outrem.<sup>11</sup> O referido caso firmou entendimento quanto ao caráter independente da ação, de modo que a jurisprudência francesa passou a aplicar a *actio de in rem verso*, com base na equidade e, em algumas situações em detrimento de outros institutos jurídicos positivados no sistema. Desta forma, a doutrina, criticando essa tendência de deixar à jurisprudência a aplicação vaga do instituto, colocando em risco a segurança jurídica das relações privadas, passou a defender o enriquecimento sem causa como fonte autônoma e geral das obrigações, instituindo ainda o requisito da subsidiariedade para o exercício da *actio de in rem verso*.<sup>12</sup>

---

*paiement de l'indu* (pagamento indevido) e os diferentes efeitos da posse de boa ou má-fé nas relações de enriquecimento entre o possuidor e o proprietário” (DINIZ, Davi Monteiro. Ob. cit. p. 25-26).

<sup>10</sup> “As doutrinas e as jurisprudências respectivas suprimam a empreitada a duras penas, em trabalho muito lento e dificultado pelo pouco desenvolvimento da matéria. Vide o exemplo brasileiro, em que o instituto devia e podia estar regulado genericamente desde 1916, seja pelo crescimento do fato jurídico no mundo do Direito, seja pela reconhecida capacidade de Clóvis Bevilacqua, autor da codificação civil” (PAES, Pedro. *Introdução ao Estudo do Enriquecimento sem Causa*. São Paulo: Vaner Bicego-Gráfica São Jorge, 1975. p. 180).

<sup>11</sup> “Tal princípio, para o direito moderno, surge como um acórdão referente ao caso Boudier, da Corte de Cassação francesa, de 15.6.1892, que o traduz, no entanto, como um simples dever de ordem moral, como se pode ver da transcrição de parte deste arrêt: 'Esta ação que deriva do princípio de equidade e que proíbe o enriquecimento à custa de outrem, que não tendo sido sancionada por nenhum texto das nossas leis, não está submetida no seu exercício a nenhuma condição determinada... Basta, para a tornar aceitável, que o autor da demanda alegue e se proponha estabelecer a existência duma vantagem que teria, por meio dum sacrifício ou duma ação pessoal trazido à pessoa contra quem move a ação’” (FROTA, José Eduardo da Rocha. *Ação de enriquecimento sem causa*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, out./dez. 1984, p. 43).

<sup>12</sup> “Embora o Direito francês tenha recebido o debate sobre ausência de causa jurídica para se formar dever de restituir, ele também manteve, na esteira da *actio de in rem verso*, a concepção de que a ação de enriquecimento sem causa pode ser oferecida, tanto restrita a situações entre os próprios negociantes, como em face de terceiro que enriquece às custas da insolvência da parte indevidamente enriquecida pelo primeiro negócio. Considerar esse último caso como situação apta a caracterizar ‘ausência de causa legítima’ merece destaque, particularmente pela distinção dessa hipótese em relação às posteriores escolhas alemãs sobre o mesmo tema. Outro relevante aspecto distintivo é o de que em França a regulação jurídica da vedação ao enriquecimento sem causa foi construída predominantemente pela doutrina e pela jurisprudência, que se encarregou da tarefa de estabelecer as consequências normativas de sua aplicação a partir do preceito amplo, sistematizando a matéria ao longo dos anos sem receber maior auxílio do legislador” (DINIZ, Davi Monteiro. Ob. cit. p. 28-29).

O instituto do enriquecimento sem causa foi delineado pela jurisprudência, que teve sua origem na aplicação da *actio de in rem verso* como *condictio sine causa generalis*, contendo ainda como característica marcante o caráter subsidiário da ação de restituição por enriquecimento sem causa, adotado pelo sistema francês até os dias de hoje, diferentemente do sistema alemão codificado, que será abaixo analisado. É de se notar a influência da origem romana no direito alemão no que diz respeito ao enriquecimento sem causa. No final do século XIX, o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB), foi um dos pioneiros ao consagrar o princípio do não enriquecimento à custa de outrem, expressamente em seus parágrafos 812 a 822.<sup>13</sup> O direito alemão, adotando a ideia dos pandectistas (ciência jurídica que propunha um novo método de sistematização do Direito Civil, defendendo o retorno aos traços originais do Direito Romano), aderiu às teses de Savigny, que apontavam, como ponto comum entre todas as *condictiones*, a extensão de um patrimônio à custa da diminuição de outro patrimônio ocorrida sem causa ou em que se perdeu a causa originária. Segundo Pedro Paes<sup>14</sup>, as legislações anteriores ao Código de 1900 não contiveram esse princípio, de modo que, o Código Civil alemão, ao adotar a adaptação prática do Direito Romano feita pelos pandectistas, nada mais fizeram do que a reconstrução das *condictiones* clássicas; prevendo no art. 812 o princípio de ordem geral, que compreende todos os casos de locupletamento injusto. Diferentemente dos Códigos Civil francês e brasileiro, o BGB não traz qualquer disposição quanto à subsidiariedade da ação de enriquecimento. A lei alemã não institui como pressuposto constitutivo do contrato a causa, de modo que o defeito da causa não é bastante para anular o negócio, sendo, entretanto, suficiente para suprimir o resultado, consoante advertência de Giovanni Ettore Nanni.<sup>15</sup>

Os dois sistemas preponderantes possuem características próprias: o alemão, ao prever a cláusula geral e disciplinar de maneira pormenorizada as situações de

---

<sup>13</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento Sem Causa*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 63-65.

<sup>14</sup> “Daí necessariamente conter o primeiro artigo do Código, relativo ao locupletamento, o respectivo princípio genérico: todo aquele que, por prestação feita por uma pessoa ou de algum outro modo, faz uma aquisição sem causa jurídica à custa destroutra, fica obrigado perante ela à restituição. A obrigação existe igualmente quando a causa jurídica desapareça ulteriormente ou que o resultado pretendido por meio de prestação, tal como resulte do conteúdo do ato jurídico, não se realize. É igualmente considerado como prestação o reconhecimento contratual da existência ou da não existência de uma relação de obrigação. (...) Nos onze artigos, encontramos, além da referida regra principal do 812, a estipulação de condições para aplicação da norma nos diferentes casos, nos arts. 813 a 817; das regras gerais de repetição, no art. 818; das regras gerais de restituição no caso do adquirente de má-fé, nos arts. 819 e 820; da exceção de execução, inclusive por prescrição, no art. 821; e finalmente, no art. 822, da devolução, no caso de alienação a título gratuito” (PAES, Pedro. *Introdução ao Estudo do Enriquecimento sem Causa*. São Paulo: Vaner Bicego-Gráfica São Jorge, 1975. p. 181 e 182).

<sup>15</sup> “No direito alemão, a falta de causa dos chamados negócios causais implica a invalidade destes. Contudo, a ausência de uma causa a fundar as deslocações patrimoniais promovidas pelos negócios abstractos — que são muitos e de maior importância prática — tem de ser remediada por meio do enriquecimento sem causa. Essas diferenças estruturais no sistema jurídico reclamam um tratamento diversificado quanto ao remédio a ser aplicado. Não obstante o socorro ao enriquecimento sem causa seja possível em diversos países, ele não pode subordinar-se aos mesmos requisitos de todos aqueles submetidos ao regime da *civil law*, devendo amoldar-se às suas especificidades. Nessa linha de raciocínio, a ação de enriquecimento na Alemanha não é considerada subsidiária, porém, existe a tendência a preferir a utilização da ação delitual” (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento Sem Causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66).

configuração do enriquecimento sem causa; e o francês, ao não conter qualquer previsão expressa, porém reconhecendo o caráter subsidiário da ação de enriquecimento, como acentua Adriano Pugliesi Leite.<sup>16</sup> O sistema brasileiro, ao prever expressamente o instituto do enriquecimento sem causa, como o sistema alemão, mas prevendo o caráter subsidiário da ação de enriquecimento, como no sistema francês, parecer ser contraditório diante da abertura do sistema promovida por meio das cláusulas gerais inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, que será abordado adiante quando se tratar da natureza jurídica do enriquecimento sem causa como princípio e como fonte de obrigações.

## 2. Da ausência de tratamento expresso no Código Civil de 1916 à positivação no Código Civil de 2002

O Código Civil brasileiro, editado em 1916, seguindo a tradição francesa, não disciplinou o enriquecimento sem causa de forma autônoma, como o fez o direito germânico, bem como não consagrou uma cláusula genérica de vedação ao enriquecimento sem causa, limitando-se a pontuar o instituto dogmaticamente como ocorrido no âmbito da repetição de indébito. Diante desse posicionamento, o campo de aplicação do enriquecimento sem causa, como princípio geral de direito foi bem restringido, tendo a doutrina e a jurisprudência aplicado o instituto do enriquecimento sem causa como fonte de direito em situações específicas. Entretanto, mesmo o enriquecimento sem causa sendo considerado um princípio implícito do Direito Civil, sua vigência nas relações pessoais e patrimoniais era aceita tanto na doutrina como pela jurisprudência, consoante lições de Agostinho Alvim<sup>17</sup>, Orlando Gomes<sup>18</sup>, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> “Os dois expedientes de limitação do enriquecimento sem causa — caráter subsidiário da ação e previsão pormenorizada das situações de enriquecimento — podem ser considerados expressões da concepção ‘oitocentista’ conferida ao Direito Civil no final do séc. XIX, que era consubstanciada na estrita vinculação ao juiz às disposições legais e a preocupação de limitar o questionamento à força obrigatória dos contratos em razão do princípio da segurança jurídica. (LEITE, Adriano Pugliesi” *O enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo. 2008. Disponível em:

<<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8344>>. Acesso em: 25 mar. 2017, p. 51).

<sup>17</sup> “Por outro lado, é inquestionável que a condenação do enriquecimento injustificado é princípio geral de direito, porque, com maior ou menor extensão, ela tem sido recomendada por todos os sistemas, no tempo e no espaço” (ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, maio de 1957, p. 14).

<sup>18</sup> “A lacuna não deve, entretanto, ser interpretada como rejeição do princípio segundo o qual deve restituir a vantagem patrimonial quem obteve injustificadamente. Se é certa a inexistência de norma genérica proibitiva do enriquecimento sem causa, também é inquestionável a vigência de regras particulares que o proíbem nos casos mais comuns. [...] A superioridade dos Códigos que estabeleceram um princípio geral reside precisamente em ter aceitado que todas as *condiciones* do Direito Romano se podem resumir à *conductio sine causa*. Conquanto o Código Civil não tenha acompanhado essa orientação, nem por isso o enriquecimento sem causa deixa de ser, nos casos previstos, fonte de obrigações, naquelas situações a que a lei empresta eficácia constitutiva de específico dever de prestar” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 250).

<sup>19</sup> “Com efeito, apesar de o Código Civil de 1916 não ter tratado, expressamente, da vedação ao enriquecimento sem causa, nunca se teve dúvidas de que ele sempre foi absorvido, em sede doutrinária e jurisprudencial, como um verdadeiro vetor da relação obrigacional” (ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil* - vol. 2 Obrigações. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 96).

A decisão proferida no Recurso Especial nº 1.553-RJ (89.0012280-0), ainda na vigência do Código Civil de 1916, em que foi relator o Ministro Bueno de Souza, que cita o voto do Desembargador Relator, onde menciona que para os casos de locupletamento injusto já era pacífica a concessão de correção a partir da violação do dever jurídico, com efeito, alegando que a ação *de in rem verso* objetivava a recomposição de um patrimônio que veio a ser diminuído na razão direta do enriquecimento do outro e, por fim, acrescentou o Ministro: "E no caso vertente, a atualização monetária do débito ainda mais se aconselha, como única providência hábil a evitar o enriquecimento sem causa."<sup>20</sup> Também nesse esteio, a decisão proferida no Recurso Especial nº 11025/SP, em que foi relator o Ministro Waldemar Zveiter, posicionando que não há como negar que o enriquecimento sem causa era fonte de obrigações, embora não expresse no Código Civil, fundamentando seu entendimento no sentido que o simples fato de um deslocamento de uma parcela patrimonial de um núcleo que se empobrece para outro que se enriquece seria o bastante para criar efeitos obrigacionais próprios daquele instituto.<sup>21</sup>

Na vigência do Código Civil de 1916, houve o questionamento de alguns autores que defendiam uma disciplina autônoma para o instituto, dentre eles Carlos Alberto Dabus Maluf.<sup>22</sup> Após a inserção do enriquecimento sem causa no projeto, que veio a originar o atual Código Civil, tal instituto foi disciplinado nos arts. 884 a 886 e, mesmo havendo críticas quanto à atual redação dos referidos artigos, a previsão expressa foi de extrema necessidade e importância, pois positivou o princípio de direito que condena o enriquecimento sem causa à custa do patrimônio alheio, por meio do art. 884 do Código Civil, revelando-se assim influência do direito germânico, italiano e português, segundo Maria Candida do Amaral Kroetz<sup>23</sup> e Giovanni Ettore Nanni<sup>24</sup>, que enaltece a inserção do enriquecimento sem causa no Código de 2002.

<sup>20</sup> STJ, REsp 1.553/RJ, Rel. Ministro BUENO DE SOUZA, QUARTA TURMA, j. 10/12/1991.

<sup>21</sup> STJ, REsp 11.025/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, j. 29/10/1991.

<sup>22</sup> "Se nosso Código Civil não dispôs expressamente sobre o enriquecimento sem causa, apesar de tê-lo feito implicitamente, como nos casos dos arts. 513, 515, 541, 613, 964, 1.332, 1.339, dentre outros, nosso Projeto do professor Reale, consagrou a matéria em seus arts. 886 e 888. (...) Entendemos procedente a disposição expressa do enriquecimento sem causa dentro de nossa lei civil, pois, assim, não ficaremos adstritos às interpretações dos doutrinadores e da jurisprudência sobre tão-discutida matéria" (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Pagamento indevido e enriquecimento sem causa*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 93, jan./dez.1998, p. 129-130).

<sup>23</sup> "Esta inserção do enriquecimento sem causa no novo Código Civil foi muito louvada peladoutrina, ademais porque foi feito por meio de uma cláusula geral cuja finalidade é trazer para o fenômeno jurídico aquilo que foi denominado 'válvula para exigências ético-sociais'. Assim permite-se que a evolução da sociedade seja acompanhada pelo direito porque confere ao intérprete e ao aplicador da lei uma maior flexibilidade para adaptar a norma às situações de fato" (KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Curitiba. 2005. Disponível em:

<[https://www.ucc.ie/law/restitution/archive/brazil/Enriquecimento\\_sem\\_causa.pdf](https://www.ucc.ie/law/restitution/archive/brazil/Enriquecimento_sem_causa.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2017, p. 43).

<sup>24</sup> "Não se hesita afirmar que a inserção do enriquecimento sem causa no Código Civil de 2002 é digna de elogios, pois representa o acolhimento de teoria indispensável à manutenção do equilíbrio em qualquer relação jurídica, consubstanciando-se em ferramenta extremamente útil às pessoas na condução de seus negócios e nas controvérsias a serem dirimidas pelo Poder Judiciário ou por arbitragem" (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento Sem Causa*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118).

### 3. Natureza jurídica do enriquecimento sem causa

Diante da difícil tarefa em definir a natureza jurídica do instituto do enriquecimento sem causa, uma vez que, tanto a doutrina, como a jurisprudência, divergem por influência de diversas teses advindas de legislação estrangeira, e tendo o próprio Código Civil de 2002 sido silente quanto ao delineamento da questão, necessário se faz, para a definição teórica, a cisão da natureza jurídica como princípio e como fonte obrigacional.

Parte da doutrina entende ser o enriquecimento sem causa um princípio.

Virgílio Afonso da Silva<sup>25</sup> assim define princípio:

Princípios são, tradicionalmente, definidos como mandamentos nucleares ou disposições fundamentais de um sistema, ou ainda como núcleos de condensações. A nomenclatura pode variar um pouco de autor para autor — e são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil — mas a ideia costuma ser a mesma: princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental.

Alexandre Guerra<sup>26</sup> ensina que princípio geral de direito, dotado de elevado conteúdo valorativo deontológico-axiológico, por força da elasticidade e da fluidez próprias dos princípios jurídicos, justifica a plêiade de possibilidades de aplicações concretas no processo de interpretação jurídica, veiculado por meio de cláusulas gerais que informam e iluminam todo o processo de interpretação (criação) das normas e dos negócios jurídicos, no que secunda a posição de Ricardo Marcondes Martins.<sup>27</sup> O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa era aplicado no direito civil de maneira implícita, antes do advento do Código Civil de 2002, que passou a discipliná-lo expressamente. Trata-se um princípio de ampla ocupação no direito obrigacional, segundo Giovanni Ettore Nanni.<sup>28</sup> O princípio contido no art. 884 do Código Civil deve ser considerado como uma cláusula geral e, como tal, oferece um amplo campo de atuação, que tem origem em princípios

<sup>25</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista latino-americana de estudos constitucionais, v. 1, pp. 607-630, 2003. p. 612. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/105070753/Virgilio-Afonso-da-Silva-Principios>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

<sup>26</sup> GUERRA, Alexandre. *Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 176.

<sup>27</sup> “Tomado abstratamente, independentemente do caso concreto, o princípio é uma norma jurídica de estrutura. No antecedente descreve-se a introdução de uma norma jurídica no sistema, a descrição é genérica e abrange todas as normas a serem introduzidas, e no consequente a imputação de uma relação jurídica entre o legislador e a comunidade em que aquele tem função de observar o mandado de otimização e a comunidade o direito a essa observância. A observância desse mandado efetiva-se de acordo com a ponderação dos interesses contrapostos, ou seja, na forma descrita por Alexy. Essa norma de estrutura tem como destinatário o legislador em sentido amplo: o legislador em sentido estrito, o juiz, o administrador, e até o particular devem observá-la ao introduzir uma norma no sistema” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *A natureza normativa dos princípios*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 6, n. 1, p. 225-258, 2005. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/284/277>>. Acesso em: 15 jun. 2017, p. 253).

<sup>28</sup> “Isso significa dizer que ele não é um princípio de papel integrativo a ser aplicado na omissão da lei, segundo o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas desfruta de vasto domínio no sistema jurídico” (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento Sem Causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 214).

constitucionais, que emerge dos preceitos do Estado Democrático de Direito, que tem fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) e no princípio geral de justiça (art. 3º, I, da Constituição Federal), objetivando construir uma sociedade justa, que visa preservar a boa-fé (arts. 113, 187 e 422 do Código Civil) e a equidade. O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, como cláusula geral que é, vaga e aberta, deve ser analisado conjuntamente com os princípios acima elencados para, diante de um caso concreto, de acordo com os valores contemporâneos e juntamente com a jurisprudência, poder ser aplicado como um *núcleo constante e invariável*, a fim de se amoldar ao conceito mais próximo possível do princípio aplicado ao caso, visando valores como lealdade, probidade e justiça.

Com esse "novo olhar", ser-lhe-á possível entender a situação sob legítimas expectativas, dentro de uma razoável equação econômica, evitando excessos advindos da praxe de mercado, a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, harmonizando assim os princípios do art. 170 da Constituição Federal, com os demais elencados acima. Sob essa ótica, ao defender a acepção ampla do Princípio da conservação dos negócios jurídicos, com assento constitucional na proteção dispensada ao valor social da livre iniciativa, com fundamento no art. 1º, IV e no art. 170, *caput*, da Constituição Federal, afirma Alexandre Guerra.<sup>29</sup> O princípio da dignidade da pessoa humana preconiza o equilíbrio entre os sujeitos da relação obrigacional; o princípio geral da justiça consubstancia outro fundamento à vedação do locupletamento sem causa; por meio de uma interpretação sistemática é possível concluir que o princípio da boa-fé objetiva reger todas as relações obrigacionais, tendo como parâmetro uma ordem de cooperação entre as partes, consoante Nelson Rosenvald<sup>30</sup> e Giovanni Ettore Nanni.<sup>31</sup>

Há quem entenda de modo contrário, como Fábio Jun Capucho<sup>32</sup>, que oferece três críticas ao tratamento dado ao enriquecimento sob a forma de uma

<sup>29</sup> "De outro lado, a chamada acepção ampla do Princípio da conservação dos negócios jurídicos que perfilhamos afirma que a sua aplicação não se opera apenas no plano da interpretação do negócio jurídico, mas ocorre diante de toda norma jurídica posta à frente do intérprete. Tanto o legislador quanto o intérprete (o aplicador do Direito) devem efetivamente procurar conservar, nos planos da existência, da validade e da eficácia, o máximo possível de todo texto normativo que se lhe apresenta, seja estatal, seja fruto da autonomia privada. A aplicação do princípio nessa perspectiva sustenta a 'essência do ordenamento jurídico', cuja operabilidade assenta-se sobre um 'princípio geral de economia' e sobre uma 'presunção de seriedade' dos fins de quem emite determinada declaração de vontade" (GUERRA, Alexandre. *Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 174).

<sup>30</sup> ROSENVALD, Nelson. *A Função Social do Contrato*. Revista MPMG Jurídico, Minas Gerais. Ano II, nº 9, pp. 10-20, abril/maio/junho, 2007. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA942729E930142991C762E36AD>>. Acesso em: 17 jun. 2017. p. 13.

<sup>31</sup> "O Código Civil de 2002 prevê expressamente algumas cláusulas gerais como a função social do contrato (art. 421), probidade e boa-fé (art. 422), enriquecimento sem causa (art. 884), ato ilícito (arts. 186 e 927), abuso do direito (art. 187) etc. A atuação do juiz é agora de fundamental importância, tendo em vista a ampliação da margem interpretativa e, por conseguinte, do poder de julgar o caso concreto" (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento Sem Causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 197).

<sup>32</sup> "A primeira diz respeito ao seu conteúdo, que por se vago e genérico, não acrescenta nada ao esforço de individualização do conceito. A segunda resulta da demonstração de que a equidade

cláusula geral no que diz respeito a sua aplicabilidade, ao fundamentar o pedido de restituição de proveito ou coisa que se encontre em patrimônio de outrem. Em que pese tal entendimento, não se mostra o mais acertado, uma vez que as cláusulas gerais, das quais se inclui o enriquecimento sem causa, buscam a formulação de hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados 'conceitos jurídicos indeterminados' capazes de permitir a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiras ao 'corpus' codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção desses princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.<sup>33</sup> Judith Martins Costa<sup>34</sup> define as cláusulas gerais como "janelas abertas para a mobilidade da vida", pontes que ligam um Código a outros corpos normativos, bem como o vincula, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais. Esse fenômeno no qual a ordem constitucional deu fundamento às novas diretrizes do direito civil, especialmente no campo das obrigações, é denominado "constitucionalização do direito civil", com adoção de um sistema aberto propiciando ao Juiz ter base para respostas efetivas exigidas pelos conflitos sociais.

Nas palavras de Alexandre Guerra:<sup>35</sup>

No Direito contemporâneo, tanto os *conceitos jurídicos indeterminados* quanto as *cláusulas gerais* criam verdadeiros deveres/obrigações jurídicas, cujo descumprimento impõe responsabilidades, inclusive patrimoniais, seja no plano negocial, seja no plano contratual. Ensejam, todos, igual repulsa pela ordem jurídica, mesmo à falta de explícita vedação de tais comportamentos em lei.

É certo que essa abertura do sistema deu-se por meio das cláusulas gerais, também denominadas de metanormas, que fundamentam a aplicação dos institutos

---

encontra-se muito mais bem representada no novo Código por figuras como a lesão ou o abuso de direito, que se mostram mais consentâneas com o conceito de enriquecimento sem causa proposto e igualmente mais suscetível de aplicação concreta. A derradeira crítica, por sua vez, aponta para a falta de técnica do legislador na redação e localização do dispositivo no corpo do Código, bem como na sua interação com os demais preceitos esparsos que com ele guardam relação temática, o que acabou por ensejar maiores dúvidas a respeito do instituto, ao invés de dissipá-las" (CAPUCHO, Fábio Jun. *Considerações sobre o enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro*. Revista de Direito Privado. São Paulo. v. 4, n. 16, out./dez. 2003. p.26).

<sup>33</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um "Sistema em Construção" - As Cláusulas Gerais no projeto do Código Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 87, v. 753, jul., 1998. p. 28.

<sup>34</sup> As cláusulas gerais, mais do que um 'caos' da teoria do direito — pois revolucionam a tradicional teoria das fontes —, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos caos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo" (MARTINS-COSTA, Judith. Ob. cit. p. 26-27).

<sup>35</sup> GUERRA, Alexandre. O Dano Moral Punitivo e a Indenização Social: A destinação de parte da indenização por danos morais punitivos em favor de instituições locais de beneficência, a critério judicial, como forma de evitar o enriquecimento ilícito da vítima. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade Civil Bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 221.

referentes às relações privadas, dentre os quais, o da vedação do enriquecimento sem causa. Não há que se falar no ajuizamento de uma ação de enriquecimento exclusivamente às situações em que é possível o seu exercício, mas sim utilizar o preceito de enriquecimento sem causa, como remédio fundamental no direito obrigacional, complementando eventual lacuna de interpretação ou como fonte residual de obrigação. Não obstante tal entendimento, a vedação ao enriquecimento sem causa como princípio está circunscrito pelos limites legais específicos de cada situação, como ensina Giovanni Ettore Nanni.<sup>36</sup> Deve-se ter em mente que o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa pode ser invocado em situações onde não tem cabimento o exercício da ação de enriquecimento, mas tal fato não se confunde com a aplicação do instituto enquanto fonte de obrigações. Inclusive, Adriano Pugliesi Leite <sup>37</sup> exemplifica a possibilidade de aplicação no presente caso, quando se questiona o valor de indenização por danos morais pelos tribunais. Trata-se de uma circunstância usual e pertinente, onde, em ação judicial de reparação de danos, frequentemente argumenta-se, para fixação de indenização por dano patrimonial ou extrapatrimonial, que determinada quantia não pode ser muito elevada ou desproporcional ao dano, sob pena de caracterizar um enriquecimento sem causa, adverte Giovanni Ettore Nanni.<sup>38</sup> O preceito legal que prevê o enriquecimento sem causa como cláusula geral de direito pode ser utilizado como ferramenta principiológica para corrigir situações de iniquidade de acordo com a lei, a fim de restabelecer a proporcionalidade e o equilíbrio.

Outros entendem o enriquecimento sem causa como fonte das obrigações. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações na modalidade de ato unilateral está previsto no Código Civil Brasileiro, Livro I, da Parte Geral, que trata do Direito das Obrigações, Título VII, que regulamenta os Atos Unilaterais, onde, no Capítulo IV, trata notadamente do instituto do Enriquecimento sem Causa nos arts. 884 a 886. O Código Civil não dispôs expressamente sobre quais seriam as fontes de obrigações, ao contrário de outros sistemas estrangeiros, ficando tal incumbência a cargo da doutrina. Orlando Gomes<sup>39</sup> posiciona-se de forma favorável, no sentido de que a classificação das fontes caberia à doutrina. Fernando Noronha <sup>40</sup>, ao classificar o Direito das Obrigações, eleva o instituto do enriquecimento sem causa e reconhece sua autonomia, ao instituir que os direitos de crédito ou obrigações possui uma divisão tripartida, qual seja: as obrigações negociais, que nascem de compromissos assumidos no âmbito da autonomia privada; a responsabilidade civil, que tem por causa a danificação de bens alheios; e o enriquecimento sem causa, que nasce de benefícios auferidos com a intervenção não justificada na esfera jurídica alheia. José Eduardo da Rocha Frota <sup>41</sup> afirma no mesmo sentido que o "*enriquecimento sem causa* representa um *tertio genus* das fontes das obrigações; não provém ele, sabidamente, nem do *contrato* nem da *lei*, embora se aproxime

<sup>36</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Ob cit. p. 222.

<sup>37</sup> LEITE, Adriano Pugliesi. *O enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo. 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8344>>, p. 78.

<sup>38</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Ob cit. p. 194.

<sup>39</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995. p. 26.

<sup>40</sup> NORONHA, Fernando. *Enriquecimento Sem Causa*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, abr./jun., 1991, p. 51.

<sup>41</sup> FROTA, José Eduardo da Rocha. *Ação de enriquecimento sem causa*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, out./dez. 1984, p. 45.

mais desta, de vez que tem de apoiar o seu fundamento no próprio Ordenamento Jurídico". Em que pese o instituto do enriquecimento sem causa como fonte autônoma, sua inserção como ato unilateral foi bastante criticada pela doutrina. Giovanni Ettore Nanni<sup>42</sup> coaduna esse entendimento, assim como Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias.<sup>43</sup>

Apesar da inserção do enriquecimento sem causa dentre os atos unilaterais, foi dado ao referido instituto o reconhecimento como fonte autônoma de obrigações, que deve ser aplicável a todo o direito das obrigações, como ensina Orlando Gomes.<sup>44</sup> O presente estudo aprofundar-se-á na terceira categoria de obrigações, que visa à restituição de enriquecimentos advindos de uns acréscimos patrimoniais desprovidos de causa idônea a justificá-los ocorrido fora da modulação do contrato e da responsabilidade civil.

#### 4. Conceito, denominação, diferenciação terminológica e fundamento

A vedação ao enriquecimento sem causa é uma máxima contida nas normas jurídicas, em maior ou menor intensidade, no sentido de que qualquer um deve restituir ao outro o que a este pertence, a fim de se evitar o seu prejuízo, adverte José Eduardo da Rocha Frota.<sup>45</sup> O campo de aplicação do enriquecimento sem causa, por coincidir com o campo dos deslocamentos patrimoniais, é muito vasto, porém há setores da vida econômica já regulados por normas jurídicas de caráter restrito, como refere Diogo Leite de Campos.<sup>46</sup> Agostinho Alvim<sup>47</sup> ensina que muitas

<sup>42</sup> "Deve-se levar em consideração que os institutos citados — promessa de recompensa, gestão de negócios, pagamento indevido e enriquecimento sem causa — possuem diferenças em suas bases e não são oriundos da mesma natureza, razão pela qual o agrupamento entre os atos unilaterais é um foco de incidência de conflitos conceituais [...] Nos atos unilaterais propriamente ditos, em regra, como na promessa de recompensa ou na gestão de negócios, há uma manifestação de vontade ou um comportamento do agente que dá ensejo à obrigação, o que difere do enriquecimento sem causa que nem sempre decorre de ato volitivo do enriquecido" (NANNI, Giovanni Ettore. Ob cit. p. 206-207).

<sup>43</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Ob cit. p. 97.

<sup>44</sup> "A figura do enriquecimento sem causa pode ser isolada como fonte autônoma das obrigações. Não é a lei que, direta e imediatamente, faz surgir a obrigação de restituir. Não é a vontade do enriquecido que a produz. O fato condicionante é o locupletamento injusto. Evidentemente, o locupletamento dá lugar ao dever de restituir, porque a lei assegura ao prejudicado o direito de exigir a restituição, sendo, portanto, a causa eficiente da obrigação do enriquecido, mas assim é para todas as obrigações que se dizem legais" (GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995. p. 252).

<sup>45</sup> FROTA, José Eduardo da Rocha. *Ação de enriquecimento sem causa*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, out./dez. 1984, p. 43.

<sup>46</sup> "O princípio que proíbe o locupletamento à custa alheia é um aspecto da noção de direito, entendido como ordem justa, uma das manifestações. Impedir o enriquecimento injusto constitui uma das finalidades gerais do Direito das Obrigações que, no seu conjunto, tende a obter uma equilibrada distribuição dos bens jurídicos nas relações intersociais. Sendo assim, as deslocamentos patrimoniais encontram frequentemente dois tipos de normas arrogando-se a sua tutela jurídica — as regras do enriquecimento sem causa e as de outro instituto (responsabilidade civil, gestão de negócio, mandato, nulidade, etc.)" (CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Ed. RT, vol. 560, jun. 1982, p. 259).

<sup>47</sup> ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, maio de 1957, p. 4.

hipóteses são tidas como enriquecimento sem causa, quando na verdade não o são, na medida em que se resolvem por regras positivadas. No intuito de conceituar o instituto de uma maneira abrangente, entende-se o enriquecimento sem causa como o deslocamento patrimonial entre duas ou mais pessoas sem a correspondente causa jurídica que o justifique.<sup>48</sup>

Adota-se para tanto a denominação de enriquecimento sem causa, enriquecimento injustificado ou locupletamento indevido, onde o elemento "causa" deve ser entendido e utilizado como inexistência de contraprestação a uma vantagem experimentada, prescindindo, para sua caracterização, do elemento "licitude", onde em princípio se adentraria na seara da responsabilidade civil. Tal distinção terminológica se faz necessária para propiciar a aplicação acertada dos diferentes institutos jurídicos, segundo José Eduardo da Rocha Frota.<sup>49</sup> Importante ressaltar também que a expressão "enriquecimento ilícito", além de retratar um comportamento ilegal, está ligado, pelo Direito Administrativo Brasileiro, aos atos de improbidade administrativa, abrangidos pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, cujo tema não será objeto de apreciação neste estudo. O art. 9º da referida lei elenca os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito.

Giovanni Ettore Nanni<sup>50</sup> consigna que o enriquecimento ilícito é um instituto totalmente distinto, originando de hipóteses diversas, submetido a remédios diferenciados em que a Administração Pública ou entidades afins figura como destinatária da restituição. Não se deve confundir o instituto do enriquecimento sem causa, cuja noção de "causa" deve ser compreendida como ausência de contraprestação, com o instituto do enriquecimento ilícito, onde para sua caracterização se requer uma causa, que é a ação ou omissão voluntária do agente. Embora a denominação tradicional do instituto seja enriquecimento sem causa, entende-se que não há qualquer impedimento no uso de expressões sinônimas como enriquecimento injusto, enriquecimento injustificado, enriquecimento indevido. A nomenclatura adotada pelo Código Civil de 2002 (arts. 884 a 886), foi enriquecimento sem causa, como sendo a vantagem ocorrida em benefício de uma pessoa sem a devida contraprestação e conclui Nanni <sup>51</sup> no sentido de que as expressões atribuição injusta, injustificada, indevida, indébita, ilegítima, obtida à custa alheia, são todas sinônimas, não permitindo dúvidas quanto à identificação e ao alcance do instituto.<sup>52</sup>

Passa-se doravante à análise dos fundamentos jurídicos do instituto. Quanto aos fundamentos remotos do enriquecimento sem causa têm-se os princípios gerais, a equidade, a moral, a justiça, que segundo Agostinho Alvim <sup>53</sup>, tais indagações

<sup>48</sup> GOMES, Júlio Manuel Vieira Gomes. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Coimbra: Editora Porto, 1998. p. 222-223. MUÑOZ, Martín Orozco. *El enriquecimiento injustificado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015. p.25.

<sup>49</sup> FROTA, José Eduardo da Rocha. *Ação de enriquecimento sem causa*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, out./dez. 1984, p. 58 e 59.

<sup>50</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento Sem Causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 119-121.

<sup>51</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento Sem Causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 124.

<sup>52</sup> PAES, Pedro. *Introdução ao Estudo do Enriquecimento sem Causa*. São Paulo: Vaner Bicego-Gráfica São Jorge, 1975. p. 50.

<sup>53</sup> ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, maio de 1957.p. 11.

acusam o suplício de que padecem os juristas filósofos, preocupados em emprestar a uma ciência metafísica o grau de precisão de uma ciência física, acrescentando o fato de que um fundamento não necessariamente excluiria outro, mas concluindo que, segundo seu entendimento, o fundamento mais diretamente relacionado com a condenação do enriquecimento, esteja ela expressa, ou simplesmente latente no ordenamento, seria a Moral, consoante Fernando Noronha.<sup>54</sup> Quanto ao fundamento próximo (fundamento do pedido), entende-se o enriquecimento sem causa em sentido estrito, ou seja, a *actio de in rem verso* ou ação de enriquecimento.

## 5. Objeto e pressupostos da ação restitutória (*actio de in rem verso*)

Tendo sido configurado o enriquecimento sem causa, nasce para o enriquecido a obrigação de devolver a coisa determinada ou restituir todo o valor obtido à custa de outrem, valor este também denominado para alguns doutrinadores de lucro da intervenção. O empobrecido pode fazer uso da ação de enriquecimento, reconhecida historicamente como *actio de in rem verso*, objetivando restabelecer o equilíbrio patrimonial, consoante Fernando Noronha.<sup>55</sup> Trata-se de ação de natureza pessoal, a ser exercida em situações previstas nos arts. 884 a 886 do Código Civil, no qual se busca o direito à remoção do enriquecimento sem causa pelo empobrecido ou seus herdeiros (legitimado ativo) em face do enriquecido (legitimado passivo), cujo objeto (prestação) consistente na restituição do lucro da intervenção, ou seja, do indevidamente auferido pelo enriquecido, advindo de uma determinada realidade fática. O prazo prescricional da ação de enriquecimento é de três anos, como previsto no art. 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil, conforme ensina Maria Candida do Amaral Kroetz.<sup>56</sup>

A expressão "indevidamente auferido", contida na primeira parte do art. 884 do Código Civil, corresponde ao valor do enriquecimento obtido, que será melhor esmiuçado quando da análise dos pressupostos da referida ação, notadamente no tocante ao enriquecimento real e patrimonial. Já a expressão "feita a atualização dos valores monetários", era prescindível, à medida que o dever de restituição o indevidamente auferido deve ser dar em sua integralidade. O parágrafo único prevê que, se for possível, a restituição dar-se-á por meio da devolução *in natura*, caso o objeto seja coisa determinada ou, se não for impossível por se revelar onerosa ou inviável, far-se-á pelo valor equivalente do bem à época da exigência.

Diante do art. 885 do Código Civil, houve uma ampliação do dispositivo, ao prever que a restituição é devida não só quando inexistir causa capaz de justificar o enriquecimento, como em casos em que, embora tivesse havido, esta deixou de

---

<sup>54</sup> NORONHA, Fernando. *Enriquecimento Sem Causa*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, abr./jun., 1991, p. 56.

<sup>55</sup> "O direito à remoção do enriquecimento sem causa é tutelado através da tradicionalmente chamada ação de *in rem verso* (expressão intraduzível; à letra, seria "ação de versão da coisa", que no Direito Romano era a adequada para reclamar restituições de coisas ou valores); poderemos chamá-la também de ação de enriquecimento sem causa" (NORONHA, Fernando. Ob. cit. p. 64).

<sup>56</sup> KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Curitiba. 2005. Disponível em: <[https://www.ucc.ie/law/restitution/archive/brazil/Enriquecimento\\_sem\\_causa.pdf](https://www.ucc.ie/law/restitution/archive/brazil/Enriquecimento_sem_causa.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2017, p. 122.

existir, como coloca Adriano Pugliesi Leite<sup>57</sup>, e numa situação como essa, em tese, a parte poderia fazer uso do instituto para reaver eventual transferência de patrimônio à outra parte. Esta regra prevista no art. 885 é idêntica a prevista no art. 812 do Código Civil alemão e ao art. 474 do Código Civil italiano. Nos termos do art. 884 do Código Civil, somente quando verificada a reunião dos seguintes pressupostos, quais sejam, a existência de um enriquecimento, a obtenção desse enriquecimento à custa de outrem, o nexo de causalidade e a ausência de causa justificativa para o enriquecimento, ser-lhe-á possível a restituição por enriquecimento sem causa, segundo Luís Manuel Teles de Menezes Leitão.<sup>58</sup> A questão da subsidiariedade é digna de relevo. Além desses requisitos acima mencionados há autores, como Fernando Noronha<sup>59</sup>, que acrescenta mais dois pressupostos restritivos ou negativos, quais sejam, que não exista outro meio jurídico, além da ação *de in rem verso*, de o prejudicado obter a devida restituição e que o enriquecimento não tenha por base um negócio lícito, celebrado entre o enriquecido e "empobrecido" com ofensa da lei, da ordem pública e dos bons costumes.

O enriquecimento é o requisito essencial e indispensável para a caracterização do instituto do enriquecimento sem causa. Trata-se de um conceito econômico, que deve ser entendido em seu sentido amplo, abarcando o proveito obtido por meio de um aumento patrimonial; de uma diminuição evitada e até mesmo por vantagens não patrimoniais desde que mensuráveis em dinheiro.<sup>60</sup> O enriquecimento vedado é o identificado com ausência de causa, desprovido de justificativa jurídica para o benefício. A doutrina observa que são possíveis duas concepções de enriquecimento: o *enriquecimento real*, correspondente à vantagem propriamente dita, ou seja, ao valor objetivo e autônomo da vantagem adquirida e o do *enriquecimento patrimonial*, que se exprime pela diferença produzida na esfera econômica do enriquecido, resultante da comparação entre a situação efetiva (situação real) e aquela em que se encontraria se a deslocação se não houvesse verificado (situação hipotética).<sup>61</sup> Tal distinção está vinculada à questão relativa a determinação do valor do enriquecimento, que pode variar de acordo com a concepção de enriquecimento adotada, se a real ou patrimonial. A doutrina majoritária, dentre os quais se filia Diogo Leite Campos<sup>62</sup>, defende que somente a concepção do enriquecimento patrimonial permitiria que o enriquecimento sem causa realizasse sua função precípua de remoção do enriquecimento do patrimônio

---

<sup>57</sup> LEITE, Adriano Pugliesi. *O enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo. 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8344>>. Acesso em: 25 de março de 2017. p. 82-83.

<sup>58</sup> "O problema, no entanto, é serem tais pressupostos tão amplos e genéricos que possibilitaria uma aplicação indiscriminada dessa cláusula geral, colocando em causa a aplicação de uma série de outras regras de Direito positivo patrimonial. Por esse motivo, o legislador brasileiro decidiu consagrar expressamente, no art. 886, a denominada 'subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa', determinando que não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meio de ser ressarcir do prejuízo sofrido" (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro*. Revista CEJ. Brasília, n. 25, abr./jun. 2004. p. 25).

<sup>59</sup> NORONHA, Fernando. op.cit., p. 64.

<sup>60</sup> ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 173, set./out. 1957. p. 57.

<sup>61</sup> KROETZ, Maria Candida do Amaral. Ob. cit. p. 80 e p. 114.

<sup>62</sup> CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. Ob. cit., p. 261.

do beneficiado, já que a concepção real, adotada para todo e qualquer caso, inviabilizaria o enriquecimento sem causa como ferramenta para solucionar o problema do lucro da intervenção.

Fernando Noronha <sup>63</sup> classifica ainda o enriquecimento em direto ou imediato, que se daria quando o aumento do patrimônio de uma pessoa fosse obtido sem intermediários, à custa de bens e direitos da própria pessoa prejudicada e, enriquecimento indireto, quando existissem duas transmissões sucessivas do valor econômico, primeiro do patrimônio do empobrecido para o de um intermediário e, depois deste, para o beneficiado (terceiro estranho à relação jurídica originária, com a qual se operou a deslocação em prejuízo do 'empobrecido'). Entretanto, defende que o enriquecimento indireto somente seria admitido a título excepcional, sendo necessário, para tanto, a reunião de duas condições, quais sejam, que o enriquecimento houvesse sido obtido a título gratuito e que o intermediário, devedor do empobrecido, estivesse insolvente.

Entende de forma diversa Adriano Pugliese Leite <sup>64</sup> ao afirmar que, com relação à possibilidade de uso da ação de enriquecimento contra terceiro, embora exista discussão doutrinária, o art. 884 do Código Civil, impõe o dever de restituição àquele que se enriquecer sem justa causa à custa de outrem (enriquecido), e não a um terceiro. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão <sup>65</sup> defendendo a doutrina de divisão do instituto para melhor subsunção, distingue no âmbito do enriquecimento sem causa as seguintes situações: o enriquecimento por prestação, o enriquecimento por intervenção, o enriquecimento por despesas realizadas em benefício outrem e o enriquecimento por desconsideração de um patrimônio intermédio. É correto o entendimento de Sérgio Savi<sup>66</sup> ao afirmar que "para a configuração do enriquecimento sem causa, deve-se verificar se há enriquecimento patrimonial. Contudo, o fato de se entender que o enriquecimento patrimonial (ou subjetivo) integra o suporte fático necessário à pretensão de restituição, não implica em dizer que o enriquecimento patrimonial será *sempre* utilizado como critério para a quantificação do valor a ser restituído, que poderá variar de acordo com o caso concreto", conforme se verá no tópico referente à fixação do montante da restituição.

A ocorrência do enriquecimento à custa de outrem, ou melhor dizendo, do empobrecimento alheio, é outro pressuposto para a configuração do enriquecimento sem causa. Consiste no deslocamento de valores de um patrimônio para outro; numa diminuição efetiva do patrimônio ou no fato de ter sido impedido o seu aumento, em simetria com o que ocorre com o enriquecimento, uma vez que se verifica que tanto o conceito de enriquecimento como o de empobrecimento são muito amplos, pondera Martín Orozco Muñoz.<sup>67</sup>

Não mais vigora o entendimento da doutrina clássica, como fora concebido pela doutrina e jurisprudência francesa, que o restringia ao empobrecimento patrimonial, ou seja, onde a obtenção de vantagem de alguém à custa de outra se

<sup>63</sup> NORONHA, Fernando. Ob. cit. p.62-63 e 75.

<sup>64</sup> LEITE, Adriano Pugliesi. Ob. cit. p. 87.

<sup>65</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Ob. cit. p. 28.

<sup>66</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa - O Lucro da Intervenção*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 60.

<sup>67</sup> MUÑOZ, Martín Orozco. Ob. cit. p. 113.

exprimiam no correlato empobrecimento do patrimônio do lesado. Ensina Agostinho Alvim<sup>68</sup> não ser necessário que o patrimônio do empobrecido registre propriamente uma baixa de valor, que pode não existir em algumas hipóteses de configuração do instituto, como por exemplo, no caso de serviços prestados, sentido no qual igualmente se posiciona Giovanni Ettore Nanni.<sup>69</sup> Sergio Savi<sup>70</sup> esclarece que, como o lucro da intervenção muitas vezes surge em hipóteses em que o ato do interventor não causa danos ao titular do direito, caso se entenda que a expressão "à custa de outrem" exija que algo efetivamente saia do patrimônio do titular do direito para o do enriquecido, os problemas relacionados ao lucro da intervenção continuariam sem solução, pois, ao contrário dos adeptos da teoria do deslocamento patrimonial, esse requisito deve ser entendido como "a imputação que justifica que alguém tenha que restituir o enriquecimento que se gerou no seu patrimônio" e não um empobrecimento concomitante em relação ao enriquecimento.<sup>71</sup>

O art. 884 do CC não dispõe expressamente sobre a necessidade do empobrecimento, na medida em que determina que o enriquecimento suscetível de restituição é aquele operado "à custa de outrem". Esse entendimento, inclusive, foi reproduzido no Enunciado nº 35 na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, que reza: "A expressão 'se enriquecer à custa de outrem' do art. 884 do Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento."<sup>72</sup> A função específica do enriquecimento sem causa não é solucionar o problema do dano eventualmente verificado no patrimônio do titular do direito, questão afeta à responsabilidade civil, mas sim visa extrair do patrimônio do enriquecido o que foi indevidamente acrescido, como melhor se adentrará no capítulo seguinte.

O nexos de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento é o terceiro elemento que tradicionalmente se impõe para a caracterização do enriquecimento sem causa. Há divergência na doutrina quanto ao nexos causal,

---

<sup>68</sup> "Vem daí o dizer-se que o empobrecimento é requisito que excepcionalmente pode faltar; ou então devemos dar ao termo um sentido que foge ao conceito que ele tem na teoria do patrimônio. Este é o caso de quem deu uma preciosa informação, ou prestou um serviço de grande valia para o enriquecimento, mas que nada custou a quem o fez, a não ser uma mínima perda de tempo" (ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, maio de 1957. p. 21).

<sup>69</sup> "Em variadas vicissitudes, inclusive de vantagem obtida não patrimonial, o empobrecimento pode não ser configurado de forma concreta no patrimônio do empobrecido, mas, de qualquer forma, fica tipificado o enriquecimento sem causa. Nessas circunstâncias, negar a utilização da ação de enriquecimento pela ausência do requisito do empobrecimento significaria obnubilar a segurança jurídica que representa o acolhimento do enriquecimento sem causa na nova ordem civil" (NANNI, Giovanni Ettore. Ob. cit. p.276).

<sup>70</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa - O Lucro da Intervenção*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 61.

<sup>71</sup> "O deslocamento patrimonial é um conceito inidôneo quando diante de enriquecimento por intromissão na esfera jurídica alheia e que, das duas uma, ou o empobrecimento é um requisito que pode excepcionalmente faltar para a configuração do enriquecimento sem causa, ou tal requisito deverá ser lido como proposto acima, mediante a utilização da teoria do conteúdo de destinação dos bens" (SAVI, Sérgio. Ob. cit. p. 102).

<sup>72</sup> I Jornada de Direito Civil; Obrigações e Contratos; Código Civil de 2002 - Lei n. 10.406/2002 ART: 884. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

notadamente nas hipóteses em que não se constata a ocorrência de um empobrecimento efetivo. Tanto é assim que Maria Candida do Amaral Kroetz<sup>73</sup>, aderindo à posição de José Antonio Alvarez-Caperochipi, refuta o nexo de causalidade entre o enriquecimento e empobrecimento como requisito do enriquecimento sem causa, ao fundamentar que essa exigência seria um resquício das analogias entre os institutos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil, asseverando que, como a dinâmica do enriquecimento sem causa não inclui qualquer ideia de culpa, não haveria que se falar em nexo causal. Deve-se entender o liame não necessariamente entre enriquecimento/empobrecimento, mas sim entre o enriquecimento e o empobrecimento em relação a um fato específico, consoante Adriano Pugliesi Leite<sup>74</sup> e Agostinho Alvim.<sup>75</sup> O art. 884 do Código Civil estabelece a necessidade de um liame causal entre aquele que, sem justa causa, se enriquecer a custa de outrem e o empobrecido ou com o fato específico que ocasionou esse enriquecimento.

É preciso, ainda, que se esteja diante da ausência de causa justificativa para o enriquecimento. Trata-se de um pressuposto controvertido, na medida em que o termo "causa" possui diversas acepções no Direito. A confusão por vezes é feita a respeito da teoria da causa como um elemento do contrato com o próprio enriquecimento sem causa, como elucida Giovanni Ettore Nanni.<sup>76</sup> Maria Candida do Amaral Kroetz<sup>77</sup> adverte que a presença ou ausência de uma causa ou justificativa para um determinado enriquecimento é uma questão cuja solução não se encontra no âmbito do enriquecimento sem causa, devendo, para tanto, se considerar o ordenamento jurídico como um todo sistemático. Ensina Agostinho Alvim<sup>78</sup> que, dentro da teoria do enriquecimento injustificado, a palavra 'causa', tem exatamente a acepção de contraprestação, emprestada pela doutrina francesa e acrescenta: "*Causa, portanto, é aquilo que pode explicar o enriquecimento; é a contrapartida. Se não há causa, ou se a causa não é justa, o enriquecimento está condenado*". Havendo justa causa, a ação deixa de ser viável, como são os casos autorizados por lei — como a prescrição extintiva e também aquisitiva (usucapião), a impossibilidade de anulação por ato de lesão, quando a própria lei exige determinado rigor, como a exigência de prova documental para a demonstração de certos atos e, outras vezes, não há razões imperiosas que se prendem à economia de um ou outro instituto ou em um contrato (p. ex.: contrato de seguro), ou ainda

---

<sup>73</sup> ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa*, 3ª ed., Gradana: Editorial Comares, 1993, p. 93. In: KROETZ, Maria Candida do Amaral. Ob. cit. p. 96.

<sup>74</sup> "Um exemplo seria o do empobrecido que presta um serviço ao enriquecido, mas não recebe a contraprestação. Não existe propriamente um liame com o empobrecimento, já que este não existiu, mas com o fato de falta de contraprestação ao serviço prestado, que gerou o enriquecimento e o empobrecimento injustificados. O fato de não haver contraprestação gerou o enriquecimento de uma parte e o empobrecimento da outra". LEITE, Adriano Pugliesi. Ob. cit. p. 91.

<sup>75</sup> ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, maio de 1957. p. 23.

<sup>76</sup> [...] O conceito de ausência de justa causa para subsidiar o exercício da ação de enriquecimento seria extraído da noção de causa como atribuição patrimonial, a qual, por sua vez, é distinta da causa como elemento integrante do negócio jurídico" (NANNI, Giovanni Ettore. Ob. cit. p. 284 e 286).

<sup>77</sup> KROETZ, Maria Candida do Amaral. Ob. cit. p. 93.

<sup>78</sup> ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, maio de 1957. pp. 25-27.

num fato originado da outra parte. Como dispõe o art. 885 do Código Civil, a restituição advinda da ação de enriquecimento sem causa também será devida quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também quando esta deixou de existir, o que vem a demonstrar o quão vasto é o campo de atuação dessa ação.

Ainda, é preciso analisar a *subsidiariedade* da ação de enriquecimento sem causa. O conceito de subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa, entendida como a vedação de exercê-la quando existam outros meios legais contra o enriquecido, instituindo essa ação como medida de exceção, teve origem no direito francês. Por não conter qualquer referência específica ao enriquecimento sem causa no Código de Napoleão, situação que perdura até os dias atuais, e temendo que esse instituto de origem jurisprudencial suplantasse as demais ações previstas em lei, limitou-se a utilização desse instituto somente a algumas situações, por meio da consagração de mais um "requisito" sob o nome de caráter subsidiário, segundo lição de Fernando Noronha.<sup>79</sup> Essa tendência foi seguida por diversos outros códigos estrangeiros como o art. 474 do Código Civil português e art. 2.042 do Código Civil italiano; diferentemente do Código Civil alemão (BGB) onde subexiste a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa a situações genéricas, sem o caráter expresso da subsidiariedade.

Baseado no direito francês, o art. 886 do Código Civil brasileiro estipulou o caráter subsidiário da ação de enriquecimento sem causa ao dispor que não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido. Todavia, o surgimento deste "requisito" foi criticado pela doutrina, sendo que muitos civilistas contestam tal requisito e outros abstêm-se de mencioná-lo, por entenderem ser prescindível, já que não fora concebido de forma cuidadosa, mas por mera causalidade histórica, como destaca Giovanni Ettore Nanni.<sup>80</sup> Diante da previsão da subsidiariedade no Código Civil brasileiro, faz-se necessária sua análise e alcance. Agostinho Alvim<sup>81</sup>, com posição tradicional, elucida que quando a lei não cogita do caso, nem de um modo nem de outro, e a figura do enriquecimento se aperfeiçoa, então é que surge a ação de enriquecimento, por isso mesmo com caráter subsidiário. Essa análise não é feita de forma abstrata, mas de acordo com o caso concreto, de modo que dependendo da circunstância, não há como negar a aplicabilidade da ação de enriquecimento sem causa, visto que a subsidiariedade não merece uma interpretação tão restritiva. Conclui Agostinho Alvim<sup>82</sup> que isto não quer dizer que se alguém, dispondo de outra ação, propuser a de enriquecimento, deva ser repellido.

Segundo Adriano Pugliesi Leite<sup>83</sup>, é necessário diferenciar o que se entende por subsidiariedade de forma abstrata e subsidiariedade de forma concreta, sendo a primeira a mera existência de previsão de outro meio para a correção do enriquecimento que poderia acarretar a impossibilidade de utilização da ação de enriquecimento e a segunda (concreta), que deve levar em conta as

---

<sup>79</sup>NORONHA, Fernando. Ob. cit. p. 70.

<sup>80</sup>NANNI, Giovanni Ettore. Ob. cit. p. 295.

<sup>81</sup>ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, maio de 1957, p. 33.

<sup>82</sup>Ibid., mesma página.

<sup>83</sup>LEITE, Adriano Pugliesi. Ob. cit. p. 99.

particularidades da questão objeto da controvérsia e a possibilidade de outros meios para o empobrecido recompor-se da perda. A análise deve se dar de forma concreta, sob pena de esvaziar-se completamente o instituto, devendo, para que isso não ocorra, averiguar a existência de utilidade em situações determinadas, em que não caberia outra solução, que não fosse a aplicação do enriquecimento sem causa. Nesse sentido, o Enunciado nº 36 na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, que dispõe: "O art. 886 do Código Civil não exclui o direito à restituição do que foi objeto de enriquecimento sem causa nos casos em que os meios alternativos conferidos ao lesado encontram obstáculos de fato."<sup>84</sup> Note-se, contudo, que no que tange a prescrição e caducidade, estas seriam hipóteses em que se justificaria o princípio da subsidiariedade, já que o demandante não poderia fazer uso da aplicação subsidiária do instituto do enriquecimento sem causa com o objetivo de fraudar a lei, como, por exemplo, no caso de ter operado a prescrição por sua culpa, por não ter exercitado seu direito de propor a ação correta, oportunamente, de modo que não poderia agora o demandante querer fazer uso da ação restitutória, como adverte Giovanni Ettore Nanni.<sup>85</sup>

Na jurisprudência, reina nebulosidade quanto aos limites de cada um dos institutos, possibilitando a utilização equivocada da responsabilidade civil para solucionar questões afetas ao instituto do enriquecimento sem causa. Inúmeros são os exemplos pela jurisprudência nacional, que fazem menção ao instituto do enriquecimento sem causa como critério limitador do valor da indenização devida a título de danos morais.<sup>86</sup> O Colendo Superior Tribunal de Justiça firma precedentes de relevo<sup>87</sup>, assim como Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.<sup>88</sup> É reconhecida a semelhança dos dois institutos do enriquecimento sem causa e responsabilidade sem divisar-se concretamente as distinções. O enriquecimento sem causa é mencionado por vezes para justificar a indenização, assim se observando em violação de direito de imagem<sup>89</sup>. O enriquecimento sem causa ainda não se encontra sistematizado de maneira adequada, à medida que é empregada a

---

<sup>84</sup> I Jornada de Direito Civil; Obrigações e Contratos; Código Civil de 2002 - Lei n. 10.406/2002 ART: 886. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

<sup>85</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Ob. cit. p. 303.

<sup>86</sup> SAVI, Sérgio. Ob cit. p. 53.

<sup>87</sup> STJ, REsp 333.217/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 06/08/2002, DJ 16/09/2002, p. 191; REsp 280.219/SE, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2001, DJ 27/08/2001, p. 330; AgRg no Ag 979.631/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 19/10/2009; REsp 768437/PA, QUARTA TURMA, DJ 28/05/2007; REsp 826406/RJ, QUARTA TURMA, DJ 15/05/2006; REsp 702895/MS, QUARTA TURMA, DJ 13/03/2006; REsp 1122955/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 14/10/2009.

<sup>88</sup> TJSP, Relator: Walter Fonseca; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/06/2017; Data de registro: 14/06/2017; Relator(a): Fábio Podestá; Comarca: Itapevi; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/06/2017; Data de registro: 14/06/2017; Relator(a): Renato Rangel Desinano; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/06/2017; Data de registro: 14/06/2017.

<sup>89</sup> SAVI, Sérgio. Ob cit. p. 50-51.

expressão de forma imprópria, pela jurisprudência maciça, em casos típicos de responsabilidade civil.<sup>90</sup>

### Proposições conclusivas

O presente estudo visa demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo dispõe de mecanismo adequado para resolver conflitos decorrentes de deslocamentos patrimoniais realizados sem justa causa, por meio do instituto do enriquecimento sem causa. Pelo fato do Código Civil de 1916 não ter disciplinado o enriquecimento sem causa, o reconhecimento do tema como um instituto autônomo restou bastante prejudicado, atuando basicamente como princípio informador do direito obrigacional brasileiro, de modo que foi com a promulgação do Código Civil de 2002 que houve a introdução definitiva no ordenamento jurídico brasileiro da vedação ao enriquecimento sem causa, não só como Princípio (cláusula geral de direito), como também fonte autônoma de obrigação. O enriquecimento sem causa como Princípio geral de direito (cláusula geral) encontra fundamento em preceitos constitucionais consagrados pelos Princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social, da liberdade, da livre iniciativa, da solidariedade, que se irradiam para o direito civil, por meio do fenômeno da "constitucionalização do direito civil", a fim de restabelecer a proporcionalidade, o equilíbrio e a justiça.

O enriquecimento sem causa foi expressamente disciplinado pelos arts. 884 a 886 do Código Civil, dentre as fontes de obrigações por declaração unilateral de vontade e, embora bastante criticada essa inserção pela doutrina por gerar conflito conceitual, foi dado o reconhecimento como fonte autônoma de obrigações, com aplicação do referido instituto a todo o direito das obrigações. A expressão "enriquecimento sem causa" deve ser diferenciada de "enriquecimento ilícito", pois este último, além de retratar um comportamento ilegal, está ligado, pelo Direito Administrativo Brasileiro, aos atos de improbidade administrativa, previstos no art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Não se deve confundir o instituto do enriquecimento sem causa, cuja noção de "causa" deve ser compreendida como ausência de contraprestação, com o instituto do enriquecimento ilícito, onde para sua caracterização se requer uma causa, que é a ação ou omissão voluntária do agente. A denominação tradicional do instituto é enriquecimento sem causa, porém entende-se que não há qualquer impedimento no uso de expressões sinônimas como enriquecimento injusto, enriquecimento injustificado, enriquecimento indevido.

A ação restitutória, ou ação de enriquecimento, reconhecida historicamente como *actio de in rem verso*, é uma ação pessoal que objetiva restabelecer o equilíbrio patrimonial, a ser exercida em situações previstas nos arts. 884 a 886 do Código Civil, no qual se busca o direito à remoção do enriquecimento sem causa pelo empobrecido ou seus herdeiros (legitimado ativo) em face do enriquecido (legitimado passivo), cujo objeto (prestação) consiste na obrigação de devolver a

---

<sup>90</sup> STJ, REsp 45.305/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/1999, DJ 25/10/1999, p. 83. REsp 74.473/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23/02/1999, DJ 21/06/1999, p. 157; REsp 267.529/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/10/2000, DJ 18/12/2000, p. 208.

coisa determinada ou restituir todo o valor obtido à custa de outrem, valor este também denominado para alguns doutrinadores de lucro da intervenção, ou seja, do indevidamente auferido pelo enriquecido, advindo de uma determinada realidade fática. O prazo prescricional da ação de enriquecimento é de três anos, como previsto no art. 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil.

Os elementos caracterizadores do enriquecimento sem causa, tradicionalmente apontados pela doutrina, capazes de gerar a obrigação de restituição são: a) enriquecimento; b) enriquecimento à custa de outrem (empobrecimento); c) nexos de causalidade e d) ausência de causa justificativa para o enriquecimento. O enriquecimento é o requisito essencial e indispensável para a caracterização do instituto do enriquecimento sem causa. Trata-se de um conceito econômico, que deve ser entendido em seu sentido amplo, abarcando o proveito obtido por meio de um aumento patrimonial; de uma diminuição evitada e até mesmo por vantagens não patrimoniais desde que mensuráveis em dinheiro. O empobrecimento alheio, ou a ocorrência do enriquecimento à custa de outrem, é outro pressuposto para a configuração do enriquecimento sem causa. Consiste no deslocamento de valores de um patrimônio para outro; numa diminuição efetiva do patrimônio ou no fato de ter sido impedido o seu aumento, em simetria com o que ocorre com o enriquecimento, uma vez que se verifica que tanto o conceito de enriquecimento como empobrecimento são muito amplos. Todavia, não mais vigora o entendimento da doutrina clássica, onde a obtenção da vantagem de alguém à custa de outrem se exprime no correlato empobrecimento do patrimônio do lesado, de modo que, dependendo do caso, tal requisito pode ser dispensado. O nexo de causalidade é o terceiro elemento que se impõe para a caracterização do enriquecimento sem causa e estabelece a necessidade de um liame causal entre aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem e o empobrecido com o fato específico que ocasionou esse enriquecimento. O quarto elemento é a ausência de justa causa, ou seja, a restituição advinda da ação de enriquecimento sem causa é devida quando não tenha havido fundamento no enriquecimento proporcionado ao enriquecido e também quando esta deixou de existir, demonstrando o quão vasto é o campo de atuação desta ação (art. 885 do Código Civil).

A subsidiariedade prevista no art. 886 do Código Civil, cuja origem foi baseada no direito francês, entendida como a vedação de exercer a ação de enriquecimento sem causa quando existirem outros meios legais contra o enriquecido, deve ser interpretada de acordo com o caso concreto, não merecendo ser tão restritiva, uma vez que a *ratio* da referida norma não é a concorrência com outra ação, mas sim impedir que haja violação ou fraude à lei, sob pena de se esvaziar inteiramente o instituto. Diante da proximidade que os institutos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil podem experimentar ao se analisar determinados casos concretos, necessário que não se faça confusão entre tais institutos, uma vez que se trata de diferentes pretensões, ou seja, a restitutória e a indenizatória.

A responsabilidade civil pressupõe ato ilícito e dano. A ação de responsabilidade civil visa à reposição ao estado anterior do patrimônio lesado (*statu quo ante*), tendo-se como eixo principal a culpa e o princípio da responsabilidade civil baseia-se no princípio *neminem laedere*, no dever legal de

não lesar a outrem, no qual quem causa o dano, deve repará-lo. O enriquecimento sem causa prescinde do elemento licitude. A ação de enriquecimento sem causa visa à restituição da vantagem obtida pelo enriquecido, onde se tem como eixo principal a inexistência de causa. O termo 'causa' é utilizado na acepção de contraprestação a uma vantagem experimentada e o princípio que fundamenta a vedação do enriquecimento indevido assenta-se no princípio da justiça *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é devido. Não é possível admitir a interpretação extensiva do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, para justificar a majoração do *quantum* indenizatório, além da extensão do dano, a título de pena civil, inspirado nas *punitive damages* do direito norte-americano, uma vez que o sistema jurídico brasileiro exige a positividade (princípio da legalidade), bem como não pode justificar a utilização da equidade, em benefício da vítima, nos casos em que o lucro da intervenção seja superior ao dano causado.

Na jurisprudência brasileira, há nebulosidade ao extrapolar os limites de cada um dos institutos, possibilitando com isso a utilização equivocada da responsabilidade civil para solucionar questões afetas ao instituto do enriquecimento sem causa. O instituto do enriquecimento sem causa ainda não se encontra sistematizado de maneira adequada, na medida em que é empregada a expressão de forma imprópria, pela jurisprudência maciça, em casos típicos de responsabilidade civil. Assim sendo, o presente trabalho teve o intuito de apresentar os problemas de enquadramento dogmático envolvendo o instituto do enriquecimento sem causa a fim de projetar para o futuro ao menos um norte, proporcionando uma coletânea sobre o enriquecimento sem causa, para fornecer subsídios sobre este instituto jurídico de grande relevância para a solução de conflitos, capaz de propiciar a tão almejada justiça e pacificação social.

### Referências bibliográficas

ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 259, pp. 3-36, maio 1957.

ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. Rio de Janeiro, *Revista Forense*, v. 173, pp. 47-67, set./out. 1957.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1980. pp. 180-216.

AMORA, Fernanda Peres. *Atos Jurídicos Unilaterais e a Inaplicabilidade do Princípio do Contrato no Direito Brasileiro*. Curitiba: Monografia apresentada no curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, 2009.

Disponível em:

<<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31051/Fernanda%20Peres%20Amora.pdf?sequence=1>>.

BEVILAQUA, Clovis. *Theoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Editora Red Livros, 1999.

CAMPOS, Diego José Paredes Leite de. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Ed. RT, v. 560, pp. 259-266, jun. 1982.

CAMPOS, Diego José Paredes Leite de. **A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. O Novo Direito das Obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, pp. 108-124, 2004.

CAPUCHO, Fábio Jun. Considerações sobre o enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. v. 4, n. 16, pp. 9-27, out./dez. 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. Danos morais impróprios na responsabilidade dos bancos. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade Civil Bancária**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. pp.163-182.

CORREIA, Jadson Dias. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 3, n. 25, 24 jun.1998. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/675>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/105070753/Virgilio-Afonso-da-Silva-Principios>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

DELGADO, José Augusto. *A Ética e a Boa-fé no Novo Código Civil*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2004. p. 169-204. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/3202>>. Acesso em: 6 dez. 2011.

DINIZ, Davi Monteiro. **Da Obrigação de Restituir por Enriquecimento sem Causa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

FROTA, José Eduardo da Rocha. Ação de enriquecimento sem causa. **Revista de Processo**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 36, pp. 43-78, out./dez. 1984.

GARBI, Carlos Alberto. **A Intervenção Judicial no Contrato em face do Princípio da Integridade da Prestação e da Cláusula Geral da Boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa**. Porto: Coimbra Editora, 1998.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

GUERRA, Alexandre. **Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2016.

GUERRA, Alexandre. O Dano Moral Punitivo e a Indenização Social: A destinação de parte da indenização por danos morais punitivos em favor de instituições locais de beneficência, a critério judicial, como forma de evitar o enriquecimento ilícito da vítima. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade Civil Bancária**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. Curitiba. 2005. Disponível em:

<[https://www.ucc.ie/law/restitution/archive/brazil/Enriquecimento\\_sem\\_causa.pdf](https://www.ucc.ie/law/restitution/archive/brazil/Enriquecimento_sem_causa.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. **Revista CEJ**. Brasília, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004.

LEITE, Adriano Pugliesi. **O enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro**. São Paulo. 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8344>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

LUDWIG, Marcos de Campos. Fundamento e Delineamento da Pretensão Restitutória: *Comparação entre a 'Condictio' Romana e o Direito Civil Brasileiro*. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, n. 4, set. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50492/31537>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 93, pp. 115-132, jan./dez. 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "Sistema em Construção" - As Cláusulas Gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 753, pp. 24-48, jul.1998.

MARTINS, Ricardo Marcondes. A natureza normativa dos princípios. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 6, n. 1, p. 225-258, 2005. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/284/277>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

MUÑOZ, Martín Orozco. **El enriquecimiento injustificado. Cizur Menor (Navarra)**: Aranzadi, 2015.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento Sem Causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NORONHA, Fernando. **Enriquecimento sem causa**. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 56, p. 51-

78, abr./jun. 1991.

NUNES, Rizzatto. **Manual da Monografia Jurídica**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Roque Antonio Mesquita de. Responsabilidade civil contratual e o Direito Norte-Americano. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

PAES, Pedro. *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*. São Paulo: Vaner Bicego-Gráfica São Jorge, 1975.

RÃO, Vicente. **Ato jurídico**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: obrigações**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2015. v. 2.

ROSENVALD, Nelson. A Função Social do Contrato. **Revista MPMG Jurídico**, Minas Gerais, ano II, n.9, p. 10-20, abr./maio/jun. 2007. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA942729E930142991C762E36AD>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012.

# **O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO DIREITO BRASILEIRO: É JUSTO O CREDOR SER INDENIZADO POR PREJUÍZOS QUE DEIXOU DE MITIGAR?**

**PAULO ARAUJO CHONG<sup>2</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Mitigação de danos: origem, recepção e fundamentos. 2. A mitigação no Direito brasileiro: *é justo o credor ser indenizado por prejuízos que deixou de mitigar?* 3. Requisitos para incidência da norma de mitigação. 4. O *duty to mitigate the loss* na jurisprudência brasileira. Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

## **Introdução**

O *duty to mitigate the loss* é um instituto do direito anglo-saxão utilizado como forma de limitação da indenização em decorrência do inadimplemento contratual, conhecido também como doutrina dos danos evitáveis. Foi vertido para o Português como “dever de mitigar os próprios prejuízos”, ou seja, diante de um inadimplemento, não pode o credor permanecer inerte e ver o aumento de seu prejuízo para, após, requerer a indenização do valor total, sem a exclusão dos danos evitáveis, quando havia medidas razoáveis que poderiam ter sido tomadas. A boa-fé objetiva ilumina a conduta das partes da relação obrigacional, exigindo-se um agir de forma leal e cooperativa, como parceiros contratuais com a finalidade de se chegar ao adimplemento. A boa-fé também deve estar presente diante do inadimplemento, a fim de que não se agrave ainda mais os prejuízos dele decorrentes. E nesse ponto entra o instituto da mitigação de danos. Diante da importância que o *duty to mitigate the loss* vem ganhando no direito brasileiro, o presente trabalho visa a tentar responder o seguinte questionamento: *é justo o credor ser indenizado por prejuízos que deixou de mitigar?* Além da pergunta acima, deve-se questionar: Houve a recepção do chamado dever de mitigar os próprios prejuízos? É realmente um “dever”? Qual o fundamento e os requisitos para tal recepção?

## **1. Mitigação de danos: origem, recepção e fundamentos**

A regra no direito contratual é o adimplemento da obrigação, sendo o inadimplemento a exceção. Nesses casos, o credor, vítima do inadimplemento, deverá tomar atitudes para que o seu prejuízo não seja agravado, sob pena de não ter direito à indenização pelos prejuízos que eram evitáveis com esforços

---

O ensaio que ora vem a público teve como origem a monografia de conclusão de Curso de Especialização em Direito Civil da Escola Paulista da Magistratura realizada no Núcleo Regional de Sorocaba, sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Dartanhan de Mello Guerra.

<sup>2</sup> Chefe de Seção Judiciário do 1º Ofício Cível da Comarca de Tatuí, exercendo a função de Oficial Maior. Bacharel em Direito pelo Instituto de Educação Superior de Boituva - FIB. Pós-graduado lato sensu em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura. Pós-graduando lato sensu em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura.

razoáveis. Isso é o que se denomina Teoria da Mitigação dos Próprios Prejuízos.<sup>3</sup> Para que haja a correta recepção desse instituto (ou sua ideia base) no direito brasileiro, necessário se faz traçar um breve panorama sobre a origem e os contornos da teoria da mitigação, ou como é tradicionalmente conhecida, *duty to mitigate the loss*, em países de tradição *common law* e de tradições romano-germânicas.

Não há como precisar com exatidão a origem da teoria da mitigação de danos, já que o seu desenvolvimento se deu de forma gradativa. É certo que essa teoria teve uma evolução maior no sistema *common law*, talvez principalmente em razão da forma de execução da obrigação inadimplida que, nesse sistema, é preferível a indenização à execução forçada.<sup>4</sup> A origem no direito anglo-saxão se dá em razão de a teoria da mitigação ter-se desenvolvido de forma mais clara nesse sistema, com seus requisitos próprios. Contudo, segundo José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins<sup>5</sup>, no direito romano já havia a ideia de a parte prejudicada evitar ou minimizar o seu prejuízo, com a noção de que a indenização, dependendo da atitude tomada, não poderia ser total. Eram situações dispostas no *Corpus Iuris Civilis* que, mesmo que implicitamente, traziam essa noção de mitigação, ainda baseada na ideia de limitação da responsabilidade e da culpa. Uma das situações trazidas pelo autor<sup>6</sup> (D.18.6.1), a qual mais se aproxima da norma de mitigação atual, mencionando, inclusive, ainda que de forma genérica, a boa-fé na venda do vinho.<sup>7</sup>

No direito romano, há indícios da mitigação em casos específicos e, mesmo que sem ter uma denominação própria, a preocupação com o comportamento leal e de boa-fé em determinadas situações, o que demonstra uma pequena *fumaça* do atual dever de cooperação. Maximiliano Rodríguez Fernández<sup>8</sup> reconhece que, embora o direito romano não tivesse reconhecido de forma plena o ônus da mitigação, nele foram assentadas as suas bases. Se no direito romano já era possível vislumbrar, mesmo que pontualmente, os requisitos da mitigação de danos, por que essa teoria não foi introduzida expressamente nos Códigos derivados

<sup>3</sup> A respeito, ver: KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 19.

<sup>4</sup> Cfr.: FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.19, n. 5, pp.109-119, jul./set. 2004, p. 112.

<sup>5</sup> MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro*. São Paulo: Verbatim, 2015.

<sup>6</sup> “Dispõe a norma que o vendedor poderá derramar o vinho caso esteja marcada uma data para a sua medição e isto não é feito. O derramamento, contudo, tem que ser feito na presença de testemunhas e com notificação prévia do comprador. É considerado louvável por parte do vendedor, no entanto, que o vinho não seja derramado e exigir uma compensação pelo uso dos barris, que seriam utilizados para outra atividade (como arrendamento) ou se teria que alugar outros por causa do seu uso. É, ainda, preferível que não derrame o vinho, alugando outras embarcações e não entregar o vinho enquanto o aluguel dos demais não é pago pelo comprador ou vender o vinho em boa-fé. Em outras palavras, fazer tudo sem prejudicar a si mesmo e diminuir o máximo possível a perda do comprador.” (MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Ob. cit., p. 29).

<sup>7</sup> MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Op. cit. p. 30 ss..

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ, Maximiliano Rodríguez. *Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos*. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n. 15, 2008. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rodriguez-fernandez.html>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

desse sistema? De acordo com Martins <sup>9</sup>, os ordenamentos com base no direito romano tiveram maior dificuldade em reconhecer o *duty to mitigate* como instituto autônomo ou decorrente da boa-fé em razão da falta de amplitude e repetição da regra da mitigação de danos.

O princípio da mitigação de danos, segundo Gustavo Kuleska<sup>10</sup> teve origem nos direitos internos tanto dos países da tradição romano-germânico quanto nos de tradição anglo-saxão, apesar de ter se desenvolvido de forma mais intensa no sistema *common law*. Christian Sahb<sup>11</sup> afirma ser inquestionável a aplicação da mitigação de danos no direito inglês e norte-americano, sendo bastante consolidada nesses países de tradição *common law*. Afirma ainda que a sua origem não é muito clara, a qual foi gradualmente desenvolvida pelos Tribunais.<sup>12</sup>

Como a preferência no *common law* é pela reparação de danos, e com a finalidade de manter um equilíbrio e justiça nas relações contratuais, houve a necessidade de impor limitações à indenização em razão do inadimplemento, quais sejam, imprevisibilidade, incerteza e evitabilidade (*avoidability*). A imprevisibilidade é a impossibilidade de se reparar os danos que não podiam ser previstos na formação do contrato. Também não serão reparados os danos que não possam ser comprovados através de provas com razoável certeza. Há a limitação de evitabilidade, objeto deste trabalho, também chamada de doutrina dos danos evitáveis.

As relações obrigacionais têm seu regular andamento, cujo fim é o seu adimplemento. Esse é o seu curso normal. Contudo, como regra de exceção, tem-se o inadimplemento da obrigação, o qual poderá gerar uma reparação de danos. Na reparação de danos, em primeiro lugar, necessita-se estabelecer quem é o responsável pela indenização e, uma vez definido, pergunta-se: entre todos os prejuízos sofridos pelo credor, quais devem ser suportados pelo devedor? Gustavo Kulesza<sup>13</sup> explica que embora seja diferente de acordo com o sistema jurídico, tem uma característica comum, qual seja, “[...] a imposição de limites à indenização do credor”, sendo a mitigação de danos um desses limites. Havendo o inadimplemento, a parte prejudicada pode simplesmente quedar-se inerte, mesmo sendo possível e através de medidas razoáveis, e deixar de agir para evitar ou, pelo menos, minimizar os prejuízos?

A questão da razoabilidade é fundamental para a aplicação da mitigação de danos, aliás, é “[...] o próprio núcleo da tutela jurídica” <sup>14</sup> se saber o que são medidas razoáveis, passando-se a analisar de que forma a razoabilidade é tratada pela doutrina e jurisprudência. *Como saber o que é razoável?* Diante de o termo ser excessivamente abstrato e a incerteza que ele traz, e para que a conceituação

---

<sup>9</sup> MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro*.

<sup>10</sup> KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*.

<sup>11</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>12</sup> Cfr. LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>13</sup> KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*, p. 122.

<sup>14</sup> Idem, p. 279.

de medidas razoáveis tenha papel central na mitigação de danos, já que possui contornos pouco definidos, não sendo possível, sem a análise do caso concreto, afirmar se uma medida é ou não razoável. Diante da importância de não perder o seu sentido de aplicação, é preciso que seja delimitado para se compreender o que seria uma medida razoável.

O conceito de medidas razoáveis não tem como ser definido *a priori*, sem a análise do caso concreto, já que, para se saber se a medida adotada pelo credor foi razoável, necessário se faz a análise das circunstâncias caso a caso.<sup>15</sup> Somente o caso concreto, diante de suas circunstâncias fáticas, é que pode definir os parâmetros das medidas razoáveis. No direito inglês e norte-americano, existe um modelo de referência, o curso ordinário dos negócios (*ordinary course of business*), o qual traça critérios para a apreciação da razoabilidade, verificando-se as medidas possíveis e disponíveis, sob a ótica do credor, no momento do inadimplemento.

A medida é razoável quando a conduta fosse economicamente eficaz ou útil, sendo consideradas medidas contrárias ao curso normal dos negócios aquelas que colocam o credor em riscos indevidos, como litígios complexos, que maculam sua reputação comercial, ônus indevidos ou sacrifício a bens e direitos.<sup>16</sup> Contudo, há situações em que a interrupção da prestação não será a melhor maneira de mitigar os prejuízos. Em determinadas hipóteses, sempre pautadas na razoabilidade e conforme a natureza do contrato, a conduta mais razoável será o término da obra, do serviço ou dos produtos, e sua venda a terceiros, cobrando apenas as perdas e danos pela diferença entre o valor obtido e o valor contratado.<sup>17</sup>

Para que possa ser realizada uma operação substitutiva, há a necessidade da existência de um mercado para aquele produto ou serviço, pois, sem isso, não há como o credor realizar tal operação se não há interessados no produto, ou se torna bem difícil executar um serviço, quando este é especializado.<sup>18</sup> É difícil a tarefa de se definir o que seria uma medida razoável, e somente caso a caso, analisando as circunstâncias concretas da situação e as características da pessoa, é que se poderá afirmar se a medida foi razoável ou não.

Embora a teoria da mitigação seja chamada tradicionalmente de dever de mitigar os próprios prejuízos, é unânime na doutrina e jurisprudência que não se trata de um dever propriamente dito, pois o seu descumprimento não gera, diretamente, um direito de ressarcimento em favor do devedor. No *common law*, a

---

<sup>15</sup> A respeito, ver: ZELLER, Bruno. *Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses (Art. 77) and the counterpart provisions of PECL (Art. 9:505)*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp77.html>>. Acesso em: 19 mar. 2017. Ainda: ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. *Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 7, pp. 119-146, abr./jun. 2016, p. 05.

<sup>16</sup> KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*.

<sup>17</sup> Rafael Villar afirma que, na mitigação de danos, “[...] a razoabilidade é o filtro pelo qual se analisa as medidas que o credor adotou, ou deveria ter idealmente adotado” (GAGLIARDI, Rafael Villar. *Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático*, p. 283).

<sup>18</sup> Christian Sahb explica que essa faceta da limitação da evitabilidade inspirou o dispositivo §2-704 do *Uniform Commercial Code*. As chamadas operações substitutivas (*cover* ou *substitute transaction*) é a principal forma de mitigação dos próprios prejuízos, ou seja, no seu aspecto da perda evitada, estes são evitados pela realização de operações substitutivas.

mitigação de danos “[...] funciona como um mecanismo que limita a indenização”<sup>19</sup>, ou seja, se o credor deixar de tomar medidas para a minimização dos danos, apenas não terá direito ao ressarcimento dos prejuízos que poderiam ter sido evitados.<sup>20</sup>

Havendo o inadimplemento, incumbirá ao credor a mitigação dos prejuízos, através de medidas possíveis e razoáveis. Mas quem deve arcar com as despesas com a mitigação e de quem é o ônus da prova? Christian Sahb<sup>21</sup> explica que, em razão de o objetivo da inevitabilidade ser evitar desperdícios e trazer maior eficiência ao mercado econômico, o *common law* traz dois fortes incentivos para que o credor realize as medidas mitigatórias: 1) se o credor quedar-se inerte não terá direito à indenização pelos prejuízos evitáveis; 2) terá direito ao ressarcimento das despesas realizadas no emprego da mitigação. Explica ainda que os gastos razoáveis com a mitigação deverão ser indenizados, ainda que tais medidas não tenham surtido o efeito desejado. Se o credor agiu de forma a mitigar os prejuízos, caso deseje que as despesas sejam ressarcidas, cabe a ele o ônus da prova das despesas realizadas com a mitigação.

## **2. A mitigação no direito brasileiro: é justo o credor ser indenizado por prejuízos que deixou de mitigar?**

Como definir o que é justo e o que é injusto? Tratar uma pessoa humana como se fosse um objeto, comercializá-la e escravizá-la é justo? A resposta seria a total injustiça em razão da degradação da dignidade da pessoa humana, pelo menos nos dias de hoje. Mas, e se voltasse ao tempo da escravidão, qual seria a resposta à mesma pergunta? Muitos diriam que era totalmente justo, mesmo porque era legal; outros (defensores da abolição) diriam que, apesar de legal, era totalmente injusto. Portanto, o senso de justiça é muito subjetivo, variando de acordo com ideal moral da sociedade da época, sua cultura etc., e justamente por isso a grande divergência de “justiça”<sup>22</sup> nos diversos países do mundo.<sup>23</sup>

A norma de mitigação de danos, como foi visto, foi desenvolvida gradativamente nas sociedades do sistema *common law*, e esse senso de justiça com certeza é o que impulsionou esse desenvolvimento, ou seja, a busca por uma

---

<sup>19</sup> COMINO, Tomas Barros Martins. *As Desventuras do Duty to Mitigate the Loss no Brasil: nascimento (emorte) de um brocardo*. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13610/Versao%20UPLOAD.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 out. 2016, p. 35.

<sup>20</sup> MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro*, p. 32. Ainda: LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*, p. 21; MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro*, p. 31.

<sup>21</sup> Ibidem; MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Op. cit., p. 54-55; KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*, p. 146.

<sup>22</sup> A respeito de justiça, ver: LEITE, Gisele. *A Tese de Hans Kelsen, a norma fundamental e o conceito de justiça*. Revista Bonijuris, v. XXVI, n. 609, pp. 26-34, ago. 2014, p. 30.

<sup>23</sup> Sobre o senso de justiça, ver: DIAS, Jean Carlos. O Conceito de justiça no anteprojeto do Código de Processo Civil: uma leitura de sua crise a partir da teoria de John Rawls. In: ADONIAS, Antônio; DIDIER JR, Fredie (Coords.). *O Projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos*. 2ª série. Salvador: Ed. JusPodivm, 2012, p. 424). Ainda: CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I; tomo I, p. 297.

sociedade justa e solidária. Contudo, em razão da subjetividade do termo “justo”, a pergunta que se deve fazer é outra: É *lícito* o credor ser indenizado por prejuízos que deixou de mitigar?

Diante do inadimplemento da obrigação, o credor (vítima do inadimplemento) pode quedar-se inerte, quando havia a possibilidade, mediante medidas razoáveis, e permitir o agravamento do próprio prejuízo e, após, requerer o ressarcimento total desses prejuízos, inclusive aqueles que poderiam ter sido evitados? Seria lícito no direito brasileiro? Isso é o que se tentará responder neste trabalho. Como a mitigação de danos tem sua origem e aplicação preponderante no direito contratual, apesar de haver outras aplicações fora da relação obrigacional, o foco principal será o decorrente do inadimplemento.

O instituto da mitigação é ainda recente no direito brasileiro, ganhando relevo com o artigo de Véra Maria Jacob de Fradera<sup>24</sup> intitulado *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* O artigo traça a rota para o estudo da mitigação no direito pátrio, servindo de incentivo para o aprofundamento da matéria pela doutrina e jurisprudência. O que propiciou a abertura para esse instituto foi a nova principiologia do Código Civil de 2002, traçando novos paradigmas para as relações privadas antes individualistas. Em especial, destacam-se os princípios da eticidade e da socialidade, os quais, juntamente com o princípio da operabilidade, foram, e ainda são, os fundamentos axiológicos do nosso Código Civil, ou seja, são as “diretrizes hermenêuticas”<sup>25</sup> das relações civis.

O instituto da mitigação de danos exige que o credor aja de boa-fé, cooperando com o seu parceiro contratual, mas também deve levar em conta a sua função social, evitando-se o desperdício econômico que a não observância da mitigação de danos traz à sociedade. Os princípios da eticidade e da socialidade estão intimamente relacionados com a mitigação de danos, servindo de fundamento axiológico para a recepção e aplicação desse instituto pelo nosso ordenamento. Não há dúvidas quanto à recepção do instituto pelo direito brasileiro, mas essa não é a questão. De que forma o instituto da mitigação deve ser recepcionado? A mitigação de danos foi recepcionada no direito estrangeiro de diversas formas e fundamentos, sendo que cada país tem a sua forma de adaptar o instituto à sua sociedade, chegando até a negar a aplicação do instituto (França).<sup>26</sup> Judith Martins-Costa explica que institutos de outros sistemas “[...] não são nunca *transplantáveis*, mas tão somente *acomodáveis por via de certas mutações e adaptações*.”<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?*

<sup>25</sup> REALE, Miguel. *Um artigo chave do Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2017; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016; SILVA, Suzana Ribeiro da. *A Boa-fé objetiva e a função social aplicados aos contratos do Código Civil*. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume26/09.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>26</sup> Cfr.: COMINO, Tomas Barros Martins. *As Desventuras do Duty to Mitigate the Loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo*, p. 13 e p. 100.

<sup>27</sup> Sobre a compreensão do dever de minimizar o prejuízo, ver: MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, cit., p. 558.

Denise Pinheiro<sup>28</sup> reconhece “[...] um *duty to mitigate de loss* à brasileira”, com fundamentos específicos, necessitando de adaptações do instituto e aplicação dos filtros necessários à sua recepção no direito pátrio, e, para que haja segurança jurídica, acredita ser importante que o instituto seja introduzido por alteração legislativa. Daniel Pires Novais Dias<sup>29</sup> afirma que apesar de não haver recepção do “[...] *duty to mitigate the loss* no Direito brasileiro, a referência a esta expressão em inglês é inevitável: a sua grande popularidade no Brasil torna-a a única expressão que dá efetivamente unidade ao fenômeno apresentado. Propõe, para os casos de mitigação, “[...] a introdução da figura do *encargo de evitar o próprio dano*”<sup>30</sup>. O problema ocorre quando se invoca o “*duty to mitigate the loss*” sem compreender a essência desse instituto, e sem adaptá-lo à realidade social brasileira. Assim, o que se propõe é a recepção do instituto não como cópia do direito alienígena, mas se utilizar do princípio da mitigação de danos e adaptá-lo às normas e realidades nacionais, independente do nome que se dê a este instituto<sup>31</sup>.

Necessária é a análise da diferença de dano e prejuízo. O dever do credor é de mitigar os danos ou mitigar os prejuízos? Chaves, Braga Netto e Rosendal<sup>32</sup> explicam que há dois elementos indispensáveis para que se tenha um dano sancionável pelo ordenamento jurídico, um elemento de fato, o qual se manifesta no prejuízo, e um elemento de direito, que se manifesta na lesão jurídica. Silvano José Gomes Flumignan<sup>33</sup> explana que a noção completa de dano só é possível se analisá-lo por duas vertentes, as quais se completam e, separadamente, são insuficientes para a noção completa do termo, o que se denominou de dano-evento e dano-prejuízo.

O dano-evento é “[...] a lesão ao direito subjetivo ou ao interesse protegido por uma norma”<sup>34</sup>, enquanto o dano-prejuízo “[...] é a consequência dessa lesão.”<sup>35</sup> Antônio Junqueira de Azevedo<sup>36</sup> explica que a lesão pode ser à pessoa e as consequências serem apenas patrimonial, ou ocorrer uma lesão patrimonial com consequências não patrimoniais. O dano-evento é “[...] lesão a um interesse juridicamente tutelado”<sup>37</sup>, ou, no caso de um negócio jurídico, o inadimplemento

---

<sup>28</sup> PINHEIRO, Denise. *Duty to mitigate the loss à brasileira: uma questão além do nexo de causalidade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

<sup>29</sup> DIAS, Daniel Pires Novais. *O Duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Revista Direito UNIFACS - Debate Virtual, n. 139, 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894/1441>>. Acesso em: 29 abr. 2017, p. 12.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>31</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Os Avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*, cit., p. 92.

<sup>32</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, ob. cit.

<sup>33</sup> FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. 2009. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-18112011-131559/pt-br.php>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>35</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>36</sup> Cfr.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de apud FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Op. cit., p. 46. <sup>37</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 104.

da obrigação. E o dano-prejuízo ou dano-consequência é justamente a consequência dessa lesão (inadimplemento), que poderá ser patrimonial ou não-patrimonial. Como o dano é o pressuposto da indenização, para que a indenização exista há a necessidade da ocorrência do “fenômeno jurídico dano”<sup>38</sup>, ou seja, para que o dano seja indenizável deverá haver a soma das duas vertentes do dano (dano- evento + dano-prejuízo).

Chaves, Braga Netto e Rosenvald <sup>39</sup> ensinam que para que haja a responsabilidade civil, precisa haver uma qualificação do dano, de acordo com o caso concreto, como dano injusto, ou seja, “[...] o dano indenizável como injusto é aquele relevante segundo uma ponderação de interesses em jogo à luz de princípios constitucionais.” <sup>40</sup> Partindo-se da premissa de lesão/ consequência (dano-evento/dano-prejuízo), tem-se que o inadimplemento é o dano-evento (a lesão a um interesse juridicamente tutelado), sendo que o dano-prejuízo (ou simplesmente a partir de agora “prejuízo”) é a consequência do inadimplemento. O credor deve mitigar os prejuízos decorrentes do inadimplemento. Portanto, no presente trabalho, quando se falar de mitigação de danos, estar-se-á falando do instituto ou do princípio, e quando se referir à mitigação dos prejuízos, é a efetiva mitigação das consequências decorrentes do inadimplemento.

### 3. Requisitos para incidência da norma de mitigação

O inadimplemento da obrigação é o elemento inicial para se cogitar a aplicação do dever de mitigar os próprios prejuízos, pois, conforme já analisado, é o dano-evento, ou seja, a lesão a direito juridicamente tutelado que poderá gerar uma consequência (prejuízo).

O cumprimento da obrigação é o esperado em uma relação normal, sendo que o inadimplemento (descumprimento) é a exceção. O inadimplemento é absoluto quando “[...] a obrigação não pode ser mais cumprida, tornando-se inútil ao credor”<sup>41</sup>, e o inadimplemento é relativo (mora), quando “[...] há apenas um descumprimento parcial da obrigação, que ainda pode ser cumprida”.<sup>42</sup> Há também o inadimplemento pela violação positiva do contrato ou adimplemento ruim. Aqui, conforme ensina Judith Martins-Costa<sup>43</sup>, não se está diante de um descumprimento a interesse de prestação (principal, secundário ou anexo), mas sim há uma violação a interesses de proteção (deveres laterais).<sup>44</sup>

A incidência da norma de mitigação de danos tem maior relevância quando se trata de um inadimplemento absoluto (seja total ou parcial), pois nesse caso, a obrigação ou parte dela não poderá mais ser cumprida, gerando, portanto, o direito a eventual indenização. Na mora, como a obrigação ainda poderá ser cumprida, caso o credor opte pela execução específica, a princípio, não há incidência da

---

<sup>38</sup> Ibidem, p. 204.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 239.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 238.

<sup>41</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 370.

<sup>42</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>43</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*.

<sup>44</sup> Ainda: MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 691.

mitigação de danos. Contudo, caso se converta em perdas e danos, ou a opção seja a indenização, poderá haver a incidência da norma. Isso também vale para o adimplemento ruim (violação positiva do contrato), desde que presentes todos os requisitos para incidência da mitigação de danos, principalmente com o pleito indenizatório. Mas para que o inadimplemento tenha relevância, necessário que seja imputado ao devedor, isto é, a imputação do inadimplemento “[...] constitui o elemento pelo qual se aponta o responsável, atraindo para este as consequências do fato danoso.”<sup>45</sup>

O Código Civil, no seu artigo 396, é expresso ao afirmar que “[...] não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”, bem como, o artigo 393 no qual “[...] o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. Exige-se “[...] que o inadimplemento seja imputável ao devedor a fim de que tenha relevância jurídica a atividade de mitigação ou, ainda, que o devedor tenha se responsabilizado também pelo descumprimento decorrente de caso fortuito ou de força maior.”<sup>46</sup>

Para se caracterizar o dano indenizável é necessário que ocorra a violação do direito juridicamente tutelado (inadimplemento), juntamente com a sua consequência (prejuízo), sem o qual não há se falar em indenização. À primeira vista dá a impressão que o prejuízo decorrente de um inadimplemento é apenas patrimonial, mas não é bem assim, pois a lesão a um interesse pode ter como consequência tanto um prejuízo patrimonial como extrapatrimonial (dano moral).<sup>47</sup>

Chaves, Braga Netto e Rosenvald<sup>48</sup> ensinam que “[...] o dano moral poderá naturalmente irromper dentro de relações obrigacionais”, pois “[...] se o fato ilícito é um comportamento antijurídico e o dano moral é uma violação a um interesse extrapatrimonial digno de proteção pelo ordenamento, tanto faz se o ilícito foi produzido dentro de uma relação obrigacional ou fora dela”. Para se chegar a esse posicionamento, deve-se deixar de lado a visão reducionista do inadimplemento, pois “a melhor forma de abrir os horizontes do leitor é partir da fundamental distinção entre a *patrimonialidade da prestação e a extrapatrimonialidade do interesse*.”<sup>49</sup>

Como a norma da mitigação apenas incide em casos de se pleitear a indenização, eventual dano moral gerado pelo inadimplemento deve ser convertido em compensação pecuniária e, aí sim, haver uma limitação nesse valor, caso o credor quede-se inerte em minimizar as consequências patrimoniais do dano moral. Contudo, tal medida é excepcional e só poderá ser analisada com o caso concreto.<sup>50</sup> Excepcionalmente, eventual pedido indenização decorrente de um dano extrapatrimonial poderá ser aplicada a norma da mitigação de danos.

---

<sup>45</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. *Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático*, p. 270.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 271.

<sup>47</sup> FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*, ob. cit.

<sup>48</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, p. 314-315.

<sup>49</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 315.

<sup>50</sup> Ver: MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro*, cit., p. 148.

Para que se possa ter uma noção mais precisa do que seria irrazoável, necessário ter em mente que o credor precisa fazer o que é razoável e não o que for possível<sup>51</sup>, ou seja, mesmo que haja medidas possíveis para a mitigação dos danos, deve-se analisar se tais medidas são razoáveis. Espera-se do credor uma conduta baseada na colaboração, mas para que isso ocorra é necessária que a medida seja possível e também razoável. *E se o credor deixar de mitigar os prejuízos em razão de falta de recursos financeiros?* A mitigação é possível, contudo, não é razoável se “[...] exigir do credor que cumpra sua incumbência com sacrifício próprio”<sup>52</sup> e, portanto, não se pode exigir do credor esforços “[...] extraordinários ou excessivamente custosos.”<sup>53</sup> O credor não terá o dever de mitigar os prejuízos caso isso implique o risco de uma mácula a sua reputação, pois não se pode exigir do credor um prejuízo ainda maior, sob o pretexto de minimizar o prejuízo do devedor, o qual foi o próprio causador do dano.

Mesmo havendo uma medida possível que reduziria o prejuízo, tal medida não será considerada razoável por manchar a reputação do credor. Nessa mesma linha, também não se considera razoável a medida mitigatória quando “[...] implique humilhação indevida para o credor.”<sup>54</sup> Se o credor renunciar ou desistir de um direito, ou até mesmo cometer um ato ilícito para mitigar os prejuízos decorrentes do inadimplemento, tal conduta não se mostra razoável, embora possível.

Rafael Villar<sup>55</sup> ensina que havendo a impossibilidade de atuação do credor, não há ilicitude pelo abuso do direito. Outra questão relevante para a incidência da norma de mitigação é de que o credor precisa estar em condição mais favorável de mitigar os prejuízos do que o próprio devedor. Não se pode exigir do credor uma conduta para minimizar os prejuízos quando o devedor tiver a mesma oportunidade de adotar as medidas mitigatórias, pois isso demonstra um descaso do devedor que, inclusive, foi o causador do dano. Portanto, “[...] não se pode justificar uma reação do ordenamento jurídico, de modo a tutelar um interesse do devedor quando este mesmo interesse foi menoscabado pelo próprio devedor”<sup>56</sup>, pois a razoabilidade é núcleo central que norteia a correta aplicação da mitigação de danos.<sup>57</sup>

A análise das medidas razoáveis não pode se dar pela ótica da “[...] comodidade do devedor inadimplente ou de seu mero interesse egoístico”<sup>58</sup>, nem tampouco o devedor questionar as medidas tomadas pelo credor, quando já passada a situação de emergência, decorrente da situação criada pelo próprio

<sup>51</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. *Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual*, cit.

<sup>52</sup> MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Op. cit., p. 50.

<sup>53</sup> KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*, cit., p. 237.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 206.

<sup>55</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. *Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático*, p. 274.

<sup>56</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. *Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático*, p. 278.

<sup>57</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. Op. cit., p. 282.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 287-288.

devedor.<sup>59</sup> A conduta omissa do credor em mitigar os próprios prejuízos, por si só, não revela um comportamento digno de ser tutelado pelo direito. Tal conduta é apenas um dos elementos necessários de uma relação complexa que culmina em um ilícito caducificante (“perda de um direito como efeito de um ato ilícito”<sup>60</sup>).

Na relação complexa, vários elementos devem estar presentes, quais sejam, o inadimplemento da obrigação imputado ao devedor, um prejuízo decorrente desse inadimplemento, a omissão do credor em agir quando havia a possibilidade através de medidas razoáveis. Com todos esses elementos juntos, o “*start*” para a configuração da atividade abusiva é justamente a propositura de ação pleiteando a indenização, sem a dedução dos danos evitáveis. Nesse momento, nasce para o devedor o direito de refutar os valores apresentados pelo credor, na parte dos danos evitáveis, através de exceção, de natureza substancial<sup>61</sup> e peremptória<sup>62, 63</sup>.

*Pode haver o reconhecimento de ofício pelo juiz do dever em estudo? A quem compete o ônus da prova?* O artigo 77 da CISG (Convenção de Viena), na sua parte final, consta a expressão “a outra parte poderá pedir redução na indenização”, levando à dedução de que cabe ao devedor a alegação da incidência da norma. Christian Sahb<sup>64</sup> e Gustavo Kulesza<sup>65</sup> entendem pela possibilidade de aplicação da regra de ofício. Em sentido contrário, Fábio Siebeneichler e Celiana Diehl Ruas<sup>66</sup> se posicionam pela não aplicação da regra de ofício.

Rafael Villar<sup>67</sup> afirma não caber a alegação da matéria de ofício, pois apesar de o seu fundamento ser o abuso do direito, “[...] está-se no domínio das relações patrimoniais privadas”, e, portanto, “[...] não se pode banalizar a caracterização de uma matéria como pertencendo à ordem pública, sob pena de inverter toda a sistemática vigente”. Além disso, o credor seria obrigado “[...] não só comprovar o inadimplemento, o dano e o nexo causal”, mas também “[...] que mitigou, mesmo antes de saber se o devedor deduzirá tal alegação em resposta.”<sup>68</sup> O devedor é autorizado a impugnar especificamente a alegada falha na mitigação dos prejuízos pelo credor e as “[...] medidas que poderiam ter sido tomadas, demonstrando a sua disponibilidade para o credor e a razoabilidade de sua adoção”<sup>69</sup>, com a análise das circunstâncias do caso concreto. Rafael Villar<sup>70</sup> explica, ainda, que se o abuso do direito estiver vinculado à ordem pública, poderá ser apreciado de ofício pelo juiz, porém, se estiver, “[...] como em regra está, ligado a questões meramente

---

<sup>59</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. Op. cit.

<sup>60</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, p. 147.

<sup>61</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. *A Exceção de contrato não cumprido*, p. 11-12.

<sup>62</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. Op. cit., p. 15.

<sup>63</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. Op. cit., p. 11-12.

<sup>64</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*.

<sup>65</sup> KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*.

<sup>66</sup> Ver: ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. *Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual*, pp. 119-146.

<sup>67</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. *Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático*, p. 322.

<sup>68</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. *Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático*, p. 322.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 295.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 326.

patrimoniais ou econômicas — tal como sói ocorrer nos casos de mitigação de danos —, essa apreciação não poderia ocorrer, por ausência de interesse público legitimador dessa atuação”.

A regra, portanto, é de que não há a apreciação de ofício pelo magistrado. Contudo, haverá exceção quando a matéria tratada, embora de cunho também privado, tenha um interesse público em jogo, como é o caso das relações de consumo, como forma de proteger a parte vulnerável dessa relação. No Direito do Consumidor, Cristiano Chaves de Farias<sup>71</sup> ensina que “[...] o *superendividamento* é exemplo eloquente de abuso do direito em razão do *duty to mitigate the loss*”, pois, “no momento em que o banco concede crédito a um cliente que já se encontra em dívida, amplia-se a chance de incorrer em insolvência civil”. Como regra, não é admitido o reconhecimento de ofício, salvo em casos em que a matéria é de ordem pública, ou seja, há um interesse público envolvido.

#### 4. O *duty to mitigate the loss* na jurisprudência brasileira

A expressão “*duty to mitigate the loss*” é, sem dúvida, muito utilizada na jurisprudência <sup>72</sup>, embora nem sempre com a técnica necessária. No Superior Tribunal de Justiça, o marco que abriu a utilização da norma de mitigação na jurisprudência pátria foi o REsp n. 758.518/PR.<sup>73</sup> Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a conduta do autor “[...] viola o princípio da boa-fé objetiva, circunstância que caracteriza inadimplemento contratual a justificar a penalidade

---

<sup>71</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Variações do abuso do direito na relação de família: o *venire contra factum proprium*, a *suppressio/surrectio*, o *duty to mitigate the loss* e a violação positiva do contrato. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 208.

<sup>72</sup> Realizada pesquisa de jurisprudência no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> - 12/05/2017 - 9h30min.) com a expressão “*duty to mitigate the loss*”, obteve-se 683 resultados.

<sup>73</sup> Ementa: DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela proibidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiria a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido. (STJ - REsp: 758518 PR 2005/0096775-4, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, Data de Julgamento: 17/06/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: REPDJe 01/07/2010).

imposta pela Corte originária.”<sup>74</sup> Ainda, a aplicação concreta do instituto em foco é verificada na Corte Paulista, dentre outros, nos seguintes julgados: Apelação Cível n. 0027461-15.2012.8.26.0005 <sup>75</sup>; Apelação nº 1000172-88.2016.8.26.0510 <sup>76</sup>; Apelação nº 0017135-02.2011.8.26.0564<sup>77</sup> e Apelação nº 1000984-32.2014.8.26.0048<sup>78</sup>.

É certa a importância da mitigação de danos na jurisprudência brasileira, e que também trazem certa preocupação com a incorreta aplicação do instituto. Algumas vezes é utilizado de forma incorreta, outras como mero “embelezamento” da decisão, sem qualquer necessidade prática. A jurisprudência tem aplicado a norma da mitigação de danos com fundamento na boa-fé objetiva como decorrência do descumprimento do dever anexo de cooperação e lealdade, gerando uma falsa ideia de que se trata do *duty to mitigate the loss*. Contudo, apesar de haver decisões utilizando-se da expressão *duty to mitigate the loss*, parte delas não tem os requisitos da regra de mitigação, servindo apenas como fundamentação equivocada.

---

<sup>74</sup> STJ - Resp: 758518 PR 2005/0096775-4, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, Data de Julgamento: 17/06/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: REPDJe 01/07/2010.

<sup>75</sup> Ementa: PLANO DE SAÚDE - Inépcia da inicial e cerceamento de defesa - Inexistência - Cobrança de cinco mensalidades - Consumidor que não chegou a pagar qualquer importância após a adesão ao plano - A inércia da fornecedora em não tomar as providências para o cancelamento do contrato, assim que decorrido o prazo de 60 dias de mora, importou em violação ao “dever de mitigar o próprio prejuízo” (*duty to mitigate the loss*)- Obrigação de pagar limitada ao período em que o contrato não poderia ser suspenso ou rescindido unilateralmente - Recurso provido em parte. (TJ/SP

- APL: 00274611520128260005 SP 0027461-15.2012.8.26.0005, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 15/09/2015, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/09/2015).

<sup>76</sup> Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - RECURSO - CARTÃO BNDES - MÚTUO QUE APRESENTA TAXAS DE JUROS REMUNERATÓRIOS ABAIXO DA MÉDIA DE MERCADO, COLIMANDO FOMENTO DE MICROS, PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS - ÔNUS PROBATÓRIO DE PRÁTICA DE ABUSIVIDADE CARREADO À EMPRESA DEVEDORA - ART. 373, II DO CPC - MONTANTE DA OBRIGAÇÃO QUE DEVERÁ SER RECALCULADO, CONSTATADA INÉRCIA DO CREDOR, QUE SOMENTE AJUIZOU DEMANDA QUANDO O VALOR MAIS DO QUE DUPLICARÁ DEVIDO AOS ENCARGOS MORATÓRIOS - DUTY TO MITIGATE THE LOSS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SP - APL: 10001728820168260510 SP 1000172-88.2016.8.26.0510, Relator: CARLOS ABRÃO, Data de Julgamento: 23/03/2017, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/03/2017).

<sup>77</sup> Ementa: DANO MATERIAL Conta corrente Comunicação verbal do encerramento pelo correntista Inexistência de qualquer movimentação financeira na conta pelo autor. Lançamento de tarifas, encargos e tributos na conta inativa por mais de dois anos Ilegitimidade da cobrança dos encargos por serviços não prestados. Violação do princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, III, do CDC) e do dever anexo de cooperação no adimplemento do contrato (dever de mitigar a perda ou “*duty to mitigate the loss*”) (...) (TJ-SP - APL: 171350220118260564 SP 0017135-02.2011.8.26.0564, Relator: RICARDO NEGRÃO, Data de Julgamento: 06/08/2012, 19ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/08/2012).

<sup>78</sup> Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Sentença de procedência. Apelo da ré. Relação de consumo configurada. Demora excessiva no fornecimento de peças de reposição que retardou, consideravelmente, o conserto do veículo sinistrado. Privação, pelo consumidor, do uso do bem adquirido. [...] Análise da extensão dos danos experimentados. Danos materiais parcialmente configurados. Incidência do dever de mitigar as próprias perdas (*duty to mitigate the own loss*), corolário do standard ético-jurídico da boa-fé objetiva, sob pena de caracterização de abuso de direito. (...) (TJ-SP - APL: 10009843220148260048 SP 1000984-32.2014.8.26.0048, Relator: CARLOS DIAS MOTTA, Data de Julgamento: 01/02/2017, 29ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/02/2017).

## Proposições conclusivas

O *duty to mitigate the loss* (ou dever de mitigar os próprios prejuízos) é um instituto que teve seu maior desenvolvimento nos países de tradição *common law*, apesar de já encontrar a ideia da mitigação de danos no *Corpus Iuris Civilis* do direito romano, em razão da forma como o inadimplemento contratual é tratado nesse sistema, em que a preferência é pelo ressarcimento dos prejuízos ao invés da execução específica.

No sistema *common law*, a mitigação de danos é chamada de doutrina dos danos evitáveis, ou seja, é uma forma de limitação da indenização pelos prejuízos que poderiam ter sido evitados. Diante do inadimplemento, o credor não pode permanecer inerte e ver o agravamento dos seus prejuízos, quando possível e por meio de medidas razoáveis, pois caso venha a pleitear indenização total, não terá direito aos prejuízos que era possível evitar. A razão da própria existência da norma de mitigação de danos é a razoabilidade, pois somente é exigível do credor essa norma quando as medidas a serem tomadas foram razoáveis.

Definir o que é razoável é tarefa nada fácil, diante de seu significado bastante aberto, e somente as circunstâncias de cada caso concreto é que poderão definir o que é uma medida razoável. Mas alguns parâmetros ajudam a definir o que seria uma medida razoável: a) a medida precisa ser adequada, ou seja, deve ser possível, do contrário não há incidência da norma de mitigação; b) sendo possível, verifica-se se tais medidas são perigosas ou onerosas, como, por exemplo, que coloquem em risco a vida ou a saúde da pessoa, traga humilhação, ou onere demasiadamente o credor, o que também exclui a incidência da norma.

Nos países de tradição romano-germânica, o desenvolvimento ocorreu de formas diversas, como Alemanha e Itália, que têm previsão expressa da norma de mitigação, ao contrário de França que, apesar de existir proposta de alteração legislativa para inclusão da norma, a *Cour de Cassation* chegou a afirmar a inexistência da mitigação naquele país.

A ideia da mitigação de danos foi introduzida no Brasil, e isso se deu principalmente por influência da Convenção de Viena (CISG) e da aprovação do enunciado 169 do CJF. Na relação obrigacional, não se concebe mais pensar nas partes como antagonistas, mas sim como parceiros dessa nova relação complexa, como um processo dinâmico, exigindo-se das partes uma conduta leal e cooperativa para se atingir a finalidade esperada: o adimplemento. Mas, também quando houver o inadimplemento, essa conduta é exigida. Isso decorre do princípio da boa-fé objetiva, o qual foi introduzido no Código Civil de 2002 como cláusula geral. A boa-fé objetiva ilumina todo o ordenamento jurídico, criando deveres anexos e laterais para as partes da relação, bem como atua na função de controle do exercício de direitos, evitando-se que ocorra o abuso do direito.

Com o inadimplemento, exige-se do credor uma conduta ativa para evitar o agravamento do próprio prejuízo, desde que haja a possibilidade, e por intermédio de medidas razoáveis, sob pena de, não o fazendo, ter uma limitação da indenização, com a exclusão dos prejuízos que poderiam ter sido evitados.

As expressões *duty to mitigate the loss* ou dever de mitigar próprio prejuízo, apesar de já consagradas na doutrina e jurisprudência, não se trata de um dever

propriamente dito, pois não gera à outra parte a possibilidade de se exigir o cumprimento. Por isso, grande parte da doutrina entende que a mitigação de danos tem natureza jurídica de ônus, pois o seu descumprimento apenas gera uma consequência para a própria parte (perda do direito de ser indenizado pelos prejuízos evitáveis). Contudo somente o ônus no seu sentido tradicional, também não resolve o problema, pois a mitigação estaria no meio do caminho entre o ônus e o dever de proteção; e a solução é a introdução do ônus material ou encargo, o qual tem a estrutura de um dever, mas que não pode ser exigido o seu cumprimento. A figura do encargo realmente resolveria a questão da natureza jurídica, porém, o problema é que não há previsão legal no ordenamento jurídico que estabeleça de forma clara esse encargo.

O fundamento mais utilizado para explicar a mitigação de danos é a boa-fé objetiva, em razão da criação de deveres de lealdade e cooperação. Mas não são deveres anexos, pois estes geram o inadimplemento da obrigação, uma vez vinculados a interesse de prestação.

Na mitigação de danos, há a incidência dos chamados deveres laterais (deveres de proteção), pois ligados a um interesse de proteção, não levam ao inadimplemento, pois não se referem à prestação diretamente. Como dever de proteção, a boa-fé objetiva serve de fundamento para a conduta do credor. Contudo, embora sirva de fundamento, sozinha não resolve o problema, pois essa conduta esperada do credor é apenas um dos elementos da relação complexa que é o instituto da mitigação de danos.

Há necessidade de que haja um inadimplemento imputável ao devedor, e que desse inadimplemento decorra prejuízos ao credor. Com isso, pautado na boa-fé objetiva (como dever de proteção), exige-se uma conduta cooperativa do credor para que evite o agravamento dos seus prejuízos, quando houver a possibilidade e mediante medidas razoáveis. Mesmo presentes todos esses requisitos, ainda não há uma conduta ilícita. Para que a conduta se torne ilícita, necessário que seja dado o *start*, que é a propositura de ação indenizatória, sem a exclusão dos prejuízos evitáveis. A partir do momento em que o credor pleiteia indenização total, comete um ato ilícito (com efeito caducificante), e faz nascer para o devedor a possibilidade de impugnar tais valores.

Por ser uma faculdade do devedor, como regra, a norma da mitigação não pode ser aplicada de ofício pelo magistrado, salvo, por exemplo, no Direito do Consumidor, em que a matéria tratada é de ordem pública. Do contrário, tratando-se de relação patrimonial, a alegação é do devedor, o qual, inclusive, tem o ônus da prova de que o credor não agiu de forma a mitigar os prejuízos, ou que as medidas não foram razoáveis.

A conduta em foco do credor gera três possíveis consequências: i) o credor permanecesse omissos, mesmo havendo possibilidade e com medidas razoáveis: haverá a limitação do seu direito de indenização (efeito caducificante do ato ilícito), excluindo-se os danos que poderiam ter sido evitados; ii) o credor adota medidas mitigatórias, mas não consegue evitar o agravamento dos prejuízos: aqui o que se deve analisar é a conduta do credor, ou seja, verifica-se se as medidas tomadas foram razoáveis de acordo com as circunstâncias do caso concreto e, em caso positivo, terá direito à indenização total e ainda às despesas que teve com as

medidas tomadas, independentemente do resultado da mitigação (contudo, se o agravamento foi intencional, não terá direito à indenização pelos danos agravados e nem pelas despesas realizadas); iii) o credor adota medidas mitigatórias e consegue evitar o agravamento dos prejuízos: se as medidas foram positivas, não há o agravamento do prejuízo e, portanto, se não há prejuízo, não há o que indenizar. Se o credor, ao mitigar, conseguir auferir lucro, este poderá ser abatido da indenização. As despesas realizadas com a mitigação devem ser ressarcidas ao credor, mesmo porque os prejuízos foram evitados.

A jurisprudência pátria tem utilizado bastante a expressão “*duty to mitigate the loss*”, contudo nem sempre com a técnica necessária, muitas vezes colocando a expressão apenas como um reforço a outros fundamentos, e, às vezes, utilizando como violação de um dever anexo, e até mesmo para fundamentar uma culpa concorrente. Mas o mais preocupante é a utilização equivocada, como nos casos de exercício tardio do direito, quando há a utilização do instituto da mitigação para justificar a redução da indenização em razão da demora de o banco propor a ação judicial. Apesar de recente, o instituto da mitigação de danos é uma arma importante ao nosso ordenamento jurídico. Há ainda muito que se estudar sobre o *duty to mitigate the loss*, principalmente para compreender os seus requisitos, a fim de se evitar o uso desnecessário e, principalmente, equivocado do instituto, o que pode trazer insegurança jurídica.

#### Referências bibliográficas

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 7, pp. 119-146, abr./jun. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHENGWEI, Liu. **Remedies for non-performance: perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL**. set. 2003. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-77.html>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

COMINO, Tomas Barros Martins. **As Desventuras do Duty to Mitigate the Loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo**. Disponível em: <<http://biblioteca.digital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13610/Versao%20UPLOAD.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 out. 2016.

CORDEIRO NETO, Alberto de Campos; RADAEL, Gisely Moura; CALÁBRIA- LOPES, Luiz Felite. **O Brasil e a ratificação da Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias (CISG): vantagens e desvantagens**. Disponível em: <[http://www.cisg-brasil.net/downloads/O\\_BRASIL\\_E\\_A\\_RATIFICACAO\\_DA\\_CISG.pdf](http://www.cisg-brasil.net/downloads/O_BRASIL_E_A_RATIFICACAO_DA_CISG.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2017.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português: parte geral**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I; tomo I.

DIAS, Daniel Pires Novais. O *Duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista Direito UNIFACS - Debate Virtual**, n. 139, 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894/1441>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

DIAS, Jean Carlos. O Conceito de justiça no anteprojeto do Código de Processo Civil: uma leitura de sua crise a partir da teoria de John Rawls. In: ADONIAS, Antônio; DIDIER JR, Fredie (Coords.). **O Projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos**. 2ª série. Salvador: Ed. JusPodivm, 2012.

DICKSTEIN, Marcelo. **A Boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: *Surrectio* e *Suppressio***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIDIER JR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *suppressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. In: ARMELIN, Donaldo (Coord). **Tutelas de urgência e cautelares**. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Variações do abuso do direito na relação de família: o *venire contra factum proprium*, a *suppressio/surrectio*, o *duty to mitigate the loss* e a violação positiva do contrato. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil: direito dos contratos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 4.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERNÁNDEZ, Maximiliano Rodríguez. Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos. **Revista de Derecho Privado**, Universidad Externado de Colombia, n.15, 2008. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rodriguez-fernandez.html>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. **O Dever de mitigar o prejuízo (duty to mitigate the loss) e a responsabilidade civil do Estado**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35654/o-dever-de-mitigar-o-prejuizo-duty-to-mitigate-the-loss-e-a-responsabilidade-civil-do-estado/2>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Dano-evento e dano-prejuízo**. 2009. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-18112011-131559/pt-br.php>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.19, n. 5, pp.109-119, jul./set. 2004.

GAGLIARDI, Rafael Villar. **A Exceção de contrato não cumprido**. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7246/1/A%20Excecao%20De%20Contrato%20Nao%20Cumprido.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. 2016. 384f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18871/2/Rafael%20Villar%20Gagliardi.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

GARBI, Carlos Alberto. **A Intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014.

GRAU, Eros Roberto. Ônus, dever e obrigação: conceitos e distinções. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 71, n. 559, pp. 50-63, maio 1982.

GUERRA, Alexandre. Responsabilidade civil por abuso do direito. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil por abuso do direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção prof. Agostinho Alvim/coordenação Renan Lotufo).

IDEC pede mudanças nas novas regras do rotativo do cartão de crédito. **IDEC**, 20 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/idec-pede-mudancas-nas-novas-regras-do-rotativo-do-cartao-de-credito>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

KULESZA, Gustavo Santos. **Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual**. Curitiba: Juruá, 2015. LA FONCTION préventive de la responsabilité

pour troubles anormaux de voisinage. *ADIAL*, 17 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.institut-numerique.org/2-la-fonction-preventive-de-la-responsabilite-pour-troubles-anormaux-de-voisinage-4d34a413dcb79>>. Acesso em: 25 mar. 2017

LEITE, Gisele. A Tese de Hans Kelsen, a norma fundamental e o conceito de justiça. *Revista Bonijuris*, v. XXVI, n. 609, p. 26-34, ago. 2014.

LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos prejuízos no direito contratual**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro**. São Paulo: Verbatim, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. Os Avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPELINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIGATION of loss: they did it again! Le principe de non-aggravation du dommage. **Squire Patton Boggs**, 23 Novembre 2016. Disponível em: <[http://larevue.squirepattonboggs.com/Mitigation-of-loss-They-did-it-again--br-Le-principe-de-non-aggravation-du-dommage\\_a3010.html](http://larevue.squirepattonboggs.com/Mitigation-of-loss-They-did-it-again--br-Le-principe-de-non-aggravation-du-dommage_a3010.html)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I.

PINHEIRO, Denise. **Duty to mitigate the loss à brasileira: uma questão além do nexo de causalidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

REALE, Miguel. **Um artigo chave do Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. O Princípio da reparação integral e os danos pessoais. *Jornal Carta Forense*, 02 out. 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos>>

peessoais/4768>. Acesso em: 02 mai. 2017.

SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky. A Interpretação do duty to mitigate the loss na Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias e a sua recepção pelo Direito Civil brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito/UFRGS**, v. VIII, n. 2, p. 499-538, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2012.

\_\_\_\_\_. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Suzana Ribeiro da. **A Boa-fé objetiva e a função social aplicados aos contratos do Código Civil**. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume26/09.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

SIQUEIRA, Carlos André Cassani; CAMPEÃO, Paula Soares. A Cessação dos efeitos do inadimplemento obrigacional por não mitigação da perda pelo credor. In: **Congresso Direito e Sociedade do Unilasalle: a fragmentação do direito e a tutela dos consumidores no Brasil**, II. Coordenação de Marcos Catalan. Canoas, RS: Ed. Unilasalle, 2015.

TARTUCE, Flávio. **A Boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor**. Esboço do tema e primeira abordagem. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8715-8714-1-PB.htm>>. Acesso em: 21 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN de MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZELLER, Bruno. Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses (Art. 77) and the counterpart provisions of PECL (Art. 9:505). Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp77.html>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

# A DÚVIDA REGISTRÁRIA, A CINDIBILIDADE DO TÍTULO PARA FINS DE REGISTRO E O EXAME PARCIAL DAS EXIGÊNCIAS DO OFICIAL DO REGISTRO IMOBILIÁRIO

FÁBIO CALHEIROS DO NASCIMENTO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Sistemas jurídicos relativos à transmissão de direitos reais sobre imóveis. 2. O sistema brasileiro de transmissão de direitos reais sobre imóveis. 3. O lançamento registral. 4. A cindibilidade do título para fins de registro. 5. O exame parcial das exigências no procedimento de dúvida registraria. Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

## Introdução

Como já tivemos oportunidade de escrever em outro trabalho, consideramos a escrita a principal invenção humana, eis que nos permitiu o registro e a transmissão de informações ao longo do tempo. Considerando que a nossa principal diferença para outros seres vivos é que não nascemos prontos, não nos limitamos a seguir os nossos instintos e aprendemos a viver conforme vivemos, usando a liberdade que temos para decidir acerca de tudo, e, como mencionou Jean-Jacques Rousseau<sup>2</sup>, não temos dúvida de que a possibilidade de conhecer fatos históricos devidamente registrados por meio da escrita significou um grande avanço para a humanidade. A partir dela passamos a ter a chance de conhecer o que já ocorreu para partirmos de um ponto em direção ao futuro.

Para que possamos usar essa experiência registrada em um documento, no entanto, precisamos nos certificar de que a informação escrita é verdadeira. É preciso que estejamos certos da veracidade da informação para que possamos avançar. A esse avanço social fundado na certeza da informação escrita está umbilicalmente ligado o ramo do direito atualmente conhecido como Direito Notarial e Registral.

Tanto a função hodierna dos notários e registradores se assenta nessa premissa que Eduardo Bautista Pondé entende que o Egito não pode ser considerado o berço desse ramo do direito, haja vista que os escribas apenas redigiam os documentos e os assinavam, tendo que remetê-lo para que assinatura do vizir para que passassem a ter fé pública.<sup>3</sup> É em Roma que se encontra verdadeiramente a origem remota desse ramo do direito, mais precisamente do direito notarial, com os tabelion, que tinham por função original a redação de documentos de natureza privada, mas que, com o tempo, passaram a acumular a função de guarda documental.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito no Estado de São Paulo (TJSP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor-assistente da Escola Paulista da Magistratura. Atuação acadêmica nas áreas de direito civil e da saúde, com alguns artigos publicados em revistas especializadas.

<sup>2</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques - Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens - trad. Maria Lacerda de Moura, Ed. Ridendo Castigat Mores, <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf>>. Acesso em 18.02.2015.

<sup>3</sup> PONDÉ, Eduardo Bautista - *Origen e historia del notariado* - Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1967.

Com o direito registral não é diferente. Embora se costume dizer que a origem dele é bem posterior à do direito notarial, pois remonta à época da Revolução Francesa, mais precisamente ao Decreto de 20 de setembro de 1790, que estabeleceu a declaração imobiliária e a inscrição da hipoteca para validade e para fins de garantia do crédito, o fato é que ele também tem por pressuposto assegurar a verdade, no caso, envolvendo os imóveis, por meio da escrita, que perpetua os fatos no tempo.<sup>4</sup>

Na linha dessa assertiva, vale lembrar a lição de Lacerda de Almeida, que via no registro de imóveis duas funções distintas: a primeira, de cadastro da propriedade imobiliária; a segunda, de “espelho e indicador dos contratos que se passam, com relação à propriedade imobiliária, e nesta função está na dependência dos contratos celebrados; seu mister é trazê-los à publicidade, facilitar o meio de conhece-los de pronto”.<sup>5</sup>

Pois bem, no presente trabalho pretendemos tratar mais especificamente dessa segunda função do Cartório de Registro de Imóveis, ou seja, do ingresso dos instrumentos jurídicos no fôlio real. Observando alguns processos de dúvida, percebemos que existe alguma dificuldade em lidar com as exigências opostas pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis. Alguns profissionais do direito acabam não compreendendo bem a razão que leva esse técnico do direito registral a dar acesso a certos instrumentos e negá-lo a outros.

Como exporemos mais adiante, nos processos de dúvida impera a visão maniqueísta, ou seja, ou a dúvida é improcedente e o título merece acessar a matrícula do imóvel, ou a dúvida é procedente e ele não obterá esse acesso. Ocorre que, por conta de uma mudança de posição normativa da Lei Federal n. 6.015/1973, em relação ao que existia no regime do Decreto n. 4.857/1939, é possível que apenas parte do título acesse a matrícula do imóvel. Considerando que isso parece até contraditório com a regra anteriormente citada, resolvemos tratar do assunto em um artigo específico, mas, evidentemente, sem o intuito de esgotar o assunto.

Como é do nosso interesse que a mensagem seja transmitida de forma clara e objetiva, como pensamos que deve ser toda e qualquer manifestação de cunho jurídico, em atenção à lição do mestre Piero Calamandrei no seu conhecido livro traduzido para o português como “Eles, os juízes, vistos por um advogado”, dividiremos o trabalho em apenas cinco partes, antes da conclusão.

Na primeira trataremos dos sistemas jurídicos relativos à transmissão de direitos reais sobre imóveis, a fim de expor a diferença entre os sistemas francês e romano-germânico. Na segunda parte demonstraremos que o Brasil adota atualmente o sistema de forma relativa o sistema alemão, no qual o registro do título translativo no Cartório de Registro de Imóveis é o modo adequado para a

---

<sup>4</sup> Nicolau Balbino Filho sustenta que a origem do direito registral se deu na Alemanha, no ano de 1135, mais precisamente em algumas comunidades de Colônia, nas quais passou a haver folhas arquivadoras para a inscrição dos negócios relativos a imóveis, depois substituídas por livros arquivadores. (FILHO, Nicolau Balbino - *Direito Imobiliário Registral* - 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

<sup>5</sup> ALMEIDA, Lacerda de. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1908 apud CENEVIVA, Walter - *Lei dos Registros Públicos Comentada* - 17. ed., atual - São Paulo: Saraiva, 2007.

transmissão da propriedade imóvel entre vivos. Na terceira parte, com enfoque nesse registro, exporemos as formas conhecidas de lançamentos registrais, com o objetivo de explicar em que consistem a transcrição, a inscrição, a averbação e o registro. Compreendidos esses conceitos e, principalmente, as suas sutis diferenças, na quarta parte mostraremos porque se passou a aceitar em São Paulo há cerca de 30 anos que os títulos apresentados para lançamento registral fossem cindidos para acesso ao fôlio real apenas parcialmente, caso parte deles não pudessem acessá-lo. Por fim, na quinta e última parte, antes da conclusão, tentaremos mostrar porque essa cindibilidade dos títulos não pode ser confundida com a possibilidade de se impugnar apenas parcialmente as exigências do Oficial do Cartório de Registro de Imóveis no procedimento de dúvida, haja vista que a cindibilidade não é a regra e, ademais, se impugnadas apenas parte das exigências e compreendido pelo juiz corregedor que o título é incindível, como restaram exigências não impugnadas que se tornaram incontroversas, é certo que o título não acessará à matrícula do imóvel.

## 1. Sistemas jurídicos relativos à transmissão de direitos reais sobre imóveis

Como é cediço, no que concerne com a transmissão da propriedade de bens imóveis, há dois sistemas jurídicos no Ocidente, quais sejam: o romano-germânico e o francês. No primeiro, de origem mais remota, pois oriunda do Direito Romano, para se transferir a propriedade de um bem imóvel se exige tanto o título quanto o modo. Na Roma Antiga, por exemplo, não se exigia apenas o contrato entre as partes, mas também que o adquirente tomasse posse direta da propriedade ocupando-a fisicamente, o que depois foi substituído pela condução do adquirente pelo alienante ao ponto mais alto do bem, de onde ele podia ver tudo e então lhe era transmitida a propriedade.<sup>6</sup> No segundo sistema, mais recente, o simples título transfere a propriedade, ou seja, com a simples celebração de um contrato de compra e venda o alienante não só assume a obrigação de transferir a propriedade do bem imóvel para o adquirente, como de fato a transfere.

Dentro do sistema romano-germânico há uma subdivisão que merece atenção. Há a subespécie em que o registro é absoluto, de tal modo que, feito, torna-se absolutamente impossível haver retorno ao estado anterior. Em outras palavras, feito o registro, o adquirente se torna proprietário e não deixa de sê-lo ainda que o negócio jurídico que ensejou o registro seja inválido. Esse sistema foi criado na Alemanha, no Código Civil de 1896 (BGB, art.873). Nesse sentido:

A chave do sistema germânico é o cadastro de toda a propriedade imóvel. Sem a adoção de livros fundiários rigorosamente escriturados não seria possível desenvolver aquela técnica, e especialmente atribuir-lhe o efeito que produz. A inscrição no registro decorre de um acordo formal de transmissão, que se erige

---

<sup>6</sup> “[...] o Direito Romano não reconhecia transmissibilidade no direito, exceto o caso de transmissão da propriedade, dado que, nesta hipótese, o direito e a coisa se confundiam, de modo que a transferência da propriedade não representava a do direito senão a da própria coisa. A ideia de transferência de um direito em si mesmo, como coisa ideal e distinta, era muito sutil para ser assimilada no Direito antigo. A transferência da propriedade se processava então através do abandono da coisa pelo proprietário precedente em benefício do novo proprietário, que dela se apropriava por esse modo. Assim era o processo de transmissão pela *mancipatio*, pela *in iure cessio* e, originariamente, pela *traditio*”. (LOPES, Miguel M. Serpa - *Curso de Direito Civil*, vol. VI, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960)

então em convenção jurídico-real, e resulta de declaração de vontade dos interessados, especificamente à inscrição. Uma vez operado o registro, com observância das normas do direito imobiliário formal, que estatui rito próprio e somente se efetua em decorrência de ato judicial que escoima de vícios ou defeitos, a inscrição assume o sentido de negócio jurídico abstrato, isto é, vale por si mesma, independentemente do negócio jurídico causal anterior. Quer dizer: promovido o registro nos livros fundiários, a transcrição se desprende do negócio jurídico subjacente (compra e venda, doação, etc., que deu causa à transmissão), para valer como negócio jurídico translativo da propriedade imóvel. E, uma vez efetuado o registro, adquire força probante de presunção *jure et de jure* da propriedade. Dono é aquele em cujo nome a propriedade é registrada.<sup>7</sup>

De outro lado, há a subespécie em que o registro é relativo, de tal modo que a transmissão da propriedade é feita com o registro, mas ele é passível de invalidação por consequência da invalidação do negócio jurídico subjacente.

## 2. O sistema brasileiro de transmissão de direitos reais sobre imóveis

O sistema imobiliário no Brasil se iniciou com a distribuição das sesmarias aos donatários, as quais eram divididas em partes menores denominadas “prazos”. Até a independência brasileira em 1822, e mesmo depois dela, até 1850, não havia regulamentação alguma acerca do direito de propriedade em terras brasileiras, nem mesmo da posse. Em 1850 adveio a Lei n. 601, que, explicitada pelo Decreto n. 1.318/1854, dispôs sobre os registros paroquiais. Eles nada mais eram do que cadastros feitos nas paróquias locais acerca dos possuidores de áreas nos arredores dela. Ainda que com efeitos limitados, já que serviam apenas para discriminar as áreas privadas das públicas, não há como negar que essa lei representou um avanço no sistema imobiliário local ao tratar da posse.

Somente em 1864 é que o Brasil passou a ter realmente uma norma dispoendo sobre o direito de propriedade. Foi a Lei n. 1.237, de 24 de setembro, que, dentre outros pontos, tratava do registro para a transcrição dos títulos de transmissão dos imóveis por atos inter vivos e constituição de ônus reais e da inscrição da hipoteca. Com o Decreto n. 3.272/1885 esse registro passou a ser obrigatório e extensivo a todas as hipotecas, mas foi então que se formou grande controvérsia<sup>8</sup> acerca do efeito dessa inserção cadastral, como menciona Silvio de Salvo Venosa:

No direito vigente no país anteriormente ao Código de 1916, proclamava-se a suficiência tão-só do contrato para a aquisição da propriedade, sem necessidade de outra formalidade. Entendia-se, porém, de forma contraditória, que a transcrição no registro imobiliário era necessária para obtenção de efeito perante terceiros. Por essa razão, Teixeira de Freitas, em sua Consolidação das Leis Civis, acentuou a distinção entre a aquisição de bens móveis e imóveis, sustentando a exigência do registro para os imóveis.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil* - vol. IV - 20. ed., rev. e atual. por Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>8</sup> Natural que assim fosse, afinal de contas, ao contrário do que ocorria com o sistema francês puro, teoricamente a transferência da propriedade ocorria com a celebração do contrato; ocorre que, justamente por conta disso, na França o registro não era obrigatório, mas apenas uma forma de garantia que o adquirente tinha porque somente com o advento dele é que a oponibilidade se tornava erga omnes.

<sup>9</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

O Código Civil de 1916 definiu, de uma vez por todas, qual era o sistema a ser adotado no Brasil. Os artigos 530, inciso I, e 531 desse diploma legal mostraram que o modo de aquisição da propriedade entre vivos passou a ser a transcrição do título de transferência no Registro de Imóvel, do que se infere que foi adotado o sistema romano-germânico, mas na subespécie a que aludimos acima em que o registro é relativo e não absoluto. Nesse sentido:

Consequentemente, do ponto de vista do direito material, o nosso Registro imobiliário pode ser classificado dentre os sistemas denominados de substantivos relativos, e assim o dizemos, porquanto tanto a transcrição como a inscrição, consoante já o afirmamos, são ambas condições essenciais não só de eficácia como de constitutividade do próprio direito.<sup>10</sup>

Não houve alteração alguma com o Código Civil de 2002. De acordo com o artigo 1.245 desse diploma, somente com o registro do título translativo no Registro de Imóveis é que se transfere a propriedade entre vivos. Se houvesse, ainda, alguma dúvida, foi acrescido ao caput o § 1º, que tem a seguinte redação: “Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel”.

### 3. O lançamento registral

De acordo com o ensinamento de Nicolau Balbino Filho, um dos princípios que norteiam o direito registral é o da inscrição, que tem origem germânica. Entendido no seu sentido lato, o princípio da inscrição “significa que a constituição, transmissão, modificação ou extinção dos direitos reais sobre imóveis só se operam entre vivos, mediante sua inscrição no registro”.<sup>11</sup>

Em sentido estrito, entretanto, inscrição sempre se diferenciou da transcrição no Brasil. Desde a redação dos artigos 8º e 9º da Lei n. 1.237/1864 que a transcrição estava vinculada à transmissão de direitos reais sobre bens imóveis, a par da discussão já tratada acerca da natureza declaratória ou constitutiva dela, e a inscrição tinha relação com a constituição da hipoteca.

Tanto era assim que, a par da tentativa de Clóvis Beviláqua de tentar uniformizar a terminologia no Código Civil de 1916, por intervenção de Rui Barbosa essa diferenciação entre transcrição e inscrição se perpetuou no tempo.<sup>12</sup> A redação dos artigos 530 a 532 e 856 desse diploma legal deixam entrever que a transcrição continuou a dizer respeito apenas à transferência de direitos reais sobre bens imóveis, ao passo que a inscrição persistiu sendo o termo adequado para designar a constituição da hipoteca.

Essa divisão bipartida somente se alterou um pouco com o advento do Decreto n. 4.857/1939, que incluiu a averbação como uma das formas de

---

<sup>10</sup> LOPES, Miguel M. Serpa - *Curso de Direito Civil*, vol. VI, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

<sup>11</sup> FILHO, Nicolau Balbino - *Direito Imobiliário Registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>12</sup> “A diversidade de nomenclatura — transcrição e inscrição — como já se observou, foi mantida no Código Civil, devido à emenda do egrégio Sr. Rui Barbosa, que a justificou, por estar a dualidade de expressão admitida na técnica de nosso direito e pelos inconvenientes práticos, que da alteração poderiam advir, uma vez que sistema de escrituração no Registro se ramificava em livros de transcrição e livros de inscrição”. (GARCIA, Lisipo. A inscrição. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927 apud FILHO, Nicolau Balbino - *Direito Imobiliário Registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

lançamento registral. Miguel Maria de Serpa Lopes explica a diferença entre essas três formas de lançamento:

Entre a transcrição e a inscrição há diferenças não só em relação aos respectivos significados das palavras como ainda diferenças de ordem jurídica. O primeiro ponto de vista não nos interessa, mesmo porque nenhuma influência e nenhuma correlação com o processo do registro imobiliário.

A palavra inscrição tem gramaticalmente um sentido mais restrito e indica a ação de inserir algo, o que se processar resumidamente, ao passo que transcrição dá um sentido mais amplo de cópia integral.

Todavia, do ponto de vista jurídico e no terreno do Registro Imobiliário, esse sentido gramatical não corresponde, de nenhum modo, à realidade formal da inscrição ou da transcrição. Há uma balbúrdia completa em torno da partilha dos atos que são submetidos a uma ou a outra, muitos deslocados e desajustados. Há, entretanto, uma diferença de caráter jurídico entre a transcrição e a inscrição. É que a primeira se destina, comumente, aos atos definitivos inerentes ao domínio, com caráter indefinido, em relação ao seu tempo de duração, ao passo que a segunda — a inscrição — tem por objetivo os direitos reais de caráter limitado e de duração temporária, portanto, limitados em seu conteúdo, em sua função de garantia, como sucede na hipoteca, em função das modificações trazidas por um determinado regime de bens no casamento, ou finalmente numa função processual em relação a terceiros, como no caso das citações das ações reais ou reipersecutórias. Num ponto transcrição e inscrição podem ser vistas parificadas: é que, em dados casos, ambas exercem uma eficácia constitutiva dos direitos reais.

A averbação, ao contrário das duas primeiras, exercita uma função de caráter acessório, secundário, quer do ponto de vista material, quer do ponto de vista formal. Do ponto de vista material, por isso que a averbação se cinge a publicizar acontecimentos modificativos da situação de uma transcrição ou de uma inscrição, v.g., a mudança de nome, a construção, a alteração da numeração, etc.; do ponto de vista formal, porque a averbação não representa um ato autônomo, como é a inscrição ou a transcrição, senão uma formalidade que é realizada à margem da transcrição ou da inscrição, numa coluna existente no Livro Imobiliário, destinada a este gênero de publicidade.<sup>13</sup>

A Lei n. 6.015/1973 alterou novamente esse quadro ao englobar as denominações inscrição e transcrição sob o manto do registro (art.168), de tal maneira que atualmente existem apenas registro e averbação. A propósito dessa nova forma de divisão bipartida Afrânio de Carvalho enfatizou que não havia razão alguma para se deixar de lado a denominação tradicional no mundo todo, que é inscrição, para se criar uma denominação nova, que é o registro.<sup>14,15</sup>

De todo modo, fixada essa premissa é possível dizer que nos dias de hoje estão definidos os casos em que são cabíveis o registro (art.167, I) e os casos em que são cabíveis a averbação (art.167, II), a par da posição pacificada na doutrina acerca do fato de que o rol da Lei n. 6.015/1973 não esgota as hipóteses de registro e averbação.<sup>16</sup>

#### 4. A cindibilidade do título para fins de registro

<sup>13</sup> LOPES, Miguel M. Serpa - *Curso de Direito Civil*, vol. VI, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

<sup>14</sup> CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1982 apud FILHO, Nicolau Balbino, *Direito Imobiliário Registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>15</sup> De se notar, entretanto, que a mesma problemática envolvendo a vinculação entre a hipoteca e a inscrição persistiu mesmo nessa lei, haja vista o artigo 189.

<sup>16</sup> CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 17. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

Tal como expusemos anteriormente, a diferença gramatical entre a inscrição e a transcrição é dado de menor importância, tanto que Miguel Maria de Serpa Lopes expressamente a deixou de lado na explicação dessas duas formas de lançamento registral, conforme citação doutrinária. Partindo dessa premissa e levando em conta que o artigo 213 do antigo Decreto n. 4.857/1939 dispunha que tanto a inscrição quanto a transcrição se fariam, como regra geral, por extrato, deixando a reprodução *ipsis litteris* do documento em segundo plano, a pedido do apresentante do título, seria de se supor que estava razoavelmente claro que no regime legal anterior à Lei n. 6.015/1973 a reprodução do título apresentado em sua inteireza era a exceção. No entanto, não foi esse o posicionamento que prevaleceu na jurisprudência, ao menos em São Paulo.

Por anos a fio o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que nas hipóteses em que o Decreto n. 4.857/1939 dispunha ser cabível a transcrição, tinha que haver a reprodução do título apresentado na sua inteireza, o que, inevitavelmente, conduzia a uma situação de maniqueísmo, pois ou bem cabia a transcrição, ou bem não cabia. Um argumento que sempre foi utilizado em favor dessa posição é que o fôlio era pessoal e não real, ou seja, a base para os lançamentos registrais era a pessoa que os fazia e não o imóvel cujo lançamento se referia.

Mesmo com o advento da Lei n. 6.015/1973, que criou o fôlio real, baseado nas matrículas dos imóveis com a descrição completa deles (arts.176, 196 e 227), continuou a prevalecer a posição jurisprudencial acima, a qual somente foi alterada em 1986, no julgamento da Apelação Cível n. 5.599-0, relatada pelo Des. Sylvio do Amaral. Nesse julgado foi decidido o seguinte:

No sistema anterior, do Decreto n. 4.857, de 9/11/39, o regime de transcrição literal dos títulos interditava a cisão de seu conteúdo, cortando cerce a possibilidade de separar imóveis ou fatos jurídicos integrantes de um único título. O ordenamento registral assentava-se no título, tomado em acepção figurada ou imprópria (instrumento que exterioriza a causa jurídica). Assim, a base do sistema registrário precedente não era o imóvel (...) Perfilhada a unidade geodésica como base do sistema da Lei n. 6.015, de 31/12/73, que revogou o Decreto n. 4.857/39 (art.299) , - a adoção do fôlio real conduziu ao consequente reconhecimento de que o objeto da inscrição passou a ser o título em acepção própria (*rectius*: causa ou fundamento de um direito ou de uma obrigação).

Definido nesse julgamento que o sistema brasileiro adotava o regime de fôlio real e não pessoal e que, se é que a transcrição do sistema anterior, do Decreto n. 4.857/1939, exigia mesmo a reprodução integral do título, ela tinha caído com o advento do registro, que não contém exigência normativa semelhante, passou a ser aceita a cisão do título formal em dois casos<sup>17</sup>:

1. Quando um mesmo e único título formal disser respeito a mais de um imóvel (TJSP - Apelação Cível n. 12.910-0/6, rel. Des. Onei Raphael, j.16.09.1991; Apelação Cível n. 583-6/1, rel. Des. Gilberto Passos de Freitas, j. 30.11.2006);

2. Quando um mesmo e único título formal contiver dois ou mais fatos jurídicos relativos a um mesmo imóvel, contanto que esses fatos jurídicos não

---

<sup>17</sup> Todas as informações apresentadas a seguir foram extraídas da Apelação n. 3000543-41.2013.8.26.0601, com voto condutor do eminente Desembargador Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo Dr. Hamilton Elliot Akel, julgada em 27 de janeiro de 2015.

constituam uma unidade indissolúvel (TJSP - Apelação Cível n. 282-6/8, rel. Des. José Mário Antônio Cardinale, j. 03.03.2005).

Foi mantida a incidibilidade do título forma, no entanto, nos seguintes casos:

1. Alteração da vontade das partes (TJSP — Apelação Cível n. 59.966-0/4, rel. Des. Sérgio Cisão Augusto Nigro Conceição, j. 10.09.1999);

2. do negócio jurídico, ou seja, a causa jurídica dele, para aproveitamento apenas da parte válida (TJSP, Apelação Cível n. 17.486-0/6, rel. Des. José Roberto Weiss de Andrade, j. 06.08.1993);

3. Violação ao princípio da instância (TJSP — Apelação Cível n. 12.941-0/7, rel. Des. Onei Raphael, j. 23.09.1991);

4. Ininteligibilidade do lançamento registral resultante (TJSP — Apelação Cível n. 59.954-0/0, rel. Des. Sérgio Augusto Nigro Conceição, j. 06.12.1999);

5. Cisão de mandado de usucapião do domínio em que também há ordem para registro de servidão stricto sensu (TJSP — Apelação Cível n. 9000002-60.2011.8.26.0443, rel. Des. José Renato Nalini, j. 30.08.2012).

## **5. O exame parcial das exigências no procedimento de dúvida registraria**

Como foi exposto no item anterior, a posição atual da jurisprudência paulista é no sentido de que é viável a cisão do título apresentado, no seu aspecto formal e não causal, a fim de que apenas parte dele acesse o fôlio real. Dessa posição se poderia extrair, numa primeira visão, que é possível que haja registro ou averbação de um título mesmo sem que sejam cumpridas todas as exigências feitas pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis. Essa visão, no entanto, está equivocada, pois confunde as exigências do Oficial com o título.

Da mesma forma como era no sistema anterior do Decreto n. 4.857/1939, assim que apresentado o título para fins de registro ou averbação é feita uma análise por parte do Oficial do Cartório de Registro de Imóveis que se costuma chamar de qualificação registrária. Nesse controle o Oficial faz um juízo cognitivo formal acerca dos elementos extrínsecos do título e dos demais documentos que o acompanham, com vistas à prolação de decisão acerca da viabilidade ou não do lançamento registral.<sup>18</sup> Por conseguinte, sendo viável o registro ou a averbação, o realiza; não sendo viável, expõe por escrito as exigências para que o apresentante do título delas tome ciência e possa satisfazê-las, ou, se assim quiser, discordando delas, recorrer ao juiz corregedor por meio do procedimento denominado dúvida.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> “[...] pela simples possibilidade eventual de ser considerado válido, não cabe ao registrador, em qualificação registraria (marcada pela restrição cognitiva do título: formal, sem espaço para dilação probatória e de análise dos elementos intrínsecos do negócio) truncar o ingresso do respectivo título ao registro imobiliário sob a afirmação de sua invalidade, ficando esta assertiva reservada à esfera jurisdicional (essa sim, de ampla cognição: não só formal, mas também material, em que é possível a investigação dos elementos extrínsecos e intrínsecos do negócio)”. (TJSP - CSM - Ap. Cível n. 562- 6/6 - rel. Des. Gilberto Passos de Freitas - Capital - j. 30.11.06 - v.u.).

<sup>19</sup> Durante muito tempo foram proferidas decisões tanto a favor como contra da dúvida inversa, que é aquela suscitada pelo próprio apresentante e não pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis. Parece que a tendência era a sua aceitação até que em 1988 foi proferida decisão por parte do à época juiz da 1ª Vara de Registros Públicos da Capital de nome Ricardo Henry Marques Dip, hoje

Em última análise, portanto, cabe ao juiz definir acerca da legitimidade ou não das exigências postas pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis ao registro ou à averbação de um título. Acerca do tema, vale a reprodução do caput do artigo 198 da Lei n. 6.015/1973:

Art.198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetida ao juízo competente para dirimi-la, [...]

Entendido como funciona o procedimento de dúvida, fica claro que sem o cumprimento de todas as exigências apresentadas pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis, não é possível que o título acesse o fôlio real, a não ser que elas sejam afastadas pelo juiz corregedor. Ora, se o procedimento de dúvida serve para definir se o título pode ou não ter acesso ao fôlio real, de nada adianta, destarte, que o apresentante do título apresente impugnação apenas em relação a parte das exigências do Oficial do Cartório de Registro de Imóveis, pois, por óbvio, ainda que ele tenha razão em suas alegações, segundo o juiz corregedor, terão restado incontroversas as exigências que não foram objeto de impugnação, o que redundará, inevitavelmente, à manutenção da rejeição do acesso do título à matrícula do imóvel, julgando-se procedente a dúvida. Em outras palavras, seria como se o apresentante do título não tivesse interesse de agir em impugnar apenas parte das exigências apresentadas pelo Oficial.

Em suma, sempre devem ser impugnadas todas as exigências feitas pelo Oficial, pois não há como se saber se o juiz corregedor ira compreender que o título é passível de cisão. Caso ele compreenda que o título é passível de cisão e, na parte que interessa ao apresentante do título, houve apresentação de impugnação, sendo afastadas as exigências postas pelo Oficial, muito que bem, pois haverá o registro ou a averbação parcial do título. No entanto, caso seja apresentada impugnação apenas em relação a parte das exigências e o juiz corregedor compreenda que o título não é passível de cisão, então o procedimento de dúvida fatalmente será resolvido em desfavor do apresentante do título, pois as exigências não impugnadas são suficientes para impedir o acesso do título ao fôlio real.

### **Proposições conclusivas**

Propusemo-nos no presente artigo a analisar a diferença existente entre a cindibilidade do título para fins de lançamento registral e o exame parcial das exigências feitas pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis, que nos parece ser uma incerteza que assola alguns operadores do direito, gerando reflexos em vários procedimentos de dúvida.

Para tanto, tratamos nos primeiros tópicos do trabalho dos sistemas jurídicos que dizem respeito à transmissão de direitos reais sobre imóveis, a fim de se compreender que o direito registral brasileiro adotou o sistema alemão, que tem

---

Desembargador, no sentido de se negar aceitação a essa espécie de dúvida, por se compreender que se trata de procedimento que deve partir do Oficial e não do apresentante do título (CENEVIVA, Walter - Lei dos Registros Públicos Comentada - 17. ed., atual - São Paulo: Saraiva, 2007). Atualmente, no entanto, ocorreu nova reviravolta e a dúvida inversa é aceita.

no registro do título o meio adequado para a transmissão da propriedade de bens imóveis nos negócios entre vivos, mas de forma apenas relativa, haja vista que o registro não tem caráter absoluto.

Fixada essa premissa, estudamos no tópico seguinte o lançamento registral, quando então compreendemos que a inscrição é gênero que tem a inscrição *strictu sensu* e a transcrição como espécies, sendo que vigorou no Brasil esse sistema dual por muitos anos, até que se incluiu a averbação como um lançamento registral acessório. Compreendemos também que não existe diferença ontológica entre a inscrição e a transcrição, embora gramaticalmente os termos indiquem uma reprodução parcial do título na inscrição e integral na transcrição, e que era mais histórica a vinculação entre a constituição da hipoteca e a inscrição, e, de outro lado, a vinculação entre a transmissão de direitos reais em geral sobre imóveis e a transcrição.

Nessa linha, entendemos, ainda, que tanto na vigência do Decreto n. 4.857/1939, quanto na da Lei n. 6.015/1973, que deixou de lado os termos “inscrição” e “transcrição” para englobá-los na nova expressão “registro”, salvo melhor juízo, a regra é a reprodução do título por extrato, mas, mesmo assim, por muitos anos prevaleceu o entendimento de que a reprodução tinha que ser *ipsis litteris* do título apresentado, de tal modo que ou ele tinha condições de acessar o fólio, ou não o tinha. Havia um maniqueísmo que caiu somente no decorrer da década de 80 do século passado, no âmbito da jurisdição do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando passou a prevalecer a posição de não havia mais necessidade de se fazer a reprodução integral dos títulos apresentados, salvo nos casos em que a lei o exigia. Em razão disso, seria possível que, em certas hipóteses, o título, no seu aspecto formal, fosse cindido para que apenas parte dele acessasse o fólio. Sob esse prisma, mostramos que atualmente a cindibilidade do título é aceita em duas situações, quais sejam: quando um mesmo e único título formal disser respeito a mais de um imóvel; e quando um mesmo e único título formal contiver dois ou mais fatos jurídicos relativos a um mesmo imóvel, contanto que esses fatos jurídicos não constituam uma unidade indissolúvel.

Considerando que essa possibilidade de cisão do título formal poderia levar o apresentante do título ao raciocínio de que nem sempre as exigências do Oficial do Cartório de Registro de Imóveis precisam ser integralmente cumpridas, demonstramos no último tópico do trabalho que uma coisa não se confunde com outra. A cisão do título ocorre somente no aspecto formal e depende de alguns requisitos. Isso não guarda relação com as exigências supracitadas, uma vez que o procedimento de dúvida tem por escopo a verificação acerca da viabilidade ou não do acesso do título ao fólio real. Sendo assim, apresentadas exigências por parte do referido Oficial, não sendo todas impugnadas pelo apresentante do título, somente aquelas que foram impugnadas podem ser apreciadas pelo juiz corregedor. Ocorre que, por óbvio, se nem todas as exigências foram levadas ao conhecimento do juiz corregedor é porque o apresentante do título se conformou com parte das exigências, o que, por si só, é razão suficiente para que o título continue a não poder acessar o fólio real, a não ser que o título seja passível de cisão, o que não há como se saber até que o juiz corregedor se pronuncie sobre o tema. Sucede que quando ele profere a decisão o procedimento de dúvida termina, não sendo possível ao apresentante do título recomear-lo porque agora está ciente de que o

título não era passível de cisão e, por isso, se todas as exigências feitas pelo Oficial não foram afastadas, ele não acessará o fôlio real.

Sob esse prisma, concluímos esse tópico demonstrando que todas as exigências feitas pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis devem ser preferencialmente impugnadas para que sejam afastadas pelo juiz corregedor, ainda que, em razão da cindibilidade do título, ele acabe por concluir que uma parte dele pode acessar o fôlio porque as exigências referentes a ela devem ser afastadas, e outra parte não, porque as exigências relacionadas a ela estão corretas. Afinal de contas, como popularmente se diz, melhor pecar pelo excesso do que pela falta, ainda mais quando se trata de procedimento irreversível.

### **Referências Bibliográficas**

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. 17. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILHO, Nicolau Balbino. **Direito Imobiliário Registral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Miguel M. Serpa. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v.VI.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Revisão e atualização de Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. IV.

PONDÉ, Eduardo Bautista. **Origen e historia del notariado**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1967.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Lacerda de Moura. Ebooks Brasil, Ed. Ridendo Castigat Mores, 2001. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

# A DIFICULDADE DO REGISTRO CIVIL DAS CRIANÇAS HAVIDAS POR MEIO DA GESTAÇÃO POR OUTREM E A CASUÍSTICA PAULISTA<sup>1</sup>

FRANCINE YAMANE EUGENIO<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A cessão de útero no Brasil. 2. O registro civil. 3. Casuística paulista. Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

## Introdução

A dinâmica biotecnológica, própria da pós-modernidade, traz consigo realidades anteriormente inimaginadas, inovando conceitos até então consolidados, e levantando vultosas dúvidas religiosas, morais e éticas.

Com efeito, é certo que essas novas realidades interferem no âmbito jurídico, cabendo ao Direito evoluir, a fim de limitar e solucionar as questões daí advindas, sob pena de tornar-se obsoleto.

Como resultado do avanço contínuo da biotecnologia, dentre as técnicas de reprodução medicamente assistida, nascidas para viabilizar, mediante a intervenção médica, a procriação humana por meios não naturais, surge a cessão de útero, indevidamente chamada por alguns de “barriga de aluguel”.

A cessão de útero é o procedimento pelo qual um casal desejoso de alcançar a maternidade/paternidade, vendo-se impossibilitado de gerar um filho pela via natural diante da infertilidade da mulher ou contra indicação de gravidez, solicita à outra pessoa do sexo feminino, estranha ao relacionamento, que leve a termo a gestação de embrião, dando a luz, ao final, à descendência daquela família.

No âmbito registrário, considerando que o Registro Civil de Nascimento constitui-se em prova de filiação nas relações civis, a dificuldade do uso da gestação por outrem está na possibilidade de se reconhecer mais de uma mulher como mãe da criança, pois desse procedimento podem participar duas mulheres, a gestante e a solicitante da gravidez, ou até mesmo três participantes, a gestante, a solicitante da gravidez e a doadora do óvulo.

Desta feita, pode haver hipóteses de conflitos: positivos, quando todas as mulheres desejam ser reconhecidas como mãe da criança; ou negativos, quando nenhuma das mulheres participantes do procedimento da gestação por outrem deseja permanecer com a criança. Porém, nesses casos as questões de filiação e, consequentemente, do registro serão dirimidas pelo Poder Judiciário. Todavia, o presente artigo se aterá à dificuldade de proceder ao registro de nascimento das crianças havidas por meio da gestação por outrem mesmo quando há um consenso entre as participantes do procedimento, demonstrando-se como os paulistas vêm lidando com essa situação.

---

<sup>1</sup> Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso orientado pelo Prof. Dr. Marcelo Benacchio e apresentado à banca examinadora constituída pelos professores Dr. Estevan Lo Ré Pousada e Me. Queila Rocha Carmona dos Santos em 27 de janeiro de 2015.

<sup>2</sup> Advogada graduada pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

## 1. A cessão de útero no Brasil

No Brasil, diante da ausência de proibição legal, a cessão de útero impõe-se como um procedimento não apenas possível, mas, cada vez mais utilizado para geração de filhos.

Tal afirmativa se confirma pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2013/2013, que reservou uma seção exclusiva para tratar da “gestação de substituição (doação temporária de útero)”. Isto porque, o Conselho Federal de Medicina diante da realidade do uso da intervenção médica para realização da gestação por outrem, percebeu a necessidade de limitar a atuação dos médicos, posto o silêncio legislativo, editando normas deontológicas.

Cumpra salientar, quanto à referida Resolução, a “ausência de legitimidade para vinculação social, o que somente pode ocorrer pelo processo legislativo previsto na Constituição Federal”<sup>3</sup>.

Assim, a gestante e os pais solicitantes da gravidez não estão obrigados a obedecê-la, bem como a sua inobservância por eles não acarretará qualquer consequência. Entretanto, tendo em vista que a cessão de útero pressupõe a intervenção médica, e considerando que os médicos têm o dever ético de se submeter às imposições dessa Resolução, de modo que se sujeitam a procedimentos disciplinares em casos de desobediência, na prática, ela norteia as circunstâncias em que são concebidas as crianças apresentadas ao registro.

Destarte, o paradigma estabelecido pela resolução pressupõe como critérios restritivos à realização do procedimento pelo médico: a) a existência de problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, pressupondo que a solicitante é a fornecedora do óvulo; ou nos casos de união homoafetiva; b) relação de parentesco até o quarto grau entre a gestante e um dos solicitantes, respeitada a idade limite de 50 anos; c) cessão de útero sem caráter lucrativo ou comercial.

Outrossim, impõe-se às clínicas o constante do item 3, da seção VII da Resolução CFM nº 2013/2013 que prevê:

- 3 - Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:
  - Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;
  - relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;
  - descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;
  - contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

---

<sup>3</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. CGJSP - PROCESSO: 5.122/2013. Relator: José Renato Nalini, DATA DJ: 30/09/2013.

- os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal; - os riscos inerentes à maternidade;
- a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;
- a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;
- a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.<sup>4</sup>

Por pertinente ao tema, destaca-se a exigência de documento que garanta o registro civil pelos solicitantes da gravidez. Importante ressaltar que, embora voltada às clínicas, especialmente nesta parte, a Resolução excede seu campo de competência, visto que estabelece obrigações aos pais. Contudo, ainda que na tentativa de trazer certa segurança jurídica, na falta de regulamentação legal do uso do procedimento, deixa a desejar por não especificar qual documentação seria apta a oferecer a garantia do registro civil. Vale questionar: Qual tipo de documento referente ao registro civil é possível se obter sem que a criança tenha nascido? Quem seria o órgão competente para fornecê-lo? Na impossibilidade de responder essas questões, e sendo carecedora de força cogente, resta concluir que nesse aspecto a Resolução não pode contribuir ou facilitar o registro civil dessas crianças.

Diante dessa realidade, o fato é que o nascimento da criança precisa ser registrado para a sua existência jurídica, restando ainda apontar quais óbices são enfrentados pelos Oficiais Registradores na prática, diante do uso do procedimento e o consenso acerca de quem é a mãe da criança.

## 2. O registro civil

O assento de nascimento é o ato por meio do qual, por meio da atividade do Oficial de Registro Civil, ou seus prepostos, torna-se público o nascimento com vida da pessoa natural<sup>5</sup>.

A importância do registro civil de nascimento pode ser extraída dos ensinamentos dados por Regina Fernandes, que afirma ser este o documento que dá início à história jurídica de cada pessoa, importando o marco inicial para o exercício pleno da cidadania, nascendo dele os principais atributos da personalidade civil: nome, estado familiar, capacidade civil, naturalidade e nacionalidade. Nesse aspecto, os efeitos desse registro seriam de natureza comprobatória, constitutiva e publicitária<sup>6</sup>.

<sup>4</sup>BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2013/2013, publicada em 09 de maio de 2013*. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf). Acesso em: 07 jan. 2015.

<sup>5</sup> SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Registro civil das pessoas naturais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, p. 35.

<sup>6</sup>FERNANDES, Regina de Fátima Marques. *Registro civil das pessoas naturais*. Porto Alegre: Norton Editor, 2005, p. 77.

Dada a sua significância, o art. 50 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) determina a sua obrigatoriedade ao prescrever que “todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro”<sup>7</sup>.

Todavia, há de ser aclarada a situação posta por Silvia da Cunha Fernandes:

Em não havendo problemas e em ocorrendo a entrega da criança aos pais solicitantes, deparamo-nos com o problema de como fazer o registro civil da criança, uma vez que os cartórios somente lavram o assento de nascimento com base na declaração de nascido vivo emitida pelo hospital ou maternidade, que certamente fará constar como mãe a parturiente e não a mãe biológica ou social.<sup>8</sup>

Percebe-se, então, que a cessão de útero é um meio não natural de ter filhos que rompe com o fundamento jurídico basilar para a determinação da maternidade: o conceito *mater semper certa est*, ou seja, a presunção de que mãe é aquela que dá a luz à criança.

Isto porque, no caso em questão, a própria gestante não se identifica como mãe da criança, mas reconhece a maternidade da solicitante.

Com efeito, o Direito tem desenvolvido um novo conceito de filiação, o qual tem por alicerce a afetividade. Esta, por sua vez, nos casos de gestação por outrem, pode ser evidenciada através do desejo de suscitar para si filho, para criá-lo e cuidá-lo, dando ocasião à realização do procedimento que resulta na gravidez. Portanto, o afeto pode ser percebido antes mesmo da concepção, de modo que não haveria gravidez se não fosse a vontade do casal solicitante.

Cumpra esclarecer que a Declaração de Nascido Vivo (DNV) é o documento de emissão obrigatória para todo nascimento com vida ocorrido no país, e tem por finalidade alimentar os dados do sistema de informação do Ministério da Saúde.

A validade e regulamentação da DNV está prevista na Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. E, cuida-se, em verdade, de um formulário, composto por três vias, cuja impressão e distribuição compete ao Ministério da Saúde, enquanto o preenchimento será de responsabilidade do hospital ou do Oficial de Registro Civil, conforme a circunstância do nascimento, se em estabelecimento hospitalar ou fora dele.

Essa declaração, nos termos do art. 3º, § 2º da Lei 12.662, não substitui ou dispensa, em qualquer hipótese, o registro civil de nascimento, porém, a via amarela, que deve ser entregue ao pai ou responsável pela criança, é de apresentação obrigatória para que se proceda à lavratura do assento de nascimento.

Destarte, a grande problemática está no art. 4º, inciso V da referida lei, que apresenta a seguinte prescrição:

Art. 4º A Declaração de Nascido Vivo deverá conter número de identificação nacionalmente unificado, a ser gerado exclusivamente pelo Ministério da Saúde, além dos seguintes dados:

---

<sup>7</sup>BRASIL. Lei 6.015/73. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015original.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm)>. Acesso em: 14 jan. de 2015

<sup>8</sup>FERNANDES, Silvia da Cunha. As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. cit. p. 101.

(...) V - nome e prenome, naturalidade, profissão, endereço de residência da mãe e sua idade na ocasião do parto;<sup>9</sup> (grifo nosso)

Da redação desse artigo, entende-se que a Lei nº 12.662 assume que mãe é necessariamente a parturiente, desprezando a hipótese de cessão de útero.

Desta feita, o Oficial de Registro Civil se depara com uma circunstância inusitada, uma vez que a mulher que se apresenta como mãe para lavratura do assento de nascimento de seu filho não consta da DNV como genitora da criança.

Assim, o Oficial Registrador vê-se num impasse considerando que, por um lado está obrigado a realizar o registro conforme a declaração apresentada, mas, por outro, está sujeito ao princípio da verdade real que norteia os registros públicos, de modo que se efetuar assentamento do nascimento conforme a DNV, o registro não necessariamente espelhará a verdade, porquanto a própria parturiente reconhece a filiação dos titulares do projeto parental.

Ademais, é válido trazer à tona o art. 242 do Código Penal, que tipifica como crime a conduta de dar parto alheio como próprio, de modo que a solicitante da gravidez poderia incorrer em ilícito penal caso simplesmente ocultasse a DNV e se declarasse como parturiente da criança.

Eis que o nosso Código Penal é datado de 1940, época em que sequer a fertilização in vitro se constituía numa realidade, razão pela qual a situação de dar parto alheio como próprio só poderia ser enfrentada como uma falsidade. Contudo, se respeitado o procedimento legal para a realização do assento de nascimento, o registro da titular do projeto parental como mãe da criança não configurará a situação de dar parto alheio como próprio, mas verificar-se-á a ocorrência de maternidade alcançada através de parto alheio, situação admitida pelo sistema jurídico.

Conforme escreveu Maria Berenice Dias:

Nas hipóteses de gravidez por substituição, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a declaração de nascido vivo, imperioso é assegurar àquela que é mãe — e que não necessariamente é a mãe genética — o direito de o filho ser registrado diretamente em seu nome. Tal possibilidade cabe ser buscada em juízo, mesmo antes do nascimento, para que, ao nascer, seja-lhe assegurado o direito à identidade.<sup>10</sup>

Impõe-se que, na prática, não se busca a garantia desse direito antes do nascimento, e, mesmo se o for, dificilmente será autorizado, tendo em vista que o problema surge com a apresentação da DNV, preenchida apenas com a ocorrência do nascimento.

Diante dessa situação, pelo que primar? Como realizar o registro público?

Na tentativa de alumiá-lo, analisaremos casos práticos advindos da 2ª Vara de Registros Públicos e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12662.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12662.htm). Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>10</sup>DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias/ Maria Berenice Dias - 9ª Ed. rev. atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Cit. p. 380.

### 3. Casuística paulista

À semelhança do que ocorre em outras cidades do país, em São Paulo os Oficiais de Registro Civil já reconhecem a viabilidade da prática da gestação por outrem, pois não são raros os pedidos de registro de nascimento que são feitos pelos titulares de projeto parental com a anuência da gestante de que o filho pertence ao casal.

Porém, conforme já apontado, os Oficiais estariam fadados a lavrar o assento de nascimento conforme a DNV que lhe é apresentada, razão pela qual, na prática, para realizarem o registro em nome do casal, instauram o procedimento administrativo de pedido de providências perante o Juiz Corregedor correspondente, no caso da cidade de São Paulo, o Juiz Titular da 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, Capital, visando à autorização para realização do registro conforme requerido, ante a falta de norma regulamentadora.

Isto porque, diante de omissão legislativa o Poder Judiciário é o único capaz de legislar no caso concreto, ainda que, nesse caso, por meio da via administrativa.

Neste sentido, a sentença do processo 0028570-02-2014, prolatada pelo Juízo da 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, disponibilizada em 14 de novembro de 2014, ilustra bem a tendência da Corregedoria Permanente Paulistana de autorizar o registro de nascimento da criança em nome do casal; senão vejamos parte da fundamentação:

Na hipótese vertente, positivou-se que a criança fora concebida “in vitro”, mediante fertilização coletada dos próprios requerentes, do que resultou, por transferência de embrião, a gestação de S A D d S, atuando na condição de autêntica “mãe portadora”. Referida função, desempenhada pela prima da requerente, fundamental para o nascimento da criança, não induz à aplicação da regra segundo a qual a mulher que dá a luz é a mãe. Assim é, porque a criança é fruto da herança genética dos requerentes, em quadro onde a mãe portadora concordou de maneira livre e consciente em doar temporariamente o útero. Vale dizer, a criança foi concebida através do método da fertilização “in vitro” com óvulos e espermatozóides, respectivamente, de M H S d S e A J d S. A palavra parentesco deriva do verbo latino “páris-ere” (parir, gerar, dar a luz) que dá bem a dimensão da importância que sempre se atribui às relações que unem gerados e geradores. É certo que a filiação materna, como afirmou De Page, é mais cômoda de estabelecer. Com efeito, quando um indivíduo prova que tal mulher teve parto e que há identidade entre o parto e a criança daí oriunda, a filiação materna está estabelecida de maneira completa e definitiva. Assim, costuma-se dizer que, em princípio, nunca há dúvida quanto a filiação materna: “mater semper certa est”. Todavia, o desenvolvimento da reprodução assistida impõe que se passe a enfocar o tema sob a ótica da chamada paternidade de intenção, fruto de um projeto planejado, no estabelecimento de uma filiação desejada pelos requerentes. No caso em exame, houve a fecundação do óvulo de M H S d S com esperma de A J S, implantando-se o óvulo fecundado no útero de S A D d S, que cuidou de processar a gestação, sem, contudo, contribuir com o componente genético. É a técnica chamada nos EUA de “surrogate gestational mother” (Artigo do Desembargador do Tribunal da Relação de Lisboa, Joaquim José de Sousa Dinis “in” Direitos de Família e do Menor, Inovações e Tendências, Sálvio de Figueiredo Teixeira, ed. Del Rey, 1992, p. 45) e que, na ausência de mercancia, inexistindo o elemento voltado ao comércio carnal, como sucedeu na espécie, longe de ser reprovada, configura a denominada paternidade de intenção, a merecer tutela jurisdicional favorável no sentido de se efetivar o registro na forma requerida, conferindo a paternidade aos requerentes A J S e M H S

d S, afastada a presunção, em caráter excepcional, da declaração de nascido vivo (fls. 11).<sup>11</sup>

Neste julgamento, o Juiz Corregedor levou em consideração a não mercancia do procedimento, atribuindo a conduta da gestante ao sentimento de estima e solidariedade familiar, concordando espontaneamente em doar temporariamente seu útero para que sua prima pudesse gerar seu próprio filho, sendo também, este, fruto da herança genética da mãe e não da parturiente.

Não se pode olvidar que as técnicas de reprodução artificial possibilitam a divisão nas etapas da concepção, admitindo a participação de mais pessoas, que não apenas os pais. Note-se, portanto, que não se trata de adoção, mas utilizou-se como razão de decidir o novo conceito de filiação que é baseado na paternidade de intenção, ou seja, o planejamento dos requerentes. Assim, afastou-se a presunção de maternidade trazida pela DNV, determinando a realização do registro em nome do casal solicitante, operando-se o reconhecimento formal da realidade fática quanto à filiação.

Interessante é reparar que o Magistrado expressamente reconheceu que o uso do procedimento de cessão de útero é suficiente para repelir a natural indução de que a parturiente é a mãe do recém-nascido, pois é certo que a maternidade excede o momento de dar luz ao bebê.

Destarte, a decisão apresenta-se humanista na medida em que sensível à dinâmica dos fatos sociais e à evolução do conceito de filiação, apresentando ilustre e robusta fundamentação jurídica.

Nessa toada, é encontrado o parecer da Corregedoria Geral da Justiça redigido pelo Doutor José Marcelo Tossi Silva, Juiz Auxiliar na época em que o Des. Antonio Carlos Munhoz Soares era o Corregedor Geral da Justiça:

REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS - Assento de nascimento - Filha gerada mediante fertilização in vitro e posterior inseminação, artificial, com implantação do embrião em mulher distinta daquela que forneceu o material genético - Pretensão de reconhecimento da paternidade pelos fornecedores dos materiais genéticos (óvulo e espermatozóide) - Cedente do óvulo impossibilitada de gestar, em razão de alterações anatômicas - "Cedente do útero", por sua vez, que o fez com a exclusiva finalidade de permitir o desenvolvimento do embrião e o posterior nascimento da criança, sem intenção de assumir a maternidade - Confirmação, pelo médico responsável, da origem dos materiais genéticos e, portanto, da paternidade biológica em favor dos recorridos - Indicação da presença dos requisitos previstos na Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina, em razão das declarações apresentadas pelos interessados antes da fertilização e inseminação artificiais - Assento de nascimento já lavrado, por determinação do MM. Juiz Corregedor Permanente, com consignação da paternidade reconhecida em favor dos genitores biológicos - Recurso não provido.<sup>12</sup>

Tratou-se do julgamento de recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra decisão do Juiz Corregedor Permanente do Oficial de

<sup>11</sup>BRASIL. Diário de Justiça do Estado de São Paulo (DJSP) - 14/11/2014 - Judicial - 1ª Instância - Capital - P. 854/855. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/80152526/djsp-judicial-1a-instancia-capital-14-11-2014-pg-854/pdfView>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>12</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. CGJSP - PROCESSO: 2009/104323. Relator: José Marcelo Tossi Silva, DATA DJ: 09/04/2010.

Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas do Distrito de Barão Geraldo, da Comarca de Campinas, que havia autorizado a lavratura do assento de nascimento da criança havida por meio da gestação por outrem em favor dos titulares do projeto parental, considerando que esses eram os pais genéticos do infante.

Destacou-se, no parecer, que o Juiz Corregedor Permanente, cuja decisão era recorrida, autorizou o registro em nome dos fornecedores do material genético fundamentando-se no princípio do melhor interesse da criança.

Por ocasião desse julgamento, assumiu-se que as presunções de maternidade e paternidade decorrentes da DNV e dos arts. 1.597 e 1.600 do Código Civil, em relação à parturiente e seu marido, são relativas, podendo ser contestadas.

Observa-se que assim como apontado na sentença da 2ª Vara de Registros Públicos, as presunções legais de maternidade são relativizadas quando se cuidar da gestação por outrem, porquanto essas normas foram redigidas para regular a situação mais corriqueira: a mãe gestar e dar a luz seu próprio filho, de modo que as leis não abarcam essa circunstância excepcional. Portanto, insistir na aplicação seria um Positivismo exacerbado, ignorando que a legislação desprezou o fato em comento.

É curioso examinar que a despeito de ter sido escrito antes da edição da Resolução 2013/2013, restou consignada a apresentação pelos recorridos dos seguintes documentos: a) "Termo de Consentimento para Substituição Temporária de Útero"; b) "Termo de Consentimento Pós Informado para FIV/ICSI"; c) "Termo de Consentimento Pós-Informado para Criopreservação de Pré-Embriões/Embriões após Fertilização In Vitro"; d) declaração prestada pelo médico confirmando a origem dos materiais genéticos que resultaram na fertilização e inseminação artificiais; e) declaração da parturiente.

Isto porque, esses termos e declarações servem como prova no procedimento administrativo de que o nascimento da criança se deu pelo uso da cessão de útero e, conseqüentemente, dão indícios da filiação.

Por todas essas razões, entendeu-se que deveria prevalecer o registro tal como autorizado pelo Juiz Corregedor Permanente de Campinas, também em favor dos autores do projeto parental, incentivado pelo art. 226, §7º da Constituição Federal.

Através da decisão e parecer destacados, demonstra-se a tendência da Corregedoria Paulista de autorizar, de forma juridicamente fundamentada, o registro civil da criança em nome dos solicitantes da gravidez.

Outrossim, porém revelando a inovação fática num curto período de tempo, salienta-se o parecer da Corregedoria Geral da Justiça dado no Processo 5.122/2013, julgado em 16 de setembro 2013:

Registro Civil das Pessoas Naturais. Registro de nascimento. Reprodução assistida. Maternidade de substituição.

Registro de nascimento - reprodução assistida heteróloga parcial doação de oócito) com maternidade de substituição - prevalência da verdade contida no procedimento

de reprodução assistida consoante pedido de todos participantes do protocolo médico - registro de nascimento - recurso provido.<sup>13</sup>

O grande diferencial nesse caso é a recusa pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, ratificada, posteriormente, pelo Juiz Corregedor Permanente, pelo fato de ter advindo o material genético feminino de doadora anônima, e não da pretensa mãe registral.

Contudo, houve reforma da decisão, afastando-se a Resolução do CFM, e, curiosamente, aplicando por analogia o art. 1597 do Código Civil, presumindo-se a maternidade da autora do projeto parental, considerando que seu marido era o fornecedor do material genético.

Associou-se o dispositivo aos princípios da filiação e à constante evolução da tecnologia, que permitem o reconhecimento da maternidade e paternidade com material genético cedido por terceiro que não os cônjuges, e levando-se em conta o melhor interesse da criança, determinou-se, ao final, o registro reconhecendo a filiação em relação ao casal solicitante da gravidez.

Destarte, resta comprovado que não é o parto ou a genética que determinam a maternidade, mas o amor desenvolvido pelo filho antes mesmo de seu nascimento. Em vista disso, presume-se que ao autorizar o registro em nome dessa mulher que tanto ansiou pelo cuidado da criança, o Juiz estará a resguardar um desenvolvimento com dignidade, prezando pelo maior interesse do infante.

Por conseguinte, da análise da casuística do Estado de São Paulo, conclui-se que mesmo enfrentando um dificultoso caminho não apenas para alcançar a maternidade/paternidade, mas também para obter-se o registro civil de nascimento de seu filho, enfim os titulares do projeto parental têm justamente conquistada a formalização da filiação da criança por meio de autorização da Corregedoria dos Oficiais Registradores.

### **Proposições conclusivas**

Diante de todo o exposto, evidenciou-se a necessidade de regulamentação legal do uso do procedimento da cessão de útero, bem como das consequências dessa utilização para facilitação do registro civil da criança havida por meio dessa medida.

Enquanto não houver comoção e ação por parte do Poder Legislativo, a sociedade sofre com a insegurança jurídica e desamparo, uma vez que não restam dúvidas de que se trata de uma prática corrente no Brasil.

Com efeito, demonstrou-se que a única forma de obter assento de nascimento da criança havida por meio da gestação por outrem, tendo o reconhecimento jurídico do parentesco com os pais solicitantes da gravidez, é por intermédio do Poder Judiciário. Contudo, observa-se que, já sobrecarregados, os juízes se veem obrigados a dirimir questões que não importam em litígio, e bastaria a regulamentação legal para solvê-las.

---

<sup>13</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. CGJSP - PROCESSO: 5.122/2013. Relator: José Renato Nalini, DATA DJ: 30/09/2013.

Por outro lado, não se pode desprezar o tempo que a criança aguarda a autorização judicial para que tenha efetivado seu registro espelhando a verdade de sua filiação, enquanto seus pais sofrem com a angústia da espera de uma solução jurídica para o reconhecimento de sua família, pois, por mais rápida que seja a decisão judicial o simples fato de ter que acionar a Jurisdição Estatal implica em todos os trâmites forenses de protocolização do pedido, conclusão do processo, oitiva do Ministério Público etc.

Em contrapartida, em vista dos fatos, há de se destacar a tendência meritória da Justiça Paulista em autorizar o registro civil de nascimento em nome dos titulares do projeto parental, atentando aos avanços sociais relativos ao conceito de filiação, resguardando o interesse da criança e dando segurança jurídica a uma prática lícita, porém não regulamentada.

Assim, tem-se que aqueles que são os verdadeiros responsáveis pela concepção, gestação e nascimento da criança, que a desejaram como filha, mesmo diante de tantos obstáculos e incertezas, devem ser juridicamente reconhecidos como seus pais através do registro civil de nascimento.

### Referências bibliográficas

ABREU, Laura Dutra de. A renúncia da maternidade: Reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição. Principais aspectos nos direitos português e brasileiro. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, ano XI, n. 11, ago/set. 2009.

ARAÚJO, Luiza Costa; CABRAL, Vivian Boechat. A necessária disciplina do útero de substituição, a onerosidade do contrato e a facilitação do registro civil da criança. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, ano XV, n. 35, ago./set. 2013.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e a fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução nº 1358/1992, publicada em 19 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm)>. Acesso em: 07 jan. 2015.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução nº 2013/2013, publicada em 09 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 07 jan. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo (DJSP)**, de 14 de novembro de 2014. Judicial, 1ª Instância, Capital, p. 854-855. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/80152526/djsp-judicial-1a-instancia-capital-14-11-2014-pg-854/pdfView>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. **Lei 6.015/73**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015original.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12662.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12662.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1167993 / RS, Quarta Turma, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, *DJe*, 15 mar. 2013.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Francisco Neto de. **Direito, Biologia e Sociedades em rápida transformação**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. In: Maria Berenice Dias. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens). Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, Regina de Fátima Marques. **Registro civil das pessoas naturais**. Porto Alegre: Norton Editor, 2005.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sete Mares Editora, 1991.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a Ciência e as Leis Bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.  
LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. **Revista Brasileira de Direito das Famílias**, Porto Alegre, ano IV, n. 13, abr./jun. 2002.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Disponível em:  
<<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade (“mãe de aluguel”)**. Curitiba: Genesis, 1998.

MENDES, Christine Keler de Lima. Mães Substitutas e a Determinação da Maternidade: Implicações da Reprodução Medicamente Assistida na Fertilização. In: Vitro Heteróloga. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, ano IX, n. 0, out./nov. 2007.

NETO, Francisco Vieira Lima. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

**NOTÍCIAS STF de 16 de janeiro de 2013**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=228595>>.

Acesso em: 13 jan. 2015.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JR., Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar?: compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gaia, 2000.

OTERO, Marcelo Truzzi. Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, ano XII, n. 20, fev./mar. 2011.

\_\_\_\_\_. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança**. Disponível em:

<[http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft\\_word\\_contrato\\_sgestacionais\\_27\\_01\\_2010.pdf](http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contrato_sgestacionais_27_01_2010.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2015.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. **Registro civil das pessoas naturais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. CGJSP, Processo: 2009/104323. Relator: José Marcelo Tossi Silva, Data DJ: 09 abr. 2010.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. CGJSP, Processo: 5.122/2013. Relator: José Renato Nalini, Data DJ: 30 set. 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VIEIRA JÚNIOR, Enio Gentil; MELOTTO, Amanda Oliari. **Os pais destituídos do poder familiar e a obrigação de prestar alimentos. A manutenção da obrigação de prestar alimentos pelos pais destituídos do poder familiar.** Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/22>>. Acesso em: 14 jan. 2015

VILLELA, João Baptista. Procriação, paternidade & alimentos. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Alimentos no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

# A INDIGNIDADE E SUA REPERCUSSÃO NOS ALIMENTOS

FABIANA DOMINGUES CARDOSO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Indignidade x dignidade - breve análise conceitual. 2. Alimentos e indignidade no Código Civil. 2.1 A indignidade como causa de exoneração dos alimentos. 2.1.1 No parentesco e na conjugalidade. 3. A redução do quantum alimentar com fulcro na indignidade do credor. Conclusões. Referências bibliográficas.

“Se a dignidade é irmã gêmea da justiça, a indignidade o é da injustiça, do crime.”  
(MACEDO, Silvio)

## Introdução

O presente trabalho se propõe a apresentar, brevemente, a repercussão da indignidade nos alimentos, no âmbito do direito de família, tanto para a exoneração, quanto para eventual modificação do pensionamento já fixado, ou seja, os efeitos do procedimento indigno em matéria de Alimentos, do Direito de Família.

A indignidade com reflexo nos Alimentos do Direito de família surgiu com previsão legal apenas no Código Civil de 2002, ou seja, ainda recente, com quatorze anos de sua vigência e aplicação no Brasil, iniciada em janeiro de 2003.

Trata-se de matéria controversa e de pouco debate jurídico na doutrina e jurisprudência, todavia, de relevante importância aos jurisdicionados, visto que abarca situações existentes nas relações familiares, que ensejam a prática da obrigação alimentar.

O cerne do debate é a previsão legal contida no artigo 1.708, § único do Código Civil, que possibilita a exoneração dos alimentos em curso, tendo como causa o procedimento indigno daquele que os recebe.

E, a partir dessa determinação legal, discute-se a visão ampliada à aplicação do também procedimento indigno para hipóteses de redução do *quantum* alimentar.

Com efeito, perpassando-se rapidamente por uma das possibilidades de conceituação da indignidade e do considerado procedimento indigno, com foco aos alimentos do direito de família, é que o estudo se volta à repercussão dos atos indignos, tanto à exoneração, quanto à redução dos alimentos, em curso, no

---

<sup>1</sup> Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais-Direito Civil pela PUC-SP. Professora da FADI-Sorocaba e palestrante em cursos jurídicos. Advogada atuante em Direito de Família e Sucessões. Membro da Diretoria do IBDFAM-Regional São Paulo. Integrante da Comissão de Direito de Família e Sucessões do IASP-Instituto dos Advogados de São Paulo e Associada do Instituto de Direito Privado. Autora de obras jurídicas.

<sup>2</sup> Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. *Parágrafo único.* Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

âmbito das relações familiares, sejam as obrigações decorrentes do parentesco, ou da conjugalidade.

Destarte, sem exaurir as possibilidades fáticas, bem como o tema em testilha, espera-se contribuir para o debate jurídico, com o singelo estudo.

## 1. Indignidade x dignidade - breve análise conceitual

Conceituar dignidade ou a dignidade da pessoa humana é uma das tarefas mais árduas que um pesquisador pode enfrentar, seja pela amplitude do termo, ou pelo fato de não se tratar de conceito fechado, rígido ou matemático.

Como aponta Maria Celina Bodin de Moraes a respeito de referida dificuldade de conceituação da dignidade humana, tem-se: “Mas em que consiste a dignidade humana, expressão reconhecidamente vaga, fluida, indeterminada? Esta é uma questão que a, ao longo da história, tem atormentado filósofos, teólogos, sociólogos de todos os matizes, das mais diversas perspectivas, ideológicas e metodológicas”.<sup>3</sup>

Resta claro, diante dessa breve colocação, que aos operadores do Direito e juristas como um todo, a dificuldade não se configura de menor porte; ao contrário, talvez ganhe o peso da responsabilidade que a ciência jurídica tem de conviver intimamente com a sociedade e a ela entregar seus conceitos, sempre o mais definido e claro possível, a fim de se evitar dubiedade, insegurança jurídica e, sobretudo, injustiça.

Dignidade está em voga nos últimos anos, especialmente no campo do Direito, e com mais direcionamento ao denominado princípio da dignidade da pessoa humana, tendo recebido críticas por ser tão ampla sua conceituação e presença em diversas áreas da atuação humana, que não raro, ambas as partes de um mesmo processo a suscitam em sua defesa, com o intento de fundamentar suas defesas nas mais diversificadas causas, em variadas localidades no mundo.

Como compara Luís Roberto Barroso, “com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade”.<sup>4</sup> Exatamente essa a sensação que nos últimos tempos há, ao se ver arguida a dignidade da pessoa humana nos meios jurídicos, às vezes, beirando a banalidade.

Já o termo indignidade, tem sido entendido, objetivamente, como a ausência de dignidade, sem que isso simplifique a identificação do que é um ato indigno em face da análise e aplicação, por exemplo do parágrafo único, do artigo 1.708 do Código Civil vigente.

Assim, parte-se da análise do idioma. Na Língua Portuguesa,<sup>5</sup> as acepções ao termo indignidade, são, a saber: “1. ausência de dignidade. 2. ação, conduta ou ideia indigna, desonrosa. 3. o que é muito cruel, desumano. 4. falta de decência, de decoro. 5. Rubrica: termo jurídico. penalidade imposta a herdeiro que consiste em excluí-lo da herança quando tiver praticado atos ofensivos ou faltas graves contra o *de cujus*.”

---

<sup>3</sup> (MORAES, *O princípio da dignidade humana*, 2006, p. 6).

<sup>4</sup> (BARROSO L. R., 2010).

<sup>5</sup> Cf. HOUAISS A. I., 2009.

Aqui, dessa conceituação apontada pelo dicionário do idioma Português, se denota a percepção popular, bem como o entendimento extraído da cultura do povo brasileiro.

No latim o termo indignidade tem a sua origem com o vocábulo *indignitas*, ou *indignitate*, indicando a falta de dignidade, a injúria afrontosa, o demérito.<sup>6</sup>

Iniciando-se, então, a construção da conceituação, esta por ter a ideia natural de que a indignidade é a ofensa à dignidade. Trata-se, até mesmo, de um exercício intuitivo. Mas, então, é cabível perquirir, o que é a dignidade.<sup>7</sup>

Ao termo dignidade, o mesmo dicionário <sup>8</sup> o define como: “substantivo feminino. 1. qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor; honra, autoridade, nobreza; 2. qualidade do que é grande, nobre, elevado; 3. modo de alguém proceder ou de se apresentar que inspira respeito; solenidade, gravidade, brio, distinção; 4. respeito aos próprios sentimentos, valores; amor-próprio; [...]”

E quanto ao termo respeito, tem-se: “1. consideração, deferência, reverência. 2. estima ou consideração por alguém ou algo. 3. obediência, acatamento. 4. modo pelo qual se encara uma questão; ponto de vista. 5. o que motiva algo; razão, causa. 6. sentimento de medo; receio” O termo dignidade possui sua etimologia na palavra latina *dignus*, o qual “é aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”.<sup>9</sup>

Destarte, para a Teologia e o Cristianismo, este último o pioneiro em abordar a temática,<sup>10</sup> a dignidade humana está relacionada com a crença de o homem ser a imagem de Deus, que é bem e é bom. Nesse sentido, explica Marciano Vidal, na obra “Dez palavras-chave em moral do futuro”.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Cf. (SILVA D. P., 2006, p. 731).

<sup>7</sup> Nesse sentir, Giselda Hironaka, ao comentar como se poderia conceituar a indignidade: “Uma pista a mais, talvez fosse o conceito aparentemente oposto: dignidade. De fato, temos a mão, cada vez mais discutido e desenvolvido, um conceito de dignidade. Mais o que isso, teríamos à mão um conceito jurídico de dignidade, em oposição, por exemplo, ao que seria um conceito filosófico de dignidade. Assim, seria viável investigar o sentido de indignidade a partir de um outro conceito, mais especificamente, o de dignidade? (...)” (HIRONAKA G. M., 2008, p. 106).

<sup>8</sup> *Ib idem*.

<sup>9</sup> Cf. BREUVART, J. M. Le concept philosophique de dignité humaine. *Revue d'éthique et théologie morale*, n. 191, 1994, p. 04-05 *apud* MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da dignidade humana* 2006. p.7).

<sup>10</sup> Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes: “Foi o Cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a ideia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo. O desenvolvimento do pensamento cristão sobre a dignidade humana deu-se sob um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza originária através da noção de liberdade de escolha, que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural. (...)” (MORAES, *O princípio da dignidade humana*, 2006, p. 8).

<sup>11</sup> “Num lúcido estudo sobre a dignidade do ser humano, K. Rahner equipara o conceito de ‘dignidade’ com o conceito de ‘ser’ humano. ‘Em geral, dignidade significa, dentro da variedade e da heterogeneidade do ser, a determinada categoria objetiva de um ser que reclama - diante de si e diante dos demais - estima, proteção e realização (...)’ (VIDAL, 2003, pp. 119-121). E continua, citando as orientações da Congregação para a educação católica: “os direitos humanos derivam, por uma lógica intrínseca, da própria dignidade da pessoa humana” (Conforme cita o autor: “Congregação para a educação católica: orientações para o estudo e o ensinamento da doutrina social da Igreja na formação dos sacerdotes (1988).”

Até aqui é possível afirmar, que um dos entendimentos conferidos à dignidade está relacionada com a prática do bem e com o bem-estar comum, com a harmonização entre a convivência em sociedade, sem que se ofenda ou extrapole os limites alheios. É o fazer o “bem”, evitando-se fazer o “mal” ao ser humano.

Leva a crer, portanto, que a indignidade fere a convivência em sociedade, ou seja, aquele que age de modo a ferir a dignidade da pessoa atinge a convivência, trazendo consequências e devendo ser responsabilizado para tanto.

Filósofos e teóricos passaram a abordar em seus estudos a pessoa humana, e os direitos humanos de forma geral, como Thomas Hobbes, John Locke, Immanuel Kant, dentre outros, o que levou à construção, ao longo dos anos, da relevância do ser humano e de sua atuação em sociedade, perpassando assim, pela abordagem dos conceitos sobre a moral, ética e a própria dignidade.

Não se pode olvidar dos escritos e lições de São Tomás de Aquino, apoiado na Filosofia e Teologia, que abordam as virtudes, ligadas ao homem e seu comportamento. Como cediço, Tomás de Aquino influenciou gerações e, dentre um de seus renomados estudiosos, há Jacques Maritain<sup>12</sup>, o qual, embasado nas lições tomistas, aborda a dignidade humana assim: <sup>13</sup> “A pessoa humana tem direitos, por isto mesmo que é uma pessoa, um todo senhor de si próprio e de seus atos, e que por consequência não é somente um meio, mas um fim, um fim que deve ser tratado como tal. A dignidade da pessoa humana — seria uma expressão vã se não significasse que, segundo a lei natural, a pessoa humana tem o direito de ser respeitada e é sujeito de direito, possui direitos.(...)”.

Outrossim, destaca-se entre os filósofos mais antigos, supracitados, o “imperativo categórico”<sup>14</sup> tratado na obra de Immanuel Kant,<sup>15</sup> bem como as lições de sua conhecida obra *Crítica da razão prática*,<sup>16</sup> tendo sido a sua contribuição à conceituação e entendimento do respeito ao outro e da moral de relevância ímpar, até os nossos dias.

---

<sup>12</sup> (MARITAIN, 1967, p. 62).

<sup>13</sup> Marcelo Azevedo, especialista no filósofo Jacques Maritain, pontua em sua tese de doutoramento a respeito do tema: “O homem é um ser livre dotado de personalidade. Afirmar que o homem é uma pessoa significa que ele não é somente um pedaço de matéria, um indivíduo como todos os outros que existem na natureza. Por ser dotado da liberdade própria dos agentes espirituais ele possui direitos, é sujeito de direitos; além do homem não há ninguém na natureza que seja sujeito de direito, não há direitos conferidos a um pedaço individual de matéria. O homem é um animal e um indivíduo, contudo muito diferente de todos os outros indivíduos que existem na natureza; o homem é um indivíduo que se sustenta e se conduz pela inteligência e pela vontade, [...]” (Cf. AZEVEDO, Marcelo Sampaio Soares de. Os fundamentos da liberdade religiosa na filosofia de Jacques Maritain. Tese de Doutorado em Filosofia do Direito. PUC-SP, maio 2016).

<sup>14</sup> Explica Maria Celina Bodin de Moraes: “Compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado com um fim em si mesmo. Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. O imperativo categórico orienta-se, então pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. É esta dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito pelo outro.” (MORAES, *O princípio da dignidade humana*, 2006, p. 12).

<sup>15</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Petrópolis/Bragança Paulista. Vozes/Universidade São Francisco. 2013.

<sup>16</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Ebooks Brasil. 2004.

Em sua literatura, Kant traz a questão da moral, sob um olhar diferenciado, revelando em sua essência a dignidade da pessoa humana, especialmente ao congregar a ética e o respeito ao outro. É cediço, dentre os estudiosos de Kant, que o “imperativo categórico” se revela na expressão: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral.” O que significa que as atitudes do homem devem ser condizentes ao seu pensar e vontade, de modo que passem a ser fórmula para uma regra geral a ser observada em sociedade, o que contempla o respeito às demais pessoas, bem como o respeito aos limites legais e sociais.

Ainda, “de acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (preis) e a dignidade (würden). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. [...]. Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar quaisquer fins. Em consequência, a legislação elaborada pela razão prática, a vigorar no mundo social, deve levar em conta, como sua finalidade máxima, a realização do valor intrínseco da dignidade humana”.<sup>17</sup>

Com efeito, a orientação do autor levou a ter como prevalência o homem e a sua preservação e respeito como centro de tudo, incluindo a finalidade do legislador na elaboração das leis destinadas ao ser humano.

De modo geral, a dignidade da pessoa está em tudo e em todos, ou ao menos deveria estar, como ensina o autor português Diogo Leite de Campos, em seu artigo “O Direito em nós”, a saber: “[n]a acepção de que o Direito está em nós, que somos capazes, naturalmente capazes, de caminhar no sentido da Justiça, de uma sociedade mais justa e filantrópica, em que cada um se reconheça em todos os outros. Em que se procure o bem do outro, simultânea e inseparavelmente do bem de si mesmo”.<sup>18</sup>

Com efeito, afirma Rizzato Nunes: “Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da História e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica. (...) O que se tem de fazer é apontar o conteúdo semântico de dignidade, sem permitir que façam dele um conceito relativo, variável segundo se duvide do sentido de bem e mal ou de acordo com o momento histórico”.<sup>19</sup>

De fato, é o que se denota das elaborações construídas pelos filósofos de diversos séculos, juristas, dentre outros estudiosos, ou seja, a ideia da dignidade teve sua iniciação na percepção do homem, como indivíduo, como pessoa. Passou-se a identificação da pessoa detentora de direitos, e com isso foi-se evoluindo aos direitos humanos, até que em análise mais intimista e próxima, nasceu a dignidade da pessoa humana, como vista em Constituições ao redor do mundo, bem como na prática jurídica hodierna.

Os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana caminham lado-a-lado e *pari passu*, diante da definição identificada, passou-se ao seu reconhecimento e a

---

<sup>7</sup> Cf. MORAES, *ib idem*.

<sup>18</sup> (CAMPOS, O direito em nós, 2-2016, p. 475).

<sup>19</sup> (NUNES, 2007, p. 130).

sua importância ao Direito, de forma que em tempos modernos, se alcançou a efetiva construção jurídica, disposta em Constituições, incluindo a do Brasil, desde 1988, como se demonstra ao longo desta pesquisa.

Partindo-se para uma conceituação jurídica da dignidade e de sua afronta, a indignidade, o que se repise, traduz-se em árdua tarefa e até mesmo inconclusiva, nada obstante, para alguns autores, pode ser dito como indigno, “aquele sujeito assim qualificado em consequência da prática de atos vis, baixos, injuriosos ou desrespeitosos em relação aos bons costumes e outras pessoas”.<sup>20</sup>

Para Marcelo Fortes Barbosa Filho,<sup>21</sup> um dos estudiosos da indignidade no âmbito do direito sucessório, “A tradição longa e já estratificada solidificou o uso específico do termo e merece ser respeitada. Assim, a indignidade, em nosso âmbito, constitui a sanção civil que recai sobre todo aquele que **perpetrou atos ofensivos à honra, à última vontade e à própria pessoa** do hereditando, excluindo-o da sucessão.” (grifo nosso)

Com clareza aponta Ênio Santarelli Zuliani ao dispor: “O comportamento indigno do credor de alimentos diante da conduta do devedor que o abastece com recursos financeiros agride o senso ético e a moralidade social, com repercussão perniciosa no desenvolvimento da sociedade que se sustenta, observando padrões rígidos de conduta, apesar de homenagear a fraternidade e a solidariedade”<sup>22</sup>

Para a maior parte da doutrina analisada e que aborda o tema, “a indignidade do credor de alimentos consiste em uma ofensa grave dirigida ao devedor da pensão, atingindo a sua dignidade. Trata-se de um comportamento ignóbil, destruidor da solidariedade familiar”<sup>23</sup>, bem como da própria dignidade humana.

Para Yussef Said Cahali, o procedimento indigno, em sentido amplo, equivale à afronta dos deveres de lealdade e assistência.<sup>24</sup>

Visando facilitar a construção do conceito, é importante excluir atos que não significam procedimento indigno para o Direito, ainda que em algum momento histórico já tenham sido assim considerados. E o exemplo emblemático desse contexto é o tema e comportamento relacionados à liberdade sexual da mulher.

Com o advento da Lei do Divórcio em 1977, devagar os divórcios foram ocorrendo no Brasil e, por consequência, novos relacionamentos se formando aos divorciados. Realidade também óbvia à época era a total dependência financeira da mulher em relação ao marido, o que se estendia após o divórcio com a obrigação alimentar a esta.

Portanto, assim que a mulher estabelecia um novo relacionamento ou suspeita de contato sexual, especialmente, era tratada como pessoa de afronta à moral, à honra do devedor de alimentos, pois a este era vergonhoso ou não caberia sustentá-la, em face da afronta ao dever de fidelidade (ao ex-marido), se estivesse

<sup>20</sup> (POLETO, 2013, p. 241).

<sup>21</sup> (BARBOSA FILHO, 1996, p. 16).

<sup>22</sup> (ZULIANI, Alimentos, 2009, p. 244).

<sup>23</sup> (FARIAS & ROSENVALD, 2016, p. 762).

<sup>24</sup> Cf. (CAHALI Y. S., *Dos Alimentos*, 2013, p. 166).

se relacionando com outro homem, ainda que um mero encontro ou namoro, sem caráter de casamento ou união estável.

Por alguns anos os Tribunais do país assim entenderam, com diversas vertentes aos casos concretos julgados, como revela a jurisprudência da época,<sup>25</sup> o que resultava na exoneração dos alimentos pagos à ex-esposa, em face do seu comportamento “indigno”, assim considerado na ocasião histórica.<sup>26</sup>

E diz-se histórica, pois, felizmente, ao final da década de 80, esse cenário começou a ser alterado e, em 1993, um julgado do Superior Tribunal de Justiça significou o marco da extinção do retrógrado e patriarcal posicionamento, tendo como relator o então Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no Recurso Especial nº 21697/SP,<sup>27</sup> pelo qual se denegou a exoneração da pensão alimentícia da ex-esposa, mesmo diante do nascimento de um filho, fruto de um encontro pós-divórcio, com outro homem.

Hoje não restam resquícios sequer de tal entendimento refletido na doutrina ou nos julgados, pois passou a ser pacífico o entendimento de que inexistente o dever de fidelidade desde a separação fática dos casais, bem como os alimentos devem ser pautados na necessidade de quem os pleiteia e na possibilidade de quem os fornece.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Cf. STF, 2ª T., Rel. Min. Eloy da Rocha, RE 65.300, j. 21/02/1972. Cf. FRANÇA, Rubens Limongi (org.), *Jurisprudência dos Alimentos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 77-82. Ainda: RT 511/243; TJSP. 5ª Câmara. Cível. 16.02.1978; RJ88/477; RT 716/168; TJRO. Câmara. Cível, 08.04.1997 etc.

<sup>26</sup> Ainda, Yussef Said Cahali, dispõe: “A jurisprudência de nossos tribunais não transigia com a mulher separada que - aproveitando-se da cessação do dever de fidelidade - passava a viver em concubinato, fosse para recusar-lhe alimentos e os havia dispensado ou renunciado no desquite amigável, fosse para exonerar o ex-marido que os havia assumido ou neles havia sido condenado.” (CAHALI Y. S., 2013, p. 312).

<sup>27</sup> “Direito de família. Civil. Alimentos. Ex-cônjuge. Exoneração. Filho concebido após a separação consensual. Dever de fidelidade. Recurso provido. I - não autoriza exoneração da obrigação de prestar alimentos a ex-mulher o só fato de esta haver concebido filho fruto de relação sexual mantida com terceiro após a separação. II - a separação judicial põe termo ao dever de fidelidade recíproca. As relações sexuais eventualmente mantidas com terceiros após a dissolução da sociedade conjugal, desde que não se comprove desregramento de conduta, não tem o condão de ensejar a exoneração da obrigação alimentar, dado que não estão os ex-cônjuges impedidos de estabelecer novas relações e buscar, em novos parceiros, afinidades e sentimentos capazes de possibilitar-lhes um futuro convívio afetivo e feliz. III - em linha de princípio, a exoneração de prestação alimentar estipulada quando da separação consensual somente se mostra possível em uma das seguintes situações: a) convalidação de novas núpcias ou estabelecimento de relação concubinária pelo ex-cônjuge pensionado; b) adoção de comportamento indigno; c) alteração das condições econômicas dos ex-cônjuges em relação às existentes ao tempo da dissolução da sociedade conjugal. IV - inaplicável a espécie, porque não se trata no caso de fixação de pensão alimentícia, o entendimento que se vem firmando no sentido de que, hodiernamente, dada a equiparação profissional entre mulheres e homens, ambos disputando em condições de igualdade o mercado de trabalho, não se mostram devidos, nas separações sem culpa, alimentos aos ex-cônjuges, salvo se comprovada a incapacidade laborativa de um deles.” (STJ. REsp 21.697/SP. 4ª T. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. j. 14/06/1993, DJ 27/09/1993, p. 19823).

<sup>28</sup> Nesse sentido: “Alimentos. Exoneração. Namoro. O fato de a mulher manter relacionamento afetivo com outro homem não é causa bastante para a dispensa da pensão alimentar prestada pelo ex-marido, acordada quando da separação consensual, diferentemente do que aconteceria se estabelecida união estável. Precedentes. Recurso não conhecido.” (STJ. REsp 107.959/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., j. 07/06/2001, DJ 20/08/2001, p. 468).

Outrossim, não se pode olvidar que a indignidade suscitada na lei civil, que fomenta uma das causas de exoneração da pensão alimentícia no direito de família está carregada de respeito e observância não apenas à dignidade, mas também à boa-fé, a eticidade e aos bons costumes.

Essa preocupação em preservar a dignidade na relação alimentícia ao credor de alimentos, especialmente, é prevista em diversas legislações estrangeiras, podendo ser citados países como: Alemanha, Angola, Argentina, Cabo Verde, Colômbia, Espanha, França, Itália, México, Moçambique, Rússia e Venezuela.<sup>29</sup>

Antes de finalizar o intento de conceituação, relevante destacar que o passado das pessoas envolvidas no contexto do procedimento indigno é parte delicada dessa construção conceitual. Explica-se.

Imagine-se, o que sequer é raro, o abandono dos filhos por um de seus genitores, e este que outrora abandonou pleiteia agora alimentos aos filhos abandonados (abandono este, moral, afetivo e material). Tal ato do passado distante, mas totalmente importante e influenciador da vida daqueles filhos, tem o condão de ser caracterizado como ato indigno.

Tem-se conforto em afirmar que se trata o ato de abandono de um procedimento que fere a dignidade dos filhos, todavia, poderiam os filhos o arguir para afastar a obrigação alimentar em favor do genitor, após muito tempo passado daquela necessidade de se ter o genitor presente?

Ou, seria apenas uma oportunidade de vingança, por parte dos filhos, no momento em que aquele abandono já não possui reflexo próximo na vida dos filhos? Estariam os filhos perfazendo prevalecer a própria (tardia) dignidade? Ou não, atos graves como o abandono parental citado, provocam um dano permanente à dignidade, podendo tal causa ser suscitada a qualquer momento?

Conforme Antônio Carlos Mathias Coltro, ao abordar esse cenário, aduz “da mesma forma que o imoral de ontem perdeu tal característica hoje, o que era indigno no passado poderá ser suportável no futuro”<sup>30</sup>, levando a crer na tendência de que não caberia, ou até mesmo seria justo, aferir no presente, como afronta à dignidade, ato de um passado distante entre as partes, ora litigantes.

Denota-se tratar de questão de difícil resposta e que demanda, em nosso sentir, de análise minuciosa do caso concreto para um adequado e justo posicionamento. As possibilidades de ferimento à dignidade são inúmeras e variam de pessoa a pessoa, de costumes, cultura e povos.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Para detalhes a respeito confira em breve livro que aborda os Alimentos e a Indignidade, da autora, ainda no prelo.

<sup>30</sup> (COLTRO, 2011, p. 165).

<sup>31</sup> Conforme aponta Maria Helena Diniz, poderá ser considerado procedimento indigno quando o credor dos alimentos ferir seu alimentante e, assim: “tiver procedimento indigno ou desonroso em relação ao devedor, atentando dolosamente contra sua vida; ofendendo-o em sua integridade física, causando-lhe, intencionalmente, lesão corporal, leve ou grave; expondo-o a situações humilhantes ou vexatórias, atingindo-o em sua honra e boa-fama, em razão de injúria, difamação ou calúnia, praticando contra ele qualquer ato arrolado nos arts. 1.814 e 557 do Código Civil (aplicável por analogia). (...) Imprescindível será a comprovação de um dos fatos arrolados; mera suspeita não é o bastante.” (DINIZ M. H., *Cessação do dever de prestar alimentos*, 2006, p. 168/169).

Com efeito, a indignidade é a ofensa à dignidade da pessoa. E a dignidade é composta por um conjunto de direitos e valores que pertencem ao homem, enquanto pessoa e ser humano detentor de direitos e sentimentos.

Entrementes, tem-se que a indignidade efetivada, ou seja, o procedimento indigno, afeta de forma devastadora os direitos da personalidade<sup>32-33</sup> de cada ser humano. Com efeito, é relevante apontar, por fim, que a dignidade se perfaz em “bem jurídico” e não necessariamente, um instituto.

Destarte, no contexto jurídico brasileiro dos alimentos, sem exaurimento de possibilidade, indignidade é violentar a dignidade de outrem, com atos que afrontam o respeito, a moral pessoal e coletiva, os bons costumes, a crença religiosa do afrontado, sua privacidade, a honra, a boa-fama, a ética, a solidariedade ao outro, ou ainda, que prejudica o convívio social, e devasta, sobretudo, os direitos da personalidade do alimentante.

Outrossim, cabe o friso à amplitude, mas também à gravidade das possibilidades que levam à consideração do que é a indignidade (o procedimento indigno), não se deve tratar de mero desagrado, ou discordância, divergência de opiniões, ou até mesmo falta de carinho e afeto na convivência das partes.<sup>34</sup>

## 2. Alimentos e indignidade no Código Civil

Conforme supracitado, a indignidade com reflexo nos Alimentos do Direito de família surgiu no contexto legal do ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Código Civil de 2002, ou seja, ainda recente, visto que entrou em vigor em janeiro de 2003.

No Código Civil de 1916 não havia disposição similar a respeito, porém, no direito pré-codificado houve o que se pode chamar de um “ensaio” à indignidade prevista no Diploma corrente, uma vez que no Assento de 09 de Abril de 1.772, restou previsto a punição com a perda da pensão alimentícia algumas situações praticadas, a saber: “a - quanto fosse praticado ato justificador, em tese, da

---

<sup>32</sup> Segundo Silvio Rodrigues, direitos da personalidade são: “[...] inerentes à pessoa humana e, portanto, a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física, ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra” (RODRIGUES S., 1994, p. 81). Para mais sobre os direitos da personalidade, confira: BERTONCELLO, Franciellen. Direitos da personalidade: uma nova categoria de Direitos a ser tutelada. Dissertação de mestrado. Maringá: Censumar. 2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp021795.pdf>>.

<sup>33</sup> Carlos Alberto Bittar, assim define os direitos da personalidade: “[...] os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos” (BITTAR, 1995).

<sup>34</sup> Afeto aqui designado em sentido lato, e não se tratando do “abandono afetivo” tratado em nosso Direito. Destaca-se o julgado abaixo que analisou atos de indignidade, porém, não para fins de alimentos, porém, confira-se a ideia em mesmo sentido do exposto nessa parte: “Indignidade. Imposição de cláusula restritiva a bem doado. Descabimento. Constitui pedido juridicamente impossível o de ver a ex-mulher declarada indigna de participar da sucessão do bem que doou ao filho ou de ter qualquer proveito em relação a este bem, pelo fato de ter promovido ação de execução de alimentos e também por haver registrado ocorrência policial quando foi ameaçada pelo varão. Recurso desprovido. (Ap. 70002429827, 7ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 09/05/2001).

deserdação; b - caso tivesse havido injustificado abandono da casa paterna; c - se o filho contraísse matrimônio sem o consentimento paterno ou sem suprimento judicial; d - se o irmão viesse a se casar sem o consentimento do pai comum ou abandonasse, sem justa causa, a casa do alimentante”.<sup>35</sup>

O Código Civil vigente, o qual rege a matéria sobre Alimentos, permite a exoneração dos alimentos, na hipótese de o alimentando apresentar procedimento indigno em relação ao alimentante, entretanto, apenas faz menção a essa hipótese no parágrafo único do artigo 1.708 do Código Civil, sem que apresente um rol ou parâmetro de possibilidades para tanto.

A redação vigente é: <sup>36</sup> Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. *Parágrafo único.* Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

Ainda, em que pese a lei ser silente sobre a redução do *quantum*, pela mesma motivação, a indignidade tem sido causa de minoração da pensão, conforme a jurisprudência já tem revelado tal vertente.

Destarte, são identificadas duas possibilidades no tema objeto do estudo, para as quais se ousa apresentar sugestões que visam: a) a consideração flexível do rol de hipóteses de exoneração de alimentos, com causa na indignidade e b) demonstrar a possibilidade de redução do *quantum* alimentar, também com base no procedimento indigno.

Com efeito, a pretensão não é de forma alguma exaurir o tema sob estudo, ao contrário, é incitar o debate e, *quiçá*, contribuir para o cenário jurídico hodierno, buscando atingir a aplicação prática e não apenas o debate acadêmico das matérias, ora envolvidas.

## 2.1 A indignidade como causa de exoneração dos alimentos

Conforme dispõe a redação do parágrafo único do artigo 1.708 do Código Civil,<sup>37</sup> é possível a pensão em curso ser exonerada, com base em procedimento indigno do credor de alimentos.

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência reconhecem e aplicam tal preceito.<sup>38</sup> Confira-se.

---

<sup>35</sup> Cf. (BARBOSA FILHO, 1996, p. 24); bem como confira os detalhes a respeito: (PEREIRA L. R., 2004, pp. 280-281).

<sup>36</sup> O Projeto de Lei 470/2013 prevê a alteração da redação legal, veja-se: Art. 118. Não são devidos alimentos, se o alimentário tiver procedimento indigno ou ofensivo quanto ao alimentante e sua família.

<sup>37</sup> CC/2002: Art. 1.708. (...) Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

<sup>38</sup> “Direito Civil. Apelação. Exoneração do dever de pagamento de plano de saúde. Alimentos. Hipóteses legais não comprovadas. Código Civil arts. 1.699, 1.708 e seu parágrafo único. 1. A exoneração de alimentos só pode ser procedida estando comprovado fato que configure alguma das hipóteses previstas no código civil, artigos 1.699, 1.708 e seu parágrafo único, quais sejam: mudança de fortuna das partes; casamento, união estável ou concubinato do credor; ou, ainda, procedimento indigno do credor em relação ao devedor. 2. recurso desprovido” (TJDF. APC

### 2.1.1 No parentesco e na conjugalidade

A primeira colocação que deve ser disposta é não haver razão para se entender aplicável o citado parágrafo único do artigo 1.708 apenas às relações alimentícias entre ex-consorte.<sup>39</sup> Realmente não há, em nosso sentir, *data maxima venia*, qualquer elemento que leve a essa conclusão.

Apenas deve ser ressalvado que aos filhos menores, sob o poder familiar, essa possibilidade não se aplica, vez que cabe ao genitor a suportabilidade do encargo de criar, educar e formar até a maioridade da prole, e porque se entende que até esta idade a pessoa ainda está em formação, sem plenas condições de responder, unilateralmente, por seus atos.

A regra legal em comento (parágrafo único do art. 1.708, CC) é cláusula aberta e, como tal, permite ao julgador, bem como àquele alimentante que pleiteia a exoneração com base na indignidade a se valer da realidade fática, bem como, por analogia, os operadores, se dirijam ao rol do artigo 1.814, bem como as considerações de ingratidão do artigo 557, todos do Código Civil, para balizarem e reconhecerem os acontecimentos como sendo ou não episódios que ferem a dignidade do credor de alimentos e, por consequência, identificar se houve ou não procedimento indigno capaz de influenciar nos Alimentos praticados.

O que se defende é a abertura de possibilidades que ensejem o procedimento indigno. Não se deve ficar submetido apenas às hipóteses desses dispositivos legais, ou ainda daqueles que tratam da deserdação (CC, arts. 1.962 e 1.963).<sup>40-41</sup>

Daí nesse sentido, que a jurisprudência já tem decidido com esse mote, atenta às ofensas, danos e atos que ferem a dignidade alheia, incluindo a do credor de alimentos por redes sociais e Internet de modo geral.

É o que se denota do caso abaixo apontado, pelo qual o filho desferiu ofensas, xingamentos dentre outros ao seu pai, alimentante, e este, com base no dispositivo legal em testilha, ajuizou demanda exoneratória em face do filho maior. Confira-se, com a devida vênia:

Exoneração que o pai postula devido a descobrir que o alimentando espalha, em comunidades de relacionamentos da internet — orkut —, mensagens com conteúdos suficientes para justificar a ruptura de relacionamento civilizado

---

20050110268827/DF, Rel. MARIO-ZAM BELMIRO, j. 11/04/2007, 3ª T. Cível, Data de Publicação: DJU 12/06/2007, p. 105) (g.n.).

<sup>39</sup> A respeito, confira (MONTEIRO W. d., 2012, p. 525) (DIAS M. B., 2016, p. 619) e (HIRONAKA G. M., 2008).

<sup>40</sup> Nesse sentido: Parâmetro para aferir “procedimento indigno” o próprio Código Civil oferece no art. 1.814, que trata da exclusão da sucessão, todos eles casos considerados expressamente como de indignidade, pelo art. 1.815. Invoque-se, ainda, o art. 1.962 que enumera as causas que autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes” (CHINELATO S. J., 2004, p. 518).

<sup>41</sup> CC/2002: Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

e que seriam, em tese, classificáveis como atos indignos - 'meu pai não paga minha pensão, eu odeio meu pai e meu pai é um *filho da puta*.' Decisão que determina o depósito das prestações em conta judicial até o encerramento do litígio. Razoabilidade. Não provimento.<sup>42</sup>

Com efeito, ainda que alguns anos tenham passado do episódio relatado no julgado, continua o mesmo no ápice de sua atualidade, visto que o uso da Internet alcança muito mais pessoas a cada dia.<sup>43</sup>

Esse por certo é apenas um dos poucos exemplos que chegam ao Poder Judiciário, porém, muitos outros, inúmeros ocorrem, sem que se tenha o devido conhecimento ou que as partes envolvam um litígio para discuti-lo.

Outro aspecto que pode ser considerado como ato de indignidade em face do devedor de alimentos, é quando o filho maior que auferir alimentos de seu genitor exerce com abusividade seu direito, contrariando a boa-fé, a verdade e honestidade, ferramentas que levam à transparência das atitudes das partes, intrínsecas à boa-fé que deve pautar as relações entre particulares, quanto mais parentes.

Diz-se assim, do filho que aparentemente auferir alimentos para manter os estudos universitários, mas não o faz com afinco ou o mínimo necessário para que o conclua. Aquele outro que posterga, sem justificativa, o início de atividade remunerada, ou ainda, aquele que, sem pudor, alega estudar, mas sequer matriculado está em instituição de ensino.

Incorre nessa hipótese, em nosso sentir, casos como o abordado no processo abaixo, com seu julgamento ementado:<sup>44</sup>

Apelação cível - ação de exoneração de alimentos proposta pelo genitor - filho que, após atingir a maioridade civil, manifestou interesse em dar continuidade aos estudos - obrigação alimentar voluntariamente assumida pelo prestador, através de acordo extrajudicial homologado por sentença - definição do valor, data de início e término do encargo - ressalva de que o abandono da instrução, pelo beneficiário, resultaria na imediata cessação do auxílio material - alimentando que, já no segundo semestre letivo, procede a rematricula em apenas 1 (uma) única matéria, indo de encontro à grade curricular que elencava 4 (quatro) disciplinas obrigatórias - circunstância que, além de evidenciar o desinteresse do recorrente pela obtenção da qualificação profissional, demonstra o mero intuito de obter vantagem pecuniária - manifesta afronta à essência do compromisso jurídico - ausência de elementos capazes de indicar que o afastamento do dever alimentar possa resultar em prejuízo ao apelante, que conta já 22 (vinte e

---

<sup>42</sup> Cf. TJSP. AgIn: 566.619-4/8. j. 12/06/2008. Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, In: ZULIANI, *Alimentos*. 2009, p. 245.

<sup>43</sup> "A 11ª edição da pesquisa TIC Domicílios 2015, que mede a posse, o uso, o acesso e os hábitos da população brasileira em relação às tecnologias de informação e de comunicação, *mostra que 58% da população brasileira usam a internet - o que representa 102 milhões de internautas*. A proporção é 5% superior à registrada no levantamento de 2014. De acordo com a pesquisa, o telefone celular é o dispositivo mais utilizado para o acesso individual da internet pela maioria dos usuários: 89%, seguido pelo computador de mesa (40%), computador portátil ou notebook (39%), tablet (19%), televisão (13%) e videogame (8%) (...)." (grifo nosso) Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2016/09/pesquisa-revela-que-mais-de-100-milhoes-de-brasileiros-acessam-a-internet>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

<sup>44</sup> Porém, em sentido diverso: (Ap. 70022369011, 7ª Câ. Cível, TJRS, Rel. Ricardo Raupp Ruschel, j. 14/05/2008).

dois) anos de idade, estuda em instituição de ensino superior gratuito, e não comprovou a existência de despesas extraordinárias - substrato probatório, ademais, que não revela qualquer indicio de incapacidade do apelante para o labor - exoneração mantida - reclamo conhecido e desprovido.<sup>45</sup>

Ademais, tem sido recorrente em alguns Tribunais pleitos de ascendentes, em idade avançada, de alimentos aos seus filhos, mesmo os tendo abandonado material, moral e afetivamente na tenra idade, ou seja, quando necessitam da proteção paterna.

Nada obstante se tratar de situação polêmica, algumas decisões já apontam no sentido da exoneração, considerando o comportamento indigno pretérito como causa presente a afastar a obrigação alimentar dos descendentes em favor daqueles ascendentes.<sup>46</sup>

Em questões tormentosas como a acima, cabe observar onde deve estar o foco atual do julgamento. Sim, se na preservação da vida e dignidade da pessoa humana do alimentando (idoso e necessitado), porém, genitor “abandonador” do passado, ou na dos descendentes.

E daí, parece que a interpretação objetiva do ordenamento jurídico hodierno leva à proteção do idoso, ora necessitado, buscando-se assim a solução na fixação de alimentos indispensáveis à sobrevivência, mas somente na hipótese de os filhos disporem de condições financeiras de prover alimentos àquele pai (ou mãe).<sup>47</sup>

Caso essa situação não se ventile, deverá o referido alimentando ser encaminhado aos órgãos de assistência social do Estado, com fulcro nas garantias à alimentação, moradia e saúde existentes na Constituição Federal e mais ainda, no artigo 14 do Estatuto do Idoso.<sup>48</sup>

Nada obstante, questões de menor expressão ao cotidiano e à vida não devem ser consideradas como ato indigno, e, portanto, não terão o condão de exonerar a pensão. É o que se denota do julgado seguinte:

Agravo de Instrumento. Ação Revisional de Alimentos. Decisão interlocutória que indefere redução da pensão. Insurgência. Maioridade comprovada. Fato que

---

<sup>45</sup> TJSC, Ap. 2011.075264-6, da Capital - Norte da Ilha, rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 09/08/2012.

<sup>46</sup> Assim, o r. julgado a seguir: Apelação Cível. Família. Ação de Alimentos. Pai versus Filhos. Indignidade. - Improcedência na Origem. Procedimento Indigno. Analogia. Abandono. Caracterização. Necessidades. Anemia Probatória. Isenção. Bem pronunciada. - À mingua de definição legislativa específica, de assentar, como pontua a melhor doutrina, a analogia para fins de incidência do art. 1.708, p. único, do Código Civil. - Não há falar em direito à percepção de alimentos se o postulante, pai dos demandados, incorreu em abandono material e moral dos ex adversos, justo quando estes, órfãos de mãe, ainda eram menores de idade. Ademais, dispõe o apelante de meios de subsistência, afastando a indispensável necessidade. Sentença Mantida. Recurso Desprovido. TJSC, Ap. 2014.031831-9, de Balneário Camboriú, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 28/08/2014.

<sup>47</sup> Nesse sentido, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, (processo 05B4101 — JSTJ 000

— 4162/05), que determina: “[...] o conceito de violação grave pelo credor de alimentos dos seus deveres para com o obrigado (...) deve ser prudencialmente densificado sem olvido no sentido mais restritivo do seu antecedente histórico e das actuais circunstâncias do modo de ser da vida familiar” citado por COLTRO, 2011, p. 165.

<sup>48</sup> “Art. 14. Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.”

não encerra o dever de prestar alimentos. Necessidade comprovada. Alimentada que frequenta curso superior agravante que alega indignidade da filha. O uso somente do sobrenome materno em redes sociais não configura ato de indignidade. I. [...] II. Os atos de indignidade são entendidos como aqueles graves que ameaçam a vida ou ofendam a honra do alimentante. O simples fato de não se utilizar o sobrenome paterno em redes sociais não configura ato de indignidade. Agravo de instrumento não provido.<sup>49</sup>

Por outro lado, fatos graves, como o homicídio do pai, pela mãe, sem dúvida traduz em procedimento indigno, que irradia aos descendentes comuns e possuem força de afastar o pensionamento. Nesse sentido, a ementa que se colaciona:

Alimentos. Mãe em face do filho maior e professor. Genitora que cometeu crime de homicídio doloso em face do ex-cônjuge, pai do alimentante. Conduta que evidencia comportamento indigno e ofensivo em face do filho. Aplicação do disposto no parágrafo único do art. 1.708, art. 1.814, I, ambos do Código Civil. Pleito que fere a moralidade. O laço de sangue não é superlativo e não basta à imposição de pensão alimentícia. Alimentos indevidos. Sentença mantida. Recurso desprovido.<sup>50</sup>

Enfim, como se nota, totalmente aplicável o teor do §1º do artigo 1.708, visando à exoneração dos alimentos decorrentes do parentesco ou impostos pela conjugalidade, não apenas com fulcro nas hipóteses previstas nos artigos 1.814, 557, 1.962 e 1.963, todos do Código Civil de 2002, mas devendo ser considerados atos ofensivos e que ferem a vida, a honra, a dignidade (em sentido *lato*) do alimentante, como aqui disposto.

Importante frisar que o ato indigno do credor que atente contra a vida, dignidade da pessoa humana, dentre outras atitudes ofensivas do alimentante, bem como de seus parentes ou pessoas próximas conduzem à exoneração de alimentos. Nesse sentir, os julgados contemporâneos, como o abaixo ementado:

Separação Judicial litigiosa - Hipótese em que não se confirma prática de conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento durante a coabitação, apurando-se, sim, ter a mulher, na fase de separação de fato, praticado crime contra os costumes e contra os filhos menores, o que justificou condenação em processo criminal, com trânsito em julgado - Não obstante sem definição da culpa, preserva-se a separação ditada pela insuportabilidade da vida em comum, prestigiada a partilha de bens adquiridos durante o matrimônio - Acolhimento do recurso, porém, para reconhecer a exoneração do dever de o autor pagar alimentos à ré em razão do comportamento indigno da ex-mulher, nos termos do parágrafo único, do art. 1.708, do CC - Recurso provido, em parte, para esse fim.<sup>51</sup> (grifo nosso).

Contudo, não se deve manter os alimentos diante de um comportamento indigno do credor do pensionamento, em face do seu provedor ou de seus familiares ou pessoas próximas, podendo, também aqui nessa configuração, serem consideradas as hipóteses de atos previstos nos artigos 1.814, 557, 1.962 e 1.963,

<sup>49</sup> TJPR. 11ª C.Cível. AI 882180-1. Rel. Gamaliel Seme Scaff. v.u. j. 05/09/2012.

<sup>50</sup> TJSP. 7ª Câmara de Direito Privado. Ap. 001761174.2011.8.26.0003. Rel. Rômulo Russo. j. 25/11/2015. p. 25/11/2015.

<sup>51</sup> TJSP. Ap. 9061327-75.2009.8.26.0000. Rel. Enio Zuliani; 4ª Câmara de Direito Privado, j. 13/05/2010; p. 14/06/2010.

todos do Código Civil de 2002, mas em inúmeras e inimagináveis hipóteses que a vida poderá criar, mas ressalte-se, desde que graves e não meros dissabores, discordâncias das opiniões e relações.<sup>52 53 54</sup>

Ainda, se registre, em nosso sentir, totalmente despidendo exigir processamento em esfera criminal ou qualquer outra exigência para se reconhecer a indignidade do credor de alimentos, sendo este um dos pontos de diferenciação entre a aplicação no direito sucessório.<sup>55</sup>

Caberá, portanto, aos operadores se atentarem à análise minuciosa do caso concreto.

### 3. A redução do *quantum* alimentar com fulcro na indignidade do credor

A lei é silente sobre a possibilidade de redução do pensionamento, caso o credor dos alimentos apresente procedimento indigno, o que para nós se traduz em uma lacuna da lei<sup>56</sup>, pois, a regra civil, como se detalha abaixo, permite medida mais dura e extrema que é a exoneração da pensão alimentícia, diante da indignidade do alimentante.

A hipótese em tela não se confunde com a de fixação dos alimentos ao mínimo necessário à subsistência, quando o ex-cônjuge for considerado culpado pela separação do casal, nos termos do artigo 1.704 do Código Civil, ou ainda, na hipótese do §2º, do artigo 1.694, também do mesmo *Codex* civil,<sup>57</sup> questões essas que não possuem causa na indignidade.

---

<sup>52</sup> Com essa posição, (OLIVEIRA J. E., 2010, p. 1.563).

<sup>53</sup> Em sentido contrário, entendendo pela aferição da dignidade exclusivamente no rol das hipóteses sucessórias: TJBA. Ap. 0105678-40.2010.8.05.0001, Rel. Cynthia Maria Pina Resende, 4ª Câ. Cível, Publicado em: 05/02/2014.

<sup>54</sup> O Projeto de Lei 470/2013 prevê a alteração da redação legal, veja-se: Art. 118. Não são devidos alimentos, se o alimentário tiver procedimento indigno ou ofensivo quanto ao alimentante e sua família.

<sup>55</sup> Em sentido contrário, decisão que deixou de reconhecer calúnia para decretar a exoneração de alimentos, exigindo, para tanto a condenação penal. “DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - (...) Ausente a demonstração de que a beneficiária de pensão alimentícia constituiu nova união estável, não há que se falar em extinção do dever do ex-cônjuge de lhe prestar alimentos. - A configuração do crime de calúnia, para caracterização do procedimento indigno a que alude o art.1.708, parágrafo único, do CC/2002, deve ser previamente reconhecida perante o Juízo criminal. - Demonstrado que a ex-esposa permanece inapta para o exercício de atividade remunerada, mas que houve diminuição nas suas despesas básicas e, por conseguinte, alteração no binômio necessidade/possibilidade na forma do art.1.699, do CC/2002, justifica-se a redução do encargo alimentar. - Para a ocorrência de litigância de má-fé, deve estar caracterizado o dolo processual, através de propósito nitidamente ilegal ou infundado. - Recurso parcialmente provido.” (TJMG. Ap. 1.0456.11.006386-8/001, Rel. Des. Ana Paula Caixeta, 4ª CÂM. CÍVEL, j. 28/08/2014. p. 03/09/2014).

<sup>56</sup> Sobre lacunas, ensina, com maestria Maria Helena Diniz: “Ocorre lacuna quando inexistente norma, sendo o sistema incompleto por deficiência.” (cf. Conflito de Normas, São Paulo: Saraiva. 1987 apud DINIZ, 2009, p. 21).

<sup>57</sup> Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial. Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 2º Os alimentos serão

Com efeito, intriga o fato de não haver previsão legal à redução do montante pelo mesmo motivo que aquele da exoneração, qual seja: indignidade; permitindo-se com isso a desoneração daquele que é vítima do ato indigno e a responsabilização, bem como a imposição de sanção ao indigno, mas sem que se leve à miséria ou à necessidade deste último, caso não disponha de outros meios para se sustentar.

Realmente não se vê impedimento legal para que assim se conduza um processo de revisão de alimentos, onde se pretende a redução do *quantum* para a quantia necessária apenas à subsistência daquele que agiu indignamente em face de seu alimentante, quando a exoneração revele medida exacerbada e demasiadamente restritiva à vida com dignidade daquele que agiu contra o alimentante.

Ora, se é possível a medida mais drástica, que é a exoneração dos alimentos, também poder-se-á a penalidade mais branda, que é a redução do montante fixado na pensão alimentícia, pela mesma causa.

Expressão da pertinência do tema em testilha é o fato de a matéria ter sido debatida na IV Jornada de Direito Civil,<sup>58</sup> promovida no ano de 2006, (há quase onze anos), pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Superior Tribunal de Justiça, onde se aprovou o enunciado de número 345,<sup>59</sup> que aborda o tema e reconhece a possibilidade de redução dos alimentos, com causa na indignidade.

De outro modo, ainda que não conste expressamente na Lei a possibilidade da redução do *quantum* em favor do alimentante que tem sua dignidade ferida, ou de pessoas próximas, não há de ser óbice para determinações judiciais nesse sentido.<sup>60</sup>

Tanto a doutrina,<sup>61</sup> quanto a jurisprudência têm sido favoráveis à redução de alimentos em hipóteses de indignidade, conforme se demonstra a seguir, em que os alimentos foram fixados ao mínimo necessário, em casos onde se constatou a indignidade daquele que pleiteava o pensionamento.<sup>62</sup>

---

apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

<sup>58</sup> Ver:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

<sup>59</sup> 345: Art. 1.708: O “procedimento indigno” do credor em relação ao devedor, previsto no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, pode ensejar a exoneração ou apenas a redução do valor da pensão alimentícia para quantia indispensável à sobrevivência do credor.

<sup>60</sup> Com esse entendimento (ZULIANI, *Alimentos*, 2009, pp. 245-246).

<sup>61</sup> Nesse sentido: “[...] reconhecido o comportamento indigno do credor de alimentos, a consequência decorrente pode ser a exoneração ou a redução da pensão alimentícia, a depender do caso, considerada a dignidade do alimentando. Isso porque não se pode sacrificar a sua dignidade, assegurada constitucionalmente” (FARIAS & ROSENVALD, 2016, p. 764); “Além disso, saliente-se que o art. 1.708, parágrafo único, do atual CC pode gerar tanto a extinção total como parcial da obrigação alimentar, de modo a manter o patrimônio mínimo do credor.” (TARTUCE F., *Direito Civil: direito de família*, 2014, p. 519).

<sup>62</sup> Nesse sentir: *Apelação Cível e Agravo Retido. [...] MÉRITO. I - Abandono das filhas. Procedimento indigno. Art. 1.708, parágrafo único, do CC. Analogia com art. 1.638, II, do CC. Conduta mitigada diante das particularidades do caso. Pressuposto subjetivo caracterizado, mas com alimentos limitados ao estritamente necessário. II - Derrame cerebral e incapacidade para o trabalho.*

Como se nota, é totalmente cabível e possível revisar os alimentos, não havendo qualquer impedimento legal para tanto, com base no procedimento indigno do credor dos alimentos, de forma que o *quantum* do pensionamento poderá ser reduzido ao mínimo possível ao que o caso concreto permitir (análise do binômio necessidade x possibilidade).

Essa resolução prestigia e efetiva o princípio da proporcionalidade, em sua técnica de ponderação, pois diante do conflito de direitos e interesses, caberá ao julgador a árdua tarefa de decidir pela determinação que menos ferir esses mesmos interesses confrontados.<sup>63</sup>

É a tendência mundial de se fazer prevalecer o mínimo existencial, deixando àquele que incorreu pela indignidade se manter vivo e condições de evitar o seu perecimento.<sup>64</sup>

Enfim, não há óbice à redução do *quantum* alimentar, se presente procedimento indigno do credor do pensionamento, mas há, sim, impedimento na Constituição Federal de se permitir que o alimentando indigno permaneça à míngua ou a sofrer as necessidades básicas, diante da existência no ordenamento jurídico brasileiro dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, o que

---

*Necessidades minimamente demonstradas. Considerável provento previdenciário das alimentantes. Possibilidades caracterizadas. Fixação dos alimentos em 7% do benefício para cada alimentante. Proporcionalidade atendida.* III -[...] - Não obstante o abandono material e moral da prole possa caracterizar o 'procedimento indigno' a que alude o parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, por analogia ao art. 1.638, II, também do Diploma Civil, não há falar na cessação da obrigação alimentar das filhas aos pais quando as particularidades do caso mitigam tal ausência, recomendando no caso apenas a limitação aos alimentos necessários, a teor do enunciado n. 345 das Jornadas de Direito Civil. II - Demonstradas, ainda que minimamente, as necessidades do alimentando em razão da incapacidade laboral decorrente dos sérios problemas de saúde por que passou (principalmente o derrame cerebral), e as possibilidades das filhas alimentantes que, embora tenham gastos próprios relevantes, percebem pensão previdenciária em valor considerável, mostra-se razoável a fixação de alimentos em 7% (sete por cento) de tais proventos, de forma a garantir os alimentos necessários e preservar o pouco que resta da solidariedade familiar entre as partes. III - [...]" (TJSC. Ap. 2010.046709-8, de Santo Amaro da Imperatriz. Rel. Des. Henry Petry Junior. j. 16/08/2012) (grifo nosso).

Igualmente o julgado: "Direito de família. Exoneração de alimentos. Indignidade. Art. 1.708, parágrafo único do código civil. Redução dos alimentos. Possibilidade. Necessária observância ao caso concreto. 1. O art. 1.708 do Código Civil prevê em seu parágrafo único que 'com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.'

2. A prática de ato de indignidade não implica obrigatoriamente em exoneração da prestação alimentícia, sendo admitida a sua redução, conforme Enunciado n. 345 do CJF, aprovado na IV Jornada de Direito Civil. 3. A conclusão acerca da exoneração ou redução da prestação alimentícia deve ser analisada de acordo com as circunstâncias do caso, tomando-se como base o disposto nos arts. 557 e 1.814 do Código Civil, que tratam da ingratidão do donatário e da indignidade do herdeiro, respectivamente. 4. Verificando-se que o ato indigno praticado pela alimentanda não se reputa dentre aqueles de média ou alta gravidade, elencados nas hipóteses legais, mostra-se exacerbada a exoneração dos alimentos, mostrando-se mais prudente a sua redução. 5. Apelação conhecida e não provida. (TJDF. Ap. 20160110430400, Rel. Ana Cantarino, 3ª T. Cível, j. 29/06/2016, Publicado no DJE: 12/07/2016, p. 371/381) (grifo nosso).

<sup>63</sup> Confira a respeito do tema: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2011, (MATTOS, 2007) e (SILVEIRA, 2013).

<sup>64</sup> Nesse contexto "A proteção do patrimônio mínimo não está atrelada à exacerbação do indivíduo. Não se prega a volta ao direito solitário da individualidade suprema, mas sim do respeito ao indivíduo numa concepção solidária e contemporânea, apta a recolher a experiência codificada e superar seus limites." (FACHIN, 2006, p. 167).

reforça a possibilidade de se reduzir a pensão e não exonerá-la, nas hipóteses versadas.

E, conclui-se: a justificativa para assim se proceder, é a manutenção do bem maior perseguido pelo Direito, a vida, pautada no princípio da solidariedade, bem como no da dignidade da pessoa humana.

## Conclusões

Em breve síntese, se denota do supra exposto, a indignidade é reconhecida como causa de exoneração dos alimentos fixados, em sede do Direito de Família brasileiro, repercutindo tanto na extirpação do auferimento do pensionamento, bem como, se defende, como causa à possibilidade de redução do *quantum* alimentar, quando diante de procedimento indigno de seu credor, em relação ao devedor e seus familiares próximo, como vem entendendo tanto a doutrina, quanto a jurisprudência.

Entrementes, a ausência de definição do que é a dignidade ou a indignidade, conforme demonstrado no item 1, supra, leva a crer, ser o parágrafo único do artigo 1.708 do Código Civil uma cláusula aberta, o que permite ampliar as hipóteses fáticas a ser consideradas como atos indignos contra o credor de alimentos e, portanto, se desprender daquelas possibilidades previstas nos artigos 1.814, 557, 1.962 e 1.963, todos do Código Civil de 2002, as quais têm grande uso como parâmetro para o reconhecimento de procedimento indigno e aplicação da previsão legal do artigo 1.708, § único, até mesmo de forma exclusiva, *numerus clausus*, por alguns julgados e operadores do direito, o que em nosso entender pode e deve ser ampliado, a depender do caso concreto, como no texto explicitado.

Isso decorre, especialmente no cenário atual social, em que há ampla utilização de redes sociais, Internet e meios digitais para comunicação e relações pessoais.

Por outro lado, a prática de procedimento indigno do credor de alimentos em face de seu devedor, ou de familiares próximos a este, devem levar, sem dúvida, à redução do *quantum* alimentar, quando a exoneração revele medida exacerbada e demasiadamente restritiva à vida com dignidade daquele que agiu contra o alimentante.

Nessas hipóteses, se inadequada a aplicação da exoneração dos alimentos, pois referida medida importará em prejuízos indelévels àquele que necessita do pensionamento, então, se deve determinar a redução da quantia ao importe necessário suficiente à sobrevivência de forma digna, mantendo-se a alimentação e saúde e, assim, ter-se-á o respeito e manutenção à vida, bem como, o respeito à dignidade do alimentante.

## Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2011.

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, 2004.

ASCENSÃO, José Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. *Revista Mestrado em Direito*, n. 6, pp. 145-168, 2006.

AZEVEDO, Marcelo Sampaio Soares de. **Os fundamentos da liberdade religiosa na filosofia de Jacques Maritain**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito)-PUC, São Paulo, maio 2016.

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. **A indignidade no direito sucessório brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 8 ed. São Paulo: RT, 2013.

CAMPOS, Diogo Leite D. **Lições de direito da família e das sucessões**. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. O direito em nós. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 5, n. 2, 2016.

CARVALHO SANTOS, J. M. D. **Código Civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 16.

\_\_\_\_\_. **Código Civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 22.

CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Código Civil interpretado: artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

COLTRO, Antônio Carlos. (2011). A cessação do dever de prestar alimentos. In: CAMARGO NETO, Theodureto; SILVA, Regina Beatriz. **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. São Paulo: RT, 2007-2016.

\_\_\_\_\_. **Manual das sucessões**. São Paulo: RT, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Cessação do dever de prestar alimentos. In: LEITE, E. D. **Grandes temas da atualidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014-2016. v. 5.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Christiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Famílias. Curso de direito civil**. 6. ed. Salvador: Jus Podium, 2014.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Famílias. Curso de direito civil**. 8. ed. Salvador: JusPodium, 2016. v.6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A indignidade como causa de escusabilidade do dever de alimentar. **Revista da AASP**, São Paulo: AASP, v. 98, pp. 101-110, 2008.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. CD-ROM (versão monousuário). 3. ed. São Paulo: Objetiva, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Petrópolis/Bragança Paulista: Vozes/Universidade São Francisco, 2013.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Ebooks Brasil, 2004.

MONTEIRO, Lucas Rosa. A cessação do dever de prestar alimentos. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Brasília-DF, ano 2, n. 1, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.) *et al.* **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUNES, Luis Antonio Rizzato. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. **Revista da AASP**, p. 119-135, dez. 2007.

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserdação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **A exclusão da sucessão à luz dos direitos fundamentais e da teoria geral do direito sucessório: estudo crítico-comparativo entre a indignidade e a deserdação**. 2010. Dissertação (Mestrado)-PUC-SP, São Paulo, jan. 2010.

RIZZARDO, Antonio. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2004-2009.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VATICANO. **Catecismo da Igreja Católica. Edição típica vaticana.** São Paulo: 2000.  
\_\_\_\_\_. *Código canônico.* Disponível em:  
<[http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici\\_po.pdf](http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Documentos o Concílio Ecumênico Vaticano II.** São Paulo: Paulus.

VIDAL, Marciano. **Dez palavras-chave em moral do futuro.** São Paulo: Paulinas, 2003.

ZULIANI, Ê. S. Alimentos. In: COLTRO, A. C. **Estudos jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt. A revisão do direito de família.** Rio de Janeiro: GZ, 2009.

# O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS NOS CONTRATOS COMERCIAIS

LUÍS INÁCIO CARNEIRO FILHO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - A identidade dos contratos comerciais. 1.1 O princípio da conservação dos negócios jurídicos como forma de robustecimento do *pacta sunt servanda*. 1.2 Da peculiaridade do princípio da relatividade nos contratos comerciais. 1.3 O princípio da conservação dos negócios jurídicos empresariais como decorrência do princípio da preservação da empresa. 2. As regras de direito comum e os contratos comerciais. 2.1 Particularidades dos elementos que compõem o contrato comercial. 2.2 Um elenco de normas e cláusulas gerais a serem adaptadas aos contratos comerciais. 3. O Projeto de Lei 1.572/11 - Novo Código Comercial. Conclusão. Referências.

## 1. Introdução - A identidade dos contratos comerciais

Os contratos, como relevantes instrumentos de regulação de interesses jurídicos, além de servirem à tutela das pretensões patrimoniais das partes contratantes, prestam-se a proporcionar a necessária segurança ao trato das relações pessoais de direito privado.

Porque vivemos em uma sociedade imersa em variadas relações contratualizadas, o negócio jurídico contratual passa a ocupar lugar de destaque na vida das pessoas, merecendo assim uma detida análise sobre os princípios que o informam, para então balizarmos o alcance dos seus efeitos.

No âmbito de abordagem própria do direito privado, as relações negociais, embora se encontrem regidas genericamente por um conjunto de normas de direito comum, identificam-se especificamente com o ramo da origem a que pertencem, ou seja, a depender de certos fatores, cada contrato há de ser regido pelo conjunto de normas próprias à espécie de relação que tutelam.

Sem descuidar das normas gerais de direito comum, o reconhecimento de uma identidade que sirva a distinguir os contratos civis, dos consumeristas e comerciais é fundamental, não apenas quanto à norma de regência, mas também e principalmente, quanto aos seus princípios.

Não se nega que cada relação negocial de direito privado, embora ímpar, se insere e é regulada por um arcabouço normativo geral, bem como é inspirada e deve obediência a princípios basilares aplicáveis a todos os contratos.

Todavia, a concepção de regramento e inspiração principiológica há de ser observada em uma escala mais profunda, de modo a permitir que interpretações específicas sejam extraídas desses mesmos princípios gerais sem desconfigurá-los, mas permitindo que se individualizem as formas de compreensão de cada contrato, a depender do ramo a que pertencem.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Doutorando em Direito Comercial pela PUC/SP. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Sorocaba. Advogado.

Considerando especificamente os contratos de direito comercial, tem-se por evidente a necessidade de uma abordagem principiológica que reconheça as reais particularidades das relações negociais regidas por esse ramo do direito privado, sem se afastar da ordinária interpretação aplicável aos demais negócios de direito comum.

Embora de inegável submissão às regras gerais de direito comum, os contratos comerciais se distinguem dos demais contratos de direito privado, embora o ordenamento pátrio careça de regras expressas que sirvam a distinguir as obrigações contratuais de direito civil e de direito comercial.<sup>2</sup>

Não obstante as diferenças de cada ramo em que se inserem os contratos de direito privado, se de direito civil ou comercial, não se pode olvidar que cada contrato revelará ao intérprete situações particulares que não podem ser ignoradas, e que merecem o devido tratamento próprio, ou seja, mesmo se segmentarmos os ramos ainda assim em cada um deles haverá particularidades a reclamarem interpretação principiológica própria.

Partindo dessa concepção, tem-se por robustecida a conclusão de que os contratos comerciais merecem mesmo uma abordagem única que os distinga dos demais negócios jurídicos de direito privado, não apenas a título de regramento ou eventual codificação distintiva, mas principalmente quanto aos princípios que os informam.

É, pois, premente que se reconheça que os princípios aplicáveis aos contratos de direito comercial devem ser compreendidos de maneira particular, de modo a atender as demandas decorrentes das relações interempresariais, mormente ante a falta de regras que sirvam a esse propósito.

Nesse cenário, destacam-se os conhecidos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória, ambos a sustentar a proposta de releitura do princípio da conservação dos negócios jurídicos.

### **1.1 O princípio da conservação dos negócios jurídicos como forma de robustecimento do *pacta sunt servanda***

O princípio da conservação dos negócios jurídicos é invariavelmente invocado para promover a manutenção do negócio jurídico, ao máximo, quando a sua eficácia é posta em discussão, ante a eventual alegação de suposta invalidade da avença.

Diante da possível ausência de validade, e da consequente declaração de nulidade do negócio, o princípio é então aduzido a fim de se evitar a extinção do

---

<sup>2</sup> Esclarece Fábio Ulhoa Coelho: “A obrigação empresarial não é categoria expressamente prevista na lei. Mas em razão de suas especificidades, deve receber da doutrina e da jurisprudência um tratamento particular. O ideal seria a lei reconhecer como específica e disciplinar de modo compatível a obrigação entre empresários. O negócio jurídico-empresarial, mesmo a despeito de disciplina de direito positivo, não está sujeito às mesmas regras do negócio jurídico em geral.” (Tratado de direito comercial, volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 14).

contrato, salvando-o e preservando-o naquilo que não contaminado, de modo a garantir que o pacto seja mantido, ainda que parcialmente.

Busca-se com isso proporcionar que, a despeito da presença de possível invalidade, os efeitos decorrentes das vontades das partes sejam mantidos, em claro prestígio tanto ao princípio da autonomia da vontade como também, e principalmente, quanto ao princípio da força obrigatória dos contratos.

A posição peculiar ocupada pelos contratos comerciais reclama uma abordagem personalizada que reconheça a importância e solidez da manifestação de vontade das partes quando do aperfeiçoamento da avença, pois que criadora de uma relação jurídica empresarial antes inexistente e que, face ao julgamento dos interessados, passou a existir.

Esse olhar mais apurado a ser dedicado sobre as relações contratuais comerciais se justifica não apenas porque tais se submetem a um ramo específico do direito privado, mas também porque esses contratos regulam interesses essenciais à preservação da própria atividade empresarial, e, conseqüentemente, ao atendimento dos princípios que regem a atividade econômica do país.

Como a atividade empresarial é dependente das relações contratuais estabelecidas pelo empresário ou pela sociedade empresária, os efeitos decorrentes dos contratos interempresariais acabam por atingir maior relevo, já que podem ser determinantes ao sucesso ou ao fracasso da empresa.

Afinal, como se sabe, o resultado negativo de uma empreitada contratual malsucedida poderá acionar o gatilho da falência, determinando o fim da própria atividade.

## **1.2 Da peculiaridade do princípio da relatividade nos contratos comerciais**

Diversamente dos contratos civis, cujos efeitos limitam-se de forma clara aos contratantes, nos contratos empresariais a repercussão das obrigações contratuais toma outra dimensão, pois que tais relações normalmente se baseiam (e acabam por sustentar) outros diversos contratos.

Nessa perspectiva, até mesmo o princípio da relatividade há de ser interpretado de forma diversa daquela usualmente aplicada aos contratos civis.

Pelo princípio da relatividade os contratos não irradiam efeitos para além das partes que efetiva e concretamente se vincularam pelo negócio jurídico, ou seja, terceiros que não participaram da avença não poderão ser a ela submetidos ou sofrer seus eventuais deletérios efeitos. A regra da relatividade somente é afastada, por exceção, quando se tratar de negócio jurídico que tenha por escopo beneficiar terceiros estranhos à relação jurídica original.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Ensina Paulo Lôbo: “Também consectário lógico da autonomia privada, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato significa que o contrato apenas obriga e vincula suas próprias partes, não podendo ser oponível a terceiros. Na organização clássica do direito privado, o princípio ancora concepção de direitos pessoais, que são relativos aos figurantes determinados (oponibilidade às próprias partes), diferentemente dos direitos reais, cujo sujeito passivo é universal e indeterminado (oponibilidade a todos).” (Direito Civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64).

Os limites impostos pelo princípio da relatividade, também aplicados aos contratos comerciais, são indiretamente ultrapassados ao avaliarmos os efeitos das avenças interempresariais.<sup>4</sup>

Na seara própria dos contratos comerciais, porque enredam relações entre sujeitos que desenvolvem atividade naturalmente exposta ao risco negocial, é possível reconhecer que o eventual insucesso decorrente de uma má escolha contratual invariavelmente repercutirá em outros contratos mantidos pelo mesmo empresário com terceiros.

Um possível descumprimento contratual em relação interempresarial poderá, portanto, gerar uma reação em cadeia, vertendo efeitos negativos aos demais contratos mantidos com o empresário, podendo inclusive levá-lo a uma insuperável crise. Contratos com fornecedores, prestadores de serviço, empregados etc. poderão ser atingidos quando outro contrato é violado ou simplesmente deixa de ser respeitado.

O princípio da relatividade, de inquestionável aplicação aos contratos comerciais, encontra nesse ramo uma abordagem diferente, pois se pode afirmar que terceiros poderão sofrer prejudiciais efeitos decorrentes da violação de um pacto de que não participaram.

À vista dessa conclusão, fruto das peculiaridades das relações interempresariais, encontra-se importante motivo a reforçar o enrijecimento das interpretações conferidas ao princípio da preservação dos negócios jurídicos nesta seara comercial, seja para manter a integridade das manifestações de vontade dos contratantes, seja para preservar a avença diante de eventual nulidade.

### **1.3 O princípio da conservação dos negócios jurídicos empresariais como decorrência do princípio da preservação da empresa**

A valorização do princípio da preservação dos negócios jurídicos, tal como proposta, igualmente se justifica por amoldar-se perfeitamente a outro relevante princípio, o da preservação da empresa.

Se é certo que a empresa se sustenta em um conjunto de contratos a proporcionar o atingimento do seu objeto, é possível concluir que a preservação desses mesmos contratos é fator determinante à manutenção da atividade empresarial.

Afinal, se os contratos forem vulnerados pelo desmedido dirigismo contratual, ou por inadvertidas intervenções judiciais, o risco empresarial (que já se revela alto na estrutura econômica atual) poderá se confirmar, conduzindo a empresa à quebra.

Nesse sentido, o robustecimento da força obrigatória dos contratos, como decorrência de uma diferenciada interpretação do princípio da conservação dos

---

<sup>4</sup> Fábio Ulhoa Coelho leciona: “Pelo princípio da relatividade, os efeitos do contrato atinentes à criação de obrigações são restritos às partes contratantes. Ninguém pode ser obrigado em razão de contrato de que não participa”. (Curso de direito civil, 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.44).

negócios jurídicos, tende a ser fator de redução de riscos ao empresário, por conduzir os seus negócios de forma mais estável.

Também por essa razão, é surgida a necessidade de uma abordagem individualizada aos contratos comerciais, que, em razão das suas especificidades, carecem não apenas de regras próprias, mas de princípios que sirvam aos seus peculiares propósitos.

## **2. As regras de direito comum e os contratos comerciais**

Mesmo diante da evidente necessidade de um tratamento distinto a ser dedicado aos contratos comerciais, de modo a que a estes sejam conferidos específicos modos de interpretação aos princípios que os regem, também merece atenção o conjunto normativo existente que, em geral, não os distingue dos contratos de direito civil.<sup>5</sup>

A despeito da existência de um ambiente jurídico próprio, já que o direito comercial possui disciplina e regras específicas que o distingue dos demais ramos do direito privado, o legislador do Código Civil de 2002 acanhou-se quando preferiu reunir as regras gerais dos contratos sem contemplar as especificidades dos contratos comerciais.

A timidez com o que o tema foi tratado no Código Civil de 2002 acabou por indiretamente ignorar as particularidades das relações interempresariais que, inspiradas pelo natural intuito especulativo, distanciam-se das relações negociais de direito comum.

O texto codificado, no que respeita ao tema, revela-se insensível às demandas típicas das relações contratuais entre empresários, vez que as trata sem promover quaisquer distinções quanto aos contratos civis.

O retraimento normativo trouxe consequências concretas, já que as disposições próprias à parte geral dos contratos e das obrigações em geral acabam por ser invocadas (e aplicadas) tanto nas questões envolvendo uma relação tipicamente civil como interempresarial.

Disso resulta a falsa impressão de que as relações são as mesmas, quando na verdade há expressivas diferenças a serem percebidas.

O prejuízo dessa ausência de sensibilidade quanto à correta forma de compreensão dos contratos empresariais poderá conduzir não somente à violação da devida distinção temática, mas também ao desestímulo da livre iniciativa.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Assim esclarece Marcia Carla Pereira Ribeiro “Diante das várias situações correlatas à atividade empresarial, considerando-se ainda as opções do empresário na escolha da estrutura de gestão mais eficiente, tem-se uma noção de quais os contratos que podem ser enquadrados na categoria dos contratos comerciais, e que, portanto, sujeitar-se-iam a uma teoria geral, assumindo-se que as suas peculiaridades empresariais decorrem não apenas de seu conteúdo específico, mas também da função por eles exercida em relação a atividade do empresário”. (Tratado de direito comercial, volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 14).

<sup>6</sup> Assim esclarece Fábio Ulhoa Coelho: Se o empresário for constantemente poupado de seus erros, a concorrência empresarial será distorcida, com sérios prejuízos para a economia. Além de não contribuir para a formação de uma elite empresarial preparada, a desconsideração, pelo direito dos contratos, das exigências típicas da relação comercial importará a frustração das recompensas

## 2.1 Particularidades dos elementos que compõem o contrato comercial

As relações contratuais interempresariais embora sejam compostas pelos mesmos elementos que compõem os demais contratos de direito privado, tem relevantes particularidades que justificam um tratamento normativo distinto.

Por primeiro, quanto ao elemento subjetivo, já se percebe uma importante distinção, pois que nos contratos comerciais as partes necessariamente são empresários ou sociedades empresárias.<sup>7</sup>

A qualidade empresarial das partes é fundamental, pois que por apenas esse fato já se poderia presumir tratar-se de uma relação entre sujeitos que, dada a sua específica condição, assumem certos riscos em prol da busca de vantagens próprias da sua atividade especulativa.

Além disso, a simples condição de empresário, que em si traz a natural assunção de riscos inerentes à sua atividade, faz presumir que as partes dessa relação interempresarial ou tem o pleno domínio e conhecimento sobre o objeto contratado, ou deliberadamente assumiram o risco decorrente de uma má contratação.

Justamente por isso é que o elemento subjetivo dos contratos comerciais é mesmo diferenciado, afinal as partes contratantes são presumidamente sofisticadas, no sentido de que ou bem conhecem o objeto contratado, ou admitem o fracasso da contratação como decorrência do ordinário risco empresarial.

Nesse sentido o enunciado nº 25 da primeira jornada de direito comercial do Conselho de Justiça Federal, *in verbis*: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. **Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada.**” (Grifo do autor).

Ainda quanto ao elemento subjetivo, há que se observar também que nas relações contratuais interempresariais não se tem qualquer presunção quanto à vulnerabilidade ou hipossuficiência entre as partes, como é comum ao direito civil, consumerista e do trabalho.

Ao inverso, quando a relação contratual se identifica com o direito comercial, há que se presumir simetria entre as partes, de modo a lhes conferir

---

compõem o jogo competitivo do capitalismo. Quer dizer, se os melhores empresários não forem premiados, segundo a lógica capitalista, pela competência manifestada em suas decisões, a estrutura da livre iniciativa não estará adequadamente protegida pela lei. Os investidores, nesse contexto, tendem a direcionar seus capitais para os países em que o direito comercial tem sua função bem compreendida, prestigiada e cumprida: (Curso de direito civil, 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.83).

<sup>7</sup> Segundo Fábio Ulhoa Coelho: “Nos contratos comerciais (mercantis ou empresariais), os contratantes são todos empresários, isto é, exercem “profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”. Quando o vínculo negocial aproxima dois sujeitos que se consideram juridicamente empresários, o contrato submete-se a regime próprio”. (Curso de direito civil, 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.82).

que igual tratamento em todas as questões relativas à avença que livremente estabeleceram segundo os seus próprios interesses.

Com efeito, não se poderia mesmo considerar que um dos contratantes estaria em situação de vulnerabilidade em relação ao outro contratante, seja porque as partes são presumidamente sofisticadas, seja porque o escopo da contratação é sempre especulativo para ambos.

Tampouco o eventual abismo relativo ao poderio econômico entre as partes justificaria um tratamento desigual, donde decorreria a suposta submissão resultante da conhecida vulnerabilidade.

Afinal, nas relações comerciais é natural que uma das partes seja detentora de poder econômico superior à outra, o que, por si só, não enseja qualquer ilação quanto a alguma suposta vulnerabilidade a reclamar um tratamento protetivo à parte economicamente inferior.

A utilização do poder econômico como forma de obtenção de vantagens contratuais é inicialmente natural e lícita nas relações interempresariais, sendo apenas vedado e punido apenas o abuso desse poderio.

Nessa linha, bem a Lei 12.529/11 que, logo em seu artigo primeiro, destaca:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. (Grifo nosso).

Portanto, a menos que se identifique o abuso do poder econômico de uma parte, a relação contratual interempresarial deve ser interpretada de modo a considerar que as partes ocupam o mesmo nível, ou seja, não há vulnerabilidade ou hipossuficiência presumida em relação às mesmas.

Também quanto ao tema, o enunciado nº 21 da primeira jornada de direito comercial promovida pelo Conselho de Justiça Federal, *in verbis*: “Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.”

Por segundo, quanto ao elemento objetivo, os contratos empresariais se distinguem pelo objeto dos demais contratos de direito privado.

Como já antes destacado, nos contratos comerciais a intenção das partes ao contratar sempre coincidirá com o escopo especulativo, ou seja, busca-se o lucro. Não um lucro esporádico decorrente de uma eventual operação negocial de oportunidade, mas preponderantemente o lucro como resultado coincidente ao próprio objeto da empresa.

O elemento objetivo também se relaciona com a própria atividade empresarial, podendo ser considerado como essencial ao desenvolvimento e manutenção da empresa, pois é pelo atingimento dos resultados do objeto contratado que os objetivos do empresário ou da sociedade empresária são alcançados.

Nessa linha, o elemento objetivo do contrato comercial ganha vulto, já que, por proporcionar a consecução da atividade empresarial, insere-se também no âmbito de um relevante princípio, o da preservação da empresa.

Prosseguindo nesse raciocínio, porque elevamos a importância do elemento objetivo, o objeto contratado há de ser preservado tal como previsto pelas partes ao contratar, ou seja, enfatizando os efeitos decorrentes dos princípios da autonomia da vontade e principalmente da força obrigatória dos contratos.

Observadas assim as peculiaridades dos elementos que compõem os contratos comerciais, reforça-se a clara distinção entre estes e os demais contratos de direito privado, mas que, por opção legislativa, até o momento carece de previsão normativa.

## **2.2 Um elenco de normas e cláusulas gerais a serem adaptadas aos contratos comerciais**

À falta de outras normas que servissem ao direito comercial, o Código Civil de 2002 tratou indistintamente tanto dos contratos civis como comerciais, despreocupado com as distinções antes mencionadas.

O diploma civil traz, especialmente na parte geral dos contratos, previsões legais que colidem com as características próprias das relações comerciais, como, por exemplo, as disposições contidas nos artigos 157, 317, 413, 473 e 478 a 480.

Sobre o art. 157 do Código Civil, que trata do vício da lesão fundado na in experiência como fator determinante a sustentar a anulação do contrato:

Art. 157 Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por **inexperiência**, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.” (grifo nosso).

Tal dispositivo, embora de plena aplicação aos contratos civis, há de ser melhor interpretado no que tange aos contratos comerciais, e principalmente porque, como antes mencionado, as partes que integram um contrato comercial são presumidamente conhecedoras do seu objeto e, conscientemente, neste alocam os seus riscos.

O fator “inexperiência” há de ser abolido como autorizador da ação anulatória pelo vício da lesão, afinal ou o empresário é experiente e mal avaliou o contrato (e por isso não poderia se escusar ao seu cumprimento alegando ser inexperiente) ou é mesmo inexperiente quanto ao objeto e nele alocou o natural risco inerente à atividade empresarial.

De uma forma ou de outra, a anulação do contrato com fulcro no art. 157 do Código Civil, mormente pelo fator “inexperiência” não pode ser admitida quando o contrato em questão se subsumir a uma relação interempresarial, como bem reconheceu o enunciado nº 28 da primeira jornada de direito comercial promovida pelo Conselho de Justiça Federal, *in verbis*: “Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os

contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperience.”

Imprescindível igualmente observar o quanto previsto no art. 317 do Código Civil, que trata da ampla possibilidade de revisão contratual, sem distinção quanto aos contratos comerciais:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, **poderá o juiz corrigi-lo**, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação. (Grifo nosso).

O presente dispositivo assegura às partes contratantes a ampla possibilidade de revisão da avença fundada no desequilíbrio econômico do contrato, sem que hajam sido fixados parâmetros objetivos para tanto.

Obviamente, o citado artigo 317 do Código Civil expande significativamente as possibilidades de intervenção do Estado nas relações contratuais de direito privado, em claro prestígio ao dirigismo contratual.

Evidencia-se o poder do juiz sobre os contratos diferidos, mormente a trato sucessivo, pois a possibilidade de “correção” significa, em última análise, a alteração do pactuado, segundo a intenção unilateral de um dos contratantes, que pretende obter uma autorização judicial para modificar as bases de um negócio jurídico que, em princípio, atendia aos seus interesses.

Há evidente álea nos contratos diferidos, embora nem sempre as partes queiram arcar com os ônus decorrentes desse relevante fator, daí porque seja franqueado à parte interessada a possibilidade de dirigir pedido de revisão contratual ao judiciário.

Não se critica essa providência, tampouco se prega um retorno ao amplo liberalismo contratual, mas é inegável que a sobredita disposição legal vulnera sobremaneira a força obrigatória dos contratos.

Dadas as peculiaridades contratuais típicas da seara comercial, o eventual desequilíbrio econômico numa relação contratual a trato sucessivo é normal e ordinariamente previsível pelo empresário, que comumente aloca tais riscos na avença.

Nesse sentido, a opção pela revisão do contrato há de ser excepcional quando o negócio em questão se amoldar às particularidades comerciais, não se justificando a genérica hipótese de intervenção exógena nos contratos de direito comercial, alterando as bases do pacto, tal como em regra prevê o citado dispositivo.

Como exemplo da vertente que propõe imprimir aos contratos comerciais um maior prestígio à força obrigatória, como decorrência de uma abordagem diferenciada ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, tem-se o contrato de locação *built to suit* previsto no artigo 54-A da L. 8.245/91.

Tal contrato, introduzido na Lei do Inquilinato pela Lei 12.744/12, traz importante disposição que bem serve a corroborar a defesa do *pacta sunt servanda*, e por consequência do princípio da conservação dos negócios jurídicos, ao prever no parágrafo primeiro do art. 54-A a possibilidade das partes

previamente renunciarem ao direito de postularem a revisão do valor dos aluguéis.

Não é recente a conclusão sobre a possibilidade de renúncia dos contratantes a direito decorrente do contrato, mas é inegável que a disposição prevista no parágrafo primeiro do art. 54-A da L. 8.245/91 torna expresso e positivado o tema, antes então sem precedente normativo específico.

Ainda a respeito dos dispositivos legais gerais incidentes sobre os contratos tais como previstos no Código Civil, o artigo 413 é também relevante, pois que, sem diferenciar contratos civis e comerciais, estipula regras que em princípio norteiam soluções indistintas sobre a cláusula penal convencional:

Artigo 413. A penalidade deve ser **reduzida equitativamente** pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. (grifo nosso).

Refere-se a norma em comento à possibilidade conferida ao juiz de poder abrandar os efeitos da incidência da cláusula penal, quando a hipótese revelar uma de duas possibilidades: O cumprimento parcial da avença ou se a multa pactuada se mostrar excessiva, como quando for superior aos limites estabelecidos no art. 412 do Código Civil.<sup>8</sup>

Tal dispositivo, nítida cláusula aberta inspirada no princípio da eticidade, permite ao juiz, segundo os seus pessoais critérios de convencimento, concluir pela necessidade de se reduzir o *quantum* da cláusula penal, de modo a estabelecer um suposto equilíbrio de forças entre aqueles que disputam a aplicação da sanção.

Sem dúvida, o dispositivo se justifica à luz dos princípios que inspiram o Código Civil de 2002, sendo mesmo o reflexo de importantes postulados como a boa-fé, a função social dos contratos, a proporcionalidade etc.

Merece ser notado, entretanto, já sob a ótica das peculiaridades das relações negociais comerciais, que em quaisquer das hipóteses autorizadoras da redução da cláusula penal, seja pelo cumprimento parcial ou pela excessividade da pena, é possível extrair-se uma certeza: O contrato não foi cumprido por culpa da parte que postula a redução da sanção.

Assim, um olhar mais atento sobre a aludida norma mostrará que, além de se tratar de mais uma evidente manifestação do dirigismo contratual, o citado dispositivo por certo serviria ao propósito inverso daquele para o qual fora criado, gerando um imprevisto desequilíbrio de forças entre os contratantes.

Como a desarmonia entre os contratantes foi inaugurada pela parte que não cumpriu a avença, a cláusula penal surge como meio de se abrandar os deletérios efeitos desse inadimplemento, restabelecendo o equilíbrio contratual que fora culposamente causado pela parte faltosa.

Quando o juiz interfere na relação contratual reduzindo a cláusula penal, o anterior desequilíbrio causado pelo descumprimento se agrava à parte

---

<sup>8</sup> Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

inocente, que se vê duplamente alijada de seus direitos, primeiro porque não alcançou o resultado contratual esperado; segundo, porque viu frustrar-se a sua lúdima expectativa de recebimento da multa contratual.

Por essas razões, e especificamente às relações contratuais interempresariais, não se mostra razoável que o citado art. 413 do Código Civil seja aplicado da mesma forma que a outros contratos, e principalmente porque nessas relações a cláusula penal acaba por servir não apenas de desestímulo ao descumprimento, mas também e principalmente como forma de abrandar os já naturais riscos decorrentes das contratações de natureza empresarial.

Especificamente sobre a cláusula penal, o já mencionado contrato de locação *built to suit* previsto no artigo 54-A da L. 8.245/91, expressamente prevê em seu parágrafo segundo que em caso de denúncia antecipada do contrato, ou seja, se a avença não for cumprida em sua totalidade tal como constante no instrumento escrito, será lícito ao locador exigir a integralidade da cláusula penal.

Nesse sentido, reforçando a força do pactuado, o elucidativo enunciado nº 67 da segunda jornada de direito comercial do Conselho de Justiça Federal, *in verbis*: “Na locação *built to suit*, é válida a estipulação contratual que estabeleça cláusula penal compensatória equivalente à totalidade dos alugueres a vencer, sem prejuízo da aplicação do art. 416, parágrafo único, do Código Civil.”.

Também evidenciando uma exacerbada intervenção do estado nas relações negociais, o parágrafo único do art. 473, combinado com o caput do mesmo dispositivo condicionam a eficácia da rescisão unilateral à redução de eventuais prejuízos decorrentes da denúncia imotivada.<sup>9</sup>

O sobredito artigo 473 do Código Civil claramente submete a eficácia dos efeitos da rescisão unilateral à verificação de uma condição, qual seja, a inexistência de prejuízos à outra parte, que supostamente surpreendida pela denúncia, deixou de auferir os resultados que havia previsto para aquele contrato.

Todavia, há de se recordar que a hipótese em comento é cabível apenas nos contratos que houverem sido firmados a prazo indeterminado, pois que somente nessas hipóteses é que se permite promover a aludida rescisão unilateral.

Consequentemente, o artigo 473 do Código Civil acaba por promover uma relevante limitação ao lúdimo direito que quaisquer das partes têm de pôr fim a uma relação negocial firmada sem prazo certo, impondo-lhes manter a avença mesmo contra a vontade.

Compreende-se que a intenção seja a de preservar a boa-fé, evitando que uma das partes seja surpreendida pela denúncia promovida pela outra, principalmente quando os fatos revelarem que a denunciante fez crer que a

---

<sup>9</sup> Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos. (Grifo nosso)

denunciada teria a oportunidade de obter e fruir as vantagens do contrato denunciado, por “prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”, mesmo em se tratando de um contrato firmado sem prazo certo.

Porém, ainda que se amolde aos contratos civis, tratando-se de uma relação contratual comercial por prazo indeterminado, contudo, a proteção à manutenção da avença, tal como estabelecida no art. 473 do Código Civil, não se justifica.

Tratando-se de um contrato comercial em que as partes concordaram por não determinar termo final, não há que se cogitar de qualquer surpresa quando uma delas promove a denúncia, inexistindo causa que justifique a manutenção forçada do negócio até que a denunciada obtenha a mitigação de eventuais prejuízos.

De fato, o condicionamento da eficácia da rescisão unilateral não se amolda à já mencionada presunção de sofisticação das partes contratantes nas relações interempresariais, que hão de conhecer o objeto a ser contratado, bem como os riscos alocados na avença.

Nessa mesma linha, e especificamente para os importantes contratos comerciais de agência e distribuição, surpreende a solução adotada pelo legislador ao conferir a mesma solução do artigo 473 ao art. 720 do mesmo diploma civil, *in verbis*: “Art. 720. Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente”.

Seja na generalidade do art. 473 ou na especificidade do art. 720, opção do legislador do Código Civil é evidentemente protetiva, conferindo ilusória segurança aos contratantes que hajam firmado contratos a prazo indeterminado, ao garantir-lhes a manutenção do pacto até que obtenham redução dos prejuízos gerados com uma denúncia supostamente prematura.

Porém, ainda que na hipótese seja marcante o primado da boa-fé objetiva, a solução encontrada pelo legislador não se coaduna com o natural trato das relações negociais empresariais, pois que o caráter protetivo imprimido nos aludidos dispositivos não encontra lugar num ambiente negocial em que o risco é inerente tanto aos contratos como à própria atividade.

Observa-se, por oportuno, que sequer a legislação do trabalho, naturalmente protetiva, traz igual previsão em favor do empregado que, mantendo com o empregador uma relação contratual a prazo indeterminado, é surpreendido como uma dispensa imotivada.

Igualmente pertinente observar o disposto no artigo 475 do Código Civil, que confere ao contratante inocente pelo inadimplemento inescusável da outra parte, escolher entre duas possíveis alternativas: dar por resolvido o contrato ou insistir na contratação utilizando os instrumentos processuais próprios cabíveis à espécie, sem descuidar, em ambas as hipóteses, do direito à percepção das perdas e danos decorrentes da falta contratual.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Tal dispositivo vem ao encontro do que se espera de uma relação contratual comercial, conferindo ao empresário contratante a prerrogativa de escolher a via mais adequada ao atendimento dos seus interesses quando vítima de inescusável descumprimento da outra parte.

A solução trazida pelo citado art. 475 do Código Civil, contudo, tem sido abrandada pela aplicação da teoria do adimplemento substancial, que propõe a vedação da resolução contratual quando, apesar do inadimplemento, a parte culpada houver cumprido expressiva parcela da avença.<sup>11</sup>

Se considerarmos o princípio da conservação dos negócios jurídicos em seu plano geral, este considerado na manutenção da avença apesar do inadimplemento inescusável, o princípio do adimplemento substancial seria seu relevante expoente.

Entretanto, se o princípio da conservação dos negócios jurídicos for observado em um plano mais específico, em atenção à preservação dos limites objetivos da avença e em prestígio à força obrigatória dos contratos, o princípio do adimplemento substancial poderá se transformar em importante fator de desestabilização da relação negocial comercial.

Afinal, é mesmo evidente que o princípio do adimplemento substancial promove a relativização do disposto no art. 475 do Código Civil, pois subtrai ao contratante inocente a possibilidade de dar por resolvido o pacto mesmo ante o descumprimento injustificado da outra parte. Daí poderá se afirmar que a partir de certa parcela de cumprimento de um contrato diferido o devedor terá garantido o resultado objetivo pretendido, mesmo que ainda pendam parcelas a serem solvidas.

Embora se afirme que, nesses casos, o credor ainda contará com as ferramentas processuais que lhe permitem forçar o devedor ao cumprimento integral da avença, o resultado prático provavelmente conduzirá à frustração daquele, pois é certo que o contrato não mais estará sujeito à extinção e, por consequência, não haverá motivo outro a impor ao inadimplente dar cumprimento às obrigações pendentes.

Importa observar que, nesse caso, ao se reconhecer o adimplemento substancial, havendo prestações pendentes pela parte inocente, esta haverá de cumpri-las mesmo havendo sido vítima do inadimplemento da outra.

A título de exemplo, imagine-se um contrato de compra e venda comercial relativa a um bem móvel indivisível, sem que se tenha pactuado reserva de domínio, em que o preço haja sido parcelado e a tradição tenha sido combinada para após a sua liquidação.

Conforme propõe o princípio do adimplemento substancial, mesmo que o devedor do preço tenha inadimplido a integralidade do preço, mas desde que quitada relevante parcela da dívida, este poderia exigir a entrega do bem (com a consequente transmissão da propriedade), forçando o credor a dar cumprimento integral à obrigação de dar, sem possibilidade de adotar a resolução do contrato e

---

<sup>11</sup> Como ensina Alexandre Guerra: “Não se permite o rompimento do vínculo contratual em situações nas quais o adimplemento parcial se aproxime da prestação devida”. (Princípio da conservação dos negócios jurídicos. São Paulo: Almedina, 2016, p. 266).

sem que o inadimplente seja obrigado a antes cumprir o preço, conforme determina o art. 491 do Código Civil.

Nesse caso, restaria ao credor tão somente buscar a satisfação do seu crédito sobre o eventual patrimônio do devedor, incluindo-se o bem objeto da venda e compra.

Justamente por isso é que o princípio do adimplemento substancial há de se limitar às relações consumeristas, sendo excepcional a sua invocação nas relações civis e imprópria nas relações contratuais comerciais.

Prosseguindo à análise dos dispositivos gerais atinentes aos contratos, tais como previstos pelo Código Civil, e a sua aplicação aos contratos comerciais, é merecida a abordagem à possibilidade de resolução por onerosidade excessiva, como prevista nos artigos 478 a 480 do Código Civil<sup>12</sup>.

Sem que se descuide da ampla aplicação desses dispositivos aos contratos tipicamente civis e mesmo consumeristas<sup>13</sup>, observa-se que, face às peculiaridades dos contratos mercantis, o espectro de incidência das soluções previstas para a resolução por onerosidade excessiva há de ser mitigada.

Com efeito, a intangibilidade das vontades manifestadas pelos empresários contratantes há de ser a regra, mesmo diante das genéricas hipóteses previstas entre os artigos 478 a 480 do Código Civil.

Nesse sentido o enunciado nº 25 da primeira jornada de direito comercial promovida pelo Conselho de Justiça Federal, ao esclarecer que “a revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada”.

Importa observar que, apesar dos artigos em comento se referirem à resolução do contrato, e mesmo que também haja reservas quanto à ampla possibilidade de revisão forçada da avença nos contratos comerciais, não se pode negar que a iniciativa revisional é menos invasiva e, portanto, há de obviamente prevalecer sobre a resolução.

Nesse sentido, por evidente aderência ao tema, merece nota o enunciado nº 176 da terceira jornada de direito civil do Conselho de Justiça Federal, que assim se refere ao artigo 478 do Código Civil: “Art. 478: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá

---

<sup>12</sup> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

<sup>13</sup> Art. “6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”

conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.”

Embora o referido enunciado se mostre mais adequado aos contratos civis, também aí já se percebe uma evidente tendência de preservação da vontade das partes, em claro prestígio à força obrigatória.

Evidentemente, tal enunciado verte uma interpretação mais simples ao princípio da preservação dos negócios jurídicos, propondo que se evite a resolução ante a possibilidade de revisão, mas inegavelmente admite tanto a extinção quando a intervenção do estado na alteração do pactuado.

Em razão disso, pela clara opção ao dirigismo contratual, é que tal enunciado mais se aproxima do Direito Civil, já que conforme ora se propõe, o princípio da conservação dos negócios jurídicos, quando aplicado aos contratos comerciais, mitiga qualquer intenção de alteração unilateral do pacto, mantendo-o tal como originalmente firmado.

### **3. O Projeto de Lei nº 1.572/11 - Novo Código Comercial**

Em atendimento aos postulados próprios do direito comercial, notadamente quanto à imprescindível adoção de regras que sirvam a reconhecer as peculiaridades das relações interempresariais, surge como alento o Projeto de Lei nº 1.572/2011, propondo o Novo Código Comercial.

Desde a unificação codificada inaugurada pela L. 10.406/02, embora não se possa sequer cogitar de mínima perda de identidade, o direito comercial experimentou certa fragilização no que respeita às normas gerais regentes dos contratos, as quais, como já se observou, aplicam-se indistintamente tanto aos contratos civis como comerciais.

Nesse sentido, é mesmo alvissareira a notícia de avançada tramitação do referido Projeto de Lei 1.572/2011, cuja redação evidencia o resgate dos necessários postulados de direito comercial, traduzindo-os para a norma positivada.

Principalmente quanto aos contratos, destaca-se o artigo 303 do citado Projeto de Lei, *in verbis*:

Art. 303. São princípios do direito contratual empresarial: I - autonomia da vontade; II - plena vinculação dos contratantes ao contrato; III - proteção do contratante economicamente mais fraco nas relações contratuais assimétricas; e IV - reconhecimento dos usos e costumes do comércio.

A redação do referido art. 303 já traduz a vocação do Novo Código Comercial, notadamente no que tange à valorização de relevantes princípios contratuais, os quais, como já dito, hão de ser interpretados de forma particular aos contratos comerciais.

Numa observação apressada, poder-se-ia concluir pela ausência de qualquer novidade, já que os contratos em geral são informados pelos mesmos princípios. Todavia, basta uma observação mais atenta para que se perceba a real intenção da proposta legislativa, qual seja, a mitigação do dirigismo contratual em prestígio ao

livremente pactuado pelas partes, destacando-se a redação do inciso II; “II - **plena vinculação dos contratantes ao contrato;**” (grifo nosso).

Do aludido Projeto de Lei, e especificamente sobre os contratos de direito comercial, destaca-se também o art. 305, *in verbis*:

Art. 305. No contrato empresarial, a vinculação ao contratado é plena. § 1º A revisão judicial de qualquer cláusula do contrato empresarial não cabe se a parte que a pleiteia poderia ter se protegido contratualmente das consequências econômicas de sua declaração, mediante a diligência normal que se espera dos empresários. § 2º Nenhum empresário tem direito à revisão do contrato empresarial sob a alegação de não ter conferido as informações sobre o objeto prestadas pelo outro contratante durante as tratativas, salvo se a conferência não poderia ter sido feita em razão de segredo de empresa.

Reiterando o que já havia sido anunciado no inciso II do art. 303, o *caput* do art. 305 enfatiza a total vinculação das partes ao pacto contratual, valorizando sobremaneira o *pacta sunt servanda*.

Com isso, ganha a segurança jurídica das relações mercantis, já que o trato negocial comercial será, em regra, imune às acessíveis formas de alteração do pactuado tais como genericamente previstas no Código Civil.

Não menos importantes as redações propostas aos parágrafos primeiro e segundo do aludido dispositivo, ambas de encontro ao dirigismo contratual e ao encontro do princípio da conservação dos negócios jurídicos comerciais.

## Conclusão

Numa sociedade capitalista globalizada em que os recursos de investimentos são cada vez mais escassos e a concorrência se acirra em níveis não mensuráveis, o cuidado com as regras atinentes aos contratos comerciais se revela premente.

De fato, não há como se negar que nesse cenário o desenvolvimento econômico acaba por depender das escolhas feitas por investidores, avaliando os mercados para os quais dirigirão os seus recursos.

Obviamente essa avaliação considerará os fatores de redução de riscos para tais investimentos, dentre os quais a forma como os contratos interempresariais são tratados pelo direito.

É inegável que os contratantes baseiam as suas iniciais expectativas nos exatos limites do objeto contratado, e nisso fiam os almejados resultados. Portanto, quanto mais se prestigiar o pactuado e menos se interferir na relação interempresarial, maior será a segurança do negócio e menores os riscos decorrentes.

Nessa perspectiva, considerando tão somente o mercado brasileiro, pode-se afirmar que o cenário não é promissor ao empresário investidor, já que o pactuado, embora fruto de um contrato sem quaisquer máculas poderá, por dirigismo contratual ou intervenção provocada ao judiciário, não se manter fiel ao quanto originalmente firmado pelas partes.

Como resultado dessa instabilidade na condução das questões relativas aos contratos comerciais, a insegurança das relações negociais passa a ser a regra,

decorrendo daí a inegável incerteza do empresário investidor quanto a dirigir os seus recursos para este mercado.

Com isso, a livre iniciativa igualmente resta prejudicada, já que a insegurança jurídica gerada pela falta de tratamento distinto aos contratos comerciais conduz ao aumento dos já naturais riscos aos quais estará exposto o empresário, notadamente no mercado nacional.

Justamente por essa razão é que se reclama uma interpretação mais particularizada ao princípio da conservação dos negócios jurídicos para os contratos comerciais, conciliando a necessária função social dos contratos à imprescindível força obrigatória, de modo a que nesses pactos específicos se reflitam valores que se prestem a valorizar a livre iniciativa.

Por tudo isso é que ansiosamente são aguardadas boas novas a anunciarem o advento de um novo diploma legal a reconhecer e reger as relações negociais interempresariais, quicá como um Novo Código Comercial.

## REFERÊNCIAS

COELHO, F. U. **Direito e poder**. São Paulo: Saraiva, 1992.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito comercial**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito comercial**. Obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

GUERRA, Alexandre. **Princípio da conservação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2016.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA RIBEIRO, Márcia Carla. **Tratado de direito comercial**. Obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

# A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA DEFESA DO CONSUMIDOR

FREDERICO DA COSTA CARVALHO NETO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A evolução Constitucional no Direito Brasileiro. 2. Os Direitos Fundamentais. 3. A evolução dos Princípios Contratuais. 4. A Defesa do Consumidor como Direito fundamental. Conclusões. Referências.

## Introdução

Como pretendemos demonstrar, a garantia da defesa do consumidor decorre da evolução do Direito que deve sempre andar a par e passo com a História. As garantias constitucionais decorrem de uma incessante luta da sociedade civil pela defesa da cidadania. Assim abordaremos no primeiro capítulo a evolução constitucional no Brasil e sua importância para o nosso ordenamento jurídico, abordando sobre suas etapas e conexões com a história brasileira. No segundo capítulo discorreremos sobre a importância dos direitos fundamentais nessa perspectiva histórica. No terceiro capítulo, analisaremos a evolução dos princípios contratuais tradicionais e no quarto capítulo a defesa do consumidor como garantia fundamental. No quinto e último capítulo apresentaremos nossas conclusões.

## 1. A Evolução Constitucional no Direito Brasileiro

Não resta dúvida que a Constituição Federal de 1988 foi um marco na história do ordenamento jurídico nacional considerando que nossa legislação começou a ser elaborada há cento e noventa e cinco anos, após a independência em 1822. Examinar a Carta Magna, sem olhar para trás, pode prejudicar sua correta interpretação. Assim é preciso demonstrar a substancial diferença entre a Carta de 1988 e suas antecessoras. Todas elas, diga-se em maior ou menor medida, voltadas para o Estado e a administração pública e, eventualmente, muito eventualmente focadas em algum aspecto aos interesses do cotidiano do cidadão.

Por outro lado, um país escravagista na sua independência e por mais de sessenta e seis anos, não abria a porta para muitos direitos hoje positivados, nem mesmo na legislação infraconstitucional. Por essa razão, certamente a nova carta e as normas que dela decorrem, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor que abordaremos adiante, causaram tantos impactos. Na Carta de 1824, por exemplo, o artigo 6º tratava da nacionalidade e o artigo 179 da inviolabilidade dos direitos políticos e civis, mas nenhuma alusão a direito que não fosse pertinente às relações do estado com o cidadão e a preponderância de interesses públicos e

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor da Faculdade de Direito de Sorocaba e da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Resumo: O artigo trata da defesa do consumidor como direito fundamental estabelecido na Constituição Federal de 1988 e tem por finalidade demonstrar que os direitos fundamentais de uma forma geral estão atrelados ao processo histórico e social e não só são absolutamente necessários como decorrem da evolução do direito, notadamente do direito contratual civil, que culminou com a inserção no rol dos direitos fundamentais a proteção aos consumidores, determinando ao Estado a promoção da defesa do consumidor. Palavras chave: Direitos Fundamentais - Processo histórico - Defesa do consumidor.

privados sobre os sociais. Na carta de 1891, no mesmo sentido prescreviam os artigos 69 a 72, mas ainda não se admitia o voto feminino<sup>2</sup>. Na Constituição de 1934, dentre as que antecederam a atual, certamente a mais avançada para seu tempo, considerando a realidade brasileira, ocorreram grandes avanços, como em relação ao direito de propriedade que as cartas anteriores asseguravam o exercício em sua plenitude, enquanto a nova Constituição, que também garantia esse direito, vedava seu exercício contra o interesse social ou econômico que a lei determinasse<sup>3</sup>, o direito ao habeas corpus e, pela primeira vez, a ordem econômica e social foi inserida numa Carta Magna brasileira<sup>4</sup>. Na constituição de 1946 a inovação se deu também nos direitos sociais, por conta dos avanços notadamente na esfera trabalhista, ocorridos desde a carta anterior<sup>5</sup>.

A Carta de 1967 pode-se dizer, que nada trouxe de novidade em termos substanciais. E a de 1988, embora muito diferente das anteriores, refletiu o avanço do Direito e da história de uma forma geral, alargando o rol de direitos fundamentais não mais limitados a relação cidadão-estado. Importante também destacar que a chamada Constituição Cidadã foi elaborada no início daquele que a nosso ver foi o início da democracia efetiva no Brasil. Se diz que o Brasil experimentou a democracia em outros dois períodos, na República Velha e de 1945 a 1964. Entretanto, é necessário destacar que na República Velha, só os homens alfabetizados votavam, o que excluía a maior parte da população, sem contar que o voto não era secreto, o que permitia uma série de manipulações e fraudes. E no período compreendido entre 1945 e o golpe de abril de 1964, tivemos várias intercorrências como o suicídio de Getúlio Vargas, para evitar um golpe de estado e seu mandato foi concluído pelo Presidente da Câmara dos Deputados em razão do

---

<sup>2</sup> Até 1932 as mulheres não podiam votar. Com a edição do Código Eleitoral Provisório em 1932, de forma facultativa foi aberta a possibilidade de voto, mas restrito às mulheres casadas desde que autorizadas pelo marido e as viúvas e solteiras que fossem independentes financeiramente. O Código de 1934 permitiu o voto feminino de forma irrestrita, exigindo somente a alfabetização.

<sup>3</sup> Na Constituição de 1824, o artigo 179 estabelecia: Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. ". Na de 1891: Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia. Já a de 1934: Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

<sup>4</sup> "Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País."

<sup>5</sup> Estabelecendo no artigo 145: "Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social."

afastamento do Vice-Presidente<sup>6</sup>, a resistência à posse de Juscelino Kubitschek, duas tentativas de golpe durante seu mandato<sup>7</sup> e posteriormente a renúncia de Jânio Quadros, a dificuldade para a posse de João Goulart, que só ocorreu de um lado pela formação da Rede da Legalidade<sup>8</sup> e de outro pela implementação a fórceps do Parlamentarismo. Naquele período, que compreendeu quatro mandatos, sete pessoas ocuparam a Presidência da República, e entre eles não estão incluídos o Presidente da Câmara dos Deputados<sup>9</sup> em 1964 e muito menos o Ditador Castello Branco. Assim, pode-se dizer que democracia mesmo temos a partir da Constituição Federal de 1988. E o Direito e a sua positivação refletem a história.

Os críticos da Carta de 1988 parecem ignorar a história do Direito e sua evolução, como se os direitos fundamentais tivessem surgido do nada, em total descompasso com o pensamento jurídico. Essa pequena e insignificante parcela do pensamento jurídico é integrada muitas vezes por figuras sem ou com pouca densidade no mundo acadêmico, como dizia o saudoso Professor Geraldo Ataliba Nogueira, juristas de televisão.

Marcelo Scheink Duque<sup>10</sup>, citando Planiss, diz que “os direitos fundamentais devem ser compreendidos na conectividade histórica, ou seja, em conformidade com o seu condicionamento às relações sociais e econômicas de seu tempo”, advertindo o Professor gaúcho que, “para que se compreenda o significado e o alcance dos direitos fundamentais, recomenda-se um olhar, ainda que breve, para trás.”

Ingo Wolfgang Sarlet põe uma pá de cal nessa estória, dizendo:<sup>11</sup> “direitos fundamentais são posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados.”. Portanto, os direitos fundamentais criticados por setores que se apresentam como modernizadores, mas na verdade querem retroceder, por não suportarem conviver com a ideia de equidade, refletem a luta social, as conquistas da sociedade civil.

De outro lado, há uma amnésia de alguns entusiastas de primeira leitura que não reconhecem ou ignoram fatos absolutamente relevantes que levaram às grandes conquistas na Carta de 1988. E exemplos não faltam, como o direito à igualdade entre homens e mulheres. Essa luta é antiga e teve importantes marcos, como as modificações do próprio Código de 1916, que abrandaram a diferença relativamente ao homem, o Estatuto da Mulher Casada<sup>12</sup>, a Lei do Divórcio e, mais

---

<sup>6</sup> José Fernandes Campos Café Filho, que governou do suicídio de Vargas, 24 de agosto de 1954 até 8 de novembro de 1955, em meio a uma série crise política que envolvia a posse da chapa Juscelino Kubitschek e João Goulart, teve problemas de saúde, tendo assumido a presidência o então presidente da Câmara dos Deputados Carlos Luz.

<sup>7</sup> Revoltas de Jacareacanga e Aragarças.

<sup>8</sup> Após a renúncia do Presidente Jânio Quadros, em agosto de 1961, ministros militares não queriam dar posse ao vice-presidente João Goulart, que naquele momento se encontrava em viagem oficial na China. No Rio Grande do Sul, o então governador Leonel Brizola iniciou um movimento defendendo a legalidade constitucional e a posse do vice-presidente eleito. O Governador gaúcho requisitou uma Rádio e por ela passou a conclamar o povo a exigir a posse.

<sup>9</sup> Deputado Ranieri Mazzili que assumiu o cargo em 2 de abril de 1964.

<sup>10</sup> Em Direitos Fundamentais, Teoria e Prática, editora Revista dos Tribunais, p. 35.

<sup>11</sup> Em Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 4ª edição, p. 315.

<sup>12</sup> Lei n° 4121/62, que praticamente emancipou as mulheres, dispensando em muitas situações a tutela do marido.

do que isso, parece que se desconsideraram algumas das fontes do Direito, como a doutrina e a jurisprudência, que já reconheciam há muito tempo a paridade entre os gêneros.

No mesmo sentido alguns tratam os chamados novos direitos, tanto na área do Direito Ambiental como no das Relações de Consumo, como revolucionários, como se não decorressem da evolução do Direito de uma forma geral. Não dá para falar sobre Direito Ambiental abstraindo normas civis que já disciplinavam atividades lesivas ao meio ambiente como os Códigos Florestais de 1937 e de 1965 e da Lei que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente em 1981<sup>13</sup>. Mesmo o Código Civil de 1916 já tratava de questões atinentes ao meio ambiente, como por exemplo, as regras sobre águas e o direito de vizinhança entre outras.

Nas relações de consumo, também. É certo que a relação foi regrada após a Constituição de 1988 e por determinação desta. Mas refletiu o processo histórico do direito, como pretendemos demonstrar, até porque o direito não nasceu em 1988 e para compreender a importância e a incidência dos direitos fundamentais para as relações de consumo, é imprescindível revisitar o Direito Civil, não por acaso a única matéria lecionada do primeiro ao último dia do Curso de Direito. Como a relação de consumo é contratual, abordaremos adiante a evolução desse campo do direito, no que diz respeito a transformação de alguns de seus princípios.

## 2. Os Direitos Fundamentais

A origem dos chamados direitos fundamentais tem como ponto de referência a Carta Maior de Liberdade do Rei João sem Terra em 1215. Ingo Wolfgang Sarlet, observa, entretanto, que antes mesmo nos séculos XII e XIII, existiram outras disposições como as chamadas cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis <sup>14</sup> que traziam alguns traços do que hoje se têm como direitos fundamentais. Outras normas supervenientes como o Pacto de Myflower (1620), Bill o Rights <sup>15</sup> em 1688, Declaração de Diretos do Povo da Virginia e Independência das 3 Colônias em 1776, Constituição dos Estados Unidos da América em 1787, Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão após a revolução francesa, Constituição de Weimar de 1919, culminando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Essa evolução histórica levou à ideia, concebida por Karel Vasak <sup>16</sup> , das gerações de direitos, períodos hoje designados como dimensões<sup>17</sup>, que se entende

---

<sup>13</sup> Lei nº 6.938/81.

<sup>14</sup> Idem, p. 303.

<sup>15</sup> Declaração de Direitos.

<sup>16</sup> Ao proferir conferência no Instituto Nacional de Direitos Humanos em Estrasburgo, França em 1979.

<sup>17</sup> Willis Santiago Guerra Filho, sobre a adoção de dimensões, diz: *“Mais importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos da geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada- e consequentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se a sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental. (Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, Celso Bastos Editor, 2. ed., p.*

por mais abrangente. Há controvérsia quanto ao número de dimensões, mas é unânime que a primeira se ateu a autonomia do indivíduo frente ao Estado<sup>18</sup>, a segunda em decorrência do advento do Estado Social<sup>19</sup> e os direitos econômicos e sociais. A terceira dimensão de direitos têm como traço marcante os direitos transindividuais<sup>20</sup>.

Flávia Piovesan aponta que a Carta de 1988, resguardando o valor da dignidade da pessoa humana, privilegia a temática dos direitos fundamentais criando uma nova topografia constitucional<sup>21</sup>. Nelson Nery Jr. e Goerges Abboud têm os direitos fundamentais como uma reserva de direitos<sup>22</sup>. André Ramos Tavares fala em conjunto de direitos pertencentes aos homens que englobam os direitos individuais, sociais, econômicos culturais e coletivos<sup>23</sup>. E aí está a conexão do Direito com a História, já que a Constituição de 1988 incorporou todas essas ideias concebidas pela Doutrina.

### 3. A evolução dos princípios contratuais

Se o contrato teoricamente é o encontro de vontades, não dá para falar desse vínculo jurídico sem levar em conta a evolução de alguns de seus princípios. Começamos então pela autonomia da vontade, a livre contratação, a supremacia

39).

<sup>18</sup> Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr., falando sobre a hoje primeira dimensão de direitos observam: *“São direitos que surgiram com a ideia de Estado de Direito, submisso a uma Constituição. Longe da hegemonia de um soberano, cuja vontade era a lei, concebeu-se um Estado em que as funções do poder fossem atribuídas a órgãos distintos, impedindo a concentração de poderes e o arbítrio de uma ou de um grupo de pessoas. Congenitamente ao constitucionalismo, ao Estado de Direito surgem esses direitos fundamentais de primeira geração, também denominados direitos civis, ou individuais e políticos. São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado”* (Curso de Direito Constitucional, Editora Verbatim, 20ª edição).

<sup>19</sup> A supremacia da vontade perdeu terreno para os direitos de segunda geração, como observa Norma Sueli Padilha<sup>19</sup>: *“Os valores tradicionais, individualistas da sociedade contemporânea moderna, foram sendo sobrepujados conforme era implementada a evolução da sociedade industrial e acelerado o ritmo do sistema de produção, franqueado pela descoberta de novas fontes energéticas. Desenvolve-se a economia de mercado, baseada na livre iniciativa e acúmulo de capital, relegando-se à classe majoritária ser partícipe da modernidade e do desenvolvimento apenas pela inclusão propiciada pelo trabalho realizado mediante seu esforço físico”*. (Colisão de Direitos Metaindividuais e a Decisão Judicial, Sergio Antônio Fabris Editor, p.25).

<sup>20</sup> Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano, abordando a terceira hoje dimensão de direitos, ensinam: *“A terceira geração sintetiza os direitos da primeira e da segunda gerações sob o viés da solidariedade, adensando-os numa perspectiva de equilíbrio do poder-inclusive-ideológico- em favor do ser humano, seja homem ou mulher, negro ou branco, angolano ou saudita, cristão ou muçulmano, rico ou pobre, desenvolvido ou subdesenvolvido, da cidade ou do campo, jovem ou idoso, instruído ou analfabeto, ou possível de qualquer outra divisão que se faça, haja vista sermos todos iguais em essência, dignidade e humanidade. A partir desse novo enfoque é superada a exclusividade da tutela estatal, isto é, não se permite mais fragmentar o ser humano nesta ou naquela categoria de pessoa, vinculada a este ou àquele Estado; o homem passa a ser visto como um gênero que possuía anseios e necessidades comuns, dentre as quais a paz, o desenvolvimento econômico e um meio ambiente sadio.”* (Direitos Humanos, Conceitos, Significados e Funções, Editora Saraiva, p. 177).

<sup>21</sup> Em Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, Editora Saraiva, 7ª edição, 33.

<sup>22</sup> Em Direito Constitucional Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, p. 265.

<sup>23</sup> ANDRÉ RAMOS TAVARES, em Dicionário de Direito Constitucional, Coordenando por Dimitri Dimoulis, Editora Saraiva, p.143.

da vontade individual. Fernando Rodrigues Martins, abordando a autonomia da vontade, ensina<sup>24</sup>: “Para ter ideia, à luz das concepções contratuais individualistas era impossível contemplar a ideia de abuso do direito, porque o sujeito, sendo titular de determinada faculdade ou de um direito subjetivo, tinha seu manejo garantido pelo sistema jurídico, sendo inconcebível entender que o respectivo exercício, deveras ilimitado, fosse violador de direito. Não que a teoria do abuso do direito não existisse, mas no campo dos contratos e do direito das obrigações a noção de abuso do direito era quase inexpressiva”. Ricardo Luiz Lorenzetti, discorrendo sobre a concepção liberal do contrato aborda a autonomia da vontade <sup>25</sup> : “A autonomia da vontade, a liberdade, essencial para o liberalismo político, era considerada um direito fundamental anterior à organização do Estado; O indivíduo só estava obrigado quando desejava, quando expressava livremente sua vontade. Esta autonomia, se referia à possibilidade de contratar ou não, selecionar o contratante, e determinar o conteúdo do vínculo <sup>1</sup>”. E sobre seus efeitos: “O contrato reflete o modelo negocial de conduta e respeito pela palavra empenhada. Portanto, uma vez assegurado o consentimento, pleno, o papel dos tribunais deve ser limitado à aplicação da ‘lei’ entre as partes”. César Fiuza, no mesmo sentido, destaca a importância do princípio:<sup>26</sup> “É o mais importante princípio. É ele que faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos. Funda-se na vontade livre, na liberdade de contratar. O contrato é visto como fenômeno da vontade e não como fenômeno econômico-social.” Mas esse princípio, que tinha de início dentre outras finalidades a de afastar o poder do Estado, de interferir nos contratos, revelou-se absolutamente inadequado. Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira apontava que o princípio não era absoluto<sup>27</sup>: “Este princípio não é absoluto, nem reflete a realidade social na sua plenitude. Por isso, dois aspectos de sua incidência devem ser encarados seriamente: um diz respeito às restrições trazidas pela sobrelevância da ordem pública, e outro vai dar no dirigismo contratual, que é a intervenção do Estado na economia do contrato.” Fabio Ulhôa Coelho fala que incidia a autonomia naquelas hipóteses em que a lei não impunha limites<sup>28</sup>, reconhecendo que tal liberdade foi sendo crescentemente reduzida no século passado<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Fernando Rodrigues Martins, em Princípio da Justiça Contratual, Editora Saraiva, 2. ed., p. 103.

<sup>25</sup> RICARDO LUIZ LORENZETTI, Em Tratado dos Contratos, Parte Geral, Rubinzal-Culzoni Editores, 2ª. Edição, p. 26/27.) Tradução livre do Autor: No original: “La fuerza obligatoria de lo convenido era esencial para este modelo: los contratantes se obligaban sólo en cuanto la palabra empeñada fuera mantenida; no era admisible que se modificara por parte del legislador, o fuera revisada por los jueces, o no se cumpliera. La asimilación del contrato a la ley respondía a la necesidad de dar seguridad jurídica. Lo libremente acordado era considerado justo, y no revisable.” “La autonomía de La voluta: La libertado, esencial para ele liberalismo político, era considerado um depreco fundamental anterior à lá organizacional dele Estado; ele individuo solo quedava obrigado curando lô desaba, es devir, curando havia expressado una voluta libre. Esta autonomia se referia a la posibilidad de contratar o no, de seleccionar al contratante, y determinar e contenido del vínculo.”

<sup>26</sup> CÉSAR FIUZA, Em Direito Civil, Editora Del Rey, 15. ed., p. 456.

<sup>27</sup> CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA Em Instituições de Direito Civil, vol. III Editora Forense, 10. ed., p. 10.

<sup>28</sup> “É a referência ao reconhecimento, pela ordem positiva, da validade e eficácia dos acordos realizados pelos próprios sujeitos de direito. A vontade autônoma para a doutrina é a que se manifesta livremente na criação de direitos e obrigações porque nenhuma lei os preestabelece.” In: Curso de Direito Civil, Contratos, Editora Saraiva, 3. ed., p. 6.

<sup>29</sup> “No segundo quadro evolutivo da teoria dos contratos, autonomia da vontade sofre sucessivas e

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves fala em supremacia da ordem pública e a necessidade da intervenção estatal. Orlando Gomes reconheceu sua inadequação<sup>30</sup>: “Todos sabem que essa bela construção tornou-se inadequada, se bem que continue presente nos códigos mais modernos, coexistindo, entretanto, com os andaimes de uma concepção antagônica, que atestam cada dia a necessidade de controle do exercício dessa liberdade e, assim, de uma reconstrução que modifique seu estilo”. O mestre baiano credita a Lacordaire a seguinte colocação<sup>31</sup>: “Entre o forte e o fraco a liberdade escraviza e o direito liberta”. Hoje já não se fala em autonomia da vontade, mas em autonomia privada, tendo em vista que a liberdade de contratar, não pode ultrapassar os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Já dissemos em outras oportunidades e reforçamos também neste trabalho que os contratos e as obrigações têm duas fontes basicamente, a lei e o contrato, e que a segunda é subsidiária. É evidente que a maioria das obrigações decorre do contrato, mas a fonte principal é a Lei. Isto significa que não se pode admitir contrato com previsão contra a disposição legal. Na verdade, há certo vício dos operadores do direito em geral no sentido de que podem estabelecer o que bem entenderem. Mas não é nem nunca foi assim, porque se há liberdade para contratar, não há para estabelecer o direito, atividade privativa do Estado. O Ordenamento permite contratar dentro da Lei, nunca fora dela. Entretanto, não é o que vê diariamente. E como exemplo desse abuso de direito temos uma cláusula comum nos contratos dos estacionamento de veículos em que consta a advertência de que o estabelecimento não se responsabiliza pelos objetos deixados no interior dos automóveis. Essa advertência, como muitas outras disposições limitadoras de direitos, simplesmente não valem, mas são feitas todos os dias, porque muitos ainda acreditam que podem estabelecer o direito.

Paulo Luiz Netto Lobo diferencia as expressões, por seus respectivos momentos históricos. Autonomia da vontade em decorrência do individualismo e da soberania da vontade individual e Autonomia privada limitada pela intervenção do estado<sup>32</sup>. Claudio Luiz Bueno de Godoy<sup>33</sup>, falando sobre os dois momentos, observa: “Essa liberdade de contratar, esteio da autonomia da vontade, classicamente concebida, cedeu a valores dispostos no ordenamento e mesmo diante de novas formas de contratação”. E conclui: “Ora em face desse panorama, forçoso admitir a necessidade de se recompreender a autonomia da vontade, de explicá-la em novos moldes, base do que hoje se chama de autonomia privada”. E, com razão, se verificarmos a história, concluiremos que inicialmente acreditava-se na autonomia da vontade <sup>34</sup>pela supremacia da vontade individual, diante da parca presença

---

*consideráveis restrições, manifestadas inicialmente nas relações de trabalho e, a partir de meados do século XX, também nas de consumo”. Idem, p. 10.*

<sup>30</sup> ORLANDO GOMES, Em Enciclopédia Saraiva de Direito, Vol.9, Editora Saraiva, p. 258.

<sup>31</sup> Ibidem, p.11.

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> Claudio Luiz Bueno de Godoy, em Função Social do Contrato, Editora Saraiva, 4ª edição, pp.31/32. <sup>34</sup> Neste sentido, Carvalho Santos, comentando o artigo 1.079 do Código Civil de 1916, dizia: “Sobre a liberdade contratual e seus limites, costuma-se dizer que o contrato depende única e exclusivamente da vontade das partes, aceitando muitos, como regra absoluta, o princípio da autonomia da vontade. De fato, em regra, existe a autonomia da vontade. Todos têm a liberdade de contratar ou de não contratar. Se resolvem contratar, podem estipular as cláusulas que lhes convenham respeitadas os princípios de ordem pública, sendo-lhes lícito emprestar aos seus contratos os aspectos mais variados, fora dos moldes comuns previstas na lei, adaptando uns aos

estatal na regulação e disciplina dos contratos. Neste sentido, oportunas também as palavras de Alexandre Guerra, que aponta a alteração das relações sociais<sup>35</sup>: “Os princípios regentes da Revolução Francesa fizeram com que o direito passasse a ser concebido como a maior arma de proteção do indivíduo contra o arbítrio do estado. Liberdade, igualdade e propriedade foram inicialmente proclamadas como direitos absolutos. No entanto, com a alteração das relações sociais que se seguiram, passou-se a abusar especialmente da liberdade ampla e geral então conferida, que veio a ser empreendida justamente como meio de exploração dos fracos pelos fortes”.

A ausência do Estado pode ser constatada no Direito Brasileiro no Código Civil de 1916, lembrando que ele refletia a mentalidade oitocentista e que Clóvis Bevilacqua, o autor do anteprojeto, incluiu no texto o instituto da lesão, que foi excluído pelo Congresso Nacional. Importante destacar que naquele momento da elaboração e tramitação do anteprojeto de Clóvis Bevilacqua<sup>36</sup> estava em vigor a Constituição Federal de 1891. Assim, era na legislação infraconstitucional que se encontravam regulados os interesses dos chamados particulares, exceto as obrigações decorrentes das atividades comerciais regradas pelo Código Comercial. O Código Civil anterior regulava a quase todas as relações de natureza civil, dispondo sobre o contrato de trabalho <sup>37</sup>, a locação, e era exageradamente permissivo, admitindo até, na relação de emprego, a não estipulação do valor da remuneração e nem critérios mínimos para sua posterior fixação, deixando ao arbítrio posterior<sup>38</sup>.

O Diploma refletia a mentalidade oitocentista, tratando as pessoas como iguais. Mas o tempo mostrou que a regra aberta dava margem a muitos abusos e por essa razão ganhou corpo a intervenção estatal, com sucessivas leis esparsas disciplinando contratos, como o de trabalho e a locação e a até mesmo a usura<sup>39</sup>. Essa mudança coincidiu e não por acaso com a mudança de poder em 1930 e o início do processo de transformação da sociedade rural para a industrial, do campo para a cidade. O fato é que aquela norma aberta de 1916 foi sendo contornada,

---

*outros, de forma a criar espécies verdadeiramente novas.” In: Código Civil Brasileiro Interpretado, Editora Freitas Bastos 7. ed., vol. XV, p. 6-7.*

<sup>35</sup> Em Responsabilidade Civil por Abuso de Direito, Editora Saraiva, pp.397/398.

<sup>36</sup> O projeto foi elaborado por Clóvis Bevilacqua, que o entregou no final do século XIX. O projeto demorou 15 anos para ser aprovado pelo Congresso Nacional.

<sup>37</sup> No artigo 1.216, que dizia: “Art. 1.216. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”.

<sup>38</sup> Tanto que o artigo 1.218 estabelecia: “Art. 1.218. Não se tendo estipulado, nem chegando a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade.”

<sup>39</sup> O Código de 1916 não disciplinou matéria de forma completa. Estipulava no artigo 1.062 a taxa dos juros moratórios. Diante dos abusos praticados, o Governo Federal expediu o Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, conhecido como a Lei da Usura, limitando os juros a taxa de 12%(doze por cento) ao ano e vedando o anatocismo. Em 1964, a Lei nº 4.595 conferiu poderes ao Banco Central do Brasil para o controle das taxas de juros. Essa regra permitiu aos bancos a cobrança pelas taxas de mercado. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela súmula 596(“As disposições do Decreto n. 22.62/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional”) que as disposições relativas às taxas de juros previstas na Lei da Usura não se aplicavam as Instituições Financeiras.

seguindo a tendência do dirigismo contratual. Daí que hoje se fala em autonomia privada e não propriamente em autonomia da vontade.

Outro princípio que também sofreu um temperamento foi o da Obrigatoriedade, que tem por finalidade o reforço do cumprimento da obrigação, que já deu ao contrato “a força de lei entre as partes”. A força vinculativa é absolutamente necessária, mas isso não afasta o exame da legalidade da conclusão do contrato e mais recentemente de seu próprio conteúdo, que não pode em nenhuma hipótese ir contra o mandamento da lei. Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, falando sobre o controle sobre os contratos e a autonomia privada observam<sup>40</sup>: “O Direito, confiando em absoluto no jogo livre das vontades individuais, numa liberdade entendida, tal como a igualdade, em sentido formal, abdicava, de modo voluntário, de intervenções nos clausulados negociais. Este estado de coisas era reforçado por uma reação pendular aos entraves que as regulamentações complexas dos regimes pé-liberais haviam colocado à contratação livre e que se revelava nociva à revolução industrial. Nesse cenário, o juiz limitava-se a conferir a legalidade formal dos contratos e a sua correspondência com a vontade inicial das partes, indiferente por ofício, à justeza material dos arranjos de interesses por eles prosseguidos”.

A obrigatoriedade calcada na ideia de respeito à palavra dada, do livre consentimento, cedeu, por exemplo, nas relações de consumo, a ideia de que o consentimento depende de uma ampla e correta informação prévia e, principalmente, de um contrato simples e inteligível, considerando a presunção absoluta da vulnerabilidade nas relações de consumo, em especial a vulnerabilidade jurídica. Neste sentido, a regra do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor não dá margem a dúvida<sup>41</sup>. Já dissemos anteriormente, que a informação prévia e adequada é um requisito de validade do negócio jurídico entre fornecedores e consumidores e que esse direito se agrega aos já previstos no artigo 104 do Código Civil.

Por outro lado, o próprio conteúdo do contrato pode ser afetado, de um lado pela incidência dos princípios da boa-fé e da função social do contrato e, na relação de consumo, pela possibilidade de modificação e revisão de cláusulas, permitindo tanto na esfera civil como na consumerista a preservação do contrato.

#### **4. A Defesa do Consumidor como Direito fundamental**

A atual Constituição estabeleceu no artigo 5º, inciso XXXII, o direito fundamental à defesa do Consumidor<sup>42</sup>. Sergio Cavalieri, também trabalhando com o Direito e sua evolução aponta<sup>43</sup>: “O Código de Defesa do Consumidor’ (CDC) não surgiu por acaso, tampouco decorreu de um simples projeto como qualquer lei

---

<sup>40</sup> In: Da Boa-fé no Direito Civil, Edições Almedina, 5. reimpressão, Coimbra, 2013, p. 652.

<sup>41</sup> Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

<sup>42</sup> 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: XXXII-o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

<sup>43</sup> Em Programa de Direito do Consumidor, Editora Atlas 3ª. edição,p. 10.

ordinária. Ele é a concretização daquela longa evolução”. Esse reconhecimento da necessidade de garantir a proteção dos consumidores está determinado no artigo quinto da Constituição Federal e consignado no artigo primeiro do Código de Defesa do Consumidor <sup>44</sup>. O Diploma não só decorre da garantia fundamental como de princípio da ordem econômica<sup>45</sup>. Esse direito fundamental tem como consequência imediata, a imperatividade da lei que tem caráter cogente e que se sobrepõe a qualquer disposição contratual. Neste sentido, ensina Nelson Nery Jr<sup>46</sup>: “As normas do CDC são *ex vi legis* de ordem pública, de sorte que o juiz deve apreciar *ex officio* qualquer questão relativa às relações de consumo, já que não incide nesta matéria o princípio dispositivo. Sobre elas não se opera a preclusão e as questões que dela surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição.”

No mesmo sentido são os entendimentos de Sergio Cavalieri<sup>47</sup> e José Geraldo Brito Filomeno <sup>48</sup>. Rizzato Nunes é enfático ao demonstrar a força da imperatividade e seu alcance<sup>49</sup>: “Na medida em que a Lei n° 8.078/90 se instaura também com o princípio da ordem pública e interesse social, suas normas se impõem contra a vontade dos partícipes da relação de consumo, dentro de seus comandos imperativos e nos limites por ela delineados”. E sobre sua conexão com o texto constitucional aponta: “O Código de Defesa do Consumidor compõe um sistema autônomo dentro do quadro constitucional. Dir-se-á um subsistema próprio inserido no sistema constitucional brasileiro. Dessa forma, de um lado as regras do CDC estão logicamente submetidas aos parâmetros.”

O caráter obrigatório da Lei por si só seria uma novidade, mas o CDC foi além, aprimorando o direito à informação e como não vincular ela a figura do erro do Código Civil, presente nos defeitos do negócio jurídico e nos vícios redibitórios. A errada percepção das coisas que não requer participação, conduta da outra parte. Na relação de consumo, em razão da vulnerabilidade, o erro deixa de existir

---

<sup>44</sup> “Art. 1° O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

<sup>45</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>46</sup> *Em Leis Civis Comentadas*, Editora Revista dos Tribunais, 1. ed., p. 181.

<sup>47</sup>: “Normas de ordem pública são normas cogentes, imperativas, pelo que indispensáveis e de observância necessária. As partes não podem alterar o conteúdo do dever nelas estabelecido e o juiz deve aplicá-las *ex officio*, isto é, independentemente de provocação do consumidor.” (*Programa de Direito do Consumidor*, Editora Atlas, 3. ed., p. 13 ).

<sup>48</sup> “O caráter cogente, todavia, fica bem marcado, sobretudo, na Seção II do Capítulo VI, ainda do título I, quando se trata das chamadas cláusulas abusivas, fulminadas de nulidade\*c..art. 51 do Código), ou então já antes, nos arts. 39 a 41, que versam sobre as “práticas abusivas (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Editora Forense, 10ª edição, p.17 ).

<sup>49</sup> *In: Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Editora Saraiva, 6. ed., p. 76.

cedendo lugar à informação, ao dever de informação para o fornecedor. Embora consignado em vinte e duas passagens do CDC e previsto como Direito Básico, fundamental dos Consumidores há a imposição de uma contraprestação aos Fornecedores, uma obrigação positiva para a mais precisa e consciente decisão do consumidor, para sua inequívoca manifestação da vontade. Veja-se mais um avanço do Direito, do erro ao direito de informação que não cogita da igualdade ou da pessoalidade, porque as relações são impessoais e marcadas pela vulnerabilidade que é a antítese da igualdade presumida nos negócios jurídicos em geral. Alexandre David Malfatti afasta a figura do homem médio e aponta critérios para o dever de informar do fornecedor<sup>50</sup>: “Oportuno desmistificar a figura do consumidor como ‘homem médio’, ‘homem comum’ ou ‘bonus pater famílias’. Ao conceber a mensagem, o fornecedor não deve partir do nível de conhecimento, do estilo de vida, ou do grau de cultura de um padrão de pessoa que se convencionou qualificar como homem médio.”

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor<sup>51</sup>, talvez seja o maior exemplo da importância do direito à informação e é mais um avanço do Direito que procura estar próximo à realidade.

E o Código de Defesa do Consumidor, a garantia fundamental do cidadão no Contrato de Consumo, mostra inúmeros avanços do Direito de uma forma geral e demonstra a necessidade e a pertinência dessa defesa ser uma garantia fundamental.

## Conclusão

O Direito não foge da realidade e está sempre evoluindo. O ordenamento jurídico pode estar muitas vezes aquém de seu tempo, mas por questões políticas que muitas vezes encobrem a realidade e frustram o sentimento do que é justo. Se o Brasil passou por muitos momentos de turbulência institucional, essa nuvem pesada afetou a clareza das leis de uma forma geral, mas nunca fez e nunca fará sombra ao Direito, porque ele é vivo e imortal.

Aqueles que querem suprimir a história, divorciá-la do Direito, não têm argumentos. Podem até escondê-la na base da força, mas não há como sepultá-la.

---

<sup>50</sup> Em Direito-Informação no Código de Defesa do Consumidor, Alfabeta Jurídico, p. 260.

<sup>51</sup> “Art. 4º 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;”

## Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Verbatim, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de Direito Civil: contratos**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. v. 3 .

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes e. **Da boa-fé no direito civil**. 5ª Reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2013.

DIMOULIS, Dimitri (Coord). **Dicionário de direito constitucional**. Organizado por André Ramos Tavares et al. São Paulo: Editora Saraiva.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 10. ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2011.

FIUZA, César. **Direito Civil**. 15. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. **Em enciclopédia saraiva de direito**. São Paulo: Editora Saraiva. v. 9.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. **Responsabilidade civil por abuso de direito**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Tratado dos contratos: parte geral**. 2. ed. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

MALFATTI, Alexandre David. **Direito e Informação no Código de Defesa do Consumidor**. Alfabeto Jurídico.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

NERY JR, Nelson; ABBUD, Georges. **Em direito constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. **Leis Civis Comentadas**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial**. Porto Alegre, RS: Sergio Antônio Fabris Editor.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos: declaração unilateral de vontade. Responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2001. v. 3 . 401 p.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7.ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

# PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A TERCEIRIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO AUTORIZADA PELAS RECENTES MUDANÇAS LEGISLATIVAS

JOÃO BATISTA MARTINS CESAR<sup>1</sup> CARLOS EDUARDO MONTI JÚNIOR<sup>2</sup>

“A primeira igualdade é a justiça.”  
Victor Hugo

**SUMÁRIO:** 1. Notas introdutórias. 2. O Princípio da Igualdade. 3. Da proibição do retrocesso social. 4. Terceirização - aspectos teóricos e práticos. 5. As recentes mudanças legislativas. 6. A igualdade e a terceirização. Conclusões. Referências.

## 1. Notas introdutórias

É notório que, ao menos no plano das ideias, há uma profunda relação entre justiça e igualdade. Ao mesmo tempo se complementam e se entrelaçam, de modo tal a não ser possível falar de justiça e deixar de lado a igualdade, sendo o contrário também verdadeiro. “Haver injustiça é como haver morte”, conforme expressão do poeta Alberto Caeiro<sup>3</sup>. Morte de sonhos, de oportunidades, de humanidade. Não há nada tão poderoso para segregar as pessoas e impedi-las de viverem em unidade, quanto a injustiça e a desigualdade.

Nas relações de trabalho, o Princípio da Igualdade tem uma importância fundamental, em especial no tocante à remuneração e condições laborais. Diante disso, analisar-se-á o impacto desse Princípio na interpretação da conjuntura jurídico-trabalhista e na aplicação da Lei n. 13.429/2017, a chamada “Lei da Terceirização”.

Para tanto, o presente artigo terá a seguinte estruturação: (a) observações acerca do Princípio da Igualdade, sua evolução histórica, normatização, impacto nas relações de trabalho e consequências na interpretação do ordenamento jurídico; (b) exame sucinto do fenômeno da terceirização e da Lei 13.429/2017 e (c) sintonia entre os dois tópicos e algumas conclusões acerca do alcance da terceirização “irrestrita” em face do Princípio da Igualdade.

## 2. O Princípio da Igualdade

---

<sup>1</sup> Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região - Campinas (quinto constitucional MPT), Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - Unimep (Área de concentração Direitos fundamentais coletivos e difusos. Linha de Pesquisa: Direito dos atores coletivos globais), Especialista pelo Instituto Europeu de Relações Industriais - Os Direitos Fundamentais inespecíficos do trabalhador na empresa - Sevilha-Espanha, Professor na Faculdade de Direito de Sorocaba - FADI, disciplina: Estágio II - Processo do Trabalho.

<sup>2</sup> Bacharelado em direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba - FADI.

<sup>3</sup> CAEIRO, Alberto. “Poemas Inconjuntos”. In Poemas de Alberto Caeiro. Fernando Pessoa. (Nota explicativa e notas de João Gaspar Simões e Luiz de Montalvor.) Lisboa: Ática, 1946 (10. ed. 1993).p. 79.

*“Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”*<sup>4</sup>. Assim começa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, destacando a liberdade e a igualdade, princípios norteadores das revoluções liberais do século XVIII e do século XIX. A igualdade é oferecer tratamento congênere em situações que apresentam condições e circunstâncias idênticas; também é igualdade o tratamento distinto, desde que as condições e as circunstâncias sejam diferenciadas. Percebe-se que não se trata de um conceito ontológico, mas relativo, por envolver sempre mais de um fator de análise. Nada ou ninguém é igual em si mesmo, mas sempre em relação a outros.

Ruy Barbosa, baseando-se na lição Aristotélica, asseverou que:

A regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvários da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem.<sup>5</sup>

Maria Aparecida Gugel apregoa que:

O direito à igualdade consigna uma aspiração mais ampla, um valor assegurado pelo Estado, para uma sociedade caracterizada no Preâmbulo da Constituição como fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias. Esse direito de ser igual necessita alcançar as desigualdades de fato e, para que isso ocorra efetivamente, exige que se concretizem os devidos acertos.<sup>6</sup>

Analisando-se a evolução histórica do Princípio da Igualdade, vislumbra-se que a Constituição de Virgínia, de 12 de junho de 1776, especificou em seu art. 1º que “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes”.

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu art. 1º, conforme dito alhures, cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direito.

Em 10 de dezembro de 1948, com o fito de realizar grandes transformações sociais, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Relevante destacar a igualdade, com presença marcante e notória nos seguintes artigos:

Art. 7º - Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação;

Art. 22 - Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país;

<sup>4</sup> Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

<sup>5</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 420.

<sup>6</sup> GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta*. Goiânia: Ed. Da UCG, 2006, p. 46.

Art. 23, inciso I - Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego; inciso II - Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

Acerca do princípio da igualdade no histórico constitucional brasileiro, Estêvão Mallet, abreviadamente, aponta:

No Brasil, o princípio da igualdade manifesta-se, de início, no art. 179, §13, da Constituição de 1824: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue...”. Adquire maior amplitude com a Constituição de 1891, conforme art. 72, § 2º: “Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”. Manteve-se o princípio em todas as Constituições subsequentes, com modificações de redação apenas. Na Constituição, de 1988, encontra-se logo no caput, do art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.”<sup>7</sup>

Na Lei Maior de 1988, no artigo 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, há referência expressa ao Princípio da Igualdade com a proibição de diferentes critérios para admissão, exercício de função e salário por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil, critério de admissão e de salário em razão de pessoa com deficiência ou na aplicação das normas gerais entre os trabalhadores.

Nas relações laborais, nota-se um movimento, entre marcha e contramarcha, destinado a suprimir as condições de tratamento que firam, ou tenham potencial para tanto, o Princípio da Igualdade. Assim, tanto o legislador como o julgador, bem como os outros operadores do Direito do Trabalho, devem convergir os seus trabalhos de modo tal a erradicar a discriminação por sexo, cor, idade, religião, doenças, deficiências, bem como qualquer outra forma de distinção injustificada que avilte a dignidade da pessoa humana.

Como meros exemplos da busca pela igualdade no Direito do Trabalho, cita-se a Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual estabelece a presunção de dispensa discriminatória em favor do trabalhador que tenha doença grave e ocorrer a sua dispensa; e o art. 93, da Lei n. 8.213/91, ao impor aos empregadores a obrigação de contratação de certo número de trabalhadores com deficiência.

Percebe-se, assim, a existência de toda uma sistemática de funcionamento do Direito do Trabalho fulcrada do Princípio da Igualdade e, por corolário, com o fito de erradicar toda e qualquer espécie de discriminação nas diversas relações de trabalho, evitando-se, com isso, os conflitos sociais.

À luz dessa “sistemática da igualdade”, todas as normas trabalhistas devem ser filtradas para que tenham plena interpretação. Diante desse pressuposto, tratar-se-á de alguns aspectos da Lei n. 13.429/2017, especialmente no que tange à terceirização “irrestrita” e a possível existência de distinção entre trabalhadores.

### 3. Da proibição do retrocesso social

Os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, têm um caráter indissolúvel, não se concebe a existência de um cidadão que não possa exercê-los

---

<sup>7</sup> MALLET, Estêvão. Igualdade, discriminação e Direito do Trabalho. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103, p. 242-243.

plenamente. Dessa forma, o princípio da proibição do retrocesso social <sup>8</sup>, decorrente da aplicação progressiva dos direitos humanos, ganha relevo, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que visem a anular, revogar ou aniquilar o núcleo dessa proteção social, caso não haja a previsão de medidas alternativas ou compensatórias.

Os direitos fundamentais representam, na história da humanidade, um caminhar à frente, ou seja, uma construção social em permanente evolução e progressiva ampliação, vedando-se o retrocesso social.<sup>9</sup>

O princípio da vedação ou proibição do retrocesso social consiste na proibição da redução dos direitos fundamentais; ao cidadão é garantido o acúmulo do patrimônio jurídico conquistado no curso da história da humanidade. Está em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana — artigo 1º; com o princípio da segurança jurídica — artigo 5º, inciso XXXVI, CF/88, e com o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais — artigo 5º, § 1º, CR/88.<sup>10</sup>

Portanto, são inconstitucionais alterações legislativas que reduzam ou revoguem direitos sociais.<sup>11/12</sup>

O conteúdo positivo do princípio da proibição do retrocesso social deve nortear a atuação do Poder Legislativo no sentido de manter e ampliar os direitos fundamentais, na busca permanente do avanço social. A vertente negativa do referido princípio é a proibição de aprovação de normas desrespeitadoras dos direitos já conquistados.<sup>13</sup>

Pelo princípio da vedação ao retrocesso o Estado não pode invocar norma interna para deixar de cumprir um pacto internacional, devendo assumir uma posição proativa na defesa dos direitos humanos.

O princípio da vedação do retrocesso social também tem esteio nos pactos internacionais, mencionando-se, dentre outros, o PIDESC/1966 — Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais artigos 2º, 11, 16, 18, 21 e 22; o Protocolo Adicional — Pacto de San Salvador — 17.11.1988 — Artigos 1º, 7º (Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho), 8º (direitos sindicais) 17 e 19; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.11.1969, art. 26.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Expressamente agasalhado no *caput* do artigo 7º, e no §§ 2º e 3º, CF88.

<sup>9</sup> Cf. ADI 1.946/DF; ADI 2.065-0/DF; ADI 3.104/DF; ADI 3.105-8/DF; ADI 3.128-7/DF; e o Mandado de Segurança nº 24.875-1/DF.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.449.

<sup>11</sup> Direitos dos trabalhadores, direito à saúde, direito à educação, entre outros.

<sup>12</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 340. Assevera este autor que “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.”

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p.205. Cf. também COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.* p.79.

<sup>14</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o trabalho. In: FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues (Coord.). *op. cit.* p.305; *Idem. op. cit.*, 2011. p.234; *Idem. Não à desconstitucionalização dos direitos sociais*.

Ainda em razão do princípio ora em comento, o Estado não pode invocar a sua legislação interna para deixar de cumprir tratado ou convenção internacional por ele assinada, garantidora de direitos humanos.<sup>15/16</sup>

Os direitos fundamentais dos trabalhadores estão inseridos no âmbito dos direitos humanos. Portanto, gozam dos atributos de irrenunciabilidade, indisponibilidade e inderrogabilidade, infensos à autonomia funcional dos Poderes Públicos, à autonomia privada dos particulares ou à autonomia privada coletiva das entidades sindicais.

#### 4. Terceirização - aspectos teóricos e práticos

Turbilhão. Talvez essa seja a palavra que melhor define a atual conjuntura do Direito do Trabalho no Brasil. Crise econômica, elevada taxa de desemprego, regulamentação da terceirização, crise política, a saga pela aprovação da reforma trabalhista, inúmeros debates: para uns as reformas trabalhistas serão a salvação, para outros a crucificação... Enfim, os últimos meses foram bastante tormentosos.

Dentro desse contexto, examinar-se-á o fenômeno da terceirização e as recentes mudanças legislativas acerca do tema.

Segundo entendimento de Guilherme Guimarães Feliciano, a terceirização:

[...] é descentralização das atividades empresariais. Admite, por conseguinte, diversas manifestações concretas, como o fornecimento de coisas ou bens, por uma parte (como, se dá, e.g., quando a empresa “A” fornece matéria-prima semimanufaturada para as linhas de montagem da empresa “B”), e fornecimento de serviços, por outra (como se dá, e.g., quando a empresa “A” fornece pessoal para se ativar em um segmento da linha de produção da empresa “B” - terceirização de atividade-fim ou para a prestação de um serviço auxiliar, como limpeza,

---

Disponível em: < [http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas\\_trabalhistas\\_preservadas](http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas)>. Acesso em: 15.9.2017: no artigo em questão esta autora expõe que o movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los. Cf. também o artigo 4º da Constituição Federal brasileira de 1988, cujo texto possui o seguinte teor: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos; [...]”. Cf. ainda, § 2º do artigo 5º da mesma norma legal no sentido de que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Cf., por fim, MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.158: para este doutrinador, os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados pelo procedimento previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição, têm, pois, posição hierárquica constitucional, ainda que não integrem o texto constitucional. Compõem o que a doutrina denomina de bloco de constitucionalidade.

<sup>15</sup> TEIXEIRA, João Carlos. *Direitos humanos na negociação coletiva*. Disponível em: <<http://www.prt1.mpt.gov.br>>. Acesso em: 6 fev. 2012. Cf. também MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997a. p.51: na visão deste autor, “as normas internacionais de Direitos Humanos criam uma restrição à soberania no seu sentido tradicional.”

<sup>16</sup> Em tempos de crise econômica, com mais rigor, deve imperar o princípio da vedação do retrocesso social. Os direitos fundamentais não podem ser subjugados pelo poder econômico.

alimentação, transporte ou vigilância patrimonial - terceirização de atividade-meio).<sup>17</sup>

Expondo o espectro econômico da terceirização, Helder Santos Amorim assim preconiza:

Com vistas a descentralizar grande parte dos riscos de produção, as empresas buscaram, inicialmente, identificar a sua vocação principal no processo produtivo (a atividade considerada estratégica, que determina a natureza do empreendimento empresarial) e passaram a transferir as demais etapas do processo (agora consideradas periféricas) para empresas especializadas, prestadoras de bens e serviços.

A nova empresa do mercado globalizado altamente competitivo precisaria da flexibilidade operacional necessária para adaptar-se, em cada momento, às exigências de um consumo cada vez mais diversificado e exigente, num ambiente de acirrada concorrência internacional.

A terceirização surgiu, assim, justificada pela ideia de ‘focalização’ da atividade empresarial, teoricamente explicada como a busca estratégica por resultados mais qualificados tanto pela empresa subcontratada, que passaria a desenvolver as atividades terceirizadas com maior especialização e agilidade, em busca da racionalização, economia e flexibilização no uso dos recursos produtivos.

O mote central da terceirização seria, portanto, a criação de parcerias interempresariais capazes de instaurar verdadeiras redes de empresas reciprocamente cooperativas, altamente qualificadas e produtivas.<sup>18</sup>

Terceirização deve ser entendida, portanto, como a transferência de determinadas atividades da empresa tomadora, para empresas especializadas (prestadoras), as quais poderão desempenhá-las com maior eficácia e eficiência e, em uma economia de escala, haveria maior produtividade, diminuindo-se o preço final do produto, sem redução do salário ou dos direitos sociais dos trabalhadores. Todos ganhariam: empresa, trabalhadores e sociedade.

A terceirização, portanto, deveria ser um fenômeno econômico, um meio de organização das forças produtivas e, a depender da forma como é implantada nas relações de trabalho, assumiria um caráter benéfico ou deixará rastros de declínio dos direitos trabalhistas.

Expondo a dinâmica do fenômeno em análise e a sua alocação no desenvolvimento econômico, Feliciano aduz que:

Na verdade, a desconcentração - fenômeno socioeconômico mais geral de que a terceirização é uma manifestação concreta — configura uma tendência inexorável da pós-modernidade, inerente às mudanças culturais, políticas e econômicas que assomaram aos nossos olhos nos últimos trinta anos.<sup>19</sup>

Para explicar a desconcentração, o autor supracitado <sup>20</sup>, baseando-se nas lições de Alvim Toler, expõe que na sociedade pós-industrial:

---

<sup>17</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. Direito do Trabalho, Terceirização e Contratos de Fornecimento Industrial — Notas sobre a Responsabilidade Jurídica de Clientes e Fornecedores. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15a Região, n. 30, 2007. p. 45-46.

<sup>18</sup> AMORIM, Helder Santos. A terceirização no serviço público à luz da nova hermenêutica constitucional - São Paulo : LTr, 2009 p.34.

<sup>19</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. Direito do Trabalho, Terceirização e Contratos de Fornecimento Industrial - Notas sobre a Responsabilidade Jurídica de Clientes e Fornecedores. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15a Região, n. 30, 2007. p. 46.

<sup>20</sup> Idem. p. 48.

O termo «descentralização» tornou-se a palavra de ordem da administração; grandes sociedades se apressam a fracionar a própria organização em «centros de rendimento». Um caso típico foi a reorganização da ESMARK Inc., uma sociedade de grandes dimensões que atua nos setores de alimentos produtos químicos, petrolífero e de seguros. [...] O que é importante não é tanto a ESMARK em si que provavelmente se reestruturou mais de uma vez desde então quanto a tendência que ela representa. Centenas, talvez milhares, de empresas estão continuamente se reorganizando, se descentralizando, às vezes indo muito longe para depois retroceder, mas reduzindo pouco a pouco a centralização do controle de suas atividades. [...] No nível ainda mais profundo, as grandes organizações estão modificando os modelos de autoridade que caracterizaram o centralismo. A empresa típica da segunda onda era organizada em torno do princípio «um homem, um chefe». [...] A realidade é que um número cada vez maior de pessoas tem mais que um único chefe.<sup>21</sup>

Diante desse cenário organizacional econômico, nota-se que a terceirização poderá desempenhar um importante papel para o desenvolvimento da economia globalizada, contudo, os direitos fundamentais dos trabalhadores devem ser preservados.

Feliciano <sup>22</sup>, utilizando-se dos ensinamentos de Thomas Friedman, aponta que:

As melhores companhias terceirizam para vencer e não para encolher-se. Terceirizam para inovar com maior rapidez e a custos mais baixos a fim de crescer, ganhar fatias de mercado e contratar mais funcionários de diferentes especialidades, e não para economizar despedindo empregados. [...] Não há dúvida de que existem firmas dispostas a terceirizar simplesmente para economizar dinheiro e disseminá-lo entre acionistas e diretoria, e que realmente o fazem. Pensar que isso não acontece ou não acontecerá seria mais do que ingênuo. Mas as empresas que usam a terceirização principalmente como instrumento de redução de custos e não para buscar inovação e acelerar o crescimento são a minoria, e eu não compraria ações de nenhuma delas. As melhores companhias estão procurando meios de combinar o melhor que existe na Índia com o melhor que há em Dakota do Norte e o melhor que há em Los Angeles.<sup>23</sup>

Contudo, há uma profunda incongruência entre a teoria explanada acima e a realidade brasileira quando se fala em terceirização. Surge, então, a chamada “terceirização à brasileira” ou a “brasileirização do contrato de trabalho”<sup>24</sup>, no sentido de terceirização esculhambada, precarizante, fora do padrão, distante da concepção original de contratação de serviços especializados oriundos de fontes externas (outsourcing), em contratos regulares de fornecimento (sous-traitance).<sup>25</sup>

Infelizmente, é deveras comum a existência de empresas prestadoras de serviço apenas de papel, que vive apenas no contrato; se este é desfeito, a

---

<sup>21</sup> TOFFLER, Alvin. *The third wave*, Londres, Pan Books, 1981, pp. 267-270.

<sup>22</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito do Trabalho, Terceirização e Contratos de Fornecimento Industrial - Notas sobre a Responsabilidade Jurídica de Clientes e Fornecedores*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15a Região, n. 30, 2007. p. 49.

<sup>23</sup> FRIEDMAN, Thomas L. *O Mundo é Plano: Uma Breve História do Século XXI*, trad. Cristiana Serra, S. Duarte, Rio de Janeiro, Objetiva, 2005, pp. 333 - 336.

<sup>24</sup> Em muitos países da Europa a terceirização precarizante é chamada de “brasileirização do contrato de trabalho”, em razão da disseminação da terceirização no Brasil.

<sup>25</sup> Cf. Homero Batista Mateus da Silva: <<https://www.facebook.com/notes/professor-homero-batista-mateus-da-silva/terceiriza%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-brasileira/1941833826039919/>>. Acesso em: 13 set. 2017.

empresa desaparece, porque não tem lastro para aguentar um único mês sem a fatura do tomador de serviços, não tem conhecimento técnico do serviço ofertado, não tem bens, não tem capital social; existe pelo contrato, no contrato e com o contrato.

As consequências dessa realidade são verdadeiramente nefastas. Empregados dispensados sem o recebimento das verbas trabalhistas mais elementares, muitas vezes com vários meses de salários atrasados. Proliferação de reclamações trabalhistas, sobrecarga do judiciário trabalhista, dificuldade na execução dos créditos e mais uma infinidade de problemas sociais e econômicos.

A fraude começa, por vezes, na escolha do local de instalação da “empresa” prestadora de serviços. Preferem-se cidades com uma carga tributária mais favorável, com reduzidas alíquotas do imposto sobre serviços e demais encargos municipais; e de preferência com o piso normativo da categoria defasado, sendo este o método adotado para a redução salarial — a prestadora instala-se na cidade ‘A’, pois sabe que o piso salarial é baixo; passa a prestar serviços nas cidades ‘B’, ‘C’, ‘D’, e assim por diante, as quais possuem um piso mais elevado; porém, o salário pago aos trabalhadores é, por óbvio, o piso inferior da cidade escolhida para a instalação da prestadora.

Assim, condensando a terceirização “à brasileira” constata-se que ela ocorre quando a única intenção das empresas é a redução direta dos custos, salários e benefícios aos trabalhadores. Da exposição acerca do fenômeno da terceirização na dinâmica empresarial posta alhures, restou claro que a finalidade principal da adoção dessa prática produtiva é a especialização de serviços. É evidente que com ganhos em uma economia de escala acaba por gerar a diminuição dos custos, mas por outros motivos que não o sacrifício dos direitos de milhares de trabalhadores.

Assim, no Brasil, com o passar do tempo, perdeu-se o discurso da terceirização como fenômeno econômico com ganhos para todos, passou-se a defender e a implementar a terceirização precarizante, sem preocupação com ganhos no processo produtivo, apenas com a redução dos seus custos, à custa do rebaixamento dos salários e dos direitos dos trabalhadores terceirizados, ou seja, com o rebaixamento do patamar mínimo civilizatório previsto na CR88.

Como se verá adiante, é o que se pretende fazer com a aprovação da Lei 13.467, de 13.7.2017.

## **5. As recentes mudanças legislativas**

A Lei 13.429, de 31 de março de 2017, com início de vigência na data de sua publicação, ocorrida no Diário Oficial da União de 31.03.2017, alterou dispositivos da Lei 6.019/1974, que rege o trabalho temporário, e ocupa-se das relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

O art. 4º-A da Lei 6.019/1974, acrescentado pela Lei 13.429/2017, passou a dispor que empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à tomadora “serviços determinados e específicos”.

A expressão “serviços determinados e específicos” indica que a terceirização deve ser admitida tão somente para serviços delineados anteriormente e apontados de modo bem específico.

Dessa forma, a prestadora de serviço não pode prestar serviços genéricos, não se admitindo a terceirização, pela empresa contratante (tomadora), de atividades indeterminadas.

A alusão a “serviços determinados e específicos” representa uma grande restrição ao que pode ser terceirizado. Mesmo assim, deve-se reconhecer que a terceirização prevista na Lei 13.429/2017, desde que não seja genérica, pode ocorrer nas atividades essenciais da contratante, inclusive aquelas componentes de seu objetivo social.

Contudo, o legislador<sup>26/27/28</sup> logo percebeu a restrição contida na referida lei e, em tempo recorde, por meio da Lei n. 13.467, de 13.7.2017, deu nova redação ao artigo 4-A da Lei n. 6.019/74, *verbis*:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

---

<sup>26</sup> Lamenta-se a forma não democrática para a aprovação dessa lei, na qual o Congresso Nacional recusou-se em realizar o debate democrático com a sociedade brasileira. Juízes e Procuradores do trabalho e outros importantes segmentos da sociedade brasileira não foram chamados para dar suas colaborações, o que demonstra que estamos num período de disfunção da nossa incipiente democracia. Obviamente, ninguém é contra a evolução da legislação brasileira, mas não foi isso o que a sociedade brasileira presenciou, conforme se vê nos seguintes sites:

<http://jota.uol.com.br/os-5-mitos-da-justica-trabalho>;

<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/artigos/1128-a-contabilidade-judicial-daquilo-que-o-dinheiro-nao-compra>; <http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2016/09/reforma-tem-que-partir-de-um-verdadeiro-pacto-social-diz-advogado.html>; <http://jota.uol.com.br/reforma-de-temer-opoe-magistrados-na-justica-trabalhista>; <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/pauta-trabalhista-no-stf-o-futuro-do-direito-do-trabalho-em-risco>; <https://jota.info/artigos/reforma-trabalhista-retrocesso-em-20-pontos-26042017>.

<sup>27</sup> O Presidente da OAB, Dr. Cláudio Lamachia, afirmou: “Aprovar uma reforma trabalhista controversa, de modo açodado, significa assumir o risco de esfacelar completamente a solidez das instituições e os direitos conquistados pela cidadania, a duras penas, nas últimas décadas”. Cf. <http://www.oabes.org.br/noticias/oab-aponta-inconstitucionalidades-no-texto-da-reforma-trabalhista-558310.html>. Acesso em 14 set. 2017.

<sup>28</sup> O Senador Ricardo Ferraço (PSDB-ES), relator da reforma no Senado, apontou erros no texto do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados; contudo, para que o projeto não voltasse à outra Casa de Leis, sugeriu que o Presidente da República fizesse a correção do PL por meio de uma Medida Provisória. Percebe-se, portanto, que o Congresso Nacional não exerceu a função legislativa, ignorando a tripartição de Poderes prevista no artigo 2º, CF88, bem como a definição defendida por Montesquieu. Estes são os erros apontados pelo Senador: 1 - Gestante e lactante em ambiente insalubre; 2 - Serviço extraordinário da mulher; 3 - Acordo individual para a jornada 12 por 36; 4 - Trabalho intermitente; 5 - Representantes dos empregados nas empresas; 6 - Negociação do intervalo intrajornada.

Assim, de acordo com a nova lei, que está no período de *vacatio legis* até o dia 11.11.2017, poderá haver a transferência de quaisquer atividades, inclusive na atividade principal. Contudo, no § 1º, há uma importante restrição que deve ser observada nos casos de terceirização, ou seja, a empresa prestadora de serviços deverá efetuar a contratação dos trabalhadores, remunerar e dirigir o trabalho realizado.

Dessa forma, havendo ingerência da tomadora na contratação dos trabalhadores ou na execução dos serviços, ficará descaracterizada a terceirização e o vínculo poderá ser reconhecido diretamente com aquela, pois se estará diante de uma fraude trabalhista, incidindo a disposição contida no artigo 9º, CLT (Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação).

É difícil imaginar uma empresa tomadora de serviços abrindo mão da ingerência na contratação dos trabalhadores e na direção dos serviços, vez que atividades inatas à empresarial.

Não se pode perder de vista que a atividade empresarial deve ser desenvolvida de modo organizado, ou seja, o empresário deve gerenciar os fatores da produção — capital, mão de obra, insumos e tecnologia. Ausente qualquer um desses elementos, não se estará diante de atividade organizada, e não estará presente a figura do empresário.

Nesse sentido, a norma disposta no art. 966 do Código Civil: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Ressalte-se, a organização econômica dos fatores de produção deve ser desenvolvida por pessoa natural ou jurídica para produção ou circulação de bens ou serviços por meio de um estabelecimento empresarial que vise o lucro. Inexistindo qualquer dos fatores da produção, não se estará diante da figura do empresário, com todas as consequências jurídicas daí decorrentes.

Por seu turno, o § 2º, do artigo 4-A, traz à memória a Lei n. 8.949, de 9.12.1994, que incluiu o parágrafo único ao artigo 442, CLT, para prever que: “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”

Contudo, os requisitos da relação de emprego estão previstos no artigo 3º, CLT, e, sempre que houver prestação de serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário, haverá vínculo de emprego. Aliás, essa forma de contratação direta está albergada pelo inciso I, artigo 7º, CF88.

Os Tribunais trabalhistas sofreram uma avalanche de reclamações trabalhistas pelas fraudes praticadas com os falsos cooperados, afinal, como não poderia deixar de ser, foi consolidada a jurisprudência no sentido de que a cooperativa não pode ser utilizada como mera intermediadora de mão de obra.

A nova lei que autorizou a terceirização deverá ser objeto de interpretação sistemática e, sempre que houver subordinação jurídica direta dos empregadores

terceirizados com a tomadora, deverá ser reconhecido o vínculo empregatício diretamente com esta.

Esclareça-se que o artigo 5-A, da Lei n. 6.019/74, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017, prevê que: “Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.”

Tomador (a), portanto, será a pessoa física ou jurídica que celebrar contrato com a empresa prestadora. Levando-se em conta que a terceirização é uma exceção à regra geral da contratação direta, expressamente consagrada no inciso I, artigo 7º, CF88, as pessoas formais (condomínios, espólios, consórcios) não poderão utilizar mão de obra terceirizada.

A partir da vigência da nova lei, o que realmente deverá ser analisado pelos empresários é a viabilidade técnica e econômica da transferência de uma atividade do processo produtivo, e se não haverá precarização de direitos dos trabalhadores terceirizados, especialmente quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, notadamente quanto à remuneração e aos benefícios da categoria da tomadora. Os obreiros não poderão sofrer discriminação remuneratória de qualquer espécie. Configurada a ingerência da empresa tomadora na contratação de trabalhadores ou o exercício do poder diretivo sobre os empregados terceirizados, ficará configurada a fraude na contratação (artigo 9º, CLT), com o reconhecimento do vínculo diretamente com a mesma.

## **6. A igualdade e a terceirização**

A terceirização não poderá gerar distinção entre os trabalhadores, seja na questão do salário, nas condições e benefícios, no acesso à justiça e em nenhum outro aspecto. Desse modo, ela deve ser utilizada com estrita observância ao Princípio da Igualdade/equidade.

É fato que, lamentavelmente, a terceirização, no Brasil, vem sendo praticada com o viés precarizante, com o tratamento desigual entre os trabalhadores contratados diretamente e os terceirizados.

Contudo, a Lei n. 13.467/2017 deverá sofrer exegese na qual os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos em nossa Lei Maior nos artigos 1º e 5º, na visão Kantiana, não percam sua força normativa, impedindo, assim, que a terceirização venha a gerar situações de discriminação, inclusive salarial, o tratamento desigual entre os trabalhadores sempre deverá ser combatido, pois é causa de sérios conflitos, conforme mencionado no início deste artigo.

Sobre a necessidade da interpretação sistêmica, o jurista Carlos Maximiliano, em notável obra clássica acerca da Hermenêutica, estabelece que:

Em toda ciência, o resultado do exame de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado, contrastado pelo estudo de outros, pelo menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se até à verdade geral.

Possui todo corpo órgãos diversos; porém a autonomia das funções não importa em separação; operam-se, coordenados, os movimentos, e é difícil, por isso mesmo,

compreender bem um elemento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível. O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes.

Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos.

Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.<sup>29</sup>

Desses valiosos ensinamentos tem-se que a interpretação das mudanças legislativas na terceirização, e também de todos os outros aspectos, deve estar entrelaçada à lei da solidariedade referida por Maximiliano, no sentido de não se ignorar e desprezar o arcabouço de normas e princípios já existentes.

A Lei 13.467/2017 contém graves anomalias, mas, como qualquer lei, deverá ser objeto da interpretação sistemática, sopesando a CF88, as convenções internacionais (art. 5º, § 2º), os princípios, os valores, construídos ao longo da história do Direito do Trabalho (doutrina e jurisprudência).

O princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III; art. 4º, II; art. 5º; art. 60, § 4º, CF88) — devem ser os vetores interpretativos de todas as leis.

Deve ser lembrado que, depois de aprovada a lei, cessa a vontade e a função do legislador, não existindo a interpretação autêntica. A lei da reforma será o que o sistema da Justiça do Trabalho interpretar (magistrados, procuradores, advogados, sindicalistas).

Por outro lado, não obstante ao que fora dito até o momento, não se pode esquecer que ao contrato de trabalho também se aplicam os artigos 421 e 422 do Código Civil, os quais apregoam:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

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

Assim, as partes da relação de trabalho devem observar o comando da função social do contrato e os princípios da probidade e boa-fé, tanto nos atos prévios à contratação, como durante e até mesmo após o término do contrato.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da OJ n. 383 da SBDI-1 do C.TST, fixou a orientação de que:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONO-MIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974 (mantida)

-  
Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

---

<sup>29</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 16ª Edição, 1996. p. 128.

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Desta forma, fixou-se a tese de que, pelo princípio da isonomia, os empregados terceirizados têm direito às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços.

Mas, e se o tomador de serviços não possuir empregados próprios, todos são terceirizados? Ainda assim deverá observar as previsões legais e normativas (acordos e convenções coletivas) da sua categoria econômica em confronto com a categoria profissional, ou seja, não foram revogadas ou alteradas as disposições contidas no artigo 511 e 577, CLT, *verbis*:

Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

§ 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.

§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

§ 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.

§ 4º Os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.

Art. 577 - O Quadro de Atividades e Profissões em vigor fixará o plano básico do enquadramento sindical. (grifo nosso)

Dessa forma, a solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constituirá o vínculo social básico para definir a categoria econômica. E a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum definirá a categoria profissional dos trabalhadores.

A reforma não alterou as disposições dos artigos 511 e 577, CLT. Assim, permanecem os mesmos critérios para definir as categorias profissionais e econômicas.

Mesmo que o sistema da Justiça do Trabalho venha a interpretar que é possível a terceirização ampla e irrestrita, ainda assim, não que poderá haver o rebaixamento dos salários e dos direitos dos trabalhadores. Não está autorizada a fraude, pelo contrário, continua expressamente vedada pelo artigo 9º, CLT. Utilizando-se da interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico trabalhista (Constituição, Convenções internacionais, CLT e leis esparsas) chega-se à conclusão que o tomador deverá respeitar os direitos da categoria profissional a que está vinculado em razão da categoria econômica a que pertence.

Dessa forma, ainda que se admita a contratação de trabalhador terceirizado para realizar atividades bancárias, de difícil legalidade diante do que dispõe o artigo 1º da Lei Complementar n. 105, 10.1.2001, que determina o sigilo dos dados bancários, deverão ser observados os direitos da respectiva categoria profissional em contraposição à categoria econômica (bancos), ou seja, deverá receber o piso e os benefícios da categoria dos bancários, inclusive as normas que regulam a jornada de trabalho, já que é a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum que define a categoria profissional dos trabalhadores.

O mesmo acontecerá com todas as outras atividades: deverá haver a necessária similitude e aplicação dos benefícios definidos pela atividade da tomadora.

Uma escola não poderá terceirizar professores e pagar o piso da categoria dos prestadores de serviços, pois o trabalhador, ainda que contratado por uma prestadora, continuará sendo um professor e deverá receber o salário e benefícios previstos para essa categoria.

Essa é a forma de integrar a reforma trabalhista a todos o arcabouço de leis e convenções internacionais que protegem a prestação do trabalho subordinado e a dignidade da pessoa humana, inclusive para colocar em prática o discurso de nossos nobres Deputados e Senadores, pois durante todo o debate legislativo foram uníssonos em afirmar que os trabalhadores não teriam qualquer tipo de prejuízo.

Ressalte-se que a tese acima defendida não é nova, pois é a mesma isonomia preconizada pela OJ-SDI-1 383 do C. TST, que reflete a vedação constitucional à diferença de salários dentro de uma mesma empresa (artigo 7º, XXX, CF88), e reforça a regra do artigo 461 da CLT de que o salário deve ser igual quando prestado no mesmo ambiente produtivo, sem distinções e, avança, aplicando analogicamente o artigo 12, “a”, da Lei 6.019/74 (trabalho temporário), no sentido de que a remuneração do trabalhador terceirizado deve ser a mesma percebida pela categoria dos empregados da empresa tomadora.

Visa-se a valorização do trabalhador, aplicando a legislação e as normas coletivas a partir da rotina de trabalho, de forma que a realidade do esforço de produção de riqueza não seja esmaecida por conceitos que deturpem o valor do trabalho em favor do resultado empresarial.

Nesse mesmo sentido, é a jurisprudência do C. TST, que aplica o princípio da isonomia nas hipóteses de terceirização ilícita; é o que se extrai das seguintes ementas:

TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ILICITUDE. ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO. ISONOMIA. A terceirização de atividade-fim é prática vedada pelos princípios que protegem o trabalho humano, salvo nas hipóteses excepcionais e transitórias, como no trabalho temporário. Por isso, não deve ser cancelada pela Justiça do Trabalho por diversas razões, entre as quais a perda econômica para o trabalhador — por receber salários inferiores àqueles que possuem vínculo permanente —; a exacerbação dos malefícios à saúde — pela falta de instrumentalização adequada das medidas de proteção à saúde e mesmo pela fiscalização inadequada ao cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho; pela maior instabilidade no emprego e ausência de maior estímulo à produtividade dos trabalhadores terceirizados; e pela falta de organização da

categoria profissional. Embora os casos de terceirização ilícita não gerem vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastam, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas parcelas trabalhistas legais e normativas àqueles contratados pelo tomador de serviços, por aplicação analógica do artigo 12, 'a', da Lei nº 6.019/74. Nesse sentido é o entendimento desta Corte Superior, firmado na Orientação Jurisprudencial nº 383 da SBDI-1. Decisão regional em harmonia com o referido verbete. Incidência da Súmula nº 333 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR - 2883- 78.2010.5.06.0000 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, DJ: 16.10.2013, 7ª Turma, DP: 18.10.2013).

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO. DIFERENÇAS SALARIAIS E NORMA COLETIVA APLICÁVEL. Uma vez consignada a identidade entre as atividades exercidas pela reclamante e as atividades bancárias, merece reforma a decisão recorrida, haja vista que, face ao princípio da isonomia, os empregados terceirizados têm direito às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, 'a', da Lei nº 6.019, de 03/01/1974-. Esta é a inteligência da OJ nº 383 da SBDI-1 desta Corte. Precedentes.” (RR - 318300-44.2006.5.09.0003 DJ: 14.12.2011, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10.2.2012.)

Frise-se que essa jurisprudência está em perfeita sintonia com a Declaração dos Direitos do Homem, que no artigo 23, afirma que: “Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a **condições equitativas e satisfatórias de trabalho** e à proteção contra o desemprego; inciso II - **Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual**”. (grifo nosso)

Sendo assim, fixam-se algumas premissas básicas, elementares, para a terceirização de serviços, a saber: (a) deve ocorrer no viés econômico, não do precarizante; (b) exigência de determinado capital social e sede própria para o funcionamento das empresas prestadoras de serviços; (c) necessidade da adoção de pisos normativos e demais benefícios da categoria profissional em contraposição à categoria econômica do tomador; (d) a empresa tomadora não poderá interferir no processo de seleção dos trabalhadores terceirizados e também não poderá exercer o poder diretivo sobre eles, caso em que será responsabilizada diretamente pelas verbas trabalhistas, inclusive com a anotação do vínculo.

Salienta-se, ainda, que foi preservado o precioso art. 12 da Lei 6019/1974, que obriga pagar salários iguais para trabalho igual, seja a pessoa temporária ou efetiva; esse preceito legal pode ser a solução para suavizar os efeitos perniciosos na vida do trabalhador que tem de se submeter à terceirização “à brasileira”.

Afinal, como foi assentado quando da fundação da Organização Internacional do Trabalho: “O trabalho não é mercadoria.”

## Conclusões

Mostra-se resistente e intransigente a marcha das grandes empresas pela vereda da descentralização, notadamente a terceirização. Tanto maior deve ser a luta pela salvaguarda dos direitos dos trabalhadores, pela preservação da igualdade nas relações laborais e do patamar mínimo civilizatório. O fenômeno econômico da terceirização deve atender ao seu verdadeiro escopo: especialidade de serviços, com ganhos de produtividade na economia de escala, sem a precarização dos direitos sociais.

Deve-se travar um combate permanente às práticas fraudulentas que tenham como o único fito reduzir salários e benefícios dos trabalhadores.

Os trabalhadores terceirizados deverão receber os mesmos salários e benefícios da categoria profissional em contraposição à categoria econômica do tomador, não foram revogadas ou alteradas as disposições contidas no artigo 511 e 577, CLT

Ainda é a solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, que constitui o vínculo social básico definidor da categoria econômica. E é a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum que define a categoria profissional dos trabalhadores.

Mesmo que o sistema da Justiça do Trabalho venha a interpretar que é possível a terceirização ampla e irrestrita, ainda assim, não que poderá haver o rebaixamento dos salários e dos direitos dos trabalhadores. Não está autorizada a fraude, pelo contrário, continua expressamente vedada pelo artigo 9º da CLT.

Utilizando-se a interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico trabalhista (Constituição, Convenções internacionais, CLT, leis esparsas, princípios e valores), conclui-se que o tomador deverá respeitar os direitos da categoria profissional a que está vinculado em razão da categoria econômica a que pertence.

A Lei 13.467/2017 sofre de atecnia legislativa, inconstitucionalidades formais e materiais; ainda assim, como qualquer lei, deverá ser objeto da interpretação sistemática, tendo em primeiro plano a CF88, em seguida, as convenções internacionais, as demais leis, os princípios e valores construídos ao longo da história do Direito do Trabalho.

O princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da máxima efetividade dos direitos fundamentais devem ser os vetores interpretativos de todas as leis.

Após a aprovação da lei, cessa a vontade e a função do legislador, não havendo que se falar em interpretação autêntica. A lei da reforma será o que o sistema da Justiça do Trabalho interpretar, trabalhadores, empresários, sindicalistas, advogados, procuradores e magistrados terão um papel fundamental para encontrar a justa composição entre os conflitos do capital x trabalho.

Essa é a forma de integrar a reforma trabalhista a todo o arcabouço de leis e convenções internacionais que protegem a prestação do trabalho subordinado e a dignidade da pessoa humana, resguardando um patamar mínimo civilizatório nas relações de trabalho, até mesmo para dar concretude aos discursos de nossos nobres Deputados e Senadores durante todo o debate do processo legislativo, pois foram uníssonos ao afirmar que os trabalhadores não sofreriam qualquer tipo de prejuízo.

O trabalho continua não sendo uma mercadoria, conforme previsto pela Organização Internacional do Trabalho. Deve prevalecer a regra da contratação direta fixada no artigo 7º, inciso I, a terceirização deverá ser a exceção.

## Referências

AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público: Uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

CAEIRO, Alberto. "Poemas Inconjuntos". In: **Poemas de Alberto Caeiro**. Fernando Pessoa. (Nota explicativa e notas de João Gaspar Simões e Luiz de Montalvo). Lisboa: Ática, 1946 (10. ed., 1993).

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Direito do trabalho, terceirização e contratos de fornecimento industrial - notas sobre a responsabilidade jurídica de clientes e fornecedores. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15a Região**, n. 30, 2007.

FRIEDMAN, Thomas L. **O Mundo é Plano: uma breve história do século XXI**. Tradução Cristiana Serra, S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta**. Goiânia: Ed. Da UCG, 2006.

MALLET, Estêvão. Igualdade, discriminação e direito do trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 103.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Terceirização à brasileira**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/notes/professor-homero-batista-mateus-da-silva/terceiriza%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-brasileira/1941833826039919/>>. Acesso em: 6 fev. 2012.

TEIXEIRA, João Carlos. **Direitos humanos na negociação coletiva**. Disponível em: <<http://www.prt1.mpt.gov.br>>. Acesso em: 6 fev. 2012. TOFFLER, Alvim. *The third wave*. Londres: Pan Books, 1981.

# A DISPENSA COLETIVA NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO DIANTE DA LEI nº 13.467/2017: ENTRE O RETROCESSO SOCIAL E A RESISTÊNCIA

GILBERTO CARLOS MAISTRO JUNIOR<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Conceito de dispensa coletiva e de dispensa plúrima de empregados. 2. O direito potestativo de dispensa no Direito do Trabalho brasileiro. 3. A dispensa coletiva no Direito do Trabalho brasileiro: breve síntese do posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, anteriores à Reforma Trabalhista. 4. A dispensa coletiva de empregados à luz da Lei 13467/2017: mudanças de paradigmas pós-Reforma Trabalhista? Considerações finais. Referências.

## Introdução

No bojo de qualquer sociedade estruturada sobre o modelo de produção capitalista, salta aos olhos a centralidade do trabalho.

A verdade carregada nesta assertiva é tamanha que o constituinte originário, no intuito de mitigar a exploração humana típica das relações intersubjetivas desiguais, nas quais uma das partes detém o *poder* inerente à sua condição de *proprietário* dos meios de produção e a outra, ao lado de muitas e muitas pessoas<sup>2</sup>, conta apenas com a sua força de trabalho e convive com a *necessidade* de laborar e extrair disso sua única esperança para fim do sustento próprio e, por vezes, familiar, a partir do primado do respeito à dignidade humana (Constituição Federal

- CF, artigo 1º, III), fixou um rol de direitos sociais (CF, artigo 6º), na busca de atender os interesses individuais e coletivos que apontam para a garantia de um piso mínimo existencial para todas as pessoas.

Nesse rol, encontra-se o direito ao trabalho, e, na sequência, um conjunto de regras que refletem a concretização do movimento estatal de intervenção

---

<sup>1</sup> Advogado. Mestre em Direito (UNIMES/SP). Doutorando em Direito (FADISP/SP). Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI). Coordenador-Pedagógico dos Cursos de Especialização em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho (1ª e 2ª Turmas) e de Direito Processual Civil (1ª Turma) da Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI). Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Membro do CEAPRO — Centro de Estudos Avançados de Processo. Diretor de Ensino da ABPT— Associação Brasileira de Processualistas do Trabalho.

RESUMO: A boa fé exige prévia negociação coletiva para fim de dispensa em massa de empregados. A lei 13467/17, no art. 1º, introduz na CLT o art 477-A que, aparentemente, dispensa a necessidade da referida providência. Todavia, se assim interpretado pode ser considerado inconstitucional. A alternativa é a promoção de interpretação conforme a Constituição, com a manutenção da negociação coletiva prévia para fim de validade da dispensa coletiva.

ABSTRACT: The good will demands previous collective negotiation to fire collectively employees. The law 13467/17, on its first article, creates in the CLT the article 477-A that seems to dismiss the necessity of this providence. However, this interpretation is unconstitutional. The alternative is to do interpretation as the constitution says, keeping the previous collective negotiation in order to validate the collective fire.

<sup>2</sup> A gerar uma espécie de competição pelas vagas que inexiste (ou se verifica com intensidade extremamente reduzida) do outro lado da relação jurídica trabalhista.

básica nas relações trabalhistas, com a fixação de um conjunto mínimo de direitos aos trabalhadores, quer no plano individual (artigo 7º), quer no plano coletivo (artigos 8º a 11), muitos dos quais irrenunciáveis, no afã de buscar o *equilíbrio* na referida relação contratual, na qual a empresa, ser coletivo por essência, não pode livremente *negociar* com o empregado, individualmente considerado. Protege-se o empregado, portanto, com a fixação de direitos mínimos e com o direito à negociação *coletiva* que propicie resultados tendentes à majoração da sua qualidade de vida, tendo por representante outro ser coletivo por essência: o sindicato. Consolidou-se, assim, movimento cuja expressão legal máxima, até então, a par de disposições constitucionais anteriores, era a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (Decreto-Lei 5452, de 1º de maio de 1943).

Por essa via, colocado o trabalho na base da ordem econômica e social (CF, artigos 170 e 193), com vistas à garantia de uma vida digna, ao bem-estar e à justiça social, bem como à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, artigo 3º, I), o constituinte projetou a sociedade almejada, do que não se pode afastar o resultado da atuação dos Poderes estatais, inclusive o legislativo.

Percebe-se, pois, que o *emprego* passa a ser o elemento crucial para o sucesso desta organização político-social traçada na Carta de 1988, tanto que a busca por sua plenitude foi alçada à condição de princípio da ordem econômica (CF, artigo 170, VIII).

Ocorre que, recentemente, sob a afirmação de que se buscava *preservar empregos*, o legislador infraconstitucional, em apoio à iniciativa do Poder Executivo e com celeridade incomum no que toca à tramitação, trouxe à lume, dos arquivos, Projeto de Reforma Trabalhista que, bastante *incrementado*, foi aprovado e resultou na Lei 13467, de 13 de julho de 2017.

Todavia, a leitura da referida Lei causa espanto e demonstra a absoluta incompatibilidade (até lógica) com relação ao fim anunciado e, conseqüentemente, ao princípio constitucional da busca do pleno emprego.

Chega-se facilmente a tal conclusão pela análise de diversos dispositivos propostos e da própria lei, em seu conjunto. Porém, é possível destacar um dispositivo, introduzido ao texto da CLT pela referida Lei da Reforma Trabalhista, que demonstra o viés absolutamente contrário das inovações, havidas em prestígio dos interesses patronais e claramente atentatórias aos mais básicos direitos dos empregados, em especial à manutenção do próprio emprego.

Trata-se do artigo 477-A, que passa a permitir a dispensa coletiva e a dispensa plúrima, equiparando-as à singela — e já contrária ao espírito do artigo 7º, I, da Constituição e da Convenção 158 da OIT — dispensa individual imotivada.

Sobre a referida alteração e a sua constitucionalidade, propõe-se um exame singelo e propedêutico, com algumas provocações tendentes à colaboração com o relevante debate que há de se estabelecer.

Propõe-se, outrossim, analisar se houve retrocesso social efetivo e se há espaço para resistência técnica, sempre na busca da melhor interpretação possível ao dispositivo em estudo, pautada pelos ditames de nossa ordem constitucional.



## 1. Conceito de dispensa coletiva e de dispensa plúrima de empregados

Para fim de precisar o objeto deste estudo, indispensável se faz iniciar pela fixação de um conceito, um norte para que se possa compreender acerca do que se propõe tratar neste singelo trabalho.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a dispensa coletiva de empregados remete ao desligamento simultâneo de quantidade significativa de trabalhadores com os quais a empresa mantinha vínculo contratual empregatício — o que atrai a ideia de que a quantidade de trabalhadores dispensados atrela-se ao número total de empregados da empresa naquele determinado estabelecimento para fim de compor o quadro fático sobre o qual deve recair a análise visando a conclusão acerca de se tratar, ou não, de extinção coletiva por iniciativa patronal, de modo a variar de caso a caso, em sentido diverso do que se encontra na legislação de outros países, como a alemã<sup>3</sup>.

Vólia Bomfim Cassar acresce a esta noção o objetivo patronal de redução do quadro de empregados — com clara intenção de redução da *folha de pagamento*, some-se, via de regra sob a justificativa de dificuldades financeiras atravessadas pela empresa e a busca de alternativas para a manutenção da atividade —, ao assim conceituar:

Dispensa coletiva, em massa ou *lay-off* é a que decorre de um único ato do patrão para afastamento simultâneo de uma gama de empregados pelo mesmo motivo: redução do quadro de empregados. Normalmente é praticada por dificuldade financeira que atravessa a empresa.<sup>4</sup>

Carlos Alberto Reis de Paula, por sua vez, acresce outros fatores que podem justificar a dispensa coletiva ao conceituá-la da seguinte forma: *“Podemos dizer que a dispensa coletiva importa o desligamento simultâneo de número significativo de empregados, movida a empresa por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos”*<sup>5</sup>. (grifo nosso)

<sup>3</sup> Afirma Carlos Alberto Reis de Paula: *“Algumas legislações, como a alemã, estabelecem número certo para que se considere uma dispensa como coletiva. Outras preferem ficar na natureza jurídica do instituto, em vez de se apoiarem em critério estritamente numérico”* (Dispensa coletiva e negociação. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Síntese, v.77, nº2, abr/jun.2011. p.211). Orlando Gomes também trata do tema, ao analisar as similitudes e diferenças entre a dispensa coletiva e a dispensa plúrima: *“Os pontos de semelhança entre dispensa plúrima e coletiva desautorizam a aceitação do critério quantitativo para a caracterização da última, pois a primeira também supõe uma pluralidade de dispensados. Algumas leis qualificam como coletiva, entretanto, a dispensa, em certo período, de empregados em número superior aos que indica em função da quantidade de trabalhadores da empresa. Pode, no entanto, ser plúrima a dispensa que atinge proporção superior à estabelecida para que se considere coletiva. Nem deve perder essa conotação a despedida de empregados em pequeno número ou em número inferior às percentagens estabelecidas, se reveste os outros caracteres da dispensa coletiva”* (Dispensa coletiva na reestruturação da empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. Bahia, jul.1973).

Disponível em: <http://blogdopancotti.blogspot.com.br/2012/08/dispensa-coletiva-na-reestruturacao-da.html>>. Acesso em: 24. set. 2017).

<sup>4</sup> *Comentários à Reforma Trabalhista*: Lei 13467, de 13 de julho de 2017. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 59.

<sup>5</sup> Dispensa coletiva e negociação. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Síntese, v.77, nº2, abr/jun.2011. p.210.

Vólia Cassar acrescenta que a dispensa coletiva tem por objetivo “a manutenção da saúde econômica da empresa, sua sobrevivência e, por isso, pode reduzir apenas provisoriamente o quadro de empregados, que será restabelecido aos poucos, à medida que a empresa se recuperar” (grifo nosso), o que não reflete posição unânime. Orlando Gomes, nos idos da década de 1970, ao analisar a dispensa coletiva como forma de reestruturação da empresa e investigar os aspectos jurídicos do que chamou de *desemprego tecnológico*, destacou como traço característico desta modalidade “a redução definitiva do quadro do pessoal”<sup>6</sup>. E concluiu:

A finalidade do empregador ao cometer a dispensa coletiva não é abrir vagas ou diminuir, por certo tempo, o número dos empregados. Seu designio é, ao contrário, reduzir definitivamente o quadro do pessoal. Os empregados dispensados não são substituídos, ou porque se tornaram desnecessários ou porque não tem a empresa condição de conservá-los. A exigência da reunião desses elementos de caracterização da dispensa coletiva facilita sua distinção da dispensa ou despedida plúrima.<sup>7</sup>

A mencionada dispensa plúrima, segundo Orlando Gomes, se dá “quando numa empresa se verifica uma série de despedidas singulares ou individuais, ao mesmo tempo, por motivo relativo à conduta de cada empregado dispensado”<sup>8</sup>. Embora apresente conceito convergente com a lição do festejado jurista baiano no que tange ao grande número de trabalhadores que há de ser alcançado para que a dispensa possa ser considerada plúrima, Vólia Bomfim Cassar posiciona-se de modo distinto quanto ao momento destes desligamentos para que se considere verificada a modalidade sob análise. Afirma Cassar que a dispensa plúrima é caracterizada por ocorrer em uma época, “por diversos motivos, peculiares a cada caso”, sendo certo que a dita motivação “é diversa e a despedida pode não ocorrer num único ato ou dia, e sim em dias diferentes dentro de um período”. Conclui: *Se o fluxo destas dispensas estiver dentro do padrão de normalidade da empresa, não será considerada dispensa coletiva, mas sim plúrima*<sup>9</sup>. (grifo nosso)

Como se vê, na dispensa coletiva, os trabalhadores são dispensados sem considerar a conduta individual, necessariamente. Busca-se a redução do quadro de empregados. Já na dispensa plúrima, há a motivação, calcada em algum aspecto da conduta de cada empregado alcançado pela dispensa, o que faz destas pessoas determinadas que constituem, com salientado por Orlando Gomes, “um conjunto concreto de empregados”. Não há, aqui, em regra, o objetivo da redução do quadro, sendo possível até que se veja a substituição dos referidos empregados por outros, mantendo-se quantitativamente o quadro (número) de trabalhadores

---

<sup>6</sup> *Dispensa coletiva na reestruturação da empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico*. Bahia, jul.1973. Disponível em: <<http://blogdopancotti.blogspot.com.br/2012/08/dispensa-coletiva-na-reestruturacao-da.html>>. Acesso em: 24 set.2017.

<sup>7</sup> *Id.Ibid.*, mesma página.

<sup>8</sup> *Dispensa coletiva na reestruturação da empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico*. Bahia, jul.1973. Disponível em: <<http://blogdopancotti.blogspot.com.br/2012/08/dispensa-coletiva-na-reestruturacao-da.html>>. Acesso em: 24 set.2017.

<sup>9</sup> *Comentários à Reforma Trabalhista*: Lei 13467, de 13 de julho de 2017. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 59. Homero Batista Mateus da Silva, por sua vez, afirma que as dispensas plúrimas são aquelas “feitas em pequenos blocos” (*Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.91).

subordinados à empresa, diante da necessidade da continuidade da prestação de serviços para fazer frente ao exigido pela atividade empresarial específica<sup>10</sup>.

Delimitadas as noções, passa-se ao exame do direito potestativo de dispensa e as suas peculiaridades quando diante da intenção patronal de dispensa coletiva.

## 2. O direito potestativo de dispensa no direito do trabalho brasileiro

O Direito do Trabalho brasileiro admite a dispensa coletiva de empregados?

A questão pode aparentar pouca complexidade se o intérprete cometer o equívoco de reduzir a noção de *Direito* ao campo *normativo* (limitar o estudo do Direito à seara da norma). E pior: se reduzida a própria noção de norma à realidade encontrada na *lei*, com desprezo, assim, aos *princípios*.

Afirma-se isso, pois, é fato, não se encontra no texto da CLT, mesmo com todas as alterações verificadas em sua septuagenária história, qualquer dispositivo que expressamente *permita* ou *proíba* o exercício simultâneo do direito potestativo<sup>11</sup> de dispensa com relação a mais de um empregado ou que o limite a determinada quantidade ou proporção. Não há regras expressas e diretas; não há critérios fixados rigidamente nas regras que regem as relações trabalhistas acerca desta questão<sup>12</sup>.

De outro lado, há, segundo posição bastante majoritária, previsão legal suficiente à conclusão de que ao empregador é dado, pelo sistema em vigor, o direito potestativo de dispensar imotivadamente os seus empregados<sup>13</sup>. Aliás, o sistema legal vai além e disciplina as consequências jurídicas da dita dispensa.

---

<sup>10</sup> GOMES, Orlando. *Dispensa coletiva na reestruturação da empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico*. Bahia, jul. 1973. Disponível em: <<http://blogdopancotti.blogspot.com.br/2012/08/dispensa-coletiva-na-reestruturacao-da.html>>. Acesso em: 24. set. 2017.

<sup>11</sup> Para Pietro Perlingieri (*Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 123), “o chamado direito potestativo, dito também direito discricionário ou poder formativo, representa uma situação subjetiva, cujo exercício determina uma vicissitude de uma relação jurídica: o titular do chamado poder formativo pode unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, apesar de isso implicar uma interferência na esfera jurídica de outro sujeito, impossibilitado de evitar, em termos jurídicos, o exercício do poder”.

<sup>12</sup> “Uma ressalva que é passível de se perpetrar, em relação à rescisão contratual, é que individualmente a normatização cobre o trabalhador com o seu manto protetivo, todavia, coletivamente não existe concretização alguma sobre a matéria discutida, ou seja, o assunto apresenta lacunas, por não se ter leis designadas para tal resolução coletiva” (VIALÔGO, Tales Manoel Lima; NEGREIROS, Guilherme Enei Vidal de. A demissão coletiva no direito brasileiro. *In: Revista JurisFIB*. v.III, ano III. Bauru: dez. 2012. p.286).

<sup>13</sup> É o que sustenta, dentre outros, Enoque Ribeiro dos Santos, ao afirmar: “A dispensa individual é instituto do Direito Individual do Trabalho, e é a que tem mais incidência em nosso país. O Brasil, no tópico, adota a teoria do employment *at will*, que vigora também nos Estados Unidos da América. Por esta doutrina não existe qualquer óbice à dispensa do trabalhador, mesmo sem motivação. Prevalece algo semelhante à ‘denúncia vazia’ que vige nos contratos de locação, pois não existe qualquer necessidade de fundamentação ou motivação na dispensa individual, bastando o pagamento dos consectários legais, entre eles a multa de 40% dos depósitos do FGTS” (A dispensa coletiva na Lei 13467/2017 da Reforma Trabalhista. Disponível em: <<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/482031778/a-dispensa-coletiva-na-lei-n-13467-2017-da-reforma-trabalhista>>. Acesso em 25. set. 2017).

Neste diapasão, já no texto constitucional se encontra fundamento para o afirmado. Verifica-se isso, v.g., no teor do artigo 7º, I, da Constituição Federal, que traz, como *primeiro* dos arrolados direitos fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais, garantidores do piso mínimo de direitos trabalhistas admitidos no Brasil, o seguinte: “*Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*”.

Desta maneira, se inegável se mostra que a Carta Política garante aos empregados urbanos e rurais a proteção do seu emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, não menos verdade é que a referida proteção, *prometida nos termos de lei complementar que, decorridos quase trinta anos, ainda não foi editada*, materializa-se na via indenizatória. Em outras palavras: o emprego não é protegido, diretamente; o empregado não tem a proteção do sistema voltada ao seu mais precioso valor — o emprego — mas, apenas, o direito a ser indenizado, para fins compensatórios.

Ao aludir ao direito do empregado ao recebimento de *indenização*, o Texto Maior de 1988 aclara que a conduta lesiva em questão (o ato causador do *dano* a ser reparado, qual seja, a perda do emprego e suas óbvias consequências lesivas à manutenção da condição digna de vida da maioria dos empregados), na prática, não é proibida, mas, ao contrário, tolerada, mediante *compensação pecuniária*. Em suma: o direito fundamental do trabalhador ao emprego foi entregue à *conveniência* patronal, pautada em conhecido *jogo de números*, desconsiderada por completo a condição humana do empregado de modo a submetê-lo, mais uma vez, a um processo de coisificação (mero fator de produção ou da empresa, da mesma forma que se tem com relação à matéria prima). Isso, por si, já reclamaria análise mais criteriosa acerca da constitucionalidade da solução meramente indenizatória frente à proteção ao emprego, por se tratar de *regra* constitucional que não atende, plenamente, ao *princípio* da busca do pleno emprego (CF, artigo 170, VIII) e, mais ainda, do respeito à dignidade humana (CF, artigo 1º, III).<sup>14</sup>

Some-se, aqui, que a aludida indenização *compensatória*, atualmente, enquanto pendente a tal lei complementar *mencionada* no artigo 7º, I, da Constituição Federal, resume-se aos conhecidos 40% sobre os valores a que faz jus o empregado a título de FGTS (tenham sido corretamente creditados ou não). É o que traz o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), no artigo 10, I, e, depois, a Lei 8036/1990, artigo 18, §1º.

Assim, a dispensa sem justa causa - e até a dispensa tida como *arbitrária*, por absolutamente desprovida de motivação técnica, econômica, financeira ou disciplinar <sup>15</sup>, são admitidas pelo ordenamento legal, fazendo do empregado dispensado, todavia, credor da referida indenização. Daí, a clara existência de um direito patronal potestativo de dispensa do empregado: salvo a verificação de

<sup>14</sup> Embora vozes se levantem em contrário, na defesa dos direitos do empregador inclusive à dispensa coletiva, decorrente da livre iniciativa também garantida e protegida com ares principiológicos. Nesse sentido, vale a leitura do texto de Júlio Bernardo do Carmo (*O Estado pode obstar a dispensa coletiva?*), disponível em: [http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/96\\_estado\\_dispensa\\_coletiva.pdf](http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/96_estado_dispensa_coletiva.pdf). Acesso em: 19 ago.2017.

<sup>15</sup> Vide CLT, artigo 165.

impedimento legal no caso específico — como, v.g., a existência de garantia de emprego, tratadas como situações excepcionais no sistema legal trabalhista brasileiro, e, via de regra, provisórias —, é legítimo o ato de dispensa do empregado, pelo empregador, mesmo se absolutamente desprovido de qualquer motivação<sup>16</sup>.

A questão, aliás, já foi analisada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema, na análise da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 631053-DF, datada de 05.06.2012, pontuou o Ministro Gilmar Mendes:

A demissão sem justa causa, consoante verifica-se a partir da leitura do art. 7º, I, da CF/88, é garantida ao empregador, devendo ser objeto de regulamentação em lei complementar, a qual deverá prever indenização a ser paga ao empregado, além de outros direitos, com a complementação do art. 10, do ADCT.

É evidente que a previsão constitucional de indenização ao empregado, entre outros direitos que deverão constar de lei complementar, por um lado esclarece a possibilidade, como direito de um dos contratantes, no caso o empregador, de demitir seus empregados, ainda que sem justa causa, e, por outro, impõe-lhe o ônus de, ao fazê-lo, pagar as verbas rescisórias decorrentes do exercício desse direito.

Contudo, estranho, no mínimo, esse quadro acima traçado. Ora, como pode o sistema legal trabalhista, ao mesmo tempo, fixar, *no plano constitucional*, que o empregado tem o direito à proteção do seu emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa e, ato contínuo, esclarecer que tal proteção dar-se-á pela via indenizatória?

O claro contrassenso que se encontra aqui, faz com que diversas vozes se levantem contra a conclusão de que, no nosso sistema, haja efetivo direito patronal potestativo de dispensa, afinal, se há proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa (CF, artigo 7º, I), esta não pode ser admitida, devendo o empregador se abster de praticá-la. Nesse sentido, o entendimento de Edilton Meireles, que, contudo, à vista da Constituição da República, ressalta não conduzir, tal ordem de dispensa, à invalidade do ato, mas, apenas, ao seu efeito indenizante<sup>17</sup>, o que, a rigor, embora contrarie a conclusão de Meireles, reforça a *possibilidade* do empregador, por ato unilateral e desmotivado, colocar fim à relação contratual de emprego, a novamente aproximar a noção de direito potestativo, mesmo que verificada a atração da obrigação de indenizar, acima apontada.

Parece-nos que a proteção efetiva somente poderia ser alcançada pela proibição da dispensa imotivada ou arbitrária, o que seria alcançado com a ratificação da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho — OIT<sup>18</sup>,

<sup>16</sup> Neste sentido, encontra-se na jurisprudência, à guisa de exemplo: “DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR. Na ausência de qualquer impedimento legal, é legítimo o ato do empregador de dispensa imotivada da empregada, porque isso constitui seu direito potestativo” (Recurso Ordinário, TRT-RJ, 3ª Turma, rel.Rildo Albuquerque Mousinho de Brito, Processo nº 0032300-89.2008.5.01.0322, d.j.01.06.2011) - Disponível em: <<http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/280694/00323008920085010322%2310-06-2011.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22. set. 2017.

<sup>17</sup> Natureza jurídica e limites da dispensa arbitrária ou sem justa causa. Disponível em: <[http://ediltonmeireles.com/?p=41#\\_ftn2](http://ediltonmeireles.com/?p=41#_ftn2)>. Acesso em: 23. set. 2017.

<sup>18</sup> “A Organização Internacional do Trabalho, através da convenção 158 promulgada em 1982 com o objetivo de coibir a dispensa imotivada, definiu um rol de procedimentos em várias e sucessivas etapas, a começar de um programa de dispensas, com o intuito de preservar os empregos de

que traz, em seu artigo 4º: “Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço” (grifo nosso). E, adiante, no artigo 7º, a mesma Convenção fixa:

Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade<sup>19</sup>.

Lamentável que o Senado Federal brasileiro tenha aprovado a referida Convenção pelo Decreto Legislativo 68/1992, com a subsequente promulgação pelo Governo, por meio do Decreto 1855, de 10 de abril de 1996 para, em 20 de dezembro do mesmo ano, denunciá-la, por força do Decreto 2100<sup>20</sup>. Com isso, embora ratificada, frente à denúncia havida menos de um ano depois, a norma em questão nunca surtiu eficácia no Brasil<sup>21</sup>.

---

trabalhadores em determinada situação - como os mais antigos, por exemplo - seguindo-se a verificação da possibilidade de alternativas, como a suspensão coletiva do contrato de trabalho por um determinado prazo, as negociações com a representação dos trabalhadores, a participação de órgãos governamentais de colocação ou reciclagem profissional, um aviso prévio prolongado e outras, que podem diversificar-se em cada situação concreta” (VIALÔGO, Tales Manoel Lima; NEGREIROS, Guilherme Enei Vidal de. A demissão coletiva no direito brasileiro. In: *Revista JurisFIB*. v.III, ano III. Bauru: dez.2012. p.286).

<sup>19</sup> Disponível em: <[http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_158.html#158](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_158.html#158)>. Acesso em: 20 set.2017.

<sup>20</sup> Sobre a Convenção 158 da OIT, interessante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal chegou a se debruçar sobre o seu texto na ADI-MC 1480-3-DF (Medida Liminar), sob a relatoria do Ministro Celso de Melo. O acórdão traz a seguinte ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART.7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART.10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART.7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART.10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO

CONFORME À CONSTITUIÇÃO”. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 23 set.2017.

<sup>21</sup> Nesse sentido, observa-se a posição externada pelo Ministro Alberto Bresciani, do TST, na recente decisão proferida no exame do AIRR-1430-79.2014.5.17.0007, interposto por Sonia Maria de Oliveira e tendo por agravado Chocolates Garoto S.A (ação originária do TRT da 17ª Região - ES) cujo acórdão foi publicado em 18.08.2017, com a seguinte ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nº 13.015/2014 E 13.105/2015 - DESCABIMENTO. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA ARBITRÁRIA. CONVENÇÃO 158/OIT. IMPOSSIBILIDADE. Ainda que se

De todo modo, a questão ainda se encontra aberta. Ocorre que tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1635, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag), na qual é questionado o Decreto 2100/1996, acima referido.

Na referida ADI, já votaram os Ministros Maurício Correa (relator) e Carlos Ayres Britto, que julgaram procedente em parte o pedido para reconhecer que a denúncia da Convenção 158 da OIT condiciona-se à confirmação pelo Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia. Já o Ministro Joaquim Barboza votou pela total procedência da pretensão da autora, logo, pela inconstitucionalidade do Decreto 2100/1996, decisão esta que também marcou o voto da Ministra Rosa Weber. Antes, o Ministro Nelson Jobim já havia votado pela improcedência do pedido, decisão esta também verificada no voto de Teori Zavascki. Interessante destacar, contudo, que o Ministro Zavascki, à ocasião, entendeu que o ato de denúncia isoladamente praticado pelo Presidente da República é inconstitucional, porém, para fim de modulação, entendeu por bem julgar pela improcedência, consoante esclareceu, após afirmar que *“a denúncia de tratados internacionais, pelo Presidente da República, depende de autorização do Congresso Nacional”*:

Todavia proponho que se outorgue eficácia apenas prospectiva a esse entendimento a fim de que sejam preservados dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não só o decreto aqui atacado como os demais atos de denúncia isoladamente praticados pelo presidente da República até a data da publicação da ata do julgamento da presente ação, o que conduz, no caso concreto, a um juízo de improcedência<sup>22</sup>.

De todo modo, enquanto se aguarda a decisão da referida ADI, ainda se encontra, remansoso, o entendimento no sentido de que há o direito potestativo de

---

*pudesse acreditar na eficácia da Convenção nº 158 da OIT, esta foi denunciada pelo Governo Brasileiro, via Decreto nº 2.100, de 20.12.1996. Ocorre que a norma jamais surtiu eficácia, no ordenamento pátrio. No Diário Oficial da União de 11.4.1996, publicou-se o Decreto nº 1.855, de 10.4.1996, que determinava a execução da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho - OIT 'tão inteiramente como nela se contém'. O ato administrativo não selava a controvérsia em torno da eficácia da aludida convenção. A Constituição Federal, de maneira indiscutível (arts. 7º, I, e 10, I, do ADCT), estabelece a via pela qual há de se estabelecer a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, assim como os mecanismos de reparação respectivos. A Lei Complementar, ao contrário do que, de forma simplista, possa ser pretendido, não se equipara às demais emanações legislativas. A Lei não contém palavras inúteis e assim não se pode pretender em relação à Constituição Federal. Porque a Lei não traz termos inúteis e porque não se pode ignorar diretriz traçada pela Constituição Federal, resta óbvio que a inobservância da forma exigível conduzirá à ineficácia qualquer preceito pertinente à matéria reservada. Se a proteção contra o despedimento arbitrário ou sem justa causa é matéria limitada à Lei Complementar, somente a Lei Complementar gerará obrigações legítimas. Como rudimentar exigência de soberania, não se pode admitir que norma inscrita em tratado internacional prevaleça sobre a Constituição Federal. Agravo de instrumento conhecido e desprovido”. O andamento do processo e o acórdão em questão, em seu inteiro teor, podem ser acessados em: <[http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&consjt=&numeroTst=1430&digitoTst=79&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0007&submit](http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&consjt=&numeroTst=1430&digitoTst=79&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0007&submit=Consultar)>. Acesso em: 22. set. 2017.*

<sup>22</sup> Para verificação do conteúdo dos autos da referida ADI e possível acompanhamento do seu andamento:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletrunico.jsf?seqobjetoincidente=1675413>>. Acesso em: 25. 09. 2017.

dispensa do empregador, admitido pelas regras que regem as relações de trabalho no Brasil.

A relevância do desfecho da dita ação alcança, também, o tema em estudo, ou seja, as dispensas coletivas e a sua admissão no sistema brasileiro. Tal se dá por força do que traz o artigo 13 da mesma Convenção 158 da OIT, que estabelece critérios para tanto, *verbis*:

1. Quando o empregador prever (sic) términos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos;
  - a) Proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos términos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos menos e o período durante o qual seriam efetuados esses términos;
  - b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as conseqüências (sic) adversas de todos os términos para os trabalhadores interessados, o mais breve que possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotados para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os términos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.
2. A aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá ser limitada, mediante os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção, àqueles casos em que o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.
3. Para efeitos do presente artigo, a expressão "representantes dos trabalhadores interessados" aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou a prática nacionais, em conformidade com a Convenção sobre os Representantes dos Trabalhadores, em 1971.

Portanto, conforme salienta Carlos Alberto Reis de Paula:

O art. 13 da Convenção nº 158 preconiza que, havendo dispensas coletivas por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, o empregador deverá informar oportunamente à representação dos trabalhadores, manter negociações com essa representação e notificar a autoridade competente, cientificando-a da sua pretensão, dos motivos da dispensa, do número de trabalhadores atingidos e do período durante o qual as dispensas ocorrerão<sup>23</sup>.

Sendo assim, considerado esse contexto e a inexistência de regras específicas sobre a dispensa coletiva, com a qual se conviveu em nossa terra até a Lei 13467/2017 (a Lei da "Reforma Trabalhista"), como solucionar a questão apresentada no início destas reflexões? Afinal, há possibilidade de dispensa imotivada coletiva de empregados no Brasil?

Além do acima exposto, pode-se cogitar o exercício do direito (fundamental) de propriedade do empregador com relação ao próprio empreendimento empresarial bem como a liberdade para a prática do ato de dispensa coletiva frente à inexistência de vedação expressa legal e o disposto no artigo 5º, II, da

---

<sup>23</sup> Dispensa coletiva e negociação. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Síntese, v.77, nº2, abr/jun.2011. p.217.

CF <sup>24</sup> . Mas será que tais fundamentos sustentam, suficientemente, a pretensão patronal de dispensa coletiva?

### 3. A dispensa coletiva no direito do trabalho brasileiro: breve síntese do posicionamento majoritário da doutrina e jurisprudência, anteriores à reforma trabalhista

O posicionamento majoritário encontrado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no Brasil, tem sido no sentido de não se admitir a validade de dispensa coletiva que não tenha sido precedida de efetiva negociação coletiva.

Em obra anterior, comentando a decisão havida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região no emblemático *caso Embraer* (Dissídio Coletivo 309/2009-000-15-00), havida sob a relatoria do Des. José Antonio Pancotti, constatou-se que:

Sob o fundamento de atravessar período de grande dificuldade econômica em razão da crise financeira internacional que marcava o cenário mundial de então, a Embraer dispensou cerca de 20% de sua força de trabalho (mais de 4 mil empregados), sem qualquer negociação coletiva prévia: quando restou divulgada a dispensa em massa, essa já estava em processo de realização. A empresa não tentou, junto ao sindicato da categoria profissional, qualquer medida na via negocial, no intuito de evitar as ditas dispensas (por exemplo, redução provisória de salários ou de jornada tendo por contrapartida a manutenção dos postos).

Em que pese em um primeiro momento não se encontre qualquer impeditivo expressamente positivado no que tange à prática da dispensa de grande parte dos trabalhadores (dispensa coletiva), fato é que a ausência de qualquer tentativa de negociar e, principalmente, a ausência de qualquer informação prévia aos empregados e ao sindicato acerca de tal possibilidade afrontam ao princípio da continuidade, e, antes, à dignidade humana dos trabalhadores que, em uma economia capitalista como a brasileira, dependem do seu emprego para fim de obtenção de rendimentos que garantam o efetivo acesso aos direitos básicos integrantes do piso vital mínimo [...]<sup>25</sup>.

Nota-se, de plano, os impactos deletérios que a dispensa coletiva pode causar na vida dos empregados alcançados e em toda a sociedade na qual inseridos. Ademais, percebe-se facilmente que o referido comportamento patronal, se não vedado expressamente, é sumariamente afastado diante da função social do contrato (Código Civil, artigo 421)<sup>26</sup> e da boa-fé objetiva (mesmo Código, artigo 422).

---

<sup>24</sup> “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: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; [...]”.

<sup>25</sup> MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. *O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva*. São Paulo: LTr, 2012. p.237.

<sup>26</sup> Carlos Alberto Reis de Paula afirma: “A função social do contrato não elimina a autonomia privada, mas a restringe. Não estamos mais no regime puro do *pacta sunt servanda* (sic), haurida do liberalismo dos séculos XVIII e XIX, porquanto a conservação do contrato, a sua manutenção, bem como a continuidade de execução subordinam-se às regras da equidade e do equilíbrio contratual, em que os princípios reitores são a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Em síntese, não se pode reduzir o contrato às pretensões individuais dos contratantes. Há de ser um verdadeiro instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade. Como bem lembra Nelson Nery Júnior (Contrato no Código Civil — apontamentos gerais. In: O novo Código Civil —

O contrato de trabalho tem finalidade inegavelmente social, indo além da busca de lucro havida legitimamente pelo empregador. Não se discute, ademais, a liberdade do empregador de organizar o seu negócio como bem lhe aprouver, o que decorre diretamente do princípio constitucional da livre iniciativa (CF, artigo 1º, IV e 170, *caput*). Todavia, a referida liberdade de empreender é limitada pelos mesmos dispositivos constitucionais que a elevam ao estado principiológico, já que acompanhada do valor social do trabalho, com o qual há de ser harmonizada.

Com isso, a liberdade do empreendedor não é ilimitada e não pode se sobrepor à finalidade *social* do trabalho. Considerado que o trabalho sustenta a ordem social brasileira, no sentido de, por ele, alcançar-se o necessário ao estado de bem-estar e justiça sociais (CF, artigo 193), resta claro que a livre iniciativa do empresário e o desenvolvimento de qualquer atividade empresarial deve tender a tal fim, a justificar, como desdobramento também da função social da propriedade (CF, artigo 170, III), função da mesma ordem no tocante à empresa.

Se é verdade que a contratação de pessoas naturais para fim de labor subordinado é necessária para o desenvolvimento das ditas atividades empresariais, esse trabalho há de conduzir a uma vida digna (CF, artigo 170, *caput*) e à melhoria das condições sociais dos obreiros (CF, artigo 7º, *caput*), sendo certo que qualquer realidade que se divorcie do aqui pontuado foge, também, dos preceitos constitucionais. Desta feita, o contrato de trabalho também há de ser marcado por características, caso a caso, que demonstrem a concretização de sua função social (Código Civil, artigo 421).

Considerada a centralidade do trabalho na economia capitalista e na ordem econômica e social brasileira, conforme ditado no Texto Maior de 1988, é evidente que somente como última e inarredável solução poderia ser admitida a dispensa plúrima ou a coletiva. Ademais, pelo princípio da boa-fé e os deveres laterais que o acompanham, em especial os de lealdade e transparência, dos quais se desdobra o direito das partes contratantes à plena informação, é evidente que aos trabalhadores deve ser dado o direito de participar e conhecer a situação da empresa, inclusive e principalmente no que tange à extensão dos efeitos de eventual crise que a alcance, para que participem ativamente da busca de soluções adequadas, no intuito da manutenção das relações contratuais de emprego (também em prestígio ao princípio da continuidade) ou da menor agressão a este quadro almejado (o que também representa respeito e atenção ao ditado no artigo 7º, XI, parte final, da CF).

---

homenagem ao Professor Miguel Reale. Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins Filho (Coords.). 2. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 447): 'O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF, 3º,

I) e da justiça social (CF, 170, *caput*), da livre iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III), não se ferirem valores ambientais (CDC, 51, XIV), etc.' Com essa visão de contrato, oriunda do Código Civil de 2002, é que temos de apreciar os contratos de trabalho cuja extinção ocorre na dispensa coletiva. Ou será que os princípios do contrato, estabelecidos no Código Civil, não se aplicam ao Direito do Trabalho? A uma única conclusão chegamos, pelas premissas assentadas ao longo dessa reflexão: a negociação é indispensável em dispensa coletiva" (Dispensa coletiva e negociação. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Síntese, v.77, nº2, abr/jun.2011. p.216).

Como individualmente seria impensável tal participação, bem como considerada a comunhão dos interesses em jogo, resta clara a necessidade de representação coletiva neste processo, o que também e principalmente se exige caso o empregador conclua pela impossibilidade de manutenção dos empregos. Deste modo, atrai-se a indispensabilidade da negociação coletiva prévia a qualquer dispensa simultânea ou na mesma época de considerável número de empregados. Não por outra razão, assim já se afirmou:

Portanto, a dispensa coletiva exigiria a prévia informação acerca das condições da empresa empregadora e a tentativa de solução na via negocial, prestigiando o interesse coletivo, em favor do que há de se interpretar a lei no Brasil (neste sentido, aliás, a lei de introdução às normas do direito brasileiro, art.5º). Assim, deve ser impossível o alcance da solução necessária por outra via, após esgotada a tentativa negocial para tanto, bem como ser socialmente justa e necessária a referida dispensa, como única forma de manter a existência da empresa, o que não ocorreu no caso em exame [analisava-se o caso *Embraer*]. E, ainda assim, necessária se faria a negociação coletiva para definir critérios de preferência para a dispensa [...], tentando minimizar os impactos sociais do ato/fato<sup>27</sup>.

Conclui-se: *“A falta de informação que marcou o caso evidenciou a quebra da boa-fé objetiva por parte da Embraer, vez que manteve nos trabalhadores a justa expectativa da continuidade dos pactos laborais e da manutenção dos postos de serviço, injustamente frustrada”*<sup>28</sup>. (grifo nosso)

Não se negue que a conduta da empresa, no caso referido, também se caracterizou antissindical, pois negou-se à prévia negociação coletiva e partiu diretamente para as dispensas. Considerada a desnecessidade de tal medida (sem prévio esgotamento negocial das possibilidades menos gravosas), além de afrontoso à boa-fé, o ato patronal foi claramente abusivo, a torná-lo, por um ou por outro motivo, ilícito (Código Civil, artigo 187). A consequência não poderia ser outra: afastamento do ato com a recomposição da ordem.

Por isso, assim decidiu o TRT da 15ª Região, conforme sintetizado em obra anterior:

Analisando a questão em sede de dissídio coletivo, o TRT da 15ª região, no mérito, declarou a abusividade da dispensa coletiva, entendeu inexistir garantia de emprego ou estabilidade que justificasse a reintegração (ressalvados os casos previstos em lei e em normas coletivas) e concedeu a cada empregado dispensado uma compensação financeira de dois valores correspondentes a um mês de aviso prévio, até o limite de 7 mil reais. Além disso, declarou a eficácia da medida liminar concedida em todos os seus efeitos e a manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores dispensados e seus familiares por 12 meses a contar de 13.3.2009, concedendo direito de preferência aos empregados dispensados no caso de reativação dos postos de trabalho pela empresa.

Observe-se, outrossim, o afirmado pelo relator deste Processo, Des. José Antonio Pancotti, analisando o caso *Embraer* em estudo sobre a dispensa coletiva:

Por ausência de disposição de negociação coletiva prévia, para praticar a dispensa em massa, o ato patronal se afigura abusivo, por afronta aos princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva norteadores do direito privado, acolhidos pelo

<sup>27</sup> MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. *O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva*. São Paulo: LTr, 2012. p. 238.

<sup>28</sup> MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. *O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva*. São Paulo: LTr, 2012. p. 238.

Código Civil de 2002, a partir dos valores contemplados nos princípios constitucionais retro mencionados.

No caso, a EMBRAER só se rendeu à negociação, forçada pela liminar de suspensão dos efeitos das demissões, concedida pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Num primeiro momento, radicalmente intransigente, nada ofereceu e resistiu às propostas do Presidente do Tribunal. A negociação evoluiu, porque não se desistiu das tratativas nas primeiras audiências. Foram quinze dias de negociação. Tanto foi produtiva que culminou com uma proposta da empresa, não aceita pelo Sindicato, mas serviu de base para a solução judicial do conflito coletivo.

Por ser óbvio, num ambiente de negociação direta com mais tempo de reflexão e consulta às respectivas partes representadas, poder-se-ia evoluir para proposições de maior alcance e, possivelmente, chegar a um consenso, sem intervenção estatal.

Assim, vislumbrou-se que a ausência de negociação coletiva prévia e espontânea ao ato demissional coletivo caracterizou o ato como abusivo e ofensivo à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, à livre iniciativa e à cidadania<sup>29</sup>.

A questão chegou ao TST, pela via recursal (Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo). Embora tenha negado a violação à boa-fé objetiva no caso sob exame, a Seção de Dissídios Coletivos, sob relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado (Processo nº TST-RODC 309/2009-000-15-00) não deixou de concluir pela indispensabilidade de negociação coletiva prévia às dispensas coletivas, porém para *casos futuros*. Trouxe a ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas tem natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea - sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada - é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um

<sup>29</sup>

*Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil.* Disponível em: <[http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2009/10/td02\\_josaantonio pancotti\\_15\\_aspectosjuradicosdasdispensascoletivasnob](http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2009/10/td02_josaantonio pancotti_15_aspectosjuradicosdasdispensascoletivasnob)>

Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores". DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, *para casos futuros*, de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores", observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial (DEJT 04.09.2009).

Foi interposto Recurso Extraordinário, que foi remetido ao Superior Tribunal Federal por força do Agravo (ARE) 647651. O referido Recurso Extraordinário com Agravo passou pelo filtro da repercussão geral e, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, agora, o feito aguarda apreciação no STF, que enfrentará a questão pertinente à exigência de negociação coletiva para que uma empresa possa promover a demissão em massa de empregados.

Assim, está sob o crivo do Supremo Tribunal Federal a questão acerca da existência ou não do direito potestativo de empregador para dispensa imotivada também no âmbito coletivo, bem como da prévia necessidade de negociação com o sindicato da categoria profissional e o cabimento de dissídio coletivo frente à inviabilidade da solução negociada.

As recorrentes, como noticiado pelo próprio STF:

alegam que a decisão violou diversos dispositivos constitucionais e que o TST, ao criar condições para a dispensa em massa, estaria atribuindo ao poder normativo da Justiça do Trabalho tarefa que a Constituição reserva a lei complementar, invadindo assim a esfera da competência do Poder Legislativo. As empresas afirmam que sua sobrevivência estaria ameaçada pela interferência indevida no seu poder de gestão, aspecto que viola o princípio da livre iniciativa<sup>30</sup>.

Considerados os efeitos da decisão do Recurso Extraordinário pelo regime dos repetitivos, destacou-se o caso acima referido como paradigmático e central

<sup>30</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=234798>>. Acesso em: 20 set. 2017.

para o exame jurisprudencial da questão, de modo que o seu resultado, por certo, guiará os debates doutrinários vindouros acerca da matéria<sup>31</sup>.

Todavia, outros tantos podem ser referidos, para fim de estudo. Destaca-se, aqui, dentre outros, o Dissídio Coletivo tendo por suscitante o Sindicato dos Trabalhadores nas indústrias e oficinas metalúrgicas, mecânicas e de material elétrico e eletrônico, siderúrgicas, automobilísticas e de autopeças de Taubaté, Tremembé, Caraguatatuba, Ubatuba, São Luiz do Paraitinga, Redenção da Serra, Lagoinha, Natividade da Serra, Santo Antonio do Pinhal, São Bento do Sapucaí, Campos do Jordão e por suscitado LG Eletronics do Brasil Ltda, também julgado pelo TRT da 15ª Região (Processo 0007390-57.2015.5.15.0000, Rel.Des.Samuel Hugo Lima, PJe, publicação em 16/02/2016, SDC), cuja ementa traz:

**DISPENSA COLETIVA. OBRIGATORIEDADE DA PRÉVIA NEGOCIAÇÃO DO PPE. BOA-FÉ OBJETIVA. INFORMAÇÃO PLENA. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA**

1- A SDC do C. TST, acolhendo, no tópico, entendimento da SDC deste E. Regional, já assentou a premissa de que, com base em normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais, e, em decorrência do impacto na sociedade, *“a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”* (TST, SDC, TST-RODC-309/2009-000-15-00.4, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado).

2- A negociação coletiva, à luz dos institutos da boa-fé objetiva e da transparência, não mais pode ser amesquinhada a um palco teatral com tolerância a blefes. Pelo contrário, as partes, especialmente o empregador, que detém as informações, devem colocar todas as cartas na mesa, com o objetivo da construção conjunta e madura de uma solução que responda aos seus anseios.

3- O PPE (MP nº 680, de 2015 e Lei nº 13.189, de 19/11/2015) não prevê um programa de cunho individual, a ser analisado apenas sob o limitado prisma das partes. Pelo contrário, considerando inclusive a *“mens legislatoris”* (parecer do Relator, Deputado Federal Daniel Vilela, no sentido de que a *“operação é, pois, financeiramente vantajosa para o governo, além de preservar parcialmente as estruturas de produção e de consumo, com efeitos benéficos sobre a arrecadação e o PIB”*), é de interesse eminentemente público. O mesmo deve ser dito em relação ao *layoff* (art. 476-A, CLT).

Por isso, considerando a previsão da função social do contrato, especialmente o coletivo, em eventual negociação prévia de dispensa coletiva a empresa está obrigada a colocar prévia e prioritariamente na cesta de opções a possibilidade, ou não, da implantação do PPE ou do *layoff*, prestando minudentes informações.

4- A não obediência às premissas acima implica abusividade da dispensa coletiva. Inexistente garantia provisória legal específica de emprego, não é possível a reintegração, resolvendo-se a lesão pela fixação de indenização compensatória decorrente da perda da chance a uma discussão séria acerca da implantação de medidas menos drásticas, especialmente do PPE.

Portanto, em suma, pode-se afirmar que a negociação coletiva é imprescindível, devendo ser prévia à dispensa coletiva<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Link para acompanhamento do andamento no STF:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=647651&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

<sup>32</sup> Sintetiza Homero Batista Mateus da Silva: “A melhor forma encontrada pela jurisprudência, até então, era exigir que a empresa explicasse perante a entidade sindical por que razão não adotou nenhuma estratégia preventiva ou paliativa antes de tomar a decisão da dispensa em massa, donde o entendimento de que esta modalidade agressiva de corte de postos de trabalho deveria ser previamente submetida à negociação coletiva” (*Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.91).

#### 4. A dispensa coletiva de empregados à luz da lei 13467/2017: mudanças de paradigmas pós-reforma trabalhista?

Inegável que a Reforma Trabalhista adentrou na questão da dispensa coletiva de empregados no Brasil. A matéria, que antes carecia de regência específica ou, no mínimo, expressa, não foi ignorada pelo legislador *reformista*, se assim é possível referir com alguma precisão.

Tal se deu, em especial, no artigo 1º da Lei 13467, de 13 de julho de 2017, que alterou diversos dispositivos da CLT, revogou alguns e introduziu outros tantos, dentre os quais o novel artigo 477-A, *verbis*: “*As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação*”. (grifo )

O mencionado dispositivo merece ser analisado em partes, pois, a um só tempo: (a) equiparou, *para todos os fins*, as dispensas imotivadas individuais às plúrimas e, pior, às coletivas; (b) afastou a necessidade de qualquer autorização prévia de entidade sindical para tanto; e, fatidicamente, (c) afastou a necessidade de prévia negociação coletiva para fim de validar a dispensa coletiva.

Pois bem. Vamos ao primeiro item: equiparação das dispensas plúrimas e coletivas às individuais. Considerado o direito potestativo de dispensa do empregador, a referida equiparação, por certo, pautou-se na intenção do legislador de estendê-lo às dispensas coletivas e plúrimas, que passariam a ser admitidas mediante a conhecida indenização compensatória que, pendente há décadas de regulamentação por lei complementar, continua sendo equivalente a 40% sobre o FGTS, na forma do ADCT, artigo 10, I e da Lei 8036/1990, artigo 18, §1º<sup>33</sup>.

Nesse ponto, já se encontra um problema insuperável: não há como equiparar a dispensa de um único trabalhador à de centenas ou milhares, simultaneamente lançados ao desemprego. As distinções no que toca aos impactos econômicos e sociais são gritantes. Para tanto, basta que se imagine a seguinte situação: uma cidade do interior que, mediante incentivos lícitos, consiga atrair uma empresa de grande porte para que nela instale uma fábrica. Tantas e tantas são as histórias como essa, que acabam por resultar no fato de que considerável parte da população local vem a ser admitida por este empregador ou por outros empreendedores cujas sortes dependem daquela empresa. Suponha-se, então, que a referida empresa admita duas mil pessoas e que, algum tempo depois, de repente<sup>34</sup>, dispense a metade delas (mil empregos perdidos, portanto). Como a economia local reagiria? Considerada a concentração da fonte de renda local, os pequenos e médios empresários da cidade, os prestadores de serviços ali instalados, dentre outros, sofreriam direto impacto em seus negócios, pois perderiam grande parte dos seus consumidores. A atividade econômica, em geral,

<sup>33</sup> Tida por insuficiente para o fim a que se destina até mesmo pelos defensores da constitucionalidade da dispensa coletiva antes da *Reforma*. Nesse sentido, vide Júlio Bernardo do Carmo (O Estado pode obstar a dispensa coletiva?). Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/96\\_estado\\_dispensa\\_coletiva.pdf](http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/96_estado_dispensa_coletiva.pdf)>. Acesso em: 20 set 2017.

<sup>34</sup> O caráter repentino não é suficientemente afastado pelo aviso prévio, que, aliás, comporta até a forma indenizada (CLT, artigo 487 §1º).

sofreria desaceleração abrupta que culminaria no fechamento de outros postos e na extrema dificuldade de recolocação no mercado de trabalho, provocando, quiçá, o aumento de problemas sociais ou, então, o êxodo, de modo a condenar a sociedade local e a própria cidade.

Mesmo em regiões economicamente mais ricas, a dispensa coletiva causa impactos, em especial se considerado que, uma vez autorizada por lei, pode vir a ser verificada, ao mesmo tempo, por iniciativa de diversos empregadores. De todo modo, com maior, igual ou menor extensão, os reflexos negativos serão sentidos não apenas pelos empregados dispensados e suas famílias, mas por toda a sociedade local, com potencial extensão dos prejuízos e dos impactos na economia regional e até suprarregional.

A análise acima traçada é por demais singela, porém, demonstra bem o impacto da dispensa coletiva.

De outro lado, a dispensa de um ou alguns poucos empregados (dispensa individual), por mais que deva ser evitada em razão do respeito que há de se guardar pela pessoa humana trabalhadora, dependente que é do seu trabalho para sobreviver, não tem a mesma extensão ou impacto social e econômico, é inegável. Assim, esses rasos argumentos já se mostram suficientes para que se perceba o abismo que separa uma realidade da outra, a dispensa individual da plúrima e, principalmente, da coletiva, de modo tal que não há como se admitir a existência de regência unificada, como fixado no artigo introduzido à CLT na *Reforma*<sup>35</sup>.

Não fosse o suficiente, um segundo item exige atenção, considerada a tripartição do dispositivo proposto neste singelo estudo: com o texto introduzido pela *Reforma*, a dispensa coletiva (bem como a plúrima) de empregados prescindirá de *autorização* da entidade sindical representativa da categoria obreira.

Nesse ponto, parece que não há grande problema. Ao sindicato, *ex vi* do disposto na CF, artigo 8º, III, “*cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas*”, sendo certo que “*é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho*” (CF, artigo 8º, VI) (grifos nosso). Logo, não há que se cogitar a *autorização* sindical prévia como elemento condicionador da validade de qualquer prática patronal, mas, sim, a *negociação* com o referido representante coletivo *sempre* que houver uma decisão que possa contrariar os *interesses da categoria*. E, não se negue, há considerável interesse da categoria na preservação de uma grande quantidade de empregos bem como no afastamento das dificuldades sociais e econômicas decorrentes da ultimação de uma dispensa coletiva.

---

<sup>35</sup> Como bem salienta Homero Batista Mateus da Silva, em comentários sobre o artigo 477-A introduzido pela *Reforma*: “Haverá enorme discussão sobre a constitucionalidade deste dispositivo. Medidas restritivas às dispensas em massa surgiram a partir da interpretação do art.7º, I, da CF, conquanto ainda não regulamentado pela lei complementar, bem assim da constatação de que o corte coletivo impacta muito além dos contratos de trabalho individualmente considerados, espalhando seus efeitos sobre a sociedade, a cadeia de fornecedores, clientes e prestadores de serviços e também a arrecadação dos impostos locais e nacionais, sobre a renda e o consumo dos trabalhadores afetados” (*Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.90).

Desse modo, naturalmente se passa para o terceiro item. A CLT *pós-Reforma* carrega o aludido dispositivo (artigo 477-A) que, *in fine*, autoriza a dispensa coletiva sem a necessidade de acordo ou convenção coletiva para que se efetive.

Como já visto, a prévia negociação coletiva consiste em imperativo decorrente do princípio da boa-fé objetiva, inerente à lealdade e à consequente transparência que se espera das partes contratantes, respeitado, inclusive, o direito à informação.

Ademais, não se pode ignorar que a liberdade patronal encontra limites constitucionais claríssimos. O primeiro deles, por certo, consiste no respeito à dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III), que, em uma sociedade capitalista, somente pode ser obtido pela via da concretização do piso mínimo existencial, garantido a todos, no texto constitucional, no rol exemplificativo do artigo 6º (direitos sociais)<sup>36</sup>.

Todavia, há outros. Tome-se, por exemplo, o disposto no artigo 3º, I, do Texto Maior. No referido artigo da Constituição encontra-se o rol dos *objetivos* da República Federativa do Brasil. Pois bem. Já no inciso inaugural, lê-se que o Estado brasileiro busca a construção de uma sociedade *livre, justa e solidária*.

Na dita *solidariedade*, almejada com ares de princípio fundamental (já que inserida em previsão contida nos primeiros quatro artigos da Carta Política de 1988), encontra-se valor que toca à atividade empresarial. Tal se afirma a partir da leitura sistemática imposta para fim de coesão do texto constitucional, a alcançar, conforme aqui se propõe, o exame do artigo 1º, III e do artigo 170, caput.

Tanto um quanto outro dos dispositivos mencionados afirmam como princípio fundamental e, depois, como princípio da ordem econômica no Brasil, o valor social do trabalho e da livre iniciativa (entenda-se: *capital*). Logo, *capital* e *trabalho* — e não *capital versus trabalho*, como de costume<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Para melhor análise do que aqui se afirma, remete-se a reflexões anteriores deste mesmo autor, publicadas no livro *O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva* (São Paulo: LTr, 2012. p.65 e seguintes), de onde se extrai o seguinte trecho: “Evidenciamos, por fim, que a dignidade da pessoa humana, fulcrada como princípio fundamental devidamente positivado no art.1º, III, da Carta Constitucional brasileira, exterioriza-se na consagração de direitos e garantias fundamentais, nos moldes do art.5º da Constituição Federal. Além disso, apresenta seu aspecto social no artigo seguinte (art.6º), que fixa como conteúdo fundamental para compreensão de qualquer direito em nosso país a garantia a todos no que tange ao acesso à educação, à saúde, à alimentação, ao lazer, ao trabalho, à moradia, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência aos desamparados, em outras palavras, ao piso vital mínimo. Indubitável, pois, que a dignidade da pessoa humana vai além da inclusão da tutela da personalidade - ou da garantia dos chamados direitos da personalidade -, alcançando verdadeiramente tanto os direitos individuais e pessoais, como a vida, a integridade física e a própria seara da incolumidade do patrimônio moral, quanto os direitos econômicos, culturais e, principalmente, sociais, garantidos simultaneamente a todo um grupo ou conjunto de pessoas unido por relações fáticas ou jurídicas, considerado em sua unidade - ou seja, direitos da coletividade, direitos coletivos *lato sensu*”(p.73). (grifo nosso)

<sup>37</sup> O autor deste artigo já sustentou, em escrito anterior: “Como paradigma de conduta, emerge a boa-fé como limitadora dos poderes e das faculdades dos sujeitos da negociação coletiva para os fins dessa, balizando o procedimento para que aflorem as verdadeiras e legítimas pretensões, afastem-se as manifestações de oportunismo e obtenha-se a efetiva pacificação social no âmbito da relação laboral, lugar que deve ser caracterizado como celeiro de colaboração dos fatores capital e trabalho. Aliás, modernamente, os princípios éticos que regem até mesmo a teoria geral dos

Evidentemente que, para tanto, não basta a perspicácia do empreendedor ao tratar os empregados como *colaboradores* e discursar acerca da necessidade destes *vestirem a camisa da empresa*. Na relação laboral, bilateral que é, a dita conduta deve ser verificada de ambos os lados: a empresa também deve *vestir a camisa* dos empregados. Assim, a relação torna-se solidária e colaborativa.

Para tanto, a dispensa plúrima e, principalmente, a dispensa coletiva, somente poderiam ser cogitadas se nenhuma outra solução fosse possível para garantir a continuidade da atividade empresarial - noção que se afasta da pura busca pela maximização de lucros ou resultados positivos unicamente ao empresário ou ao investidor.

Poder-se-ia refutar a referida análise sob o fundamento de que o artigo 3º, I, da CF alude à construção de uma *sociedade* solidária, com relação a que os empresários não teriam vinculações diretas.

Ledo engano de quem assim se arvorasse a se posicionar. A leitura do artigo 193 da mesma Constituição é clara ao afirmar que a *ordem social* (portanto, a sociedade) brasileira tem como *base* o primado do *trabalho* e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Ou seja: a sociedade brasileira deve ser construída e sustentada a partir do trabalho (o que atrai a leitura dos artigos 1º, IV e 170, *caput*, que reconhecem a intrínseca relação entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa). Qualquer trabalho? Não! Um trabalho que conduza ao bem-estar e à justiça *sociais*. Antes, de modo harmônico, no citado artigo 170, *caput*, encontra-se a referência à ordem econômica brasileira fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim assegurar a *todos* existência digna, conforme os ditames da mesma justiça social.

Ora, fica claro que a sociedade brasileira é organizada, por força de comando constitucional, a partir do trabalho em condições de gerar bem-estar e um contexto de justiça *generalizada*, na medida do possível. Portanto, não se pode admitir como regular exercício de liberdade, mesmo que vislumbrada sob o prisma liberal (a alcançar o discurso pautado nos direitos fundamentais à liberdade e à propriedade), muitas vezes sedutor para o empreendedor, qualquer iniciativa que leve pelo caminho oposto ao apontado no Texto Maior.

Não se pode negar que a dispensa coletiva de trabalhadores não conduz ao referido estado de bem-estar social, nem mesmo colabora para que se alcance a

---

*contratos privados, de raízes fincadas no Código Civil de 2002, guiam-se pela eticidade e solidariedade, não podendo ocorrer de modo diverso nos contratos laborais, individuais ou coletivos. É hora de trocarmos a expressão 'capital x trabalho' por 'capital e trabalho', pois um depende do outro para existir. A única solução inteligente é trocar a exploração pela colaboração recíproca. O legislador constituinte originário, já há mais de 20 anos percebeu isso e fixou no art. 1º, IV, da Carta de 1988, em um princípio único, como fundamento da República Federativa do Brasil, o equilíbrio entre os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. Falta apenas que trabalhadores e "livre-iniciativa" (capital; empresariado) percebam isso. Concluímos, pois, que, pelo princípio da boa-fé objetiva, o intérprete pode efetivar de forma cabal o propósito que justificou o surgimento do próprio Direito do Trabalho: estabilizar as relações entre capital e trabalho desde a sua origem (fase pré-contratual) de forma a garantir não apenas a segurança e o estado de tranquilidade social como, e principalmente, a efetivação do megaprincípio da dignidade da pessoa humana, fundamento primeiro e objetivo último de todo o sistema jurídico brasileiro." (O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva. São Paulo: LTr, 2012. p.257). (grifo nosso)*

justiça para todos ou, ao menos, uma solução justa para a sociedade, que pagará o preço da referida conduta patronal, com maior ou menor extensão, a depender da localidade e do contexto econômico nela vivenciado, conforme já tratado.

Essas constatações, por si, bastariam para atrair névoa sobre a constitucionalidade do novel dispositivo, introduzido pela Lei 13467/2017 à CLT. Porém, há mais o que pontuar, mesmo dentro da proposta destas linhas, qual seja, uma singela *provocação* com intuito de servir como visão meramente propedêutica ao estudo da questão.

O mesmo artigo 170 da Constituição Federal, ao tratar da ordem econômica brasileira, após afirmar que esta tem por fundamento os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e que objetiva, com isso (entenda-se, com a harmonização da referida relação, essencialmente conflituosa), alcançar a justiça social, fixa, para tanto, alguns princípios, dentre os quais é necessário destacar a função social da propriedade (CF, artigo 170, III) e a busca do pleno emprego (CF, artigo 170, VIII).

A imposição do exercício do direito de propriedade guiado pela sua função social justifica a afirmação acerca da existência de uma imposição constitucional aos empregadores: a condução de sua atividade empresarial com vistas ao alcance dos objetivos da ordem social brasileira, dentre eles a solidariedade, para fim de se alcançar justiça e bem-estar sociais. Eis o que se pode entender como essência de um princípio específico: o da função social da empresa.

A junção dessa conclusão com a imposição da busca do pleno emprego, que, por si, é contraditória com um quadro de dispensa coletiva de empregados, aumenta a já nebulosa constitucionalidade da previsão contida no artigo 477-A da CLT, introduzido pela *Reforma*.

Assim, a conclusão no sentido da inconstitucionalidade da dita previsão emerge como muito sólida. Mas fica outra questão: será possível afastá-la, mediante uma interpretação do artigo 477-A *conforme a Constituição*?

A resposta é positiva. Para tanto, basta que se mantenha o entendimento sedimentado na doutrina e na jurisprudência majoritárias, segundo o qual fere a boa-fé objetiva a dispensa coletiva sem a prévia negociação coletiva, na qual se busque, com absoluta transparência, a verificação de todas as possíveis soluções para a superação de eventual momento de crise, e, diante delas, se tenha a opção por aquela que menos agrida os princípios e os objetivos constitucionais referidos neste estudo.

Portanto, mesmo com a *Reforma* e a introdução da absurda disposição carregada no artigo 477-A da CLT alterado, entende-se que a validade da dispensa coletiva — e até mesmo da plúrima — dependerá da prévia negociação coletiva, havida com transparência e lealdade, sob pena de restar caracterizada violação à boa-fé objetiva e, conseqüentemente, tornar o ato ilícito.

Há, ainda, um último elemento a somar, certamente mais pobre, todavia, merecedor de atenção: o artigo 477-A analisado traz que a dispensa coletiva pode ser ultimada pelo empregador sem a necessidade de autorização do sindicato ou de prévio acordo ou convenção coletiva nesse sentido. Observe-se que o dispositivo não dispensa a prévia *negociação coletiva*. O resultado desta, com a celebração de avença tendo por objeto a dispensa coletiva ou não, consiste em realidade

absolutamente divorciada da existência de efetiva negociação coletiva. Pode-se chegar a um impasse no seio de um procedimento sério, transparente e leal de negociação. Porém, é certo que, se tal ocorreu, diversas outras possibilidades terão sido levantadas, de modo que restará aclarada ao empregador, provavelmente, uma série de caminhos alternativos à dispensa ou, então, os critérios a serem observados para a efetivação desta com o menor impacto possível aos interesses dos trabalhadores, da categoria e, certamente, da própria sociedade.

Percebe-se, assim, que a lei mudou, mas os paradigmas reais a serem considerados, não: a dispensa coletiva, mesmo à luz do infeliz texto do artigo 477-A da CLT, ainda depende de prévia negociação coletiva, sob pena de não ser válida, com as consequências jurídicas disso advindas, em especial o direito dos trabalhadores atingidos à reintegração e às indenizações, estas, em especial, quanto às verbas do período de afastamento.

### Considerações finais

A boa-fé, dentre outros princípios e regras destacados no decorrer deste texto, exige previa negociação coletiva para fim de dispensa em massa de empregados.

A Lei 13467/17, no art.1º, introduz na CLT o art 477-A que, aparentemente, dispensa a necessidade da referida providência. Todavia, se assim interpretado conduzirá ao retrocesso social e deve ser considerado inconstitucional.

A alternativa é a promoção de interpretação conforme a Constituição, com a manutenção da negociação coletiva prévia para fim de validade da dispensa coletiva, de modo tal que se pode sustentar que a disposição legal introduzida pela Lei da *Reforma Trabalhista* não alterou, efetivamente, qualquer paradigma quanto à questão das dispensas coletivas no Brasil e as exigências que o sistema dita para que possam ser tidas como válidas.

Parece claro que não foi essa a intenção do legislador reformista, de modo que razão assiste a Homero Batista Mateus da Silva ao afirmar: “*A redação do art. 477-A, ciente desse entendimento [exigência da prévia negociação coletiva para a dispensa coletiva], procura extirpar qualquer necessidade de entendimento sindical*”<sup>38</sup> (grifo nosso). Porém, como acima salientado, caso se dê esse sentido à regra em exame, esta restará condenada à inconstitucionalidade.

---

<sup>38</sup> *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P.91. No mesmo sentido, afirmando que a regra do artigo 477-A da CLT, introduzido pela Lei 13467/2017, equipara as dispensas coletivas às dispensas individuais, de modo que passam a prescindir de autorização sindical (concluem que a lei “liberou geral”), vide: LIMA, Francisco Melton Marques de Lima; LIMA, Francisco Pérciles Rodrigues Marques de. *Reforma Trabalhista*: entenda ponto a ponto. São Paulo: LTr, 2017. p.78. Vide, também, MIGLIORANZI, Juliana Migot; HABERMANN, Raíra Tuckmantel. (Comentários à Reforma Trabalhista. Leme: Habermann, 2017. p.149): “Logo, indo além em oposição do que apregoa, o projeto autorizou, expressamente, e com isso até incentiva, as dispensas coletivas, contrariando a jurisprudência do TST, que passou a exigir uma negociação prévia com os sindicatos objetivando o resultado social e economicamente trágico da eliminação coletiva de empregos”. Como visto, entende-se que esta interpretação macula de inconstitucionalidade o dispositivo que, pelo demonstrado neste estudo, pode ser entendido conforme a Constituição, a resultar na manutenção da exigência da prévia negociação coletiva.

## Referências

CARMO, Julio Bernardo do. **O Estado pode obstar a dispensa coletiva?** Disponível em:

<[http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/96\\_estado\\_dispensa\\_coletiva.pdf](http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/96_estado_dispensa_coletiva.pdf)>.

Acesso em: 19 ago. 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista: Lei 13467, de 13 de julho de 2017.** Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017, p.59.

GOMES, Orlando. **Dispensa coletiva na reestruturação da empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico.** Bahia, jul.1973. Disponível em:

<<http://blogdopancotti.blogspot.com.br/2012/08/dispensa-coletiva-na-reestruturacao-da.html>>. Acesso em: 24 set. 2017.

LIMA, Francisco Melton Marques de Lima; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista: entenda ponto a ponto.** São Paulo: LTr, 2017. MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. *O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva.* São Paulo: LTr, 2012.

MEIRELES, Edilton. **Natureza jurídica e limites da dispensa arbitrária ou sem justa causa.** Disponível em: <[http://ediltonmeireles.com/?p=41#\\_ftn2](http://ediltonmeireles.com/?p=41#_ftn2)>. Acesso em: 23 set. 2017.

MIGLIORANZI, Juliana Migot; HABERMANN, Raíra Tuckmantel. **Comentários à Reforma Trabalhista.** Leme: Habermann, 2017. p.149.

PANCOTTI, José Antonio. **Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil.** Disponível em: <[http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2009/10/td02\\_josaantonio pancotti\\_15\\_aspectosjuradicosdasdispensascoletivasnobrasil\\_rf.pdf](http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2009/10/td02_josaantonio pancotti_15_aspectosjuradicosdasdispensascoletivasnobrasil_rf.pdf)>. Acesso em: 21 set. 2017.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **Dispensa coletiva e negociação.** In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho.* Brasília: Síntese, v.77, n.2, pp. 209-217, abr./jun.2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **A dispensa coletiva na Lei 13467/2017 da Reforma Trabalhista.** Disponível em:

<<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/482031778/a-dispensa-coletiva-na-lei-13467-2017-da-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 25 set. 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VIALÔGO, Tales Manoel Lima; NEGREIROS, Guilherme Enei Vidal de. A demissão coletiva no direito brasileiro. *In: Revista JurisFIB*. Bauru: ano III v.III, pp. 286-292, dez.2012.

***Sítios consultados na internet (normas e jurisprudência):***

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC 1480-3-DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 23 set. 2017.

\_\_\_\_\_. ADI 1625. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1675413>>. Acesso em: 25 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Necessidade de negociação para demissão em massa tem repercussão geral reconhecida**. 02.04.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=234798>>. Acesso em: 20 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Link andamento processual ARE 647651**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=647651&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 25 set. 2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA PRIMEIRA REGIÃO. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/280694/00323008920085010322%2310-06-2011.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 set. 2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEGUNDA REGIÃO. **Convenção 158 da OIT**. Disponível em: <[http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_158.html#158](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_158.html#158)>. Acesso em: 20 set. 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Link para o andamento processual**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/processos-do-tst>>. Acesso em: 20 Set. 2017

# OS IMPACTOS DA LEI 13.467/2017 NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E NOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

NOEMIA C. GALDURÓZ COSSERMELLI<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Sistema de normas e a importância dos contratos coletivos de trabalho. 2. Teoria da autonomia coletiva dos particulares. 3. Princípio da liberdade sindical. 4. Liberdade de negociação sindical. 5. Conteúdo da lei e do convênio coletivo de trabalho. 6. O princípio da interveniência sindical na normatização coletiva. Bibliografia.

## Introdução

“O contrato individual de trabalho está de tal modo regulamentado, a lei esquadrinha de tal maneira suas particularidades e disciplina-as em tantos detalhes, que a autonomia da vontade se restringe e pouco resta à livre deliberação das partes.”<sup>2</sup> Estas as palavras do ilustre doutrinador Mozart Victor Russomano, na década de 90, ao se referir à restrição da autonomia da vontade quando da celebração do contrato individual de trabalho. Segundo o autor, esse fenômeno jurídico, denominado ‘*crise da contratação*’, surge da intercomunicação existente entre o Direito Individual e o Direito Coletivo do Trabalho.<sup>3</sup>

Seriam os convênios coletivos e outros mecanismos jurídicos do Direito Coletivo do Trabalho os grandes responsáveis na preservação dos direitos afetados pela “*crise da contratação*”, principalmente aqueles pertinentes à dignidade dos trabalhadores.<sup>4</sup>

A referência que o autor faz sobre a “*crise da contratação*” está diretamente relacionada ao *direito da livre contratação nos contratos individuais de trabalho*, e não do *contrato de trabalho*, propriamente dito.

---

<sup>1</sup> Advogada trabalhista. Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professora titular de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito de Sorocaba-FADI, na Universidade Paulista UNIP-Sorocaba e na Universidade de Sorocaba-Uniso. Professora do curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Sorocaba.

<sup>2</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1995. Pág. 50.

<sup>3</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. Forense: Rio de Janeiro, 1995, p.

50. No apogeu do contratualismo, verificado no século XIX, mas que se prolongou, na América, pelos primeiros quartis do século XX, a manifestação livre dos contratantes e a força expansiva da vontade individual permitiam o largo uso do aforismo de que o *contrato é a lei entre as partes*, acrescido da circunstância de que a intervenção do legislador era cautelosa e restrita, segundo a conhecida técnica do liberalismo puro. Em nossa época, porém, o individual tende a ser absorvido pelo *coletivo*. O Estado se fez intervencionista. A regulamentação passou legal passou a ser minuciosa. Sobre tudo em matéria trabalhista, pela natureza tutelar de grande parte de suas normas, estas, com força coercitiva contundente, trataram de limitar, por baixo. O espaço da contratação livre.

<sup>4</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. Em nome da proteção do trabalhador, portanto, as leis combinadas, em vigor em todas as nações industrializadas ou em vias de se industrializarem, estabelecem tantas condições de contratação, que quase compõem a totalidade do contrato rotineiro. A barganha da negociação individual fica adstrita à admissão na empresa de trabalhadores altamente qualificados. Op. cit. pág. 50.

Da restrição à autonomia da vontade individual, surge, e com muita força, a negociação mediante convênios coletivos de trabalho, pois, “à medida que vai minguando a área de contratação livre entre trabalhadores e empresários, considerados individualmente, aumentam a importância e a intensidade dos convênios coletivos de trabalho. O Direito Coletivo do Trabalho, visto desse ângulo, representa visível renascimento da livre contratação trabalhista. **As leis, é claro, não podem ser atingidas pela negociação coletiva.** Mas, como dissemos, essas leis traçam o limite inferior dos direitos trabalhistas. E se o trabalhador, individualmente, de modo geral, não tem meio para obter melhores condições de trabalho além daquelas que o legislador lhe concede, poderá consegui-las através da pressão de sua entidade sindical” .<sup>5</sup> (grifo nosso)

Nesse contexto, valoriza-se a função integrativa e ampliativa dos convênios coletivos, visando obter melhoria nas condições sociais de trabalho e, assim, dar real efetividade aos direitos fundamentais dos trabalhadores. <sup>6</sup> É, portanto, o Direito Coletivo que “revitaliza e robustece o Direito Individual”, conforme ensina Russomano.

Comparativamente, a função do Direito Coletivo da década de 90 está bem diferente da atual e, talvez, seja esta a maior mudança a ser experimentada, uma vez que a Lei n.13.467/2017, que trata da reforma trabalhista, somente entrará em vigência no dia 11/11/2017. Desde já, iniciam os debates sobre quais serão os impactos que a Lei 13.467/2017 trará para o mundo da negociação coletiva e até que ponto afetarão os princípios fundamentais do direito coletivo do trabalho. A inovação trazida diz respeito a ideia do *negociado sobre o legislado*, prevista no art. 611-A, *verbis*:

**Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:**  
I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual;  
III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;  
IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;  
V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;  
VI - regulamento empresarial;  
VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;  
VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;  
IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;  
X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado;  
XII - enquadramento do grau de insalubridade;  
XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;  
XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

<sup>5</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. Op. cit. . pág. 51.

<sup>6</sup> Constituição Federal, de 1988. Capítulo II - Dos Direitos Sociais. Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social;  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

*XV- participação nos lucros ou resultados da empresa.*

*§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.*

*§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.*

*§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.*

O presente artigo trata de questões genéricas relacionadas à negociação coletiva, sem, contudo, esgotá-las. Cabe à doutrina e à jurisprudência a incumbência de esclarecer pontos polêmicos da reforma (Lei 13.467/17), e construir a melhor hermenêutica jurídica.

## **1. Sistema de normas e a importância dos contratos coletivos de trabalho**

No Brasil, o estudo sobre o sistema de normas nas relações de trabalho, implica na visitação do regime estatutário e do regime negocial. No primeiro, a maioria dos direitos e deveres é garantida por lei, enquanto no segundo, o direito é assegurado por um contrato firmado diretamente entre empregados e empregadores ou através de seus representantes.<sup>7</sup>

O sistema híbrido é muito comum nos sistemas jurídicos de outros países e, no Brasil, o modelo segue esse padrão, apesar de ter iniciado no modelo estatutário. A principal lei é a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452/1943 — CLT) e considerada a principal fonte de direito, tanto nas relações individuais, como nas relações coletivas de trabalho. Os convênios coletivos têm evidência na complementaridade das normas legais e sua aplicação varia da cultura e da dinâmica histórica e jurídica de cada país.

No sistema estatutário, considerado o garantidor de regras das relações de trabalho, e no qual a vontade da lei impera em relação à negociação, dá-se a predominância das normas heterônomas (constitucionais e infraconstitucionais); a solução dos conflitos é feita predominantemente pelo Estado (Poder Judiciário) e, normalmente, quem resolve o conflito é o magistrado, como juiz arbitral institucional.

No sistema negocial, predominam as normas autônomas em que os próprios interlocutores sociais estipulam direitos e deveres, podendo contar com o auxílio de terceiros na composição dos conflitos como, por exemplo, o juiz arbitral privado (Lei 9.307/96)<sup>8</sup>; a figura do mediador, orientando e sugerindo propostas para a realização do acordo.

---

<sup>7</sup> PASTORE, José. *Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva*. LTr. 1995. São Paulo, pp. 186-207.

<sup>8</sup> Constituição Federal de 1988. Capítulo II - Do Poder Judiciário. Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...]. § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros;

Na negociação, prevalece a vontade da autonomia coletiva em relação à vontade da lei (respeitadas as condições mínimas previstas em lei) além de valorizar o interesse das partes<sup>9</sup>, sem interferência do Poder Judiciário.

Para Amauri Mascaro Nascimento <sup>10</sup> “um sistema equilibrado de relações coletivas de trabalho harmoniza, adequadamente, fontes estatais e fontes não-estatais do direito sindical, combinando na justa medida, a lei e a auto-regulamentação sindical”.

## 2. Teoria da autonomia coletiva dos particulares

A Teoria da Autonomia Coletiva dos Particulares é concebida nos ideais da liberdade sindical, e que se estrutura diante de um Estado que atua com menor grau de intervencionismo, nas relações de trabalho. O modelo varia de acordo com o sistema jurídico nacional, podendo ser um misto de normas de origem estatal que se harmonizam com as normas de origem sindical.

Essa teoria “funda-se na ideia de uma ordem sindical baseada na liberdade política, sem interferência do estado, ou com um mínimo de interferência, uma visão distante do controle estatal sobre a organização e a ação dos sindicatos.”<sup>11</sup>

Para Santi-Romano, há um “fenômeno jurídico ambivalente”, onde se identificam dois modelos de ordenamento jurídico: o estatal e o particular. No ordenamento jurídico estatal, o contrato é a figura mais relevante e que “tudo o que não pode ser reduzido a essa figura permanece sem proteção por parte desse ordenamento e corre inclusive o risco de ser declarado ilegítimo”, enquanto que no ordenamento jurídico particular o que se sobressai é a formação de “instituições constituídas de grupo de empresários e trabalhadores”, considerando o ordenamento um “sistema de direito objetivo por si, mais ou menos autônomo, que se faz valer com os meios internos de que a organização dispõe”.<sup>12</sup>

Seguindo a linha de pensamento de Santi-Romano, surgem outras teses como, por exemplo, a da *autonomia coletiva*, desenvolvida por Francesco Santoro-Passarrelli,<sup>13</sup> segundo a qual a *autonomia coletiva* é pautada na “pluralidade de pessoas em torno de um bem idôneo à satisfação de uma necessidade comum, combinação, mas não soma, dos interesses individuais e indivisíveis no sentido de que um único bem é capaz de satisfazer as necessidades de uma coletividade”.

Relevante destacar nessa teoria “a força obrigatória dos contratos coletivos sobre a autonomia individual, segundo uma visão de categoria, como dimensão natural, que tem como origem a sociabilidade do ser humano”, sugerindo o autor a

---

<sup>9</sup> Constituição Federal de 1988. Capítulo II - Dos Direitos Sociais. Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...). XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

<sup>10</sup> Nascimento, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. LTr. São Paulo. 2005, p. 159.

<sup>11</sup> Nascimento, Amauri Mascaro. Op. cit p. 137.

<sup>12</sup> Santi-Romano, in *Compêndio de Direito Sindical*. Amauri Mascaro Nascimento, p. 138.

<sup>13</sup> Francesco Santoro-Passarrelli. *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugeneno Jovene, 1995. in Amauri Mascaro Nascimento. *Compêndio de Direito Sindical*, p. 139.

existência de um contrato coletivo de direito comum, restrito aos sócios dos sindicatos.<sup>14</sup>

No estudo da autonomia coletiva, frente às relações de trabalho, Mascaro Nascimento cita a teoria desenvolvida por Ignacio Garcia-Perrot Escartín, segundo a qual as espécies de relações existentes entre a lei e os convênios coletivos assumem a figura de “relações de complementaridade, de complementaridade e de supletividade, para analisar o direito necessário e absoluto, os máximos estatais necessários, e o problema da colisão e concorrência, estudo de questões essencialmente dinâmicas, dependentes do papel atribuído ao Estado; e examina a autonomia coletiva, segundo as variações do marco legal e do contexto econômico e social em que se manifesta.”<sup>15</sup>

Num quadro comparativo entre a negociação coletiva e a elaboração da lei, Mascaro afirma que “a negociação tem maior possibilidade de atender as peculiaridades de cada setor econômico e profissional, ou cada empresa para a qual é instituída. A legislação é geral, uniforme para toda a sociedade. A negociação é específica para segmentos menores. Permite a autorregulamentação de detalhes que a lei, norma de ordem geral para toda a sociedade, não pode nem deve reger.”<sup>16</sup>

A intenção do legislador em garantir direitos sociais mínimos encontra fundamento no princípio protetor, base para torná-los inderrogáveis e para que não possam ser reduzidos ou retirados por outros mecanismos jurídicos, inclusive os negociais.<sup>17</sup>

Assim, haverá sempre um patamar mínimo civilizatório a ser respeitado. O legislador constituinte conferiu aos entes sindicais a prerrogativa de negociarem direitos dos trabalhadores e dos empregadores (Art. 7º. XXVI, CF/88) e, valendo-se do *princípio da autonomia privada coletiva*, as partes envolvidas podem ampliar, integrar e até reduzir direitos, mas, sempre preservando as garantias mínimas sociais, uma vez que elas estão acobertadas pelo manto dos direitos de ordem pública, como os relacionados à saúde, o descanso e outros que visem a melhoria da condição social do trabalhador.

---

<sup>14</sup> Francesco Santoro-Passarelli. *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenenio Jovene, 1995. In: Amauri Mascaro Nascimento. *Compêndio de Direito Sindical*, p. 139.

<sup>15</sup> Ignacio Garcia-Perrot Escartín. *Ley y autonomia colectiva, un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*. In: Amauri Mascaro Nascimento. *Compêndio de Direito Sindical*, p. 141.

<sup>16</sup> Nascimento, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. LTr. São Paulo. 2005, p. 308.

<sup>17</sup> Consolidação das Leis do Trabalho. “Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. § 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. § 2º As Federações e, na falta desta, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações.” <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>.

Apresentadas estas análises teóricas, ensina Mascaro que “a autonomia coletiva favorece o direito à livre negociação coletiva, a transferência de poder normativo do Estado para a ordem sindical-profissional, o poder, dos grupos sociais, de autoelaboração da regra jurídica, a tutela sindical no lugar da estatal, distinguindo, entre os direitos, aqueles que devem ser protegidos pela lei e aqueles que podem ser negociados pelos sindicatos.”<sup>18</sup>

### 3. Princípio da liberdade sindical

O princípio da liberdade sindical<sup>19</sup> é a base fundante de normas jurídicas de proteção às relações sindicais que envolvam, dentre outros direitos, a liberdade de expressão e de associação, e que são indispensáveis ao progresso sustentável da relação de trabalho. Essa proteção se estende tanto aos trabalhadores como aos empregadores de constituírem organizações que lhes representem, independentemente de autorização prévia do Estado, bem como de se filiarem nessas organizações, aderindo aos seus estatutos.

Para Mascaro, a liberdade sindical é o direito de associação, garantido pelas leis do Estado, com fins profissionais e econômicos. Ensina o autor que a liberdade sindical se materializa com o reconhecimento do direito de associação sindical conjugada com a efetiva e plena liberdade de seus interlocutores sociais.

O modelo jurídico brasileiro adota o sistema da unicidade sindical <sup>20</sup>, restringindo o direito de livre escolha e, por consequência, da plena liberdade sindical. Nesse sentido, pode-se dizer que a liberdade sindical “é um juízo de valor, dependendo do modo como o sindicato, em dada ordem jurídica, é concebido, nas suas relações com o Estado, com seus congêneres e com os seus representados.”<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. LTr. São Paulo. 2005, p. 142.

<sup>19</sup> Constituição da Organização Internacional do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT). *Declaração de Filadélfia*. Preâmbulo: “Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão de obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio ‘para igual trabalho, mesmo salário’, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas.”

<sup>20</sup> *Constituição Federal de 1988*. Capítulo II - *Dos Direitos Sociais* Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

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

<sup>21</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. LTr. São Paulo. 2005, p. 145.

Para Russomano, “a liberdade sindical pressupõe a sindicalização livre, contra a sindicalização obrigatória; a autonomia sindical, contra o dirigismo sindical; a pluralidade sindical, contra a unicidade sindical.”<sup>22</sup>

A liberdade sindical, enquanto sistema de organização, consiste no direito dos grupos dos trabalhadores e empregadores escolherem qual o modelo que mais lhes convém: o da pluralidade ou da unicidade sindical.

#### 4. Liberdade de negociação sindical

Também é parte integrante para a efetividade da liberdade sindical, a garantia de negociação, conforme está previsto nas Convenções ns. 98/49 e 154/81, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A Convenção n. 98, em seu Artigo 4º, reza que devem “ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego.”<sup>23</sup>

O comando constitucional brasileiro (Art. 7º, XXVI, CF/88) harmoniza-se com a norma internacional (Art. 4º, da C. 98/49, OIT), ao reconhecer os Acordos Coletivos e as Convenções Coletivas de Trabalho, pois são estes os instrumentos que normatizam direitos dos trabalhadores, na busca pela melhoria da condição social e, por parte dos empregadores, a sua melhor condição econômica.<sup>24</sup>

Amauri Mascaro ao tratar da *negociação coletiva* e do *contrato coletivo de trabalho*, ensina:

- a) “É definida a negociação coletiva como procedimento adotado pelos atores coletivos visando a celebração de contrato coletivo ou a resolução de conflitos coletivos de trabalho;
- b) e definido o contrato coletivo como negócio jurídico por meio do qual se estabelecem as condições de trabalho e as relações obrigacionais entres os atores coletivos;
- c) são considerados sujeitos coletivos para as negociações, as entidades sindicais, os empregadores e as representações dos trabalhadores nos locais de trabalho.”<sup>25</sup>

#### 5. Conteúdo da lei e do convênio coletivo de trabalho

Tanto a lei como a convenção coletiva podem estipular direitos e, a exemplo disso, citamos a jornada de trabalho, descansos, salário, estabilidade, aviso prévio, indenização de dispensa e outros. No entanto, confrontando direitos provenientes de normas distintas, há que se adotar o critério de escolha entre elas, impactando no instituto da *hierarquia das normas do direito do trabalho*. Neste caso, seria o

<sup>22</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. Op. cit., p. 65.

<sup>23</sup> Convenção n. 98/49, da OIT. <<http://www.oit.org.br/node/465>>.

<sup>24</sup> Constituição Federal, de 1988. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:: (...) XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

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

<sup>25</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. LTr. São Paulo. 2005, p. 545.

*princípio da preponderância da norma mais favorável* ao trabalhador o melhor critério para solucionar esse confronto.

No entanto, a Lei 13.467/17 (reforma trabalhista) modificou totalmente o sentido da norma ao estabelecer que acordos coletivos de trabalho prevalecem sobre a convenção coletiva, *verbis*:

Art. 620. As condições estabelecidas em *acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.* (grifo nosso)

No quadro comparativo abaixo, verifica-se que a nova redação desencadeará grandes debates a respeito.

| CLT<br>Decreto-lei 229/67                                                                                                                            | CLT<br>Lei 13.467/2017                                                                                                                                  |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Art. 620. As condições estabelecidas em <u>Convenção</u> <u>quando mais</u> <u>favoráveis</u> , prevalecerão sobre as estipuladas em <u>Acordo</u> . | Art. 620. As condições estabelecidas em <u>acordo coletivo de trabalho</u> <u>sobre as</u> <u>estipuladas em convenção</u> <u>coletiva de trabalho.</u> |

Quando do confronto entre normas coletivas, a redação dada ao Art. 620, pelo Decreto-Lei 229/67, privilegiava o *princípio da norma mais favorável ao trabalhador*, visando conferir, a eles, direitos mais amplos, mesmo que para isso fosse necessário contrariar o *princípio da hierarquia das normas do Direito do Trabalho*. A relativização deste princípio encontra fundamento no princípio constitucional da proteção, que encontra fundamento na melhoria das condições sociais dos trabalhadores (Art. 7º, *caput*, CF/88).

Com a nova redação (Art. 620, pela Lei 13.467/17), o legislador fere frontalmente o *princípio da proteção* que é o que salvaguarda direitos dos trabalhadores frente à flexibilização sem justificativa como, por exemplo, as relacionadas a *situação econômica e financeira da empresa*. Sem contar que esse dispositivo ataca outros princípios e teorias que asseguram direitos fundamentais dos trabalhadores. Vejamos alguns pontos que devem ser analisados, em relação ao enunciado em questão (Art. 620):

#### a) Motivos de força maior

*CLT. Art. 501 - Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente. [...]§ 2º - À ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa não se aplicam as restrições desta Lei referentes ao disposto neste Capítulo.*

#### b) Princípio do Conglobamento

Havendo mais de uma norma coletiva, deve prevalecer aquela que, em seu sentido global, for mais favorável ao trabalhador.

**RECURSO DE EMBARGOS. REAJUSTES SALARIAIS. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO X ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. PREVALÊNCIA. TEORIA DO CONGLOBAMENTO.** Prende-se a controvérsia a se definir se uma norma coletiva que prevê reajuste salarial (benéfica, portanto, para a categoria) deve ser aplicada, na

*circunstância específica de haver, no mesmo período, um acordo coletivo que não faz qualquer menção a reajuste salarial, tudo à luz do artigo 620 da CLT. Dentro do princípio da hierarquia das normas, os acordos e convenções coletivas de trabalho têm prevalência sobre os ajustes individuais, quando mais favoráveis. Tanto é assim, que nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho terá validade (art. 619 da CLT). Na hipótese em exame, o Banco deveria ter obtido pronunciamento explícito, para a avaliação da tese, de que o reajuste correspondente à data-base de setembro/2000 teria sido substituído por uma contrapartida que ensejasse, agora, a apreciação sob o ângulo de ter sido ou não mais benéfica, no conjunto, frente ao que dispõe o art.620 da CLT. Inexistindo na decisão atacada esse pronunciamento, tem-se que, diante das características do direito brasileiro a respeito da eficácia dos instrumentos de negociação coletiva, aplicável é a Convenção Coletiva de Trabalho intersindical, porque hierarquicamente superior e porque prevê vantagem não prevista pelo Acordo Coletivo setorial ou interempresarial (art. 620 da CLT), sem demonstração de contrapartida que possa permitir avaliação de eventual benefício do ACT, hierarquicamente inferior, em relação à CCT, hierarquicamente superior. Recurso de embargos conhecido por divergência jurisprudencial e não provido. (TST-E-RR-1728400-18.2002.5.09.0002, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, SBDI-1, DEJT 20/02/2015).*

#### c) Princípio da boa-fé

CLT

**Art. 504** - *Comprovada a falsa alegação do motivo de força maior, é garantida a reintegração aos empregados estáveis, e aos não-estáveis o complemento da indenização já percebida, assegurado a ambos o pagamento da remuneração atrasada.* (grifo nosso)

Código Civil

**Art. 113.** *Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*

**Art. 114.** *Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.* (grifo nosso)

#### d) Extensão dos efeitos da norma aos trabalhadores

A regra contida no art. 620, da CLT, com a redação da Lei 13.467/17, deve ter como destinatários somente os trabalhadores associados, pois, não sendo mais obrigatório o recolhimento do imposto sindical, incompreensível a extensão aos trabalhadores não associados.

Pois bem. Os pontos acima apresentados, sejam em conjunto ou separadamente, podem auxiliar o interprete a verificar se o *fim social* da norma foi alcançado, ou se os direitos dos trabalhadores foram fraudados ou desvirtuados<sup>26</sup>.

Se constatado que houve violação do *princípio da boa-fé*, quando da *celebração dos convênios coletivos*, pode o magistrado se valer do *princípio do conglobamento*, e reconhecer como direito dos trabalhadores a norma negocial que, no sentido global, for mais favorável ao trabalhador, seja ele associado ou não ao sindicato.

### 6. O princípio da interveniência sindical na normatização coletiva

---

<sup>26</sup> CLT. Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

O princípio da interveniência sindical na normatização coletiva confere aos sindicatos da categoria profissional a legitimidade de negociar e criar instrumentos normativos, no âmbito das relações de trabalho. Em relação aos empregadores, a legitimação pode ser própria, direta, com exceção aos acordos coletivos de trabalho <sup>27</sup>. Referido princípio tem em vista preservar a equivalência entre os interlocutores sociais, (Art. 8º. III e VI, da CF/88).<sup>28</sup>

Ainda que reconhecido aos entes sindicais o direito constitucional de negociação, estariam eles autorizados a transacionar ou renunciar garantias mínimas e indisponíveis dos trabalhadores?

Mauricio Godinho Delgado entende que é fundamental existir harmonia entre as normas coletivas (ACT e CCT), e as normas do Estado (lei, no sentido lato) e que, em algumas circunstâncias, as normas construídas por intermédio do *Princípio da Adequação Setorial Negociada*, podem prevalecer sobre o padrão geral heterônimo trabalhista, desde que respeitados os seguintes critérios:

- a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável;
- b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas trabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).<sup>29</sup>

Podemos citar como parcelas trabalhistas de *indisponibilidade relativa*, a jornada de trabalho, pagamento salarial, utilidades concedidas pelos empregadores e outras. Há limites objetivos, e que o próprio sistema impõe, quando se verifica a renúncia de direitos. Deve haver, portanto, um nível de proteção que transcende o interesse e a manifestação de vontade das partes e que a **negociação coletiva não deve prevalecer sem que se verifique uma contrapartida no interesse desses terceiros**.<sup>30</sup>

A Lei 13.467/17 tratou a questão da “contrapartida”, nas negociações coletivas de trabalho, da seguinte forma:

*Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...]*

*§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. (grifonosso)*

*§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivos:*

A cláusula compensatória implica em dizer que a perda de um direito somente se justificará em troca de uma vantagem, e que se não houver essa contrapartida, inválida será essa cláusula.

<sup>27</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo. LTr.2016, p. 1527.

<sup>28</sup> CF/88. Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

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

<sup>29</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo. LTr.2016, p. 1465.

<sup>30</sup> Ibid., p. 1466.

Quanto às *parcelas trabalhistas de indisponibilidade absoluta* são as que sequer podem ser objeto de negociação coletiva, pois há nessas parcelas interesses que escapam aos limites de disponibilidade de seus próprios titulares.

Ensina o estimado mestre Mauricio Godinho Delgado que “tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização adequada deferível ao trabalho (Art. 1º, III e Art. 7º, *caput*, CF/88). São os casos de normas de proteção à saúde, higiene, segurança e liberdade do obreiro (normas constitucionais em geral, tratados internacionais e normas infraconstitucionais).

A jurisprudência “tem considerado que, estando a parcela assegurada por norma imperativa estatal (Constituição, Leis Federais, Tratados e Convenções Internacionais ratificados), ela prevalece soberanamente, sem possibilidade jurídica de supressão ou restrição pela negociação coletiva trabalhista — salvo se a própria regra heterônoma estatal abrir espaço à interveniência da norma coletiva negociada”, ensina Godinho Delgado.

A Lei 13.467/17 trouxe muitas inovações e, junto a elas, muitas dúvidas, mas que certamente serão dirimidas pelas próprias partes, mediante as negociações coletivas. Cabe ao Estado permitir que essa *autonomia privada coletiva* se estabeleça de forma eficiente, eficaz e, acima de tudo, justa. Ao Estado, cabe auxiliar nesse processo, assegurando o respeito aos valores sociais do trabalho, principalmente da dignidade humana e a preservação sustentável das empresas.

## **Bibliografia**

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>.

BRASIL. **Constituição Federal, de 1988**. Disponível em:

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

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016. **Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva**. In: **Organização Internacional do Trabalho (OIT)**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/465>>.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 2005.

PASTORE, José. **Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva**. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

# A ARGUMENTAÇÃO NO DISCURSO DO JÚRI

HÉLIDE MARIA DOS SANTOS CAMPOS<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O discurso jurídico e suas possibilidades de realização. Modalidades discursivas: falada e escrita. 1.1 Língua Falada. 1.2 Língua Escrita. 1.3 Língua Falada vs. Língua Escrita (Breves Considerações). 2. Argumentação. 2.1 A Argumentação na Ciência do Direito. 3. Tribunal do Júri História e Descrição. 3.1 Apresentação do corpus. 3.2 Análise do Corpus. Considerações finais. Referências bibliográficas.

## Introdução

A argumentação é, sem dúvida, o trabalho mais importante no discurso jurídico, em especial, no Tribunal do Júri, mas não só nesse campo. É importante também na vida cotidiana, de modo geral.

No âmbito jurídico, a argumentação é fundamental. Após assistirmos e filmarmos, com a devida autorização do juiz e das partes envolvidas, a uma sessão de Tribunal do Júri em Sorocaba, pudemos constatar que existem marcas linguísticas e estratégias argumentativas que são determinantes em um discurso nesse tipo de procedimento judicial.

Diante disso, este artigo pretende mostrar como se dá a argumentação no Tribunal do Júri Popular. Para isso, utilizamos um *corpus* constituído da referida filmagem.

Optamos por analisar as estratégias argumentativas desenvolvidas pelo advogado de defesa apresentadas ao seu auditório, ou seja, ao Conselho de Sentença, que a seguir trataremos por sua nomenclatura popular: jurados.

## 1. O discurso jurídico e suas possibilidades de realização - Modalidades discursivas: falada e escrita

Há várias possibilidades de realização de um discurso. No âmbito jurídico, grosso modo, encontramos o discurso realizado na fala e aquele que se realiza na escrita. Ambos possuem características distintas, todavia, há que se adiantar que a argumentação está presente nesses dois tipos<sup>2</sup> de discurso.

A seguir, trataremos dessas duas modalidades, separadamente, como língua falada e língua escrita, ainda que, de um modo generalizado, a fim de elucidarmos acerca de suas peculiaridades.

### 1.1 Língua Falada

---

<sup>1</sup> Formada em Letras, pós-graduada em Linguística, Mestre em Comunicação Social e doutoranda em Linguística Forense. É autora do livro, *Catedral Eletrônica*, professora de Linguagem e Comunicação Jurídica na FADI, atua como consultora e palestrante em oratória forense.

<sup>2</sup> Maingueneau (1991), sobre tipos de discurso observa que, os “tipos” aparecem como: “[...] sítios de onde é possível recompor a paisagem no interior da qual se formam os objetos.”

A voz humana já existe a partir do nascimento, desde que não haja nenhum tipo de distúrbio neuropsíquico. Ela se apresenta de diversas formas, como choro, grito, riso e sons da fala. É um dos meios de comunicação do indivíduo com o exterior.

Diante dessa breve introdução, pode-se inferir que o ato de fala consiste numa atividade corriqueira que está presente em nosso dia a dia e que falar é uma tarefa fácil e prática, comum na vida das pessoas. Nas palavras de Marcuschi (2001) <sup>3</sup> : “A fala seria uma forma de produção textual-discursiva para fins comunicativos na modalidade oral (...) sem a necessidade de uma tecnologia além do aparato disponível pelo próprio ser humano”. O mesmo autor, citado em Fávero (2002), diz que, a fala: “[...] é uma atividade linguística básica, que pertence às práticas diárias de qualquer cidadão, independentemente de seu nível sociocultural. Ela representa o intercurso verbal em que duas ou mais pessoas se alternam, discorrendo livremente sobre questões propiciadas pela vida diária.”

Já Urbano (2000), a respeito disso, nos afirma que: “A fala é um processo natural que faz uso dos órgãos da fala.”

Além dessa constatação, podemos dizer que a fala conta com outros recursos comunicativos que são: expressão facial, olhar, gesticulação, postura corporal, contato físico (ou toque), entre outros que poderiam ser citados.

Sobre isso, em Marcuschi (op.cit.), temos que: “[...] (A fala) caracteriza-se pelo uso da língua na sua forma de sons sistematicamente articulados e significativos, bem como os aspectos prosódicos, envolvendo, ainda, uma série de recursos expressivos de outra ordem, tal como a gestualidade, os movimentos do corpo, a mímica.”

Ainda em Urbano (op.cit), podemos verificar uma citação de Ward (1984) em que temos a seguinte informação: “[...] O contexto da situação da comunicação oral dispõe de meios paralinguísticos, gestos, tom de voz e entonação [...].”

Diante desse quadro, podemos dizer que a fala é uma modalidade linguística expressiva e extremamente relevante para os estudos e pesquisas científicas. Entretanto, somente a partir da década de 60, é que surge a teoria da Análise da Conversação (AC), cujas ideias iniciais foram trazidas por meio do Prof. Marcuschi, principal teórico no Brasil. Até esse momento, o nosso País ainda não tinha registrado nada do falar do povo brasileiro.

Em 1969, após um longo caminho percorrido, acontece, em Porto Alegre, a primeira reunião nacional do projeto NURC, conforme pode-se acompanhar com Castilho (1990): “A I Reunião Nacional dos Responsáveis pela Execução do Projeto NURC deu-se em Porto Alegre, em novembro de 1969, sob os auspícios da Universidade Federal do Rio Grande do Sul”.

Desde, então, muitos estudos em torno da Língua Falada têm sido realizados caracterizando assim a necessidade de se descrever e de se analisar, por meio dessa modalidade linguística natural, prática e indispensável a todos nós, como interação locutores e interlocutores num processo comunicacional mútuo, criativo,

<sup>3</sup> Optamos pelas citações diretas (no “corpo” do trabalho) para que o número de páginas não se excedesse.

coordenado, entre outros importantes fatores. Marcuschi (1991), sobre a Análise da Conversação, pontua que: “A rigor, a AC é uma tentativa de responder a questões do tipo: como é que as pessoas se entendem ao conversar? Como sabem que estão se entendendo? Como sabem que estão agindo coordenada ou cooperativamente? Como usam seus conhecimentos linguísticos e outros para criar condições adequadas à compreensão mútua? Como criam, desenvolvem e resolvem conflitos interacionais?”

## 1.2 Língua Escrita

“A escrita é um fato histórico e deve ser tratado como tal e não como língua natural.” (Marcuschi, 2000)

Ao contrário da Língua Falada, a escrita não é uma língua natural. Para muitos, não consiste num ato fácil, ao contrário, na maioria das vezes, exige elaboração, conhecimento das regras gramaticais, pois é adquirida na escola, possui aspectos formais <sup>4</sup> e não conta com a presença física do interlocutor, conforme pode-se ver em Urbano (2000): “[...] Há, na produção do texto escrito, entre outros fatores, a ausência física do interlocutor e a substituição do canal sonoro pelo visual.”

Em Vanoye (1996), temos a seguinte definição: “A escrita fixa a linguagem articulada, mas, ao fazê-lo, ela transforma essa linguagem (passagem da fonia à grafia) numa nova linguagem, que possui uma existência independente da primeira. A escrita é muito menos móvel do que a fala, suas transformações são muito lentas e muito pouco numerosas.”

Todavia, há outros aspectos a serem mencionados sobre a escrita. Para o mesmo autor<sup>5</sup>, há de se salientar que: “É graças à escrita que o homem pode efetuar uma reflexão, uma análise do seu próprio pensamento (...) A escrita é — cada vez mais — uma garantia legal: confia-se sempre mais numa assinatura do que numa palavra dada, num contrato mais do que num aperto de mão.”

Além desse aspecto, sabe-se que a escrita é planejada, elaborada, preparada antes de ser comunicada; isso envolve uma lógica, um raciocínio, o uso adequado das palavras, bem como das regras que compõe a língua; pode, ainda, ser revisada e apagada quantas vezes se fizer necessário. Urbano (2000), sobre isso nos ressalta o seguinte: “Em se tratando do texto escrito, o escritor planeja, às vezes até por dias, o texto.”

Marcuschi (1991) acrescenta ainda que, na escrita, dispomos de um tempo maior para corrigirmos os erros, retocarmos ou enfatizarmos as ideias principais, revisarmos o estilo, enfim, “lustrarmos” o texto produzido, para só a partir disso, enviarmos ao leitor a versão final.

Enfatizando as mesmas ideias, Barros & Melo (1990) apresentam a seguinte reflexão: “[...] Na escrita, tem-se mais tempo de elaboração e é sempre possível

---

<sup>4</sup> Estamos nos referindo aqui à modalidade culta da língua escrita.

<sup>5</sup> Idem, Ibidem.

rever-se o que já se escreveu, voltar-se atrás, apagarem-se e esconderem-se os erros, evitarem-se as repetições, reescrever-se enfim o texto.”

Urbano (2000) reflete sobre planejamento temático e planejamento verbal. Nessa mesma vereda, pode-se observar em Rodrigues (1997) que: “Podemos falar, então, num planejamento temático como característica do escrito: qualquer um que se proponha a escrever, em princípio, sabe o tema que pretende desenvolver, escolha unilateral que não leva em conta interesses e predileções do eventual leitor. A par do planejamento temático, ocorre o planejamento linguístico, ou seja, a formulação verbal também planejada. Assim, além de ser planejada, a língua escrita é também planejável, pois pressupõe articulação tanto de ideias como de dados linguísticos estabelecidos antes (ou durante?) do ato de escrever.”

Especificamente sobre a escrita jurídica, Gnerre (2001) diz o seguinte: “Para redigir um documento qualquer de algum valor jurídico é realmente necessário não somente conhecer a língua e saber redigir frases inteligíveis, mas conhecer também toda uma fraseologia complexa e arcaizante que é de praxe. Se não é necessário redigir, é necessário pelo menos entender tal fraseologia por trás do complexo sistema de clichês e frases feitas.”

Diante das considerações feitas, podemos inferir que a escrita propicia ao escritor maiores condições de se faltar sobre determinado assunto que se for produzir, antes que ele chegue às mãos do leitor, que também terá um tempo maior para digerir/compreender sobre o texto lido.

### 1.3 Língua Falada vs. Língua Escrita (Breves Considerações)

“Escrever nunca foi e nunca vai ser a mesma coisa que falar: é uma operação que influi necessariamente nas formas escolhidas e nos conteúdos referenciais.” (Gnerre, 2001).

As modalidades discursivas acima possuem características próprias, conforme pudemos observar. Enquanto a fala conta com outros recursos expressivos (voz, gestos, postura, olhar etc.) para se apoiar, a escrita já não, daí a necessidade de se buscar a clareza em sua produção.

Na fala, a construção do texto é coletiva com alternância de papéis (falante/ouvinte). Na escrita, a construção é geralmente individual e com ausência de alternância de papéis (escritor/leitor). A fala é marcada pelo caráter da espontaneidade. A escrita é mais formal.

Outro aspecto importante a se considerar é a questão da coesão e da coerência nos textos falado e escrito, uma vez que, em ambos, as ordens são totalmente distintas.

Na fala, a coesão e a coerência ocorrem por meio do contexto, ou seja, o diálogo possibilita a compreensão do que está sendo falado. Em Fávero (2001), sobre coesão, tem-se que: “A análise da coesão na conversação deve ser feita de uma maneira diferente da análise da coesão no texto escrito, exatamente porque a conversação é de natureza diferente: ela se produz dialogicamente, como criação coletiva dos interlocutores.”

Para Erlich (1993), tanto no discurso argumentativo oral quanto no escrito, a intenção de quem emite a mensagem é a de exercer uma influência a seu favor sobre a atitude ou o comportamento do receptor. Se esta intenção não é explícita, está dissimulada por uma série de estratégias argumentativas.

No âmbito jurídico, Bittar (2001) diz que, “A linguagem verbal (língua natural) representa sempre a maior base de manifestação jurídica” [...] A primazia da linguagem verbal com relação à não-verbal, neste campo, deve-se, sobretudo, ao fato de que a primeira sintetiza com maior propriedade maior número de informações.”

Para Damião & Henriques (2000), “[...] a fala é o ato individual de atualização e realização das possibilidades da língua, em atividade de caráter combinatório, resultando num enunciado particular, embora sujeito às variantes previstas no código linguístico — coletivo e abstrato. A prática social cria situações comunicativas denominadas de discurso e este é exteriorizado por meio de um sistema signifiante/significativo articulado por intermédio da modelagem lingüística, na tarefa de selecionar e articular os elementos colocados à disposição do falante, o que se denomina ‘texto’, que, em análise última, é uma espécie de produtividade social, porque objetiva empreender a interação entre o indivíduo e o meio em que ele atua.”

Para o discurso jurídico, ambas as modalidades tratadas são imprescindíveis. Petri (2000) relata que, ao ler um artigo sobre o exame a que são submetidos os bacharéis em Direito, na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a fim de se habilitarem ao exercício da profissão, dizia o coordenador dos cursos de estágio da OAB que, “[...] se o candidato não tiver algum desembaraço com a linguagem, não tiver alguma técnica de argumentação ou não tiver um bom preparo com relação à Língua Portuguesa, ele certamente não fará uma petição inicial, por mais simples que seja.”

Já, no exercício da profissão, o jurista deve apropriar-se dessas duas modalidades discursivas fazendo delas suas fundamentais ferramentas de trabalho.

No caso específico do Tribunal do Júri, o qual estaremos analisando posteriormente, a modalidade que possui maior destaque é a falada, pois é por meio da fala que as partes (promotor e advogado) tecerão suas argumentações.

Acompanhemos o que Petri (op.cit) diz sobre o discurso judiciário processual penal: “Esse discurso se encontra envolvido numa situação de conflito entre as partes implicadas: a defesa e a acusação. Este conflito terá, inevitavelmente, sua resolução formal no veredicto: uma parte será vencedora e a outra, vencida. Este veredicto, decorrente de certa forma da eficiência do discurso, é, pelo menos em tese, irreversível e irrefutável. Esse fator atribui ao discurso jurídico processual um caráter específico com efeitos pontuais: o discurso não pode ser discutido, reavaliado ou reestruturado.”

## 2. Argumentação

“Sem a argumentação, o Direito é inerte e inoperante.” (*Victor Gabriel Rodriguez*).

Entende-se por Argumentação, grosso modo, o ato de discutir, de procurar ter razão. Quando interagimos, estamos sempre buscando estratégias para argumentar, ou seja, para convencer o outro acerca do que estamos tratando. Este é um ato espontâneo, inerente às pessoas, de um modo geral, mas, normalmente, só aqueles que mergulham nesse campo do conhecimento são capazes de perceber, de observar e de conhecer as estratégias argumentativas presentes no dia a dia, nas mais diversas interações. Muitas vezes, não reconhecemos o nosso poder de persuasão<sup>6</sup>, mas utilizamo-nos dele para conseguir alcançar tudo que queremos, ainda que não se conheça teoricamente como as técnicas e estratégias se processam, estamos constantemente nos apoiando nelas. Até o modo como organizamos nosso discurso é estratégico. Há marcas linguísticas, operadores discursivos, assim como o contexto, que são fatores determinantes no processo da argumentação. Dentro do contexto, por exemplo, pode-se saber quem são os participantes, qual é o papel deles, entre outros aspectos relevantes.

Ao verificarmos as marcas, pode-se provar linguisticamente se aquilo que se fala, é falado assim por que ou para quê, pois as marcas linguísticas são visíveis, portanto, constituem um material concreto, que possibilita uma análise.

Conforme dissemos anteriormente, todas essas questões só são observadas pelos estudiosos do tema em questão. Ao leigo cabe utilizar-se da arte de argumentar, de defender seu ponto de vista, de vender a sua ideia, de conseguir adeptos, de convencer, de persuadir, de fazer com que o outro compactue da sua ideia, enfim, cabe a ele argumentar, ainda que desconheça o referencial teórico dessa ferramenta imprescindível e eficaz.

Para fundamentar as ideias lançadas, compete-nos fazer algumas referências sobre esse tema, apoiando-nos em alguns autores.

Em Aquino (1997), temos que: “A Argumentação pode ser entendida como função característica da língua que reestrutura as três funções primárias de Bühler (1934): *expressar quem sou; descrever o mundo; agir sobre o outro*. Apontada como um recurso utilizado em qualquer tipo de discurso, passível de observação pelo interlocutor, corresponde a todos os expedientes utilizados numa situação discursiva que arrasta o ouvinte a acreditar numa ideia, numa ação.” Essa mesma autora cita o seguinte: “Argumentar é fornecer argumentos, apresentar razões — a favor ou contra — para alcançar uma ou outra conclusão. Corresponde à possibilidade de se detectarem técnicas que, empregadas estrategicamente, conduzem a adesão dos outros as nossas ideias.” E complementa, “[...] não há como não levar em conta o auditório; não podemos ignorar o outro; não apenas no tocante à presença física, mas a tudo o que dele e do seu discurso fazem parte. Para argumentar, o ponto de partida situa-se no conhecimento das regras, das crenças, dos valores, dos ideais de determinada comunidade.”

Para Rodríguez (2003): “Quem argumenta tem, como objetivo final, fazer com que o destinatário da argumentação *creia* em alguma coisa.” Ainda para o mesmo autor, “[...] a argumentação processa-se por meio do *discurso*, ou seja, por palavras que se encadeiam, formando um todo coeso e cheio de sentido, que produz um efeito racional no ouvinte.”

---

<sup>6</sup> Estaremos posteriormente diferenciando *persuadir* de *convencer*.

Em Koch (1996), temos que: “O ato de argumentar, isto é, de orientar o discurso no sentido de determinadas conclusões, constitui o ato linguístico fundamental, pois a **todo e qualquer discurso subjaz uma ideologia**, na acepção mais ampla do termo. A neutralidade é um mito: o discurso que se pretende ‘neutro’, ingênuo, contém também uma ideologia — a da sua própria objetividade.” (grifo nosso)

Nessa mesma vereda, Perelman & Olbrechts-Tyteca (1996) afirmam que: “O objetivo de toda argumentação é provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu assentimento: uma argumentação eficaz é a que consegue aumentar essa intensidade de adesão, de forma que se desencadeie nos ouvintes a ação pretendida [...] ou, pelo menos, crie neles uma disposição para a ação, que se manifestará no momento oportuno.”

Ainda Perelman & Olbrechts-Tyteca (op.cit) ressaltam que, argumentar é “[...] fornecer argumentos, ou seja, razões a favor ou contra uma determinada tese. Uma teoria da argumentação, na sua concepção moderna, vem assim retomar e ao mesmo tempo renovar a retórica dos Gregos e dos Romanos, concebida como a arte de bem falar, ou seja, a arte de falar de modo a persuadir e a convencer, e retoma a dialética e a tópica, artes do diálogo e da controvérsia.”

Das várias condições que, segundo esses autores, qualquer argumentação implica, citemos as seguintes: ela é situada, insere-se num determinado contexto, dirige-se a um auditório determinado. O orador, pelo seu discurso, visa exercer uma ação (de persuasão ou convicção) sobre o auditório; os interlocutores devem estar dispostos a escutar, a sofrer a ação do orador. Querer persuadir implica a renúncia, pelo orador, em dar ordens ao auditório, procurando antes a sua adesão intelectual. Tal adesão nada tem a ver com a verdade ou a falsidade das teses que o orador procura defender, mas antes com o seu poder argumentativo. Argumentar implica, finalmente, pressupor que é tão possível defender uma tese quanto a sua contrária.

Nesta concepção da argumentação, aparece como central a noção de auditório, definido por Perelman & Olbrechts-Tyteca (op.cit) como “[...] o conjunto daqueles que o orador quer influenciar mediante o seu discurso.” Visando provocar a adesão do auditório a certas teses, é fundamental para o orador começar por conhecer quais as teses e os valores inicialmente admitidos por esse auditório, pois eles deverão constituir o ponto de partida do discurso.

Aquino (1997) esclarece que: “O discurso persuasivo carrega o auditório a sentir-se identificado com o comunicador e nisto reside a busca do acordo, a procura do ajuste. Parece-nos que não há melhor maneira de se conseguir a adesão que não seja por intermédio de um acordo; a argumentação depende de acordos entre os interlocutores e eles são colocados como condições de eficácia do discurso argumentativo, sendo considerados em relação às premissas da argumentação”.

Para fecharmos essas considerações sobre a Teoria da Argumentação e, em seguida, tratarmos desse tema no âmbito jurídico, gostaríamos de citar algumas palavras de Miguel Reale (1973): “Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou técnica da argumentação como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes. Tão forte e generalizado se tornara o propósito positivista de uma Ciência do Direito isenta da riqueza verbal,

apenas adstrita à fria lógica das formas ou fórmulas jurídicas “[...] De uns tempos para cá, todavia, a Teoria da Argumentação volta a merecer a atenção de filósofos e juristas, reatando-se, desse modo, uma antiga e alta tradição, pois não devemos esquecer que os jovens patrícios romanos preparavam-se para as nobres artes da Política e da Jurisprudência nas escolas de Retórica.”

## 2.1 A Argumentação na Ciência do Direito

Desde o final da década de quarenta e durante todos os anos cinquenta, os estudos de orientação argumentativa já vinham se apresentando e se consolidando de forma significativa no pensamento filosófico contemporâneo. Entretanto, foi somente a partir de meados da década de cinquenta que uma Teoria da Argumentação, propriamente jurídica, pôde ser vislumbrada, quando Viehweg publicou, no ano de 1953, *Topik und Jurisprudenz*<sup>7</sup>, inaugurando a abordagem tópica no Direito.

A intenção de associar as pesquisas em argumentação aos estudos de Direito, também esteve presente em Perelman, que, desde seus primeiros trabalhos em Retórica, ainda no final dos anos quarenta, já se utilizava, didaticamente, de exemplos vindos da prática jurídica para ilustrar o emprego de sua Teoria da Argumentação.<sup>8</sup>

A Argumentação na ciência do Direito tem suas peculiaridades, as quais estaremos percorrendo nessas próximas linhas.

Antes de convencer o júri, o advogado procura convencer-se a si mesmo de que a solução a ser pleiteada é a melhor. Para isso, procede a uma análise prévia do processo, sendo seu primeiro julgador. Sob a ótica da tese contrária, imagina todos os argumentos oponíveis aos seus e tenta combatê-los mentalmente.

Além desse fator, o discurso jurídico se apóia muito na linguagem persuasiva e aqui convém fazermos uma distinção entre persuadir e convencer, muitas vezes tomados como sinônimos.

Perelman & Olbrechts — Tyteca (1996) salientam que: “Para quem se preocupa com o resultado, persuadir é mais do que convencer, pois a convicção não passa da primeira fase que leva à ação.” [...] em contrapartida, para quem está preocupado com o caráter racional da adesão, convencer é mais do que persuadir. Aliás, ora essa característica racional da convicção depende dos meios utilizados, ora das faculdades às quais o orador se dirige.”

Os mesmos autores propõem-se a chamar “*persuasiva*” a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar *convincente* àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional”. Salienta-se que o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri é um auditório particular, portanto, o que nele impera é a argumentação persuasiva.

---

<sup>7</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudência*. Trad. de Luís Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1986.

<sup>9</sup> Essa breve menção à Perelman é devida, uma vez que grande parte de nossa análise se fundamentará nesse autor.

A diferenciação entre persuadir e convencer se torna importante na medida em que, for analisada a intenção do orador: se relacionada aos fins, às ações praticadas pelo auditório a partir do discurso, trata-se de um discurso persuasivo<sup>9</sup>; porém, se a intenção estiver centrada na razão, com o objetivo de fazer com que o outro concorde com o argumento, trata-se de um discurso convincente. A finalidade do orador é fazer com que cada um aja de acordo com o seu discurso; a argumentação, aqui, é apenas um meio utilizado para satisfazer interesses do próprio orador.

Desta forma, segundo Perelmam & Olbrechts - Tyteca (1996), é possível que haja persuasão mesmo sem que o outro tenha sido convencido racionalmente de determinado assunto. A causa da ação do outro, ao ser persuadido, é subjetiva. Pelo ato de convencer, compreende-se todo o ato dotado de racionalidade, uma vez que, se utiliza de um raciocínio lógico, embasado em provas objetivas, capaz de atingir a qualquer pessoa independente da temporalidade. Está centrado na formação da consciência do indivíduo. Contudo, o fato de uma pessoa ter sido convencida de que algo está certo não significa que ela passará a agir de acordo. O ato de convencer não acarreta necessariamente a prática.

### 3. Tribunal do Júri - História e Descrição

Com a feição mais aproximada da que conhecemos hoje, o júri originou-se na Inglaterra, no período sucessivo ao Concílio de Latrão. Remonta, entretanto, ao período áureo do direito romano com os seus *judices juratis*. Entre os gregos era formado dos *diskatas* e entre os germanos pelos *centeni comites*.

De início, revelava forte conotação mística e religiosa, tanto que era formado de doze jurados, número que corresponde ao dos doze apóstolos, seguidores de Cristo nos seus dias da Galiléia.

Chegado a Gália, conseguiu ser ali rapidamente adotado, uma vez que representou a forma de, na época da revolução burguesa, ser manifestado o repúdio e aversão tributados à classe dos magistrados, historicamente vinculada à nobreza e artífice de toda sorte de arbitrariedades. Foi a época das práticas irracionais dos chamados "juízos de Deus" de que os combates judiciais, a imersão em água fervente, a aplicação do ferro em brasa foram algumas das mais bárbaras demonstrações. Da França, disseminou-se por todo o continente.

Data deste tempo, o direito de dizer, por parte de um juiz togado, se o réu devia ou não ser submetido ao crivo do julgamento popular.

No Brasil, a instituição do júri é datada de 18 de junho de 1822 e se encarregava do julgamento dos crimes de imprensa. Em 1824, inserido na Constituição do Império, passou a integrar o Poder Judiciário. Pelo Código de Processo Criminal de 1832 e pela reforma de 1871, foi alterado em sua estrutura e competência. Mantido na Constituição de 1891 e nas sucessivas, até 1937, quando a

---

<sup>9</sup> Monteiro (2003), baseada em Perelman, faz o seguinte comentário, a respeito disso: "A persuasão do auditório é o objetivo do orador preocupado com o resultado de seu discurso, já o discurso convincente é aquele que se destina a obter a adesão racional dos ouvintes, apelando para a convicção crítica deles, e não para qualquer ordem de apelo emotivo."

Carta foi omissa sobre ele, razão que a fez vir a ser corrigida por um Decreto-Lei, o de nº 167, de 5 de janeiro de 1938, o qual delimitava a soberania dos veredictos.

Atualmente, em toda Comarca são alistados, anualmente, cidadãos entre 21 (vinte e um) a 60 (sessenta) anos de idade, pessoas indicadas pelas diferentes repartições em que trabalham e que vão estar a serviço do júri, o que é obrigatório. O exercício efetivo da função de jurado constitui serviço público relevante, estabelece presunção de idoneidade moral, assegura prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo, bem como preferência, em igualdade de condições, nas concorrências públicas.

Os jurados representam a sociedade da qual fazem parte. Quando investidos da função, decidem em nome dos demais. É, portanto, o júri, expressão eminentemente democrática, intérprete da vontade do povo, competindo aos que o integram agir de forma independente e nobre. Por isso, conta com a votação secreta e seu veredicto é soberano.

Os sete integrantes do Conselho de Sentença, sorteados entre os vinte um convocados para cada sessão, são juizes de fato. Podem requerer diligências, mais que simplesmente ouvir respostas formuladas pelo Juiz, pela defesa ou pelo Ministério Público, inquirir as testemunhas, valerem-se de quaisquer recursos que os conduzam a um juízo preciso a respeito da decisão a ser tomada. Assim, formam a própria convicção e mediante resposta por um NÃO ou um SIM, cédula que vão depositando numa pequena urna, após cada uma das questões que lhe são propostas, decidem pela inocência ou pela culpa de quem devem julgar.

É a eles que se dirigem o Ministério Público, na figura do promotor de justiça e a defesa, no caso, o advogado, cada qual apresentando sua versão (por meio de estratégias argumentativas) da conduta em julgamento. Em número de sete, jamais correm o risco de ocorrência de um empate na votação. O Juiz de Direito que ali está, preside a sessão, cuida da ordem e da normalidade dos atos, mas quando ao final, vai dar a sentença, estará condicionado ao que lhe tiver sido prescrito pelos jurados, nem mais, nem menos. Júri popular é, portanto, julgamento de alguém do povo, pelo próprio povo.

### **3.1 Apresentação do *corpus***

Conforme já foi dito, nosso *corpus* é composto de uma filmagem feita da sessão do Tribunal de um Júri realizado em Sorocaba/São Paulo. Para isso, recebemos autorização do juiz presidente, bem como das partes envolvidas (promotor de justiça e advogado de defesa)

Trata-se do julgamento de um réu por tentativa de homicídio<sup>10</sup>. Coube ao promotor acusar o réu, e ao advogado, defendê-lo. Ambos se posicionaram frente aos sete jurados para proferirem seus discursos persuasivos/argumentativos, pois a eles é atribuída a missão de condenar ou absolver aquele que cometeu o delito.

---

<sup>10</sup> Não estaremos aqui nos aprofundando nas questões relacionadas ao Direito Penal por entendermos não ser esse o nosso objeto de estudo.

Optamos em analisar a argumentação exercida pelo advogado de defesa. Com isso, estaremos fazendo um recorte de todo o *corpus* nos atendo apenas às interações desenvolvidas por ele junto aos jurados.

### 3.2 Análise do *Corpus*

“O exórdio que se refere ao auditório visará a estimular o amor-próprio deste, falando de suas capacidades, de seu bom senso, de sua boa vontade. O pregador que se dirige publicamente a Deus para pedir-lhe a abertura dos corações, [...] dispõe favoravelmente o auditório com essa evocação.” (Perelman & Olbrechts -Tyteca (1996).

O advogado iniciou o seu discurso fazendo uma oração rogando a Deus que desse entendimento aos jurados e que orientação ao Dr. Juiz de Direito. Estrategicamente, a referida oração é feita em latim. Possivelmente, o interesse é de demonstrar sua cultura e seu conhecimento nessa língua. Esse ato se repetiu quando o jurista encerrou a sua argumentação. Ele estendeu as mãos sobre a cabeça dos jurados, orando para que Deus os iluminasse no momento em que fossem decidir o futuro do réu. Disse assim:

“Vou impetrar uma bênção sobre vossas cabeças para que não cometaís uma injustiça.”

Após as saudações iniciais, dirigiu-se aos jurados e iniciou o seu discurso chamando-os pelos seus nomes a fim de atrair-lhes a atenção. Perelman & Olbrechts -Tyteca (*op.cit*) dizem que: “Para que uma argumentação se desenvolva, é preciso, de fato, que aqueles a quem ela se destina lhe prestem alguma atenção.”

Observamos que, no momento em que o jurista chamou cada um pelo seu nome, a postura dos sete jurados foi de extrema atenção a ele. Essa foi uma estratégia cuja finalidade, a de ter a atenção de todos, foi atingida. Ainda em Perelman & Olbrechts -Tyteca (*op. cit*), encontramos o seguinte: “Cada orador pensa, de uma forma mais ou menos consciente, naqueles que procura persuadir e que constituem o auditório ao qual se dirigem seus discursos.”

Notamos que o advogado seguiu a linha e a retórica aristoteliana ao proferir o seu discurso, pois dividiu-o em, exórdio, narração, prova, refutação, conclusão, epílogo, além disso, observamos que a principal estratégia argumentativa utilizada por ele está centrada no *ethos*, que é o caráter do orador, conforme teoria de Aristóteles, a qual estaremos discutindo mais adiante.

Retomando à questão do exórdio, o advogado se posicionou na frente dos sete jurados e procurou enaltecê-los, pois, para Perelman & Olbrechts -Tyteca (*op.cit*), seu objetivo era conquistar o auditório, captando sua atenção e seu interesse, então, ele proferiu as seguintes palavras:

“[...] de vós a lei já diz maravilhas. Ela explica bem o que sois e o que significais. O Código de Processo Penal, em seu artigo 436, diz que os jurados serão escolhidos por sua notável idoneidade e se estais aqui é porque fostes escolhidos dentre os milhares e milhares de cidadãos que existem dentro desta urbe gloriosa de Sorocaba.”

“Eu vos saúdo como os representantes mais idôneos desta nossa sociedade. Como alguém que deve estar no topo, como estais hoje, servindo de exemplo a todos aqueles que vos olham, a todos aqueles que vos acompanham, a todos aqueles que vos seguem, a todos aqueles que convosco convivem. Meus parabéns, senhores jurados, eu sei quem sois. Essas pessoas maravilhosas, cidadãos e cidadãs de idoneidade moral e intelectual. Parabéns a Vossas Excelências pela honra que mereceis de poderdes sentar num lugar que é do próprio Deus.”

“A Vossas Excelências, a nossa homenagem sincera, a nossa gratidão e eu tenho a mais absoluta certeza de que viestes aqui para fazerdes justiça”.

Em Perelmam & Olbrechts-Tyteca (*op.cit*) temos que: “Após ter preparado o auditório para escutar o que constitui a matéria própria do discurso, cumpre começar por indicar a tese que se defenderá.”

Findado o exórdio, em que se observa um desejo de conquistar o auditório, o jurista deu início à sua tese de defesa e de início utilizou do argumento de autoridade.

Petri (2000) comenta que: “Na intenção de ‘dar valor, força, peso’ à tese da ‘certeza plena e inarredável, absolutamente necessária para condenar-se quem quer que seja’, o locutor faz largo uso do mecanismo argumentativo denominado de autoridade ou arrazoado por autoridade. Referimo-nos às citações de juristas famosos e eméritos professores.”

Em Koch (1996), encontramos uma explicação, na qual a autora, com fundamento em Perelman & Olbrechts-Tyteca (*op.cit.*), assinala o seguinte: “Salienta Perelman que o mais característico dos **argumentos de prestígio** é o **argumento de autoridade**, que utiliza os atos ou julgamentos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas como meio de prova em favor de uma tese. É um procedimento retórico que, segundo diz, tem sido muito combatido, porque, nos meios hostis à livre pesquisa científica, tem sido utilizado de maneira abusiva, atribuindo-se-lhe um valor constrangente, como se as autoridades invocadas fossem infalíveis.” (grifo nosso)

Durante a defesa apresentada pelo advogado, pudemos constatar exatamente isso. Ele se apoiou durante todo o seu discurso em doutrinas e jurisprudências, muitas delas, antigas e desatualizadas. Citou, abusivamente, autoridades do meio jurídico como se estas fossem infalíveis e incontestáveis. Eis um dos exemplos:

“Eribaldo Ribeiro, um dos nomes mais conceituados pelo mundo inteiro, em seu livro, *Breves Lições de Direito Judiciário Penal* diz que, a prova é um meio pelo qual se evidencia um delito penal [...] Porque é a lei que manda. É a doutrina que está dizendo.”

Para Aquino (1997), “[...] dependendo de quem é citado, tem-se uma autoridade não questionada; além disso, ocorre a impossibilidade de transferência de responsabilidade: não se pode responsabilizar alguém pelo que foi dito por outrem”.

Nos trechos abaixo, em que o advogado tentou descaracterizar o Inquérito Policial, notamos que trata-se de uma estratégia argumentativa por meio da qual

ele tenta desmontar os argumentos apresentados pelo promotor, contra-argumentando-os, pois o criminalista sabe que toda a acusação foi pautada no Inquérito Policial, uma vez que, foi a partir deste, que o promotor elaborou a denúncia.

“Inquérito Policial não é prova, pois não cabe à polícia nenhum julgamento de valor, nenhum julgamento de valor!”<sup>11</sup>

Durante o seu discurso, em diversos momentos, o advogado se utilizou de alguns argumentos que são feitos por meio de perguntas, e sobre isso, Perelman & Olbrechts-Tyteca (op.cit.) apontam o seguinte: “O uso dialético das perguntas e respostas tende essencialmente a assegurar acordos explícitos, dos quais se poderá tirar partido em seguida [...] Uma das aplicações desse método consiste na busca de um acordo explícito sobre o ponto a ser julgado, aquele que o adversário fará depender o desfecho do debate, ou sobre as provas que ele admitirá e considerará concludentes.” Vejamos, então, os fragmentos citados:

“Que valor tem o Inquérito Policial? Como prova? Nenhuma! Zero! Zero! Zero!”<sup>12</sup> No Inquérito Policial não existe o contraditório, pelo amor de Deus!”

“Por que? Porque prova contraditória não dá para condenar ninguém, pelo amor de Deus!”

Para aqueles que acompanharam todo o processo de julgamento desse caso (plenário, jurados, entre outros), ficou evidente a falsa afirmação que o advogado fez quando tentou descrever o réu como um “santo”, conforme trecho a seguir, entretanto, conforme discutiremos anteriormente, a adesão por parte do auditório nada tem a ver com a verdade ou falsidade das teses que o orador procura defender.

“O passado dele é imaculado, não tem nenhuma mancha sequer, nunca cometeu nada que pudesse contrariar a sociedade, incomodar a sociedade.”

A ironia também deve ser considerada uma estratégia argumentativa “[...] em que se manobram as regras de coerência, sem o receio de sofrer sanções, já que seu caráter ambíguo permite mais de uma interpretação. Quem dela se utiliza, ampara-se no argumento que melhor lhe convier para se defender. Ao ironizar, infringe-se também, o princípio da sinceridade, pois a ironia é entendida como uma forma indireta de ataque (Aquino, 1997).”

Para Perelman & Olbrechts-Tyteca (op.cit.), “Através da ironia quer-se dar a entender o contrário do que se diz [...] Compreende-se que a ironia seja um procedimento mormente da defesa, pois, para ser compreendida, a ironia exige um conhecimento prévio das posições do orador; ora, estas foram postas em evidência pelo ataque.”

---

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Neste momento, ele grita exageradamente e dá murros na mesa dos jurados, revestindo-se de autoritarismo, agressividade e dureza, uma vez que, percebeu que não podia destruir os argumentos lógicos e coerentes que o promotor havia apresentado. Trata-se de uma estratégia argumentativa, o fato dele utilizar os recursos prosódicos em seu discurso, mas não estaremos nos aprofundando nas questões da voz.

O advogado de defesa utilizou-se várias vezes dessa estratégia argumentativa quando tentou desqualificar o depoimento da principal testemunha, sobre o qual o promotor baseou grande parte do seu discurso. Observemos o fragmento abaixo:

“Pelo que foi dito aqui, ela merece uma estátua em praça pública na frente do Fórum, como heroína, como santa. Só ela não falta com a verdade. Todos os outros são mentirosos, só ela é capaz de dizer a verdade. O que é isso, meu Deus?”

Uma das estratégias argumentativas mais exploradas pelo advogado foi a de trazer à lembrança do auditório aquilo que este já sabia a respeito dele. Aquino (1997) cita Erlich no tocante a esse tipo de estratégia dizendo assim: “Recorde ao interlocutor algo que sabe [...] ou recorda ao interlocutor o que ele poderia ter esquecido”.

Já dissemos que o advogado utiliza-se da retórica aristoteliana para fundamentar boa parte de suas argumentações. Quando faz uso dessa estratégia, lembramo-nos do que disse Aristóteles (1998), em sua obra *Retórica*, sobre o *Ethos*, que é o caráter do orador, conforme mencionamos anteriormente.

Segundo esse autor: “Entre as provas fornecidas pelo discurso, distinguem-se três espécies: umas residem no caráter moral do orador; outras, nas disposições que se criaram no ouvinte; outras, no próprio discurso, pelo que ele demonstra ou parece demonstrar. Obtém-se a persuasão por efeito do caráter moral, quando o discurso procede de maneira que deixa a impressão de o orador ser digno de confiança [...] Obtém-se a persuasão nos ouvintes, quando o discurso os leva a sentir uma paixão [...] Enfim, é pelo discurso que persuadimos, sempre que demonstramos a verdade ou o que parece ser a verdade, de acordo com o que, sobre cada assunto, é suscetível de persuadir.”

Sem dúvida, o caráter do orador é fundamental, pois uma pessoa íntegra ganha mais facilmente a confiança do auditório, despertando nele maior predisposição para ser persuadido. Mas, trata-se aqui da impressão que o orador dá de si mesmo, mediante o seu discurso e não do seu caráter real ou a opinião que previamente têm os ouvintes sobre ele.

Aristóteles, além de analisar e sistematizar os recursos argumentativos, estuda também os fatores psicológicos da persuasão, a começar pelo caráter (*ethos*) do orador.

Para despertar a confiança nos ouvintes, o orador precisa que estes lhe reconheçam três qualidades: racionalidade, excelência e benevolência. Porque se o orador não é racional na sua maneira de pensar, então será incapaz de descobrir as melhores soluções. Já um orador racional, mas, sem escrúpulos, pode encontrar a solução ótima, entretanto, ou não a comunica, ou tenta enganar. Só num homem ilustre, ao mesmo tempo racional, excelente e bondoso, pode-se confiar. Logo, o orador deve dar a impressão de que possui tal caráter, se pretende persuadir, pois o seu êxito não depende só do que disser, mas, também da imagem que de si próprio projetar no auditório.

Sendo importante que o orador saiba dar a impressão de possuir um caráter digno de confiança, é igualmente necessário que conheça o caráter dos seus ouvintes e a ele saiba adaptar-se.

Na visão de Aristóteles, o orador de êxito busca estrategicamente influenciar o estado de ânimo do seu auditório, provocando-lhe as emoções ou paixões (*pathos*) que mais convenham à causa, pois este despertar das paixões adequadas no auditório é um dos mais importantes recursos persuasivos. De acordo com a emoção que experimentam num dado momento, os jurados estarão predispostos a decidir num sentido ou no seu oposto.

Em Aquino (*op.cit.*), encontramos uma das possibilidades estratégicas analisadas por Erlich que diz o seguinte: “Certos argumentos podem ser formulados de modo a impedir que as pessoas vejam as coisas com objetividade, com racionalidade...”

Tomemos os fragmentos abaixo como caracterização da estratégia argumentativa citada, a qual foi amplamente utilizada pelo advogado.

“Em primeiro lugar, Excelências, eu queria vos dizer que, nesses quarenta e três anos de exercício da advocacia, já fiz mais de seiscentos júris e posso garantir a Vossas Excelências que jamais enganei um réu.”

“Fica designado o Dr...<sup>13</sup> para defender esse réu. Aqui, eu gostaria de fazer um parênteses. Senhores jurados, eu, com setenta e três anos e meio de idade, quarenta e três dos quais dedicados à arte de ser a vez e a voz daqueles que não as têm. Eu me orgulho muito de ser advogado. Já fiz onze operações delicadíssimas, inclusive de ponte de safena, inclusive de um tumor que foi tido como maligno, mas não morri até hoje. Fiz outras operações, de estômago, entre outras. Eu devo ser o advogado com a OAB mais baixa de Sorocaba [...]”

“Eu sinto orgulho de ser advogado, mas nunca, nunca me sinto tão orgulhoso como quando alguém que não tem advogado, o juiz nomeia este velho cansado para ser seu advogado, onde eu não ganho absolutamente nada. O Dr. Juiz de Direito é testemunha disso, quantas vezes eu já fui nomeado advogado dativo, que ganha uma verba do Estado para defender. Eu nunca peguei um tostão do Estado para defender. Nunca pedi a verba que é devida, mas eu nunca me sinto tão grande advogado como quando defendo quem não pode me pagar. Que me tira não só um dia, mas vários dias para preparar a defesa.”

“[...] mas, mais importante que a minha saúde é eu defender um inocente, sem ganhar nada, eu que preciso ainda advogar aos setenta e três anos e meio de idade porque nasci pobre, sempre fui pobre e se Deus quiser vou morrer pobre, mas honrado.”

“Deus sabe em que situação, por exemplo, nós estamos hoje aqui, Deus sabe. Eu não quero dizer, porque não vim aqui por piedade de ninguém. Eu vim aqui buscar justiça para aquele moço que está ali, com dezoito anos de idade, honesto, honrado, que nunca praticou nenhum delito.”

“Pedi forças ao bom Deus para que eu pudesse levar a bom termo a missão que hoje eu tenho; que Ele me iluminasse, que me desse forças para poder cumprir a minha enorme missão de poder defender aqueles que não podem me pagar, mesmo eu necessitando trabalhar.”

<sup>13</sup> Optamos por não divulgar o nome do advogado envolvido no caso, mas entenda-se que, aqui, ele cita seu nome completo.

Com relação às marcas linguísticas, notadas por meio dos operadores discursivos, Petri (2001) afirma que eles desempenham um papel fundamental na orientação argumentativa do discurso, pois são como encadeadores discursivos que indicam as conclusões para as quais os enunciados apontam. Para essa autora, “[...] esses elementos gramaticais, inscritos na própria língua, deixam **marcas** precisas da argumentação linguística no discurso. Todo discurso os apresenta em maior ou menor grau, não havendo, pois, um discurso neutro.” (Grifo nosso)

O discurso jurídico, conforme pudemos observar, por suas características próprias, é altamente argumentativo/persuasivo e faz uso em larga escala desses operadores. Recortamos de todo o discurso<sup>14</sup> do advogado, o marcador **SE**, o qual foi largamente utilizado.

Esse marcador indica uma forma de condicionar uma proposição a outra. Em outras palavras, quando inicia uma oração, exprime uma condição necessária para que se realize ou se deixe de realizar o que se declara na oração principal. É também um marcador hipotético e como se pode observar, existe uma espécie de jogo de hipóteses na argumentação do jurista que é repetido e marcado pelo operador discursivo em questão.

Para Koch (op.cit.), “**condicionais** são proposições formadas de duas partes ligadas pela conjunção **se**, em que a primeira, que encerra a condição, constitui o antecedente e a segunda, o conseqüente [...] A conseqüência pode ser **mediata** ou **imediate**. É mediata, quando não há nenhum termo comum entre as partes: elas se ligam por algo que se tem na mente e que não é expresso.” (grifo nosso) Atentemos para os fragmentos transcritos a seguir.

“**Se** estiver absolutamente claro, sem nenhuma nesga de dúvida de que foi ele que atirou, deveis responder SIM...”

“**Se** os tiros foram de cima para baixo, como é possível, do chão, um tiro pegar aqui e sair aqui? Isso é uma aberração jurídica e científica.”<sup>15</sup>

“**Se** tiverdes alguma incerteza sequer, então, tens que votar **NÃO**, porque isto é o que exige de vós a lei<sup>16</sup> e é a posição em que estais agora como nós lemos e releemos muitas vezes a Vossas Excelências.”

“**Se** entenderdes, **se** tiverdes a mais absoluta certeza, votareis pelo Sim e ele estará condenado, mas **se** tiverdes alguma dúvida, a resposta é **NÃO** e estareis fazendo justiça.”

“**Se** responderdes Não, está encerrado o caso. O réu será absolvido.” (...).

“**Se** por uma desgraça, se por uma infelicidade responderdes Sim, sois livres para isso e o voto é completamente secreto.”

---

<sup>14</sup> Ao todo, seu discurso durou duas horas e trinta minutos, divididos entre defesa e tréplica.

<sup>15</sup> Aqui, ele grita e faz uso da ilustração quando mostra aos jurados, onde os tiros entraram e onde eles saíram. Faz isso repetidas vezes, inclusive na tréplica. Para Rodríguez (2003): “O advogado do tribunal do júri tem conhecimento de que as duas horas que tem para a primeira sustentação não podem ser gastas integralmente na explicação do processo, é necessário variar, distrair [...] A ilustração é a parte figurativa da argumentação que, sem afastar-se do tema defendido, fortalece-o.”

<sup>16</sup> Usa o argumento de autoridade, quando cita a lei.

“Ireis responder Sim ou Não, se entenderdes que foi ele que realmente atirou, aí deveis responder SIM...”

“Se estais convictos de que ele é realmente o culpado, condenai-o.”

Diante desses exemplos, fica-nos evidente o jogo de hipóteses lançado pelo locutor. Ele se utiliza dessa estratégia para depositar toda a responsabilidade do julgamento nos ombros do seu auditório.

Demonstra, por meio do operador *Se*, as condições em que se encontra o réu. Dependendo das respostas (Sim ou Não) dos jurados, o acusado será condenado ou absolvido.

### Considerações finais

Logo no início deste artigo, assinalamos que a argumentação é fundamental no discurso jurídico. Isso pôde ser evidenciado no decorrer de nossas observações, ao assistirmos e filmarmos a sessão do Júri da qual tratamos.

O contexto de que tratamos é o Tribunal do Júri; nele, tanto o promotor quanto o advogado exercem importantes papéis. Ao primeiro, cabe a acusação, ao segundo, a defesa do réu. Ambos se munem de todas as estratégias argumentativas possíveis para desenvolver bem seus papéis, cuja finalidade é fazer com que o auditório sucumba às suas ideias, aderindo-as, independentemente se estas são verdadeiras ou falsas.

Optamos por analisar o papel argumentador do advogado, mas, ao assistirmos à sessão do Júri da qual tratamos, observamos que existe todo um processo interacional bastante conflituoso entre as partes, tanto nos debates, quanto na réplica e na tréplica, bem como, nos apartes, entretanto, não discorremos sobre esses tópicos, uma vez que nosso trabalho se estenderia por demais, mas convém registrar que todo esse contexto foi devidamente registrado por meio da filmagem que fizemos.

O advogado, ao exercer a função de defensor do réu, utilizou-se de vários recursos argumentativos a fim convencer/persuadir os jurados para que o seu cliente fosse absolvido, pois este era o seu objetivo. Não havia provas concretas de que seu cliente era inocente, diante disso, o jurista apelou para as emoções e para a sensibilidade do seu auditório, por diversas vezes.

Usou a autoridade de Deus ao proferir o seu discurso, citando o nome do Pai, em várias ocasiões, inclusive tratando seu auditório como se fossem representantes do próprio Deus, rezando em latim, no começo e no fim da sua argumentação para que o Salvador estivesse orientando e iluminando as mentes ali representadas. Nota-se aqui, a persuasão fortemente manifestada. Em Citelli (2004), temos o seguinte: “Uma das formações discursivas na qual se reconhece a presença da persuasão é a religiosa [...] Deus não fala [...]; quem fala em seu nome não é dono do discurso: o agente é apenas o veículo, porta-voz da palavra do Senhor.”

Citelli está se referindo aos pastores, padres, rabinos, entre outros, mas, entendemos que, ao falar inúmeras vezes em nome de Deus, durante o seu discurso, o advogado quase se confundia com a figura desses religiosos citados.<sup>17</sup>

Ao falar do seu próprio caráter, repetidas vezes, lembrou sua plateia daquilo que esta já sabia, frisando suas virtudes, bem como suas dificuldades em função da idade avançada e das doenças que teve e que ainda tem, estratégia esta que demonstra novamente o caráter emotivo, ou seja, persuasivo sobre os jurados.

Lança diversas hipóteses, por meio do marcador SE, mas todas elas convergem para uma única direção, jogar a responsabilidade da condenação “injusta” do réu sobre os jurados, uma vez que, segundo ele, as provas não eram suficientes para condená-lo.

Pouco se viu de argumentos concretos, verdadeiros, palpáveis, em seu discurso, mas há que se reconhecer que, ao seguir a teoria aristoteliana, o advogado manteve a atenção dos jurados do começo a fim de sua prédica, principalmente quando retomava suas ideias acerca de si próprio.

Outra estratégia observada e pouco comentada foi a utilização dos recursos prosódicos. Quando não queria que o promotor escutasse alguma afirmação, abaixava sensivelmente a voz. Quando queria enfatizar algum argumento, no qual sentia-se seguro, chegava aos gritos, levantando as mãos para o céu, batendo fortemente na mesa dos jurados.

Esses recursos são permissíveis por meio da modalidade discursiva falada, sobre a qual explicitamos no primeiro capítulo. A espontaneidade e a naturalidade dos gestos do advogado complementaram a sua fala, enfatizando aquilo que, para ele, era fundamental para que a adesão de seu auditório ocorresse.

Apesar de todo o seu empenho como argumentador, não houve adesão dos jurados às suas ideias. O júri foi unânime ao votar SIM, ou seja, ao condenar o réu a cumprir pena por seu delito.

A argumentação no discurso do Tribunal do Júri é extremamente ampla, nesse contexto, há diversas estratégias em jogo, no qual, tanto o ato de convencer quanto o de persuadir são visíveis nos discursos das duas partes: acusação e defesa.

Com este trabalho, pudemos conhecer mais de perto esses juristas defendem suas ideias frente a um mesmo auditório, cuja finalidade única é conseguir a “adesão dos espíritos.”

## Referências bibliográficas

AQUINO, Zilda Gaspar O. de (1997). **Conversação e Conflito**: um estudo das estratégias discursivas em interações polêmicas. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Linguística da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP.

ARISTÓTELES (1998). **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Júnior *et al.* Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda.

<sup>17</sup> Uma aluna nossa, presente na plateia, perguntou-nos se, além de ser advogado, este era também padre, confundindo-se em função das manifestações a Deus feitas pelo jurista.

BARROS, Diana L. P. de. e MELO, Zilda M. Z. C. (1990). Procedimentos e Funções da Correção na Conversação. In PRETI, D. e URBANO, H. (orgs.) *A Linguagem Falada Culta na Cidade de São Paulo*. São Paulo: T. A . Queiroz - FAPESP. v. IV.

BITTAR, Eduardo C; B. (2001). *Linguagem Jurídica*. São Paulo: Saraiva.  
CASTILHO, Ataliba T. de. O Português Culto Falado no Brasil - História do Projeto NURC / BR(1990). In PRETI, D. e URBANO, H. (orgs). *A Linguagem Falada Culta na Cidade de São Paulo*. São Paulo: T. A . Queiroz - FAPESP. v. IV

ERLICH, Frances D. de (1993). *La Interaccion Polemica: Estudio de las Estrategias de Oposición en Francés*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

FÁVERO, Leonor L. (2002). *Coesão e Coerência Textuais*. São Paulo: Ática.  
GNERRE, Maurizio. (2001). *Linguagem, Escrita e Poder*. São Paulo: Martins Fontes.

HENRIQUES, Antonio *et al.* (2000). *Curso de Português Jurídico*. 8. ed. São Paulo: Atlas.

KOCH, Ingedore G. V. (1996). *Argumentação e Linguagem*. 4. ed. São Paulo: Cortez.

MAINGUENEAU, Dominique (1991). *L'analyse du Discours*. Paris: Hachette.

MARCUSCHI, L.A. (1991). *Análise da conversação*. São Paulo: Ática.

\_\_\_\_\_. (2001). *Da Fala para a Escrita*. 2. ed. São Paulo: Cortez.

MONTEIRO, Cláudia S. (2003). *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

NORONHA, E. M. (1989). *Curso de Direito Processual Penal*. 19. ed. São Paulo Saraiva.

PERELMAN, C. *et.al.* (1996). *Tratado da Argumentação - A Nova Retórica*. Tradução Maria Ermantina G. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes.

PETRI, Maria José C. (2000). *Argumentação Linguística*. São Paulo: Plêiade. REALE, Miguel (1973). *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva.

RODRIGUES, Ângela C. S. (1997). *Língua Falada e Língua Escrita*. In PRETI, D. (org.). *Análise de Textos Orais*. 3. ed. FFLCH/USP. São Paulo: Humanitas.

RODRÍGUEZ, Víctor G. (2003). *Argumentação Jurídica - Técnicas de Persuasão e Lógica Informal*. 2ª ed. Campinas: LZN.

URBANO, H. (1997). Marcadores conversacionais. In PRETI, D. (org.). *Análise de Textos Orais*. São Paulo, 3. ed. FFLCH/USP. São Paulo: Humanitas.

\_\_\_\_\_(2000). **Oralidade na literatura - o caso Rubem Fonseca**. São Paulo: Cortez.

VANOYE, Francis. (1996). **Usos da Linguagem - Problemas e Técnicas na Produção Oral e Escrita**. São Paulo: Martins Fontes.

VIEHWEG, Theodor (1986). **Tópica y Jurisprudência**. Trad. Luís Díez - Picazo Ponce de Leon. Madri: Taurus.

# AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

MARCELO VALDIR MONTEIRO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Origem histórica da audiência de custódia no Brasil e sua evolução. 2. Superlotação do sistema prisional brasileiro. 3. Cultura do encarceramento e finalidade da pena. 4. Regras para realização das audiências de custódia. 4.1 Normas gerais. 4.2 Normas específicas. 4.2.1 Foro privilegiado. 4.2.2 Deslocamento do magistrado até o local do preso. 4.2.3 Deslocamento do preso e do magistrado se mostre inviável. 5 Das formalidades da prisão cautelar. 4.2.2 Deslocamento do magistrado até o local do preso. 5.1 Da Prisão em flagrante. 5.2 Da Prisão preventiva. 5.3 Da Prisão temporária. 6 Da ausência de audiência de custódia para manutenção da prisão: mera irregularidade ou violação a direito fundamental? Conclusão. Bibliografia.

## 1. Origem histórica e sua evolução

Audiência de *custódia* é um ato judicial que assegura o direito fundamental que todo cidadão preso tem em face do Estado de ser apresentado *pessoalmente e com rapidez* à autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro a depender de eventual prerrogativa de foro) competente para a aferição da legalidade de sua prisão (*Princípio do controle judicial imediato*). (MASI, 2017:1)

As audiências de custódia têm sua origem remota no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, adotado na sessão de 16/12/1966 (previsto no art. 9º, item 3: *Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.*) e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 592 de 06/07/1992 e também foi prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, art. 7º, item 5: *Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo*) da Organização dos Estados Americanos, assinado na conferência de 22/11/1969 e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 678/1992. (grifo nosso)

Em 2010, o Ministério Público Federal propõe uma Ação Civil Pública para que seja observado o disposto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no Pacto de São José da Costa Rica que já estavam incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro desde 1992.

---

<sup>1</sup> Advogado. Professor da Faculdade de Direito de Sorocaba e de cursos preparatórios para carreiras jurídicas. Mestre em Direito Penal pela USP e sócio do escritório Monteiro e Godoy Advogados Associados, e-mail: profmarcelovaldir@gmail.com.

Em setembro de 2011, é apresentado no Senado Federal o Projeto de Lei 554/2011 para alterar os arts. 304 e 306, Código de Processo Penal. Este projeto de lei já foi aprovado pelo Senado no final de 2016 e está aguardando votação na Câmara dos Deputados.

Em abril de 2014, o Estado do Maranhão regulamenta a audiência de custódia, com apresentação do preso em até 48 horas e em novembro de 2014 é implementada audiência de custódia em São Luiz/MA.

Em Dezembro de 2014, a Comissão Nacional da Verdade recomenda instalação da audiência de custódia (*recomendação nº 25: Introdução da audiência de custódia, para prevenção da prática da tortura e de prisão ilegal*).

Em Janeiro de 2015, o Tribunal de Justiça de São Paulo regulamenta audiência de custódia pelo Provimento Conjunto nº 3, que foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 5240) proposta pela Associação dos Delegados de Polícia, mas que, em agosto de 2015 foi julgada improcedente pelo STF.

Em maio de 2015, é proposta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao STF ante o caos do sistema prisional brasileiro (ADPF 347) e em setembro de 2015 é concedida liminar pelo STF nesta ADPF para realização das audiências de custódia.

Em Fevereiro de 2015, é apresentado projeto da audiência de custódia ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ); em dezembro do mesmo ano é editada a Resolução 213, CNJ e finalmente, em maio de 2016 são implementadas as audiências de custódia, nos moldes da Resolução do CNJ, em todo Brasil.

## **2. Superlotação do sistema prisional brasileiro**

O sistema prisional brasileiro está superlotado, conforme amplamente divulgado pela mídia e dados estatísticos extraídos do Departamento Penitenciário vinculado ao Ministério da Justiça (PIMENTA, 2016:10). Conforme verificado, no ano de 2006 o Estado de São Paulo possuía uma população carcerária de 144.430 presos, sendo que havia apenas 95.353 vagas no sistema penitenciário paulista. Em 2007, esta situação se agrava com uma população carcerária de 153.056 presos com 95.585 vagas e assim a situação vai piorando a cada ano.

No comparativo nacional, a situação não é menos dramática. Em 2014 havia uma população prisional total de 607.731 presos no Brasil para 376.669 vagas, sendo 41% preso provisoriamente.

Em resumo, pode-se afirmar que:

Quem vive a realidade da Justiça brasileira não nega que, no Brasil, existe uma verdadeira cultura do encarceramento. Apesar das inúmeras garantias e direitos individuais fundamentais previstos na CRFB, os quais assegurariam ao indiciado ou acusado a liberdade durante o curso da investigação e do próprio processo, o que se observa é a prisão como regra.

No Brasil, a prisão provisória tem sido usada como verdadeira antecipação de pena ou com finalidade diversa da que a legitimaria sob a ótica da cautelaridade.

Por conta dessa cultura do encarceramento, o número de presos provisórios no país é na média de 40% da população carcerária. (COSTA; TURIEL, 2017:5).

### 3. Cultura do encarceramento e finalidade da pena.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê como regra no art. 32, do Código Penal o início do cumprimento da pena em regime fechado, quando o réu é condenado a uma pena superior a 8 anos; em regime semi-aberto quando a pena é superior a 4 e não excede 8 anos e regime aberto quando a pena aplicada pelo magistrado na sentença é igual ou inferior a quatro anos, desde que o réu não seja reincidente.

No entanto, a mídia usa sistematicamente o Direito Penal como se fosse sinônimo de prisão em regime fechado e boa parte da população fica com sentimento de impunidade se não há um decreto prisional durante o processo.

Isto acaba por influenciar decretos prisionais por delitos pequenos, que o Direito Penal não deveria prender, mas sim aplicar outras medidas alternativas a prisão. Estas prisões provisórias somadas a morosidade da Justiça pelo excesso de processos, falta de estrutura material e humana muitas vezes fazem com que o preso provisório cumpra uma pena maior que a sentença condenatória fixará ou em regime mais severo.

A superpopulação do sistema prisional, falta de infraestrutura das penitenciárias e CDP's e o alto custo do preso são outros fatores que aniquilam a finalidade da pena (retributiva e preventiva) prevista no art. 59, CP.

Várias alterações legislativas foram feitas na tentativa de se reduzir a superlotação dos presídios e melhorar o cumprimento da finalidade da pena, como a edição da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), Lei das Penas Alternativas (Lei 9.714/98), Lei das Medidas Cautelares (Lei 12.403/11) e agora a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça que uniformiza as audiências de custódia no Brasil.

## 4 Regras para realização das audiências de custódia

### 4.1 Normas gerais

Nos termos da Resolução 213, CNJ, para a realização da audiência de custódia, que deve ser feita em até 24 horas após a comunicação da prisão, deve haver a presença obrigatória do magistrado, do Ministério Público e da Defensoria Pública ou do defensor constituído e com a AUSÊNCIA OBRIGATÓRIA dos agentes policiais responsáveis pela prisão e dos agentes responsáveis pela investigação.

Na prática, no entanto, há problemas na observação deste dispositivo extremamente útil num estado democrático onde vigora a presunção de inocência e o princípio da legalidade, conforme constatado em Relatório do Ministério da Justiça:

Vedada expressamente pela Resolução CNJ n. 213/2015, em seus arts. 4º e 6º, a presença de policiais seja durante o atendimento do preso pelo seu defensor, seja durante a realização da audiência de custódia, esta prática é regra em todos os lugares onde as audiências de custódia estão acontecendo. Com o pretexto de garantir a segurança dos presentes ou de evitar eventuais fugas, a polícia não só acompanha o preso como, às vezes, mantém uma proximidade bastante ostensiva que acaba interferindo tanto nas declarações do preso em relação à prisão quanto na narrativa de eventuais casos de tortura, mesmo

quando o preso está conversando com seu defensor. Também cabe ao magistrado, conforme art. 8º da Res. 213/2015, “[...] assegurar que a pessoas presa não esteja algemada, salvo nos casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito”. Entretanto, há locais em que esta excepcionalidade não é verificada caso a caso e já existe um texto padrão incorporado à ata da audiência determinando a manutenção das algemas nos presos. Sobre essa conduta, não há nenhum questionamento por nenhuma das partes, defesa ou acusação. Como forma paliativa, o preso é orientado a manter as mãos embaixo da mesa ou, então, seus braços são algemados na parte de trás do corpo. O preso chega a assinar a ata da audiência ainda algemado (PIMENTEL, 2016:46).

O defensor constituído **deve ser notificado pelo delegado da data da audiência de custódia** (e-mail, tel. ou mensagem de texto) — *art. 5º, Res. 213* — sendo-lhe assegurado **atendimento prévio e reservado** por advogado, sem a presença de agentes policiais, em local apropriado visando a garantia da confidencialidade (*art. 6º, Res. 213*).

**Funcionário do juízo esclarece ao preso** os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia e efetua o cadastro da audiência no SISTAC (*Sistema de Audiência de Custódia*);

Durante a audiência de custódia o juiz deve entrevistar o preso esclarecendo o que é a audiência de custódia; assegurar, como regra, que o preso não esteja algemado; cientificá-lo do direito de permanecer em silêncio; questionar se lhe foi assegurado o direito de consultar com advogado; atendido por médico e comunicar-se com seus familiares; indagar sobre as circunstâncias da prisão; perguntar sobre o tratamento recebido e eventual ocorrência de tortura e maus tratos; verificar se houve realização de exame de corpo de delito; abster-se de fazer perguntas visando produzir prova para a investigação ou ação penal; adotar providências para sanar irregularidades; averiguar hipóteses de gravidez, filhos ou dependentes, doença grave, transtornos mentais e dependência química.

Reperguntas podem ser feitas pelo MP e pela defesa técnica e, finalmente, o juiz profere sua decisão que pode ser: relaxamento do flagrante; liberdade provisória, sem ou com medida cautelar; decretação da prisão preventiva; outras medidas necessárias à preservação de direitos (*providências no caso de tortura, maus tratos, internação etc.*).

Relaxado o flagrante ou concedida liberdade provisória, prontamente será colocado o preso em liberdade, mediante expedição do alvará de soltura.

Deve-se ter cuidado para a “mecanização” do Poder Judiciário, adotando-se condutas meramente formais na realização do “rito” da audiência de custódia faça com que ela perca sua finalidade. Relatório do Ministério da Justiça já constatou a existência deste problema:

Todos os parceiros que fizeram o acompanhamento presencial das audiências relataram e todas as audiências presenciadas por esta consultoria confirmaram o relato de que as audiências ocorrem muito mais voltadas ao cumprimento do ritual que lhes foi imposto do que para averiguar a real necessidade de manutenção da prisão e as reais circunstâncias da prisão (PIMENTA, 2016: 44).

**Concedida Liberdade Provisória com aplicação medida cautelar** serão estipulados prazos para seu cumprimento e para a reavaliação de sua manutenção.

O art. 319, CPP prevê várias possibilidades de medidas cautelares: comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; Proibição de manter contato com pessoa determinada; Proibição de ausentar-se da comarca; recolhimento domiciliar no período noturno; suspensão do exercício de função pública; internação provisória; fiança; monitoração eletrônica; proibição de ausentar-se do país.

A **Monitoração eletrônica** é excepcional, sua reavaliação periódica e somente é cabível em crime doloso com pena máxima superior a 4 anos, ou reincidente, ou violência doméstica, quando não couber outra medida menos gravosa (art. 10, Res. 213, CNJ)

**Averiguada necessidade de medida de proteção ao preso deve ser assegurada prioridade** na manutenção da integridade pessoal do denunciante, das testemunhas, do funcionário que constatou os abusos e de seus familiares (art. 11, Res. 213)

Verifica-se, portanto, que um dos objetivos principais da audiência de custódia é verificar como se deu a detenção e se houve tortura ou maus tratos quando da prisão. Agora, para realização da audiência de custódia, como uma das perguntas obrigatórias que o juiz deve fazer ao preso é se houve tortura ou maus tratos e, para assegurar a lisura e sinceridade na apuração deste fato, a resolução proíbe taxativamente a presença de quem efetuou a prisão na audiência.

No caso **Prisão cautelar ou definitiva** também é assegurada audiência de custódia (art. 13, Res. 213) e **todos os mandados de prisão** devem constar expressamente a determinação para apresentação à audiência de custódia.

Neste sentido reforça a doutrina:

A importância protetiva do ato, porém, estende-se a qualquer espécie de prisão de natureza cautelar (preventiva, temporária, para fins de extradição, etc.) e até mesmo após o cumprimento do mandado de prisão definitiva. Isso porque os tratados, internacionais que tratam da matéria não fazem tal distinção, devendo ser interpretados sempre de forma ampliativa (princípio da proteção suprema do ser humano, ou *pro homine*), em favor da máxima efetividade dos direitos humanos e da primazia da norma mais favorável ao indivíduo. (MASSI, 2017:3).

## 4.2 Normas específicas

### 4.2.1 Foro privilegiado

No Brasil ainda há muitas pessoas com foro privilegiado, também chamado de foro especial por prerrogativa de função, como por exemplo, deputados federais, senadores de república, governadores de Estado, Prefeitos Municipais, magistrados e membros do Ministério Público.

Nestes casos, como a Constituição Federal determina o julgamento pelo juiz natural, se estas autoridades forem presas, devem ser apresentadas ao Tribunal competente para o julgamento. No entanto, a Resolução 213/15, CNJ prevê no art. 1º, §3º, a possibilidade do Tribunal designar um juiz para o fim específico de realizar a audiência de custódia, justamente para que seja dado cumprimento ao prazo de 24 hs. para apresentação do preso.

#### 4.2.2 Deslocamento do magistrado até o local do preso

Caso o preso não possa se deslocar até o fórum competente, a Resolução prevê no art. 1º, § 4º a possibilidade do magistrado se deslocar até o local do preso para realização da audiência de custódia nos casos de grave enfermidade ou qualquer outra impossibilidade de apresentação do preso ao juiz no prazo de 24 horas.

#### 4.2.3 Deslocamento do preso e do magistrado se mostre inviável

O Brasil é um país de dimensões continentais e demograficamente muito desproporcional, com regiões superpopulosas e, outras, não.

Como o Código de Processo Penal é nacional, assim como a Resolução do CNJ podem surgir casos onde o deslocamento do preso e do magistrado se mostrem inviáveis. Neste caso excepcional, a Resolução 213, CNJ prevê que o preso deve ser apresentado imediatamente após restabelecida a condição de saúde ou de apresentação (art. 1º, §4º).

### 5. Das formalidades da prisão cautelar

A prisão cautelar é exceção, tendo em vista o princípio da presunção de inocência e alguém só pode ser preso cautelarmente nos casos expressos de flagrante, preventiva ou temporária. Como são formas excepcionais de prisão devem ser interpretadas restritivamente e há expressa previsão na Constituição Federal que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária competente.

Neste sentido, temos que:

A liberdade, como dito anteriormente, é um dos mais poderosos bens que o homem carrega consigo, e somente poderá ser relativizada visando apenas, e não mais do que isso, a preservação da liberdade de todos, dentro de uma organização social, de forma justificada e desde que não haja outra maneira de acautelar o bem social pretendido.

Uma intervenção estatal acima do necessário leva a uma situação ditatorial, o que não interessa a uma sociedade, mas somente a um grupo determinado, sendo certo que uma decisão judicial, ainda que interlocutória, que determine a restrição da liberdade do indivíduo sem garantir-lhe a aplicação de normas que lhes são favoráveis, será ilegal, abusiva e arbitrária, especialmente se sua fundamentação for genérica e sem qualquer lastro probatório. (BARROS, 2015:1)

Assim, necessário para a prisão cautelar que todos os requisitos formais para manutenção da prisão estejam preenchidos e que seja necessária a segregação cautelar, justificando-se o porquê do não cabimento de outras medidas cautelares, sob pena de ilegalidade da prisão.

A audiência de custódia nas prisões cautelares serve também para humanizar a atuação judicial, pois:

Assim, no grande exemplo do interrogatório judicial, a audiência de custódia, na presença do juiz e do réu num mesmo ambiente, num mesmo ato, a troca de fala entre ambos, potencializa a humanização da prisão preventiva, que, sem sombra de dúvidas, culmina em maiores chances de liberdade e menos

### **5.1 Da prisão em flagrante**

As modalidades de prisão em flagrante estão descritas no art. 302, CPP, que considera em flagrante quem está cometendo a infração penal, acabou de cometê-la, é perseguido logo após a infração penal ou é encontrado com instrumentos ou objetos que façam presumir ser ele o autor da infração penal.

Não há necessidade de mandado de prisão para prender em flagrante, mas justamente por isso suas formalidades devem ser seguidas rigorosamente como previstas na legislação, sob pena de relaxamento da prisão.

Assim, o delegado de polícia ao lavrar o auto de prisão em flagrante deve ouvir primeiro o condutor, depois as testemunhas e por último interrogar o preso. Serão comunicados imediatamente o juiz competente, o MP e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.

O auto de prisão em flagrante deve ser distribuído pela polícia civil no fórum local e, então, em 24 horas, o preso encaminhado para realização da audiência de custódia, onde o magistrado terá três opções: relaxar o flagrante, pois a prisão foi ilegal; conceder liberdade provisória com ou sem medidas cautelares, pois não estão presentes os requisitos da preventiva; decretar a prisão preventiva.

### **5.2 Da prisão preventiva**

Para o magistrado decretar a prisão preventiva é necessário fundamentar em uma das hipóteses do art. 312, CPP (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal; assegurar aplicação da lei penal), desde que presentes uma das condições do art. 313, CPP (crime doloso, punido com pena maior que 4 anos, reincidente condenado por crime doloso, infração prevista na Lei de Violência Doméstica, dúvida sobre a identidade do acusado) e que haja indícios suficientes de autoria e prova da existência do delito.

Agora, com a exigência da realização da audiência de custódia para todos os mandados de prisão cumpridos, se faz necessário também a formalidade da realização da audiência de custódia, sob pena de vício na prisão, com sua consequente revogação por violação a direito fundamental.

### **5.3 Da prisão temporária**

A prisão temporária somente pode ser decretada no curso da investigação criminal, nas hipóteses restritas da lei 7.960/89 pelo prazo de 5 dias, prorrogável uma única vez por mais 5 dias, com exceção dos crimes hediondos ou assemelhados que tem o prazo de prisão temporária de 30 dias, prorrogável uma vez por mais 30 dias, desde que imprescindível para as investigações do Inquérito Policial ou se o indiciado não tiver residência fixa ou não esclarecer sua identidade para os crimes arrolados no inciso III, do art. 1º da referida lei.

Como há expedição do mandado de prisão, também se faz necessária a realização da audiência de custódia para validar a prisão temporária e garantir direitos fundamentais do investigado. Sua ausência, assim como no caso do flagrante e da preventiva, caracteriza nulidade da prisão.

## **6 Da ausência de audiência de custódia para manutenção da prisão: mera irregularidade ou violação a direito fundamental?**

A audiência de custódia busca efetivar direitos fundamentais da pessoa presa e atua como “instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais que fortalece a visão do juiz como fiador desses mesmos direitos perante a sociedade e as instituições policiais hoje fragilizadas pela desconfiança de que são protagonistas de abusos e torturas por ocasião da realização de prisões em flagrante.”

Apesar deste entendimento da audiência de custódia como meio de efetivação dos direitos fundamentais, muitas decisões de Tribunais Superiores entendem que a não realização da audiência de custódia trata-se de mera irregularidade, caso haja conversão do flagrante em preventiva. Vejamos:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. SUPERVENIÊNCIA DE DECRETAÇÃO DA PREVENTIVA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONTUMÁCIA DELITIVA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE POSSÍVEL PENA A SER APLICADA. CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. I - Não se vislumbra

ilegalidade passível de concessão da ordem de ofício quando não realizada a audiência de custódia, uma vez que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que eventual nulidade do flagrante fica superada com a superveniência do decreto de prisão preventiva (precedentes).

Processo RHC 85101 / MG, RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2017/0127723-4

Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 15/08/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 21/08/2017.

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CUSTÓDIA CAUTELAR FUNDAMENTADA. REITERAÇÃO DELITIVA. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. ILEGALIDADE NÃO CONSTATADA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1.

Apresentada

fundamentação válida para a custódia cautelar, consistente na vivência delitiva do paciente, não há que falar em constrangimento ilegal passível de habeas corpus. 2. O entendimento majoritário desta Sexta Turma é no sentido de que a não realização de audiência de custódia não enseja nulidade da prisão preventiva em que posteriormente convertida, pois observadas as outras garantias processuais e constitucionais, restando então superado o exame desse tema (AgRg no HC 353.887/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em

19/05/2016, DJe 07/06/2016; RHC 76.906/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 24/11/2016; RHC 63632/PR,

Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016). 3. Habeas corpus denegado.

Processo HC 403590 / RS, HABEAS CORPUS 2017/0141478-2 Relator(a) Ministro NEFI CORDEIRO (1159) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 15/08/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 28/08/2017.

Estes acórdãos do STJ fundamentam que a decretação da prisão preventiva seria suficiente para sanar a ausência da audiência de custódia da prisão em flagrante.

Ocorre que este entendimento da ausência da audiência de custódia ser mera irregularidade parece partir de uma premissa errada. Antigamente, realmente se houvesse nulidade ou irregularidade no flagrante, a prisão deveria ser relaxada, mas se estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva o juiz decretava a preventiva e isto era suficiente para manter a prisão. No mesmo despacho o juiz relaxava o flagrante e já decretava a preventiva. Mas hoje a audiência de custódia é necessária tanto para o flagrante quanto para a preventiva! O juiz pode até relaxar a prisão e converter o flagrante em preventiva, mas sempre com a realização da audiência de custódia, pois caso contrário, não é mais o flagrante que está irregular, mas sim a própria prisão preventiva.

Não se pode olvidar que se a audiência de custódia foi criada justamente para efetivação dos direitos fundamentais e a Constituição Federal prevê que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária competente, a ausência da audiência de custódia se torna requisito essencial para validação da prisão e não mera irregularidade. Neste sentido já se manifestaram os tribunais:

Nos termos do decidido liminarmente na ADPF 347/DF (Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 9-9-2015), por força do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e como decorrência da cláusula do devido processo legal, *a realização de audiência de apresentação é de observância obrigatória. Descabe, nessa ótica, a dispensa de referido ato sob a justificativa de que o convencimento do julgador quanto às providências do art. 310 do CPP encontra-se previamente consolidado. A conversão da prisão em flagrante em preventiva não traduz, por si, a superação da flagrante irregularidade, na medida em que se trata de vício que alcança a formação e legitimação do ato construtivo (STF, HC 133.992/DF, 1ª T., rel. Min. Edson Fachin, j. 11-10-2016, DJe 257, de 2-12-2016).* (grifo nosso)

Habeas Corpus - tráfico de drogas - denúncia pelo artigo 33, caput da lei nº 11.343/06 - prisão em flagrante convertida em preventiva - audiência de custódia

- previsão em pactos e tratados internacionais ratificados pelo Brasil - controle de convencionalidade - efetivação dos direitos humanos previstos na ordem internacional - requisitos da prisão - fundamentação com base na quantia considerável de drogas - ausência de melhor técnica - falta de conexão lógica - quantidade concretamente apreendida que não se revela expressiva - ausência de perigo concreto - medidas cautelares alternativas - circunstâncias do caso que indicam a necessidade e adequação de sua aplicação - artigo 282 do código de processo penal - ordem conhecida e concedida por unanimidade. (HC nº 1.358.323-2, TJ-PR, Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto, j. 23/04/15).

Habeas Corpus - ausência de audiência de custódia (grifo nosso)

Em terceiro lugar e que também não pode ser chancelada está a mais do que absurda linha argumentativa, desenvolvida pelo Juízo de piso, segundo a qual “o mencionado Pacto não dispõe acerca de qualquer ilegalidade relativa a não apresentação do preso no momento pretendido pela defesa” (???!!!). Ora, o descumprimento de um primado afeto à garantia dos direitos humanos, contido em acordo internacional e cujo teor foi ratificado pelo Brasil, repise-se, ostenta hierarquia equivalente àquela concernente aos princípios constitucionais, parecendo incabível ingenuidade crer-se que o seu descumprimento restará impune e sem gerar consequências processuais imediatas. (TJ-RJ, Sexta Câmara Criminal, Habeas Corpus nº 0064910-46.2014.8.19.0000 Relator: Des. LUIZ NORONHA DANTAS. J. 25/01/15). (grifo nosso)

Habeas Corpus. Roubo. Audiência de Custódia. Obrigatoriedade. Ordem parcialmente concedida. A audiência de custódia consiste na apresentação do preso à autoridade judiciária para que sejam analisadas a legalidade e necessidade da prisão, ocasião em que também serão avaliadas eventuais ocorrências de tortura e/ou maus tratos, além de outras irregularidades. *A audiência de custódia não é uma faculdade do magistrado, de modo que se não houver qualquer fundamentação para rechaçar a sua necessidade, a ordem deve ser concedida para essa finalidade.* (HC 00096401920158220000 RO 0009640- 19.2015.822.0000, 2ª Câmara Criminal, TJ-RO, publicado no Diário Oficial em 18/01/2016, julgado em 13 de Janeiro de 2016, Relator Desembargador Miguel Monico Neto Relator p/o acórdão: Desembargador Valdeci Castellar Citon (Art. 31, inc. I, do RITJRO) (grifo nosso)

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. VIDEOCONFERÊNCIA. AUSÊNCIA DE ENTREVISTA RESERVADA COM DEFENSOR. PREJUÍZO DEMONSTRADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. RELAXAMENTO DA PRISÃO. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR CONFIRMADA. 1. Prisão em flagrante. Crime de moeda falsa. Apreendidas 3 cédulas falsas de R\$ 100,00 com cada paciente. 2. Prisão em flagrante dos pacientes foi convertida em prisão preventiva, em sede de plantão judiciário, sem que fosse realizada a audiência de custódia. (HC 0010089-04.2016. 4.03. 0000/SP, TRF 3ª R., Relator: Desembargador Federal PAULO FONTES, D.E. Publicado em 31/08/2016) (grifo nosso)

Assim, a ausência de audiência de custódia deve ser entendida como grave violação aos direitos do preso e à legislação e, como consequência, a prisão imediatamente revogada por afronta a direito fundamental previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido a lição de Renato Marcão:

Seja como for, para que não ocorra constrangimento ilegal, a audiência sempre deverá ser realizada, inclusive nos dias de plantão judiciário (sábados, domingos e feriados) e durante o período de recesso forense, não servindo de justificativa para sua não realização, ademais, a afirmação no sentido de que a prisão se encontra revestida de legalidade ou que a convicção do juízo fora satisfatoriamente formada com a apreciação dos documentos enviados com a comunicação da prisão. (MARCÃO, 2017:1). (grifo nosso)

Segundo CHOUKR, Fauzi Hassan, ao analisar a presença de agentes policiais na audiência de custódia “[...] a violação do quanto disposto no presente artigo traduz o que se denomina de *nulidade absoluta*, insanável e projetada exclusivamente para as consequências cautelares discutidas na audiência de custódia.” (ANDRADE, 2017: 64) E, por analogia, mais grave ainda se faz a ausência da realização da audiência de custódia.

Reforçando este entendimento, MELO, Raphael, leciona que “[...] deve-se deixar claro que o descumprimento do prazo previsto para a realização da audiência de custódia caracteriza ilegalidade. O lapso temporal para sua realização, no caso de prisão em flagrante, coincide como o prazo máximo de duração dessa prisão (48 horas) (MELO, 2016:156).”

No mesmo sentido pode-se afirmar que:

“O objetivo maior da audiência de custódia é estabelecer a condução do preso à presença da autoridade judiciária, fisicamente, logo após a prisão em flagrante, sendo que o mero encaminhamento do auto de prisão em flagrante para a autoridade judicial não cumpre com a função dessa garantia” (TÓPOR, 2015:57).

Assim, como trata-se de direito fundamental, previsto em norma supralegal (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e Pacto Internacional de San Jose da Costa Rica), julgada pelo STF (ADIN 5240 e ADPF 347) e regulamentada pelo CNJ (Resolução 213), a ausência da realização da audiência de custódia acarreta nulidade absoluta da prisão, devendo ser imediatamente expedido alvará de soltura, em cumprimento a legislação penal.

## **Conclusão**

Assim, uma vez prevista a audiência de custódia em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, e regulamentada pela resolução 213, CNJ e pela liminar concedida da ADPF 347, a não realização da audiência de custódia caracteriza afronta aos direitos fundamentais do preso e não mera irregularidade como pretende as atuais decisões do STJ, pois, em prevalecendo este entendimento, se faz letra morta todo esforço histórico, recomendações e finalidade da audiência de custódia, além de se negar efetividade a direito fundamental.

Importante salientar que não é só na prisão em flagrante que se exige a realização da audiência de custódia, mas também quando se decreta a prisão preventiva o que aniquila o argumento de que a conversão do flagrante em preventiva afasta a necessidade da audiência de custódia.

Portanto, como se exige a realização da audiência de custódia em todas as modalidades de prisão a sua ausência caracteriza a afronta a direito fundamental previsto em tratado internacional e gera nulidade de prisão, devendo ser expedido alvará de soltura, dando-se, desta forma, efetividade ao disposto pelo CNJ e STF.

## **Bibliografia**

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). **Audiência de custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. 2. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2017.

BARROS, Tiago P. **A ilegalidade da prisão preventiva sem a prévia oitiva do acusado pela autoridade judicial**. 2015. Disponível em: <<https://tiagopbarros.jusbrasil.com.br/artigos/192924234/a-ilegalidade-da-prisao-preventiva-sem-a-previa-oitiva-do-acusado-pela-autoridade-judicial>>. Acesso em 30 ago. 2017.

COSTA, César Ramos da. TURIEL, Plínio de Freitas. **A audiência de custódia como medida de proteção de direitos humanos**. IPDD (Instituto Paraense do Direito de Defesa). Disponível em: <[http://www.ipdd.org.br/conteudo\\_284\\_a-audiencia-de-custodia-como-medida-de-protecao-de-direitos-humanos.html](http://www.ipdd.org.br/conteudo_284_a-audiencia-de-custodia-como-medida-de-protecao-de-direitos-humanos.html)>. Acesso em: 09 ago. 2017.

GARBIN, Aphonso Vinicius. **Audiência de custódia, juiz e réu: a humanização da prisão preventiva - a liberdade após o interrogatório judicial**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-juiz-e-reu/>>. Acesso em: 08 mai. 2016, 30 ago. 2017.

MARCÃO, Renato. **Audiência de apresentação/custodia (resolução CNJ 213/15)**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252023,31047-Audiencia+de+apresentacao+custodiaResolucao+CNJ+21315>>. Acesso em: 18 jan. 2017; 09 ago. 2017.

MASI, Carlo Velho. **O direito à audiência de custódia continua ignorado no Brasil**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/audiencia-de-custodia-brasil/>>. Acesso em: 07 mar. 2017; 09 ago. 2017.

MELO, Raphael. **Audiência de custódia no processo penal**. Belo Horizonte, MG: Editora D'Plácido, 2016.

OLIVEIRA, Gisele Souza de et al. **Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (lei 12.403/11)**. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2017.

PIMENTA, Victor Martins; CARVALHO, Diogo Machado de. **Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento**. Departamento Penitenciário Nacional, Diretoria de Políticas Penitenciárias, Coordenação-Geral de Alternativas Penais. 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-revisado.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

TÓPOR, Klayton Augusto Martins; NUNES, Andréia Ribeiro. **Audiência de custódia: controle jurisdicional da prisão em flagrante**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2015.

# GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E JUSTIÇA CONSENSUAL, PODEM CONVIVER HARMONICAMENTE?

ARUAL MARTINS<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O Processo como forma de proteção justa e exata. 2. O Direito Penal do Equilíbrio. 3. O princípio da obrigatoriedade e a disponibilidade da ação penal da ação na atual visão do Ministério Público do Estado de São Paulo. Conclusão. Bibliografia.

## Introdução

O despontar do século XXI trouxe para o mundo do Direito, especificamente para o mundo do Direito Penal e do Direito Processual Penal, a necessidade de refletir sobre a sua eficiência e sua eficácia na sua forma e maneira de aplicação, forma e maneira cunhadas em quase 300 de uma matriz formatada no positivismo jurídico.

Se de um lado é sabido que o direito penal criado na matriz positivista, onde toda a violação da norma impõe a pena, onde o positivismo se apresenta com alta carga retributiva, e esta retribuição não se dá de forma diversa a não ser mediante o encarceramento, de outro, está na hora de se buscar formas alternativas em que tal retribuição não se mostra de tal transcendente, pois a pena nos moldes assim apresentados vai muito além da pessoa do encarrado, passando para todos aqueles que com ele vivem e convivem.

Na atual situação, na chamada sociedade pós-industrial ou sociedade de risco, o que se deve postular é a intervenção estatal mínima por meio do Direito Penal, devendo-se oferecer uma solução que valorize a cidadania, função essa que não pode ser atribuída unicamente ao legislador, mas também às configurações produzidas na sociedade.<sup>2</sup>

Diante do surgimento dessa nova mentalidade e dessa nova necessidade, o Estado, por intermédio dos seus órgãos de persecução penal, se vê diante do postulado constitucional do princípio da obrigatoriedade da ação penal, onde, em face da ocorrência de um delito a ação penal é de rigor para a imposição da

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça no estado de São Paulo. Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito de Sorocaba. Mestrando em Direito Processual Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

RESUMO: A crise do Direito Penal tem demonstrado que a aplicação da pena como única forma de sanção já não pode ser mais aceita. Discute-se se outras formas de composição de litígios fora do processo podem ser aceitas, uma vez que, excluindo-se ou mitigando-se o processo, estar-se-ia afastando os princípios constitucionais da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, bem como que o processo seria a única instância para que as partes pudessem ver garantidos os seus direitos materiais e processuais. Devem se buscar outras formas de soluções de conflitos fixando-se na justiça consensual. O Brasil não possui uma forma eficaz de justiça consensual, posto que o sistema processual pátrio ainda vive um dilema conceitual não se definindo entre sistema anglo-saxão ou continental europeu. Neste diapasão, conclui-se que a única saída é a urgente reforma do sistema processual pátrio com a valorização da justiça consensual.

<sup>2</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. A Expansão do Direito Penal. Aspectos de Política Criminal e as Sociedades Pós-industriais. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012.

reprimenda penal. Ora, diante do princípio da legalidade estrita, diante do princípio da obrigatoriedade e presente uma *notita criminis*, estamos diante da impossibilidade da disposição da ação penal.

Como então harmonizar os princípios da obrigatoriedade da ação penal, da indisponibilidade, o pode-dever do Estado em sancionar a norma penal com a justiça consensual?

Procuraremos palmilhar algum caminho nas próximas páginas deste trabalho.

## 1. O Processo como forma de proteção justa e exata

A resposta à última indagação acima proposta não pode ser dada se o sistema processual penal brasileiro não assumir a sua identidade definitiva dentre os sistemas processuais hoje vigentes. Vive-se no Brasil uma série crise de identidade processual, não se sabendo se adota o sistema anglo-saxão norte-americano ou sistema continental europeu.

Certo é que o vetusto Código de Processo Penal (também toda a legislação extra codificada), com as suas intermináveis reformas, se mostram uma figura teratológica, com a presença de institutos do direito norte-americano e do direito continental, assumindo uma face híbrida e desfigurada, tentando trazer para si tudo aquilo que acha “o melhor de cada sistema”, mas que não consegue conversar entre si por absoluta falta de sintonia na essência de cada sistema.

O processo penal pátrio, totalmente estruturado em rígidos princípios constitucionais, que se encontram esculpidos no artigo 5º da Constituição Federal, se encontra firmemente ancorado nesses princípios e deles não pode abrir mão, pois tais princípios, tidos como “direitos e garantias individuais”, não podem ser alterados e extintos, por serem cláusulas pétreas, nos exatos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal.

Assim, o processo surge como uma forma de proteção e de tratamento igualitário àqueles que demandam em juízo:

[...] levando-se em conta desigualdades individuais, que proporcionam diferentes capacidades reais de adquirir e direitos e contrair obrigações, nas situações jurídicas em que se colocam os imputados, em uma proporcionalidade de diversidades, evitando tratamento igual aos diferentes, mas prevalecendo a condição de, segundo cada situação fática e pessoal, analisada em concreto, todas as oportunidades processuais ficarem disponíveis.”<sup>3</sup>

Desta forma, o processo penal não estará preso e atado ao rigorismo constitucional exacerbado, mas terá uma mobilidade dentro dos próprios cânones constitucionais em se valendo da individualidade daqueles que demandam e são demandados.

É a individualização do processo. O processo caso a caso.

O processo é a única forma para que possa ver preservadas as garantias constitucionais legalidade e indisponibilidade do processo?

---

<sup>3</sup> PEREIRA, Cláudio José Langrovia; *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais*, Quartier Latin, São Paulo, 2008.

Obviamente que não.

Mas, atualmente, diante da atual crise do Direito Penal (e, por consequência, do Direito Processual Penal) outras formas de composição de litígio serão necessárias sendo que:

“[...] assim, no plano substantivo, SILVA SANCHEZ, propôs, um dia, um Direito Penal de duas velocidades, em que se atenda o Direito Processual Penal. ROXIN, referindo-se aos acordos no processo penal alemão, se manifesta: ‘[...] poderá ser que no futuro necessitemos de dois códigos processuais, um contraditório e outro consensual’. O primeiro absorveria os delitos mais graves e estaria sujeito ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal, enquanto que no segundo prevaleceria o princípio da oportunidade e sua aplicação deveria limitar-se à criminalidade menor.”<sup>4</sup>

## 2. O Direito Penal do Equilíbrio

A expressão Direito Penal do Equilíbrio, apresentada por Rogério Greco,<sup>5</sup> busca demonstrar justamente a necessidade do equilíbrio entre o Direito Penal “como repressor de todos os ramos do ordenamento jurídico”, que somente poderá ser erigido quando estritamente necessário em face do direito penal mínimo.

A conceituação do Direito Penal do Equilíbrio passa num primeiro momento pelo encontro de qual ordenamento jurídico iremos aplicar ao caso concreto. Como acima destacado das palavras de Roxin, no caso de existirem dois códigos processuais, um para os crimes que exigiriam o contraditório (os mais graves) e outro as formas consensuais (os menos graves), de que forma poderíamos saber qual o grau de gravidade do crime para escolher o procedimento aplicável?

A resposta estaria então na conceição do bem jurídico, ou seja, qual o bem jurídico que estaria sendo violado para que desta forma buscar-se o procedimento a ser aplicado.

O conceito de bem jurídico, nas palavras de Luiz Régis Prado<sup>6</sup>, é tudo aquilo que possui importância para o homem e é capaz de satisfazer as suas necessidades, sendo que a adquire um valor ideal proveniente da ordem social em vigor e por ela é protegido.

Desta forma, os bens jurídicos são toda gama de bens que a sociedade resolveu dar proteção jurídica, por entender que, naquele momento, o direito tem que exercer a sua proteção sobre eles, pois, desta forma, estará mantido o equilíbrio das relações sociais. A própria sociedade emanará comandos proibitivos ou permissivos para a regulação do uso, fruição e disposição daqueles bens.

Na visão de Jakobs<sup>7</sup> “Um bem é uma situação ou fato valorado positivamente”.

<sup>4</sup> GUERRERO, Mercedes Herrera; *La Negociación en el nuevo Proceso Penal*, Palestra Editores, Lima, 2014.

<sup>5</sup> GRECO, Rogério; *Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do Direito Penal*. Editora Impetus, Niterói, 2011.

<sup>6</sup> PRADO, Luiz Régis; *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, Edita Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

<sup>7</sup> JAKOBS, Gunther; *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Estabelecido o conceito de bem jurídico, a grande dificuldade surge em conceituar aquilo que vem a ser o bem jurídico penal e, em razão disso, objeto da aplicação do direito penal mínimo.

Ora, sabe-se que o Direito Penal é o direito essencialmente positivado e que tal positivismo decorre da atividade estatal exercida pelo poder legislativo na execução normativa. Assim, por mais que se diga que o tal poder exerce a atividade representativa do povo e a sua atividade espelha a vontade popular, certo é que tal produção não irá apresentar a vontade social em tempo real, e, assim sendo, não poderemos dizer que é o reflexo do pensamento social em relação ao que se pensa em relação aos bens jurídicos penais.

A identificação do legislador dos bens possíveis de proteção sempre estará em descompasso com o momento de aplicação do direito.

Vejamos o Brasil da atualidade.

Se levarmos em consideração o Código de Processo Penal Brasileiro, não podemos esquecer que tal diploma legal foi promulgado no início da década de 1940, já ultrapassando seus 70 anos de idade, bem como a Lei de Contravenções Penais, sem falarmos de tantos outros diplomas legais que foram editados sob a égide de um regime de exceção, que já terminou há mais de 30 anos.

Estabelecido o conceito de bem jurídico, o Direito Penal do Equilíbrio tem como sua primeira premissa o princípio da intervenção mínima.

O princípio da intervenção mínima é a materialização da teoria do bem jurídico, pois caberá ao legislador a identificação do bem a ser protegido e a criação ou revogação de normas para a ser protegido para a criação ou revogação de normas para a sua proteção, restando o Direito Penal, na forma e maneira como hoje conhecido, como a última *ratio*.

A sociedade deverá indicar ao legislador quais os bens jurídicos que ela considera de maior ou de suma relevância que merecerão a proteção do direito penal, e quais que poderão ser abarcados pelo direito penal mínimo, restando ao primeiro uma atuação de forma subsidiária, residual, quando as outras formas de composição de litígios não se demonstrarem eficazes para tal.

Mas tal indicação deve levar em conta também que o Direito Penal entre em ação, seja de forma plena ou mínima, sendo mister que ocorra uma lesão de direito, ou seja, é de rigor a aplicação do princípio da lesividade (*nulla lex poenalis sine injuria*).

Rogério Greco, em análise ao princípio da lesividade, anota:<sup>8</sup>

“O princípio da lesividade é *um* princípio e não o princípio necessário para a criação dos tipos penais incriminadores. A criação dos tipos penais ficará subordinada, ainda, à constatação da importância do bem que se quer proteger (princípio da intervenção mínima), bem como da adequação social do comportamento que se quer proibir ou impor sob a ameaça da sanção (princípio da adequação social)”.

A lesividade de que se trata é a lesividade que coloca em risco a harmonia social, é a lesividade voltada a terceiros e não ao próprio agente. Desta forma, o

---

<sup>8</sup> Ibidem.

Direito Penal está sempre voltado ao equilíbrio social, ao controle social de condutas que irão gerar o descontrole das relações sociais.

É nesse caminhar que o Direito Penal do Equilíbrio chega ao seu quarto princípio: o princípio da adequação social.

Hans Welzel, ao discorrer sobre o princípio da adequação social<sup>9</sup>, assina que:

“Na função dos tipos, de apresentar o ‘modelo’ de conduta proibida, se põe de manifesto que as formas de condutas selecionadas por ele têm, por uma parte, um caráter social, quer dizer, estão referidas à vida social, mas, por outra parte, são precisamente inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos se faz patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: assinalam as formas de conduta que se apartam gravemente das ordenações histórica e da vida social.

Isto repercute na compreensão e interpretação dos tipos que, por influência da doutrina da ação causal, eram demasiado restritas, enquanto se via a essência do tipo em lesões causais dos bens jurídicos.”

Assim age o legislador de forma propedêutica.

Cabe ao legislador buscar no meio social quais os bens jurídicos que a sociedade, no momento atual, valoriza e quer ver protegido adequando a legislação à total realidade social. Não pode o legislador criar leis em descompasso com a vontade social, pois estaria ditando normas de conduta totalmente diversas com o momento social e caminho escolhido pela sociedade.

Por outro lado, a adequação social deverá ser utilizada para a revogação das normas que estão em desuso ou cuja objetividade jurídica que outrora era objeto de proteção jurídica, hoje está totalmente assimilada pelo cotidiano social.

O princípio da adequação social, nesse caso, não estará presente como criador ou revogador de normas, mas sim como forma de interpretação de normas de Direito Penal, agindo de forma direta na tipicidade. Segundo Silva Sanchez<sup>10</sup>, a grande inovação da teoria do tipo objetivo do delito reside em distinguir aquilo que tem e não tem significado para o Direito Penal, devendo o direito valorar somente aquilo que tenha sentido.

O último dos princípios que lastreiam o Direito Penal do Equilíbrio é o princípio da insignificância.

O legislador, vencidas as necessidades limitadoras dos princípios anteriores, deve agora se pautar pelo princípio da insignificância para a tipificação da conduta.

Deverá, com base nesse princípio, eleger quais as condutas que irá proibir (crimes omissivos) ou irá impor (crimes comissivos), ou ainda aqueles cuja prática não irá tolerar (crimes de mera conduta). Nesse universo de condutas, deverá ainda fazer a gradação entre aquelas de grande, médio e pequeno potencial lesivo.

Nesse contexto é que se situa o princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela, como referido no direito alemão.

---

<sup>9</sup> WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Jurídica do Chile, Santiago, 1993.

<sup>10</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Acción y Tipicidad Objetiva*, Palestra Proferida no “Seminário Internacional Tendencia Actuales em la Teoría del Delito” Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, junho/2017.

O princípio da insignificância deve colocar o legislador diante de um paradoxo: a insignificância está na escolha do bem jurídico a ser protegido, ou a insignificância está na lesão causada pela ação delituosa?

Ou seja, é insignificante o bem jurídico tutelado, ou resultado da conduta tida como delituosa?

A resposta está no estudo da tipicidade.

Ao analisarmos a tipicidade, verificamos que o legislador escolherá, atento aos desejos sociais, quais os bens jurídicos que merecerão ser penalmente protegidos, tipificando, assim, condutas que atentem contra tais bens jurídicos.

A partir do momento que a escolha legislativa, baseada na vontade social, deixa de proteger dados bens jurídicos, porque a sociedade entende que tais são de pequena relevância e não merecem a proteção do Direito Penal, não há de falar em insignificância do Direito Penal, mas sim no indiferente penal, ou, na atipicidade.

Atipicidade não gera a ação do Direito Penal, em quaisquer de suas formas.

Ora, se o legislador não tipificou a ação atendendo ao comando social de que o bem jurídico é insignificante, temos, então, que a questão da insignificância está no resultado da conduta.

Havendo a proteção de um bem jurídico, o conceito de criminalidade de bagatela, ou da insignificância, deverá ser apurado em razão do resultado produzido pela conduta a ser analisada e não pelo bem jurídico a ser tutelado.

Tomemos como exemplo o bem jurídico patrimônio cuja ação criminosa está consubstanciada no furto. Para se saber se estamos diante de um furto de bagatela ou não, devemos tomar como parâmetro o montante do valor subtraído. Se o agente furta um tubo de creme dental avaliado em R\$ 2,50, certamente todos dirão se tratar de crime de bagatela, mas se forem furtados R\$ 10.000.000,00 do cofre de um banco, nunca assim o será considerado.

Vejam que a conduta é a mesma, o bem jurídico ofendido é o mesmo, mas o resultado é diverso.

Como se vê, o reconhecimento da bagatela, na lição de Silva Sanchez<sup>11</sup>, é um reconhecimento do direito processual e um argumento meramente de política criminal.

Conclui o mestre que as condutas ditas insignificantes devem ser analisadas com muita cautela, ponderando-as com o valor dos bens jurídicos ofendidos, uma vez que a insignificância deve ser levada em consideração nos contextos de massificação (quando realizadas por um grande número de pessoas o crime endêmico), ou ainda nos contextos de repetição (repetição de condutas pequenas na sociedade que geram o desassossego social), ou ainda nos contextos de acumulação (a acumulação de pequenas condutas que, somadas umas às outras geram um macro problema; v.g., pequenos crimes ambientais em uma bacia hidrográfica que acabam por comprometê-la irremediavelmente).

---

<sup>11</sup> Ibidem.

Tais princípios geram o Direito Penal do Equilíbrio, que busca esteio na justiça consensual.

### 1) A Justiça Consensual:

O sistema processual brasileiro, como acima referido, ainda não assumiu a sua verdadeira identidade, vivendo um momento de grande crise ao não se alinhar de uma vez por todas ao direito anglo-saxão norte-americano, tampouco ao direito continental europeu.

Tal ausência de posicionamento, como se verifica, não permite a adoção de uma tão almejada justiça consensual, ao mesmo tempo que se pretende utilizar de forma imprópria os institutos vigentes em outros sistemas, sem que o sistema vigente seja capaz de reconhecê-lo e com eles se harmonizar.

É o caso, por exemplo, da colaboração premiada tão em uso em tempos de operação Lava-Jato.

A delação premiada deriva do instituo do *plea bargaining* do direito norte-americano onde, em face de uma acusação, o acusado negocia com a promotoria um acordo onde reconhece a sua culpa e recebe uma concessão por parte do órgão da acusação. Tal instituto permite ao acusado receber uma pena negociada e reduzida, bem como ao órgão da acusação a redução do tempo e dos custos processuais.

Tal sistema dá às partes a certeza de seus objetivos, subtraindo assim a decisão do crivo judicial, que funciona como órgão homologatório.

Como se pretende no Brasil com o sistema da delação premiada, a *plea bargaining* poderá incluir nos seus acordos várias formas de colaboração por formas do acusado a descoberta de outros crimes, a recuperação de ativos, a reparação de danos e etc.

Como derivação da *plea bargaining* existe o instituto da *guilty plea*, qual seja, a assunção da culpa pelo acusado em troca de uma pena mais branda.

Por seu turno, o direito continental europeu também apresenta algumas formas de justiça consensual que poderão servir de inspiração ao legislador pátrio.

Da Itália merece destaque o instituto do *patteggiamento*<sup>12</sup>.

O *patteggiamento* nada mais é do que a aplicação da pena a pedido da parte, ou seja, um acordo entre o acusado e o Ministério Público sobre a pena a ser imposta. Tal pena consiste na substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito, ou ainda de uma pena pecuniária reduzida a um terço do valor, para os delitos cuja pena privativa de liberdade seja inferior a cinco anos, ou ainda, superior a dois anos, em se tratando de delinquentes habituais, profissionais ou reincidentes.

Por seu turno, o direito processual lusitano contempla a justiça consensual através de dois institutos: a *dispensa de pena* e a *suspensão provisória do processo*.

---

<sup>12</sup> “Il patteggiamento: l’ applicazione dela pena su richesta dela parti”, Studio Cataldi, in [www.stuioataldi.it](http://www.stuioataldi.it);

A *dispensa de pena* cuida de uma medida que pode ser aplicada como alternativa às penas de prisão e multa, sendo aplicável tanto na fase do inquérito, quanto na fase da instrução da causa, sem falar, por óbvio, na sentença.

Tal instituto é possível de ser aplicado nos crimes de pequena gravidade ou naqueles cuja aplicação está taxativamente prevista na lei, desde que apenas não suplante os 6 meses de prisão ou 120 dias-multa, a ilicitude do fato e a culpabilidade do agente sejam diminutas e tenha havido a reparação do dano.

A *suspensão provisória do processo*, como o próprio nome diz, se aplica aos crimes puníveis com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão, por ação do Ministério Público, que agirá de ofício ou mediante requerimento do ofendido ou do seu advogado, verificados a concordância do acusado, a ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza, a ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza, não couber medida de segurança de internação, ausência de elevado grau e culpa e se verificar que o cumprimento das medidas restritivas impostas respondam de forma suficiente à prevenção que o caso requer.

## **2) A justiça consensual no Brasil:**

A justiça consensual no Brasil hoje se apresenta de forma bastante incipiente, uma vez que os seus únicos institutos estão encerrados na Lei nº 9.099/95.

Vejam que estamos falando de institutos que foram positivados há mais de vinte anos e que até o momento se encontram isolados no nosso ordenamento jurídico. São eles: a suspensão condicional do processo e transação penal.

A Lei nº 9.099/95 trata desses dois institutos de justiça consensual como forma de mitigar o processo, descon siderando toda a teoria do Direito Penal do Equilíbrio a que nos referimos acima.

Os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo se apresentam de forma meramente utilitários, descon siderando quaisquer outros que não sejam a pena privativa de liberdade.

Assim, bens jurídicos de relevância extrema são deixados de lado em nome de um utilitarismo processual sem precedentes; e outros, de pouca gravidade, são alijados da consensualidade para enfrentar os rigores do processo.

Como exemplo de tal descompasso podemos citar o delito de autoaborto (crime doloso contra a vida), que faz jus à suspensão condicional do processo, e o delito de adulteração do número de chassi de veículo (crime contra a fé pública), que não faz.

O legislador pátrio ainda não se encontrou e não conseguiu caminhar em uma forma segura de justiça consensual, se valendo de arremedos, sem bases teóricas para colocar a nau no rumo certo.

Diante dessa ausência de vontade legislativa, algumas alternativas não positivadas despontam no horizonte jurídico, buscando mitigar o processo penal convencional e visando dar aos litigantes uma alternativa ao sistema do encarceramento.

É o caso da justiça restaurativa.

Nascida da iniciativa de operadores do direito, a justiça restaurativa consiste em “[...] um processo colaborativo voltado para resolução de um conflito caracterizado como crime, que envolve a participação maior do infrator e da vítima”<sup>13</sup>, incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio do Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa.

Consiste na mediação entre o autor do delito e a vítima para a composição do litígio, não apenas no âmbito patrimonial, mas, sobretudo, no emocional.

Aqui, mais uma vez, caímos na redundância das medidas anteriormente referidas que estão adstritas a Lei nº 9.099/95.

### **3. O princípio da obrigatoriedade e a disponibilidade da ação penal da ação na atual visão do Ministério Público do Estado de São Paulo**

Falarmos de forma taxativa de um posicionamento institucional sobre o tema é algo que pode parecer até temerário, uma vez que não podemos olvidar da garantia da independência funcional que, tanto a Procuradoria Geral de Justiça, quanto a Corregedoria Geral do Ministério Público garantem aos seus membros.

Assim sendo, não há um posicionamento institucional, tampouco uma diretriz normativa traçada pela Corregedoria Geral.

A independência funcional de cada membro do Parquet Bandeirante é respeitada, sendo que as observações a seguir apresentadas decorrem do posicionamento da Procuradoria Geral de Justiça mediante as manifestações apresentadas nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, ou seja, quando instada a fazê-la pelos juízos de primeiro grau.

Deste modo, o entendimento da Procuradoria Geral está sedimentado nos Enunciados de Entendimentos constantes do home page institucional ([http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria\\_Juridica/sumulas\\_de\\_entendimento](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/sumulas_de_entendimento)), de onde algumas conclusões podem ser tiradas:

- a) não se aplica a suspensão condicional do processo nos casos de crimes envolvendo violência doméstica;
- b) não se aplica a suspensão condicional do processo nos casos de recepção, quando o produto advinha de roubo de carga, em razão da reprobabilidade do crime anterior;
- c) o alto grau de embriaguez impede a formulação de proposta de suspensão condicional do processo;
- d) o denominado “princípio da bagatela impróprio”, extraído da teoria funcionalista da culpabilidade, não configura fundamento válido para o arquivamento do inquérito policial, haja vista lastrear-se em tese incompatível com a concepção de culpabilidade adotada pelo Código Penal brasileiro (teoria normativa pura da culpabilidade).

Como visto, a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo adota um posicionamento voltado à indisponibilidade da ação penal diante da valoração da gravidade do bem jurídico ofendido e do dano social causado pelo delito, fazendo uma ponderação entre o interesse coletivo e o interesse individual do acusado, optando pelo processo.

---

<sup>13</sup> “Justiça restaurativa: O que é e como funciona”, <in <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272>>.

## Conclusões

A falência do sistema de justiça criminal tradicional tem imposto a busca de novas formas de composição dos litígios diversos do encarceramento.

Buscam-se várias alternativas para tais, sendo que as alternativas mais bem aceitas estão no chamado Direito Penal do Equilíbrio, que consiste na aplicação de uma justiça consensual, mitigando a aplicação da pena utilizada à exaustão pelo sistema de justiça criminal tradicional.

Questiona-se se tal Direito Penal do Equilíbrio, valendo-se da justiça consensual, não violaria os princípios constitucionais da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, pois tais princípios seriam as únicas formas de termos um processo justo e eficaz, sendo, portanto, impossível os órgãos de aplicação de justiça do Estado dele abrirem mão.

O momento atual, na chamada crise do Direito Penal, impõe que novos modelos criados e adaptados a essa realidade, sem que os princípios constitucionais sejam violados ou mitigados.

Tanto no direito anglo-saxão, quanto no direito continental europeu, institutos de justiça consensual já são utilizados no intuito de que o justiça penal tradicional abra espaço para novas formas de solução de conflitos onde o encarceramento se apresente como a última *ratio* e se busque uma maior efetividade do direito penal.

O processo penal brasileiro enfrenta hoje uma série crise de identidade sem saber a qual sistema se filiar. Não sabe o legislador pátrio se adota o sistema anglo-saxão ou se se mantém fiel ao sistema continental europeu. Uma coisa é certa, nos parece que se quer aproveita tudo o que é de melhor de cada um dos sistemas sem se filiar a qualquer um deles, criando-se assim algo disforme, como o que vivemos no presente momento.

O direito brasileiro é pobre demais em matéria de justiça consensual.

Vivemos ainda a base de dois vintenários institutos trazidos pela Lei nº 9.099/95 (a transação penal e a suspensão condicional do processo) cuja aplicação é limitada e de duvidosa eficácia.

Algumas atitudes isoladas se fazem presentes, como a justiça restaurativa (que não tem previsão legal), mas que sofre sérias desconfianças e até resistências da comunidade jurídica.

Contamos com o instituto da colaboração premiada, arremedo do *plea bargaining*, e de aplicabilidade diminuta e totalmente confusa, cuja efetividade até o presente momento não se apresentou, nem mesmo no âmbito da festejada Operação Lava-Jato.

De tudo o que foi visto, conclui-se que as reformas processuais penais urgem, e com a devida atenção ao sistema de justiça consensual.

## Bibliografia

CARVALHO: Luiza de. **Justiça restaurativa: o que é e como funciona.** *Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, nov. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272>>.

CRUZ, Rafaela Alban. **Justiça Restaurativa: um novo modelo de justiça criminal.** *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Disponível em: <[www.tribunalvirtualibccrim.org.br/artigo](http://www.tribunalvirtualibccrim.org.br/artigo)>.

GABINETE e Documentação de Direito Comparado. In: **Procuradoria Geral da República de Portugal**. Disponível em: < <http://www.gddc.pt/>>.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal.** Niterói: Impetus, 2011.

GUERRERO, Mercedes Herrera. **La Negociación en el nuevo proceso penal.** Lima: Palestra Editores, 2014.

JAKOBS, Gunther. **Derecho penal: parte general.** Madrid: Marcial Pons, 2012. MASI, Caio Velo. *A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano.* Disponível em: < <https://canal.cienciascriminais.com.br>>.

PEREIRA, Cláudio José Langrovia. **Proteção jurídico penal e direitos universais.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico penal e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos de política criminal e as sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Acción y Tipicidad Objetiva.** In: Palestra Proferida. **Seminário Internacional Tendencia Actuales em la Teoría del Delito.** Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, jun. 2017.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán.** Santiago: Juridica do Chile, 1993.

# A LEI MARIA DA PENHA ENQUANTO INSTRUMENTO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

DIOGO BASILIO VAILATTI<sup>1</sup>

GUILHERME PICCININ DE OLIVEIRA<sup>2</sup>

**SUMÁRIO.** Introdução. 1. Breve histórico da origem da Lei Maria da Penha. 2. Abrangência e novos panoramas. 3. A Lei Maria da Penha e o princípio da isonomia 3.1 Algumas considerações sobre os princípios. 3.2 Constitucionalidade ou inconstitucionalidade? Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

## Introdução

O presente artigo busca analisar a Lei 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, a qual adentrou no ordenamento jurídico com o intuito de aumentar as medidas protetivas nos casos de violência doméstica, bem como ampliar a punição daqueles que agredissem domesticamente a mulher. O estudo, ao analisar a referida legislação, busca verificar se ela estaria em consonância com o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da Carta Maior, bem como se seria possível alterá-la para incluir o homem em seu texto.

Com a inserção da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, no ordenamento jurídico brasileiro, houve uma mudança radical do panorama feminino nos casos de violência doméstica. Os crimes nestes casos, até então anteriormente vistos sob o prisma da igualdade no ponto punitivo, passaram a receber um novo enfoque pelo legislador, aumentando-se as possibilidades de sanção existentes.

A entrada em vigor da Lei Maria da Penha foi muito festejada por diversos setores da sociedade em função do maior rigor pelo qual o agressor passou a ser tratado. Todavia, desde a sua concepção, iniciou-se um forte processo de discussão a respeito de sua constitucionalidade, pois em seu texto menciona-se, apenas, a mulher, o que poderia contrariar o princípio da isonomia consagrado no *caput* do artigo 5º da Carta Maior.

O presente artigo utilizou do método hipotético-dedutivo para analisar o histórico da Lei Maria da Penha, bem como a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade e a possibilidade de sua alteração para incluir o homem em seu texto.

## 1. Breve histórico da origem da Lei Maria da Penha

Todos os dados históricos constantes no presente tópico foram extraídos da obra de Maria Berenice Dias (2007). Quando não foram, existe menção ao autor da obra.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Especializando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Pesquisador e bolsista CAPES/PROSUP. Advogado.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Advogado.

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, surgiu, após um período de grande discussão social, em decorrência dos horrores sofridos pela biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, na constância de seu casamento.

Em 1983, Maria da Penha sofreu, de seu então marido, Marco Antonio Heredia Viveros, colombiano naturalizado brasileiro, professor universitário e economista, duas tentativas de homicídio. No dia 29, do mês de maio de 1983, Marco simulou um assalto durante a noite e, enquanto sua esposa dormia, acabou atirando nela com uma espingarda.

Após uma semana, durante o banho, Marco tentou eletrocutá-la. Após todas as agressões, Maria da Penha tornou-se paraplégica.

Em função dos diversos tipos penais cometidos, Marco foi denunciado em 1984. Em 1991, o tribunal do júri o condenou a oito anos de prisão. Em sequência, após recurso formulado, o julgamento foi anulado. Posteriormente, passada já mais de uma década dos fatos, em 1996, houve sua condenação. Após recorrer em liberdade, acabou preso em 2002, cumprindo, apenas, dois anos de sua sentença em regime fechado.

A repercussão negativa do caso foi tão grande que o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa da Mulher (CLADEM) formalizaram a denúncia contra o Brasil, após o relato realizado Maria da Penha Maia Fernandes.

Posteriormente ao julgamento, o Estado brasileiro foi condenado no valor de 20 mil dólares pela negligência e omissão em relação aos casos de violência doméstica. O valor, muito embora significativo no plano de demonstrar a necessidade de mudança de postura, não foi suficiente para arcar com os custos do processo. Ademais, ordenou-se que se adotassem medidas que dessem celeridade ao andamento de tais processos.

Apenas após mais de duas décadas dos fatos narrados, em função da pressão internacional sofrida e do clamor popular em relação ao caso, a Lei de violência doméstica acabou sendo sancionada, em 7 de agosto de 2006, pelo presidente Luis Inácio “Lula” da Silva, e entrou em vigor a partir de 22 de setembro de 2006.

Logo após a entrada em vigor da lei Maria da Penha, as denúncias nas delegacias cresceram consideravelmente. (SALLES, 2009).

A grande divulgação da mídia sobre o tema, em meados de 2006, pode ser destacada como um dos principais aspectos responsáveis pelo aumento dos registros. O maior acesso à informação resultou em uma perda considerável de medo em relação à situação pós-denúncia, uma vez que se veiculava que o agressor poderia receber uma ordem de manter distância da vítima, o que apenas demonstra como é necessário que o tema continue a ser explorado de forma constante.

## **2. Abrangência e novos panoramas**

O artigo 7º da Lei nº 11.340/06 procurou proteger as mulheres de qualquer forma de violência sofrida. Para tanto, ao enumerar violência física, psicológica,

sexual, patrimonial e moral, o fez em rol aberto, de modo que se poderia ampliá-lo conforme o que fosse constatado no caso concreto.

Como forma de garantir a proteção de maneira mais abrangente possível, o artigo 5º da referida Lei, ainda, estendeu o conceito de violência doméstica, considerando que a Lei aplicar-se-á mesmo que não exista coabitação, bastando apenas que exista uma relação de afeto. Desta forma, sua aplicação é possível nos mais variados casos, não só no vínculo entre marido e mulher, mas também na relação entre namorados, pais, irmãos, primos, dentre outros.

Ademais, ao enunciar em seu artigo 5º, Parágrafo Único, que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”, o legislador buscou que a lei fosse utilizada nas relações entre lésbicas, travestis, transexuais e outros, desde que mantenham relação afetiva. (BRASIL, 2006).

Percebe-se, portanto, que a abrangência da Lei Maria da Penha, desde que constatada violência contra a mulher, dá-se de forma mais ampla possível, em virtude do seu caráter essencialmente protetivo.

Nesta toada, é de se destacar a mudança relacionada à espécie de ação penal prevista na Lei 11.340/06. A referida legislação prevê em seu artigo 16 que a renúncia da até então ação penal pública condicionada pela representação da vítima só poderia ser feita em frente ao juiz, em momento anterior ao oferecimento da denúncia e ouvido o ministério público. (BRASIL, 2006).

Em decorrência do referido dispositivo legal, muitas mulheres, coagidas pelo ofensor, ou até resignadas com a situação e temerosas pelo que porventura poderia vir a ocorrer em âmbito penal com seus agressores, desistiam da representação, tornando o crime impune e movimentando inutilmente a máquina Estatal.

Diante da situação atestada, foi proposta pelo então Procurador Geral da República, Roberto Gurgel, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424, no sentido de declarar inconstitucional o aludido dispositivo, afastando, no tocante à representação, a incidência da Lei do Juizado Especial Criminal (regido pela lei 9.099/95) e tornando pública e incondicionada a ação penal dos crimes previstos na Lei Maria da Penha.

O relator da ADI, ministro Marco Aurélio de Mello, se perfez claro em seus motivos:

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão.

Publicado o resultado do seu julgamento no Diário de Justiça Eletrônico ao primeiro dia de agosto de 2014, a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi, por maioria de votos, julgada procedente, sendo voto vencido o ministro Cezar Peluso, o qual proferiu voto no sentido de que, sendo a ação pública incondicionada, a vítima se sentiria deveras intimidada em dar a notícia-crime.

Não obstante a posição do ministro Peluso, tal argumento, caso prevalecesse, enfraqueceria sobremaneira a dimensão e o espírito da Lei Maria da Penha. Passar-se-ia a dar conotação diversa àquela pretendida pelo legislador, por possuir a indigitada lei indubitável intuito de proteger e afastar o agressor da vítima e estabelecer punições efetivas ao agente criminoso, sendo certo que com a inconstitucionalidade do dispositivo declarada pelo Supremo Tribunal Federal, há a direta inserção de freios inibitórios pessoais, preventivos para o agressor, evitando assim o cometimento de novos casos de violência.

Percebe-se, portanto, uma verdadeira mudança de paradigma com o advento da Lei Maria da Penha, uma vez que suas proteções abarcam os mais variados casos possíveis, bem como, ao ser julgada a ADI 4424, sua espécie de ação penal passou a ser a pública incondicionada, o que aumenta o caráter protetivo do diploma em debate e impossibilita que o agressor exerça pressões externas para sair impune ao delito cometido.

### 3. A Lei Maria da Penha e o princípio da isonomia

O presente capítulo objetiva analisar a compatibilidade entre o princípio da isonomia e a Lei Maria da Penha. Para tanto, analisar-se-á as funções dos princípios, bem como o da isonomia, de forma que se possibilite verificar se a Lei Maria da Penha desrespeita tal princípio constitucional.

#### 3.1 Algumas considerações sobre os princípios

O vocábulo princípio traz em seu bojo diversas conotações, sendo certo que sua análise é imprescindível para entender o tema em exposição.

Allaôr Caffé Alves (2011, p. 150) tece a seguinte definição:

Princípio, no sentido *ontológico*, é aquilo pelo que *a coisa existe*, e, no sentido *lógico*, é aquilo que nos dá a conhecer os conceitos, as proposições e as inferências de modo coerente,  *numa articulação ideal correta ou válida*. Os princípios, lógicos, portanto, bem refletidos, a par de sua natureza estruturadora do pensamento formal, são *dirigentes do conhecimento*. (grifos no original).

Em análise próxima de tal pensar, temos que os princípios, no ramo jurídico, são os carros-chefes, os pontos a serem alcançados por todo o ordenamento. Devem ser vistos como o eixo-motriz que impulsiona o processo legislativo e, via reflexa, enquadram-se e tornam-se os anseios, objetivos e perspectivas da sociedade.

Já em relação às funções dos princípios, pontua Robert Alexy (1994, p. 14):

[...] Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não depende só de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas está determinado por meio de princípios e regras que jogam em sentido contrário.

Desta forma, uma vez que também está previsto dentro do ordenamento jurídico, tem-se que princípio é uma norma, igualmente às regras, porém com aplicações diversas.

Diferenciando regras e princípios, explicita o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2014, p. 85):

Os princípios seriam aquelas normas com teor mais aberto do que as regras. Próximo a esse critério, por vezes se fala também que a distinção se assentaria no grau de determinabilidade dos casos de aplicação da norma. Os princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da Administração. Já as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata.

Podemos concluir, assim, que enquanto as regras têm efeito imediato, certo e sabido frente à determinada situação, o princípio tem valor ponderativo sobre o tema, podendo ser a ele dado valor imensurável ou ínfimo, ainda que em conflito com outros princípios, diante do caso concreto.

A liberalidade do uso e apuração do valor do princípio é infinitamente maior do que o da regra, a qual por si só é fechada, restando-lhe a hermenêutica para seu melhor entendimento e aplicação.

Neste sentido, os princípios são os guias dos institutos jurídicos, devendo servir de parâmetro para a edição, interpretação e aplicação doutras normas jurídicas.

Nota-se que a atuação do princípio é de ser o objetivo valorável maior em um sistema jurídico, perfazendo meta sistêmica seu conjunto, em consequente inviabilidade das regras que contrariem seus preceitos.

Tais entendimentos serão essenciais para, no tópico adiante, verificar a compatibilidade da Lei Maria da Penha com o princípio da isonomia.

### 3.2 Constitucionalidade ou inconstitucionalidade?

Com o advento da Lei Maria da Penha iniciou-se uma forte discussão a respeito de sua inconstitucionalidade. Porém, antes de entrarmos nesse embate, devemos, primeiramente, saber o que é uma lei inconstitucional. Segundo José Joaquim Gomes Canotillo (2007, p. 878) “inconstitucional é toda a lei que viola os preceitos constitucionais”.

Tendo em vista o conceito em questão, surge uma dúvida. Ao tratar homem e mulheres de maneira diversa, a Lei Maria da Penha iria contra o preceito constitucional do princípio da isonomia previsto no artigo 5º, *caput*, da Carta Magna?

Essa pergunta, enquanto realizada sobre diversos valores presentes no bojo do princípio da isonomia, pode levar às mais variadas respostas.

Caso argumente-se que o homem também pode ser vítima da violência, neste caso, existiria a possibilidade de considerá-la inconstitucional, uma vez que tutelaria a mesma situação, em função apenas da inversão de papéis dos agentes, de forma diversa.

Construir um discurso eloquente no qual o princípio insculpido na Constituição Federal considera homens e mulheres iguais em direitos e obrigações, o que impossibilitaria que a Lei Maria da Penha em sua redação tutelasse apenas o direito das mulheres, é simples, contudo, superficial.

Todos os direitos fundamentais, o que inclui o próprio princípio da isonomia, são interpretados e moldados conforme os anseios e necessidades sociais na busca por uma sociedade mais fraterna.

Neste sentido, ao visualizar a possibilidade de caráter discriminatório, ensina Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p.17), que “[...] qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico.”

É certo que o princípio da igualdade tem como objetivo precípua prover os anseios da sociedade para a promoção de uma sociedade mais justa e fraterna, não sendo outra a razão da necessidade da Lei Maria da Penha.

O Estado não poderia continuar cego às agressões sofridas por milhares de mulheres, historicamente subjugadas por seu gênero, conforme, aliás, narrado no início da exposição.

Contrariar fatos discriminatórios históricos, desta forma, sem punição efetiva àqueles que viessem a cometer crimes de violência doméstica contra a mulher, criaria um Estado cada vez mais afastado da sociedade, e um Estado longe da sociedade torna-se oco, engessado e ineficaz.

Não obstante tais afirmações, Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p.21) assevera que existem três questões para a “identificação do desrespeito à isonomia”, *in verbis*:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Desta feita, é necessário analisar: a) a necessidade do critério discriminador;

b) a ligação direta entre o supracitado critério e as consequências de sua não- instauração e; c) o ordenamento jurídico dá azo para que o critério discriminador seja efetivado?

Surge, então, o critério discriminador pela lógica exceção da generalidade, devendo ser tal critério erigido com base nas diferenciações de uma coletividade que a tornam, por fatores únicos e determinados (no tema em apreço, o gênero feminino) hipossuficientes perante situações pré-concebidas (a agressão doméstica).

Falar em igualdade não significa, portanto, apenas e tão somente, pressupor sua existência, mas, na verdade, buscar instrumentos que a concretizem e possibilitem sua existência no plano formal e material.

A Lei Maria da Penha é apenas um instrumento na busca de tal igualdade, assim como também são os Estatutos do Idoso e o da Criança e do Adolescente. Em função de todas as barreiras que estes grupos ainda enfrentam na sociedade e da peculiaridade dos seus interesses envolvidos, tais legislações nada mais são do que instrumentos de concretização do princípio da isonomia, assim como também é a Lei 11.340/06.

Ao visualizar a Lei Maria da Penha sob o prisma que até aqui foi traçado, significa também perceber a impossibilidade de sua aplicação analógica aos homens.

A seara penal não admite a utilização da analogia para agravar a situação do acusado. Portanto, uma vez que a Lei Maria da Penha possua punições mais gravosas que o Código Penal, não pode ser utilizada quando a mulher for a agressora.

O primeiro argumento, até para quem entenda pela inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, parece válido, uma vez que a seara penal busca sempre as interpretações mais benéficas para o réu.

Olvidar da necessidade e da constitucionalidade do *discrímen* utilizado na Lei Maria da Penha, ofenderia não só o princípio da igualdade, mas desprestigiaria sobremaneira o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em função das considerações aqui traçadas, não seria possível inserir o homem no bojo da Lei Maria da Penha, uma vez que tal legislação materializa o princípio da isonomia. Caso tal hipótese seja, algum dia, realizada, enquanto não exista um modelo social que possibilite uma verdadeira igualdade entre homens e mulheres, estaria eivada de inconstitucionalidade, uma vez que não vislumbraria os valores históricos que originaram o diploma em análise.

### **Proposições conclusivas**

A Lei Maria da Penha surgiu para tentar proteger a mulher vítima de violência dentro de uma relação afetiva, mesmo que inexistisse coabitação, procurando protegê-las, independentemente da opção sexual.

Em função deste caráter extensivo e do aumento da punição para os homens, a Lei 11.340/06 poderia ser considerada inconstitucional por supostamente violar o princípio da isonomia. Todavia, diferentemente desta primeira impressão, deve-se perceber que tal legislação apenas busca consagrar a igualdade tanto no plano material quanto formal, de forma que está em consonância com os preceitos previstos dentro do ordenamento.

Ademais, em função do caráter histórico que levou ao seu surgimento, não seria possível, enquanto não exista um modelo social que possibilite uma verdadeira igualdade entre homens e mulheres, a ampliação da legislação para inserir o homem em seu bojo.

### **Referências bibliográficas**

ALEXY, Robert. **Derecho y razon practica**. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ALVES, Allaor Caffé. **Lógica. Pensamento Formal e Argumentação**. 5. ed. São Paulo:Quartier Latin, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria daConstituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed., 19. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PELICANI, Rosa Benites. A Lei Maria da penha e o princípio da igualdade - interpretação conforme a Constituição. **Revista da Faculdade de Direito.** 2009.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Comentários à nova lei de tóxicos e lei Maria da Penha: violência doméstica.** São Paulo: Imperium Editora, 2007.

# A MÍDIA E A PUBLICIDADE NO PROCESSO PENAL. PUBLICIDADE E GARANTIA FUNDAMENTAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DIREITO À PRESERVAÇÃO DA IMAGEM

ARUAL MARTINS<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A sociedade de informação. 2. A publicidade do Processo Penal. 3. A proteção à dignidade da pessoa humana (o direito à privacidade, a preservação da imagem e o princípio da inocência). 4. O direito de informar (a comunicação social). 5. A privacidade do agente público X o interesse público. Conclusões. Bibliografia.

## Introdução

Tem por escopo o presente trabalho a análise da problemática entre o público e o privado, entre o individual e o coletivo, entre interesse público e o interesse do público.

A sociedade moderna, globalizada, encurtou distâncias, derrubou fronteiras e barreiras chegando ao ponto de derrubar muros, portas e janelas, criando um espaço amplo e irrestrito entre o que é público e o que é privado, o que é particular e, por tal condição, terá sua publicidade resguardada, e aquilo que deve ser mostrado, quicá escancarado ao público, por ser de interesse público.

**MANOEL ALCEU AFONSO FERREIRA<sup>2</sup>** analisa o tema tratando a dicotomia entre informação e intimidade, cunhando a problemática: “*Essas Velhas Inimigas*”.

O choque entre essas duas “velhas inimigas” ganha intensidade quando tratamos de interesses constitucionalmente garantidos: de um lado a preservação da intimidade e o princípio da inocência (Constituição Federal, art. 5º, X e LXII) e a obrigação e direito de informar (Constituição Federal, art. 220), nascendo então a obrigação do operador do direito buscar um ponto de equilíbrio entre eles.

Nos dias atuais tal embate ganha intensidade quando estamos diante das mais diversas formas de comunicação de massa (*mass mídia*) nas suas diversas representações (jornais, revistas, rádio, televisão e, sobretudo, a internet), que hoje caminham no âmago das fibras ópticas dando voltas e voltas ao mundo em centésimos de segundo.

Como organizar tudo isso? O que pode fazer o direito para que toda essa gama de informações e interesses coexistam sem se digladiarem, sem que hajam feridas que jamais cicatrizem?

Como fazer para que novas “Escolas Base” não destruam reputações, pessoas e futuros?

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito de Sorocaba. Mestrando em Direito Processual Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

<sup>2</sup> MIRANDA; Jorge, et al: “Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana”, p. 213 e ss, Quartier Latin, 2. ed. São Paulo, outono de 2009.

Como, por outro lado, mostrar ao público o que é do seu interesse porque envolve altos nomes da República e o dinheiro público?

Operadores do Direito, aí está a equação que vocês terão que resolver.

## 1. A sociedade de informação

Vivemos numa sociedade de informação. Mas o que é a sociedade de informação?

Já estamos longe do ano 490 a.C., quando o Comandante Milcíades determinou ao seu melhor soldado, Pheidippides, que percorresse correndo os

42.195 metros que separavam a Planície de Marathónas de Athenas para a busca de reforços para o seu exército que lutava contra o exército Persa. Ou das correspondências epistolares que cruzavam os sete mares em vetustas caravelas.

A modernidade nos deu a exata noção do que é velocidade, fazendo com que a vejamos em todas as suas representações: nos Boings que cruzam os céus a mais de 900km/h, nos trens que rasgam a Europa e Japão a mais de 400km/h, e nas informações que caminham, como já dito, no âmagô da fibra óptica em velocidades superiores a da luz.

Toda essa velocidade fez nascer o conceito da “Sociedade da Informação”, onde todo o conhecimento caminha em altas velocidades se difundindo pelo mundo com uma rapidez muitas vezes danosa, pois até que possa ocorrer a sua contestação, estragos e prejuízos serão irreversíveis já aconteceram.

Da vida em sociedade nasce o direito à informação: o que faz o Estado em que vivemos, o que fazem e como pensam os nossos governantes, praticaram atos desabonadores à vida em sociedade e aos mandatos que lhes outorgamos?

A vida em sociedade nos dá o direito a todo esse conhecimento, e como tal devemos sorvê-lo nas fontes que o difundem.

Em tempos bicudos de “Operação Lava-Jato” a sociedade criou nas diversas fazes da operação um verdadeiro *reality show*, onde diariamente se quer saber: quem será o próximo preso? Quem são os novos envolvidos? Ou quando este ou aquele “cabeça” irá para o presídio?

Por seu turno, é dever da imprensa prestar tais informações, mas com a cautela e a prudência que o dever de informar lhe impõe. Sem que se comporte como órgão de acusação ou juiz antecipado.

Indiscutivelmente vivemos em uma “aldeia global”<sup>3</sup> onde a informação caminha a passos largos e muitas vezes criando fatos e levando tudo o que tem pela frente.

---

<sup>3</sup> “O conceito de **Aldeia Global**, criado na década de 60 por Herbert Marshall McLuhan, professor na Escola de Comunicações da Universidade de Toronto, está directamente relacionado com o conceito de *globalização* e corresponde a uma nova visão do mundo possível, diante do desenvolvimento das modernas tecnologias de informação e de comunicação e pela facilidade e rapidez dos meios de transporte. Segundo McLuhan, a informação transmitida electronicamente contribui para abolir virtualmente as separações geográficas entre os centros de decisão, de produção e de distribuição à

Na seara do Direito Penal a função de ordenar esse turbilhão de informações está a cargo do Direito Processual Penal, como disciplinador e limitador do direito de informar e de preservar a honra e a intimidade, harmonizando o direito à informação de um lado e os direitos individuais de outros, buscando o justo equilíbrio entre eles.

## 2. A publicidade do Processo Penal

A questão da publicidade do processo penal está praticamente resolvida: não existe processo secreto no estado democrático de direito.

A publicidade do processo é “uma garantia das garantias” no dizeres de **FERRAJOLI**<sup>4</sup> que dá certeza à aplicação das normas processuais, garantindo o controle interno e externo da atividade judiciária.

**BECCARIA** assinala que “*público são os juízo e públicas são as provas do crime, para que a opinião, que é talvez a única base da sociedade, imponha um freio à força e às paixões, de modo que o povo diga: nós não somos escravos e somos defendidos*”<sup>5</sup>. Desta forma certo é que o procedimento se desenvolve à luz do sol e sob o controle da opinião pública.

**BENTHAN** arremata que “a publicidade é alma da justiça”<sup>6</sup>, garantindo um julgamento probo e livre dos abusos.

A publicidade do processo deve existir, mas sempre sob a existência de normas limitadoras e garantidoras, não somente na fase processual, mas também, e sobretudo, na fase inquisitorial onde em face da ausência de um controle do juiz de garantias, se estabelece o que **FERRAJOLI**<sup>7</sup> nomeia de “*relação ambígua entre mass mídia e os órgãos voltados à perseguição penal*”.

No Brasil, no âmbito da “Operação Lava-Jato” tal relação se escancara notadamente dando maior ou quase exclusiva publicidade aos atos de polícia judiciária e quase nenhuma à defesa, criando um abissal desequilíbrio entre as partes.

Mas tal relação não legitima os atos de polícia judiciária, tornando-os públicos sob os olhos da sociedade?

Indiscutível a necessidade do controle social de todas as atividades do Estado e de forma que possa ser exercido de forma rápida pelo maior número de pessoas possível. O que não é admissível é a bisbilhotice da vida alheia transformando

---

escala mundial. Os meios electrónicos de comunicação à distância permitiam não apenas ampliar os poderes de organização social da população, mas abolir, em grande medida, a sua fragmentação espacial, permitindo que qualquer acontecimento numa parte remota do mundo tenha reflexos noutra distante geograficamente. As consequências desta nova forma de ver o mundo tem consequências fortíssimas ao nível da *gestão*, levantando novos desafios e levando à necessidade de Desenvolvimento de novas *estratégias* e à criação de novas *estruturas organizacionais*.” (Paulo Nunes, Universidade Nova de Lisboa, [www.knoow.net/cienciaconempr/gestao](http://www.knoow.net/cienciaconempr/gestao)).

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>5</sup> apud FERRAJOLI; op. cit.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> Ibidem.

processos em shows televisivos e investigados em réus com penas já transitadas em julgado, sem que qualquer ato jurisdicional tenha sido praticado.

Desta forma, nasce o debate entre valores constitucionalmente garantidos: a garantia da privacidade, da intimidade e o princípio da inocência de um lado e, do outro, a comunicação social, nos dizeres de **MANOEL ALCEU AFONSO FERREIRA**<sup>8</sup>, a batalha entre “Informação e intimidade: essas velhas inimigas”.

### **3. A proteção à dignidade da pessoa humana (o direito à privacidade, a preservação da imagem e o princípio da inocência):**

A proteção à dignidade humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito que norteiam a República Federativa do Brasil<sup>9</sup>, sendo inerente à personalidade humana que, somente, excepcionalmente, pode ser limitada<sup>10</sup>, sendo o “o valor máximo orientador do Estado Democrático de Direito”<sup>11</sup>

Esse conjunto protetivo abarca a privacidade, a intimidade trazendo consigo, à reboque, o princípio da inocência<sup>12</sup>.

A vida privada é um espaço íntimo e resguardado contra todas as ingerências do Estado e, principalmente, das demais pessoas que formam a comunidade. Esse espaço forma uma gruta intocável onde todos têm o direito de resguardar as suas particularidades mais íntimas, seus pecados e pecadilhos, sem que os tornem públicos.

Nessa gruta estão depositadas as relações interpessoais, as tendências políticas, o modo pelo qual vê a sociedade, seu patrimônio, perdas e ganhos que não podem e devem ser abertos a qualquer do provo. Somente o titular desse patrimônio tem o poder de exibi-lo, fazendo-o sob seus auspícios e controle, determinado quem dele pode tomar conhecimento.

Toda essa privacidade é garantida constitucionalmente num estado democrático de direito.

---

<sup>8</sup> op. cit.

<sup>9</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 1º, inciso III.

<sup>10</sup> “A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio de concepções transpessoalistas do 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 mimó vulnerável que todo estatuto 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: “Direito Constitucional”. 23. ed. São Paulo: Atlas, p. 22).

<sup>11</sup> PEREIRA, Cláudio José Langrovia, et al “Comunicação social e tutela Jurídica da pessoa huma” In: MIRANDA, Jorge, et al: “Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana”. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, outono de 2009, pp. 39 e ss.

<sup>12</sup> “Art.17: 1- Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou sua correspondência, nem ataques ilegais e arbitrários à sua honra e à sua reputação. 2- Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essa ingerência ou esses ataques (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - ONU, 1966).”

Da mesma forma podemos falar da presunção de inocência, um patrimônio de honradez que somente será violado após a manifestação final de o Estado Poder Judiciário, sobre a ocorrência de um delito.

Tal garantia, não obstante recentemente mitigada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup>, tutela a liberdade pessoal e só permitirá seja ela cerceada pelo Estado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (incluam-se aí os reclamos aos Tribunais Superiores), cabendo a ele a comprovação plena e irrefutável da prática delitiva.

Todo esse arcabouço protetivo da dignidade humana deve ser preservado pelos meios de comunicação, notadamente pela *mass mídia*, sob pena de se abrirem chagas que jamais cicatrizarão.

#### 4. O direito de informar (a comunicação social):

Se, de um lado, existe a preservação da vida privada, encontramos do outro o direito de informar.<sup>14</sup>

A informação é o cerne das relações entre o particular e o Estado dentro de um estado democrático de direito. Cabe aos veículos de comunicação a obrigação de manter os cidadãos informados sobre todas as coisas, sobretudo as atividades típicas do Estado como a prestação jurisdicional.

É a distribuição do conhecimento.

A distribuição do conhecimento deve obedecer preceitos de informação e não de criação de pré-julgamentos, mormente quando são utilizados os meios de comunicação de massa como a televisão e, hoje, de forma acentuada, a internet. Essa distribuição deve obedecer aos ditames constitucionais atentando-se aos limites existentes entre informar e atender ao interesse público, e devassar a vida alheia.

Nesse sentido, BUCCI<sup>15</sup> anota que deve-se extremar “[...] o que é interesse público do que é curiosidade perversa do público, que pede o escândalo pelo escândalo, doa a que, doer.” (grifo nosso)

Portanto, a função de informar deve ser pautada, sem qualquer dúvida, pela simbiose entre o ético e o legal, a fim de se preservar a imagem, a intimidade, e a inocência daquele cuja a informação se presta.

A informação deve ser criteriosa e fundada em pesquisas desprovidas de interesse midiático, onde a verdade dos fatos deve ser mostrada, não sem antes de uma pesquisa profunda e responsável.

A informação é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente da raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de convicções relativas a assuntos políticos (MORAES, 2008)

<sup>13</sup> STF, HC 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki.

<sup>14</sup> “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição (Constituição da República Federativa do Brasil).”

<sup>15</sup> BUCCI, Eugênio. *Sobre a ética e a imprensa*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

Como se vê, estamos começando a transitar em uma zona de atrito entre a liberdade de informar e a comunicação social e a preservação da intimidade, faceta da dignidade humana.

A proteção à vida privada de qualquer pessoa, acredito, não gera qualquer dúvida e controvérsia, posto que reside naquela gruta inviolável onde se interesse existir no seu descortinamento, será somente atribuído à bisbilhotagem.

Problema surge quando tal privacidade está atrelada à pessoa pública e ao interesse público.

## 5. A privacidade do agente público X o interesse público:

O direito lusitano apresenta no artigo 80º do seu Código Civil, quiçá, uma das melhores formas de responder a questão relacionada à dicotomia privacidade do agente público e interesse público. Como preservar a intimidade do agente público e garantir o interesse público.

O estatuto civil português estabelece que “1-) *todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem.* 2-) *a extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição da pessoa*”. (grifo nosso)

Reside aí a pedra de toque da questão: o agente público tem direito à privacidade? Qual o limite de violação a essa privacidade?

Em se tratando de agentes públicos cujos atos da vida privada decorrem da função pública, o direito à informação e preservação da intimidade deverão ser equacionados de forma que um não suplante o outro, como observa **DI FRANCO**<sup>16</sup>.

A informação é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente da raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de convicções relativas a assuntos políticos.

A pessoa pública terá a proteção da sua privacidade diferida quando aquilo que se publica está relacionado à função pública exercida, ao patrimônio público e manipulação dos bens públicos. No Brasil da “Lava-Jato”, não se vislumbra a necessidade da manutenção de segredos quando tudo o que está sendo investigado tem a sua gênese no âmbito da administração pública e do erário.

Como se questionar a necessidade de preservação da vida privada dos seus envolvidos se se tratam de agentes públicos, cujas mazelas descobertas envolvem milhões de reais arrebatados dos cofres públicos?

Indubitavelmente o interesse público se sobrepõe a qualquer privacidade, desde que relacionadas com os fatos apurados. É o exercício da *fiscalização social da atividade pública*. Entretanto não podemos olvidar da lição de **ADA PELLEGRINI GRIGNOVER**<sup>17</sup> que anotou que a “[...] publicidade como garantia política, cuja

<sup>16</sup> DI FRANCO; Carlos Alberto. . In: *Jornalismo Ética e Qualidade*. São Paulo: Vozes, 1996.

<sup>17</sup> GRIGNOVER; Ada Pellegrini et al, *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

finalidade é o controle da opinião pública no serviço da Justiça, não pode ser confundida com o escândalo e a afronta à dignidade humana. Cabe à técnica legislativa encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea em face da experiência e dos costumes de cada povo.”

Em recente julgamento envolvendo o caso das “biografias não autorizadas”, o Supremo Tribunal Federal <sup>18</sup> decidiu que “[...] o direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerando cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações [...] para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, e da honra da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.”

E prossegue o Ministro Luis Roberto Barroso em seu voto: “[...] as sociedades contemporâneas são abertas, são complexas, são plurais. Consequentemente, convivem na sociedade contemporânea valores contrapostos que, muitas vezes, entram em rota de colisão ou pelo menos convivem com algum grau de tensão: o desenvolvimento nacional entra em tensão com proteção ambiental com frequência, a liberdade de iniciativa entra em tensão com a proteção do consumidor; a liberdade individual do acusado, muitas vezes, entra em rota de colisão com a segurança pública. Este caso que estamos analisando hoje, aqui, envolve a tensão, uma colisão potencial entre a liberdade e de expressão e o direito à informação de um lado; e, do outro lado, os chamados direitos da personalidade, notadamente no tocante ao direito de privacidade, ao direito de imagem, ao direito à honra. Nessas situações que convivem normas constitucionais que guardam entre si uma tensão, e a característica das Constituições contemporâneas é precisamente esse caráter compromissório e dialético de abrigarem valores diversos, a técnica que o Direito predominantemente adota para a solução dessa tensão ou desse conflito é precisamente a denominada ponderação. E aqui gostaria de registrar que um dos princípios que norteiam a interpretação constitucional, e consequentemente a própria ponderação, é o princípio da unidade, que estabelece a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais. Uma norma constitucional não colhe o seu fundamento de validade em outra norma, portanto, elas têm que conviver harmoniosamente e não por ser reconhecida como sendo superior à outra.”

Desta forma, o ponto de interseção entre a privacidade do agente público e o interesse público reside na diminuição das tensões mínimas entre a privacidade e o direito de informar, passando-se pelo crivo da ética e do respeito à lei.

---

<sup>18</sup> STF Adin nº 4.815/DF, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10/07/2015.

## Conclusões

O Processo Penal e sociedade informação dividem um espaço único e deverão buscar a convivência harmônica e pacífica dentro dos limites constitucionais, uma vez que vivendo em um mundo globalizado, na “aldeia global”, onde as informações caminham com a velocidade da luz nas fibras ópticas, devem aqueles que geram a informação procurar se certificar da sua origem e da sua veracidade antes de colocá-la em circulação, sob pena da ocorrência de danos irreparáveis às pessoas e à sociedade.

Por outro lado, a publicidade do processo penal é a “garantia das garantias” contra o arbítrio do julgador. Garante o controle da atividade jurisdicional, evitando assim os juízos secretos e de exceção, criando um efetivo controle social.

Nesse contexto, está o inalienável valor da dignidade da pessoa humana, que tem a sua essência na garantia da intimidade, sendo a preservação da imagem e o atributo da inocência os valores máximos orientadores do Estado Democrático de Direito que, jamais, poderão ser violados, uma vez que toda pessoa tem o direito de ter a sua intimidade preservada, em qualquer tempo e condição.

Certo é que a informação e comunicação são direitos da sociedade e estão garantidas constitucionalmente, apresentando-se como formas de distribuição do conhecimento e se prestam à formação de um juízo crítico social; entretanto, tais informações devem ser fundamentadas em fatos concretos e atuais, sob pena de se transformarem em bisbilhotagem e maledicências.

Daí se conclui que existe crucial diferença entre o interesse público e o interesse do público, sendo o primeiro de ordem constitucional e o segundo apenas contemplando os interesses ocultos da *mass mídia*.

Já a privacidade dos agentes público é diferida, pois deve ser harmonizada com o interesse público, interesse este que recai sobre os agentes públicos na forma de controle das suas atividades e no controle das políticas públicas e dos bens públicos estando, como tais, sujeitas ao controle social.

Por outro lado, o direito à preservação da intimidade, o princípio da inocência e liberdade de informação são preceitos constitucionais que devem ser analisados dentro da unidade normativa da constituição, cabendo ao intérprete da lei se valer da ponderação quando se depara com colisão entre os princípios constitucionais da preservação da intimidade e da garantia da publicidade, buscando, no caso concreto, minimizar os efeitos dessa colisão.

## Bibliografia

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. 11. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. BUCCI, Eugênio. *Sobre a ética e a imprensa*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

BRASIL. **Código civil português**. In: Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. Ministério Público. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=775&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis)>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DI FRANCO, Carlos Alberto. O poder e a privacidade. In: **Jornalismo Ética e Qualidade**. São Paulo: Vozes, 1996.

MIRANDA, Jorge, et al. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, out. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRIGNOVER, Ada Pellegrini. et al. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Cláudio José Langrovia. et al. Comunicação social e tutela Jurídica da pessoa huma. In: MIRANDA, Jorge. et al. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, out. 2009.

STF Adin nº 4.815/DF, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10/07/2015. STF, HC 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <[www.knoow.net/cienciaconempr/gestao](http://www.knoow.net/cienciaconempr/gestao)>.