



REVISTA JURÍDICA DA UFRN
inverbis

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente

Maria Augusta Marques de Almeida Xavier

Membros

José Vinícius Leite de Queiroz
Maria Luiza Gazaneo Cabral
Marianny Bareto Fernandes
Priscilla Maria Coutinho Medeiros de Luna
Thais Parente Neiva Gomes

Colaboradores

Clara Gabriela Dias Rodrigues
Júlia Yanina Machado de Azevedo
Luís Alfredo Macedo Soares
Ramon Henrique Nogueira
Yvisson Coutinho Ribeiro

CONSELHO EDITORIAL

Ana Beatriz Ferreira Rebello
Anderson Souza da Silva Lanzillo
Andreo Aleksandro Nobre Marques
Anna Emanuella Nelson dos Santos C. da Rocha
Artur Cortez Bonifácio
Diogo Pignataro de Oliveira
Edilson Pereira Nobre Júnior
Elke Mendes Cunha
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras
Fabiano André de Souza Mendonça
Fábio Wellington Ataíde Alves

Fabício Germano Alves
Francisco Barros Dias
Ivan Lira de Carvalho
Jahyr-Philippe Bichara
José Araújo da Silva
Keity Mara de Souza e Saboya
Leonardo Martins
Luciano Athayde Chaves
Luiz Alberto Gurgel de Faria
Madson Ottoni de Almeida Rodrigues
Marcelo Maurício da Silva
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marco Bruno Miranda Clementino
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Maria dos Remédios Fontes Silva
Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro
Mariana de Siqueira
Morton Luiz Faria de Medeiros
Otacílio dos Santos Neto
Patrícia Borba Villar Guimarães
Paulo de Souza Coutinho Filho
Paulo Roberto Dantas Leão
Paulo Renato Guedes Bezerra
Raoni Macedo Bielschowsky
Ricardo Tinóco de Góes
Ronaldo Pinheiro Queiroz
Victor Rafael Fernandes Alves
Virgílio Fernandes de Macedo Junior
Vladimir da Rocha França
Xisto Tiago de Medeiros Neto
Walter Nunes da Silva Júnior
Yanko Marcus de Alencar Xavier
Yara Maria Pereira Gurgel
Zeu Palmeira Sobrinho

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Reitora

Ângela Maria Paiva Cruz

Vice-Reitora

Maria de Fátima Freire de Melo Ximenes

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Diretora

Maria Arlete Duarte de Araújo

Vice-Diretor

José Dionísio Gomes da Silva

Coordenadora do Curso de Direito

Ana Beatriz Ferreira Rebello

Chefe do Departamento de Direito Público

José Orlando Ribeiro Rosario

Chefe do Departamento de Direito Privado

Jair Eloí de Souza

Coordenador da In Verbis

Xisto Tiago de Medeiros Neto

DIAGRAMAÇÃO

Hélder Souza de Lima

REVISÃO

Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis

TIRAGEM

480 Exemplares

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

**Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos Acadêmicos
do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. – Ano 18, n. 33 (jan./jun. 2013).**

Semestral

ISSN 1413-2605

**1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA/UFRN**

CDU - 34

**Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Espaço Integrado CAAC - In Verbis
Av. Senador Salgado Filho, 3.000 - Setor I - Curso de Direito
Campus Universitário - Lagoa Nova - Natal/RN - CEP 59072-970
Home Page: www.inverbis.com.br
E-mail: contato@inverbis.com.br**

**Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a
reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.**

Sumário

EDITORIAL	05
------------------------	-----------

A APLICAÇÃO DO DIÁLOGO DAS FONTES NO DIREITO BRASILEIRO E A AMPLIAÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR	09
---	-----------

Rafael Gomes de Queiroz Neto

A ETICIDADE COMO PRINCÍPIO BÁSICO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: UMA RESPOSTA ÀS ASPIRAÇÕES DE UMA SOCIEDADE IMERSA EM CRISE DE VALORES	23
--	-----------

Carolina Feitosa Cruz Cabral

A IMPRESCINDIBILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO NEOCONSTITUCIONAL E OS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL NÃO FUNDAMENTADA	43
--	-----------

Rorn José Emanuel Pereira de Medeiros da Nóbrega Silva

Vinícius Dantas Garcia

A INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO VIA A ATIVIDADE TRIBUTÁRIA DO ESTADO	59
--	-----------

Beatriz Macedo Delgado

A JUDICIALIZAÇÃO DESESTRUTURANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: CRÍTICAS E PERSPECTIVAS	79
---	-----------

Ana Paula Barros Amaral Oliveira

ANÁLISE DAS CONSIDERAÇÕES ARISTOTÉLICAS SOBRE AS VIRTUDES FRENTE À TEORIA FINALISTA DO DIREITO PENAL	99
---	-----------

Juvencio Almeida

**BEM DE FAMÍLIA LEGAL E CONVENCIONAL: UM DILEMA ENTRE A
CONSAGRAÇÃO DO DIREITO À MORADIA E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE
DO CREDOR 109**

Mariana Belchior Ribeiro Freire

DESMISTIFICANDO AS CONDIÇÕES DA AÇÃO 129

José Leôncio Guimarães Filho

Víctor Marinho Fernandes de Freitas

**INCORPORAÇÃO DE VANTAGENS TRANSITÓRIAS AOS PROVENTOS DE
APOSENTADORIA: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 29, §4º,
II, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE 151**

Bruno Felipe de Oliveira e Miranda

**O MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ÂMBITO DO CDC
..... 169**

Edyllânison Pereira do Nascimento

Heitor Marinho de Freitas

**PENA DE PRISÃO PERPÉTUA: UM CASO DE ANTINOMIA JURÍDICA ENTRE
O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O DIREITO BRASILEIRO? 189**

Cynthia Veras Godeiro

Katyúrcia Maria da Costa Cardoso

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PUBLICIDADE ENGANOSA VIA INTERNET
..... 209**

Marcos Ticiano Alves de Sousa

William Rosendo

**ARTIGO CONVIDADO: BREVES NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DA CELERIDADE-
EFETIVIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO PROCESSUAL DO
TRABALHO BRASILEIRO E ARGENTINO 233**

Luiz Gomes

REGRAS DE PUBLICAÇÃO PARA A PRÓXIMA EDIÇÃO 257

Editorial

Como de costume, encerramos mais um período de trabalhos árduos e inúmeras reuniões permeadas de debates e discussões com a publicação de mais um exemplar da Revista Jurídica In Verbis.

Sempre zelando pela qualidade do periódico, esta Comissão Editorial trabalhou ao longo desses seis meses com o intuito de trazer à comunidade jurídica as melhores produções acadêmicas, sempre com temáticas pertinentes e atualizadas, valorizando os trabalhos científicos elaborados pelos nossos articulistas.

Foi assim que, dentre as inovações trazidas por esta edição de número 33, destaca-se a ampliação de padrões do Sistema Qualis de avaliação de periódicos, que intensificou a relevância da nossa querida Revista In Verbis no mundo jurídico, beneficiando diretamente todos aqueles que nela publicarem seus trabalhos.

Para tanto, submetemos todos os artigos a uma seleção material calcada na avaliação cega por pares, tornando o processo ainda mais seguro e justo. Em decorrência dessa adequação necessária, admitimos novos membros ao nosso Conselho Editorial, que contribuíram brilhantemente com as suas avaliações bem embasadas e apontamentos de grande relevância, não apenas para a qualidade do periódico, mas também para o crescimento do Projeto.

Expressamos, ainda, a nossa gratidão pela costumeira contribuição de discentes, docentes e profissionais de outros estados, que não só abrilhantam a nossa Revista com seus trabalhos, mas contribuem para a importante divulgação dos artigos publicados, valorizando a produção acadêmica e fomentando a pesquisa científica, especialmente as realizadas no seio da comunidade jurídica potiguar.

Com isso, esperamos que os trabalhos publicados contribuam

para o desenvolvimento acadêmico, profissional e pessoal de todos aqueles que desfrutarem de sua leitura. É com grande satisfação, portanto, que apresentamos à nossa comunidade jurídica a 33ª Edição da Revista Jurídica In Verbis.

A Comissão Editorial

Artigos

A APLICAÇÃO DO DIÁLOGO DAS FONTES NO DIREITO BRASILEIRO E A AMPLIAÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR

Rafael Gomes de Queiroz Neto

Acadêmico do 7º período do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar como a aplicação da teoria do diálogo das fontes, disseminada no país por Cláudia Lima Marques, pode contribuir para a coerência do sistema jurídico e para a ampliação da proteção do consumidor. Os conflitos normativos oriundos do pluralismo pós-moderno trouxeram grandes desafios para o aplicador do direito que não podem ser superados satisfatoriamente através dos critérios clássicos de solução de antinomias. Nesse diapasão, a adoção do diálogo das fontes pelo direito brasileiro representa uma mudança de paradigma, pois afasta a necessidade de excluir uma das normas conflitantes do sistema e introduz a ideia de aplicação simultânea e coerente das diversas fontes normativas do direito. O resultado disso é que a proteção do consumidor se torna muito mais abrangente, pois o papel de tutelá-la passa a ser de todo o ordenamento jurídico e não mais apenas do Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Pluralismo. Conflito de normas. Diálogo das fontes. Proteção do consumidor.

1 INTRODUÇÃO

Em um Direito que se mostra cada vez mais plural, tanto no que tange aos sujeitos nele envolvidos quanto à quantidade de fontes legislativas, tornou-se imprescindível que o jurista saiba proceder a uma interpretação coordenada das normas, a fim de tornar o sistema jurídico mais coerente e justo. Esse é o maior desafio do intérprete pós-moderno: procurar uma perfeita harmonia do ordenamento jurídico, sempre objetivando ampliar a efetividade e unidade do Direito.

Surge, pois, o diálogo das fontes, mostrando ser possível a coexistência de normas que aparentemente conflitam através da aplicação plural e simultânea das fontes normativas. Afasta-se a anacrônica ideia de monossolução, segundo a qual apenas uma norma pode regular determinado caso concreto. Em vez de anular a aplicabilidade de uma norma, o diálogo das fontes propõe a utilização coerente e coordenada das diversas leis e fontes do direito privado.

Essa exigência de aplicação coerente das leis nasce da própria Constituição Federal de 1988 que dedica atenção especial aos consumidores, reconhecendo-os como vulneráveis e necessitados da proteção estatal. Efetivamente, o artigo 5º, XXXII, da CF, erigiu a proteção do consumidor à categoria de direito fundamental, que deverá ser garantido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Estamos despertando para um momento novo e desafiador, em que a defesa do consumidor passa a ser um direito fundamental de qualquer cidadão brasileiro¹.

Diante disso, o presente artigo objetiva fazer um esboço geral da teoria do diálogo das fontes, analisando os tipos de diálogos que ela permite ao intérprete e como sua incorporação ao direito brasileiro poderá contribuir para a coerência do sistema e para a ampliação da proteção jurídica do consumidor.

2 DIÁLOGO DAS FONTES E SOLUÇÃO DE CONFLITOS NORMATIVOS

¹ Sobre o assunto: PIRES, Karla Beatriz Nascimento. A proteção Constitucional do Consumidor. Revista Anhangüera v.4 n.1. 2003, jan./dez. p.60.



A expressão “diálogo das fontes” foi criada por Erik Jayme², na tentativa de propagar a imperiosa necessidade de uma aplicação coerente das diversas leis de direito privado existentes no sistema. “Diálogo” no sentido de que há influências recíprocas e porque se pretende a aplicação de diversas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente.

O diálogo vai servir para situações em que nos deparamos com conflitos de princípios e regras no tempo, ou seja, quando duas normas estão supostamente aptas a serem aplicadas ao mesmo caso concreto. É o que chamamos de antinomia jurídica. Em outras palavras, a antinomia se configura quando, no mesmo ordenamento jurídico, haja duas normas na mesma hierarquia e com o mesmo âmbito de abrangência em confronto. Como o ordenamento jurídico é uma unidade sistêmica, não se pode tolerar antinomias em seu bojo, por isso, ao longo do tempo foram sendo criadas técnicas para solução dos conflitos normativos.

Tradicionalmente, as antinomias eram solucionadas através dos mecanismos fornecidos por Bobbio (1990, p. 92), quais sejam: a anterioridade (a lei mais nova revoga a lei anterior), a especialidade (a lei especial prevalece em relação à geral) e a hierarquia (a lei hierarquicamente superior revoga a lei de hierarquia inferior em conflito), sendo a hierarquia, segundo o citado autor, o critério definitivo. Assim, sempre que houvesse uma superposição entre os campos de regulação dessas leis, ao juiz caberia decidir o conflito, declarando a prevalência de uma lei e excluindo as demais do sistema.

Erik Jayme (1995, p. 60), porém, assevera que deve ocorrer uma mudança de paradigma: da exclusão (ab-rogação, derrogação e revogação) de uma das normas em conflito à harmonia e coordenação entre as normas do ordenamento jurídico, com vistas a restabelecer sua coerência. O autor assegura que as clássicas, abstratas e simplistas técnicas de solução de antinomias, baseadas nos critérios citados, já não são mais satisfatórias, pois o dinamismo e a complexidade do direito moderno exigem uma visão sistêmica e flexível que permita a coexistência das normas, a fim de que se possa obter uma maior proteção dos direitos que decorrem das relações

² Autor alemão e orientador do doutorado da Professora Cláudia Lima Marques. A teoria do diálogo das fontes foi criada por ele e exposta pela primeira vez em 1995, no Curso Geral de Haia (Jayme, *Recueil des Cours*, 251, p. 259).



jurídicas desequilibradas, em que uma das partes é legalmente reconhecida como vulnerável. Propõe-se, no lugar do conflito de leis, a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes, no afã de favorecer o consumidor com a norma de campo de aplicação material mais benéfico, através de um autêntico diálogo das fontes.

De fato, o uso dos critérios clássicos, embora dotados de rigor técnico, pode não propiciar soluções jurídicas que se mostrem adequadas, notadamente se cotejadas com o mandamento constitucional de proteção do consumidor insculpido nos artigos 5º, XXXII e 170, V, da CF e ainda no art. 48 do ADCT. É que a complexidade dos problemas modernos e o pluralismo exigem uma eficiência não apenas hierárquica, mas principalmente funcional do direito³.

3 ASPECTOS PRÁTICOS DO DIÁLOGO DAS FONTES

Os critérios clássicos de solução de conflitos já referidos encontram-se previstos no direito pátrio através da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42). De acordo com seu artigo 2º, §1º “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

A revogação expressa, que ocorre quando a própria lei diz quais normas são eliminadas do sistema quando da sua entrada em vigor⁴, tem se tornado cada vez mais rara, pois a volumosa quantidade de leis esparsas que se edita no país dificulta um olhar sistêmico sob o ordenamento jurídico que possibilite ao legislador apontar claramente o campo de regulação de uma lei nova. Nesse contexto de “inflação legislativa”, a maioria dos diplomas normativos aduz apenas que “revogam-se as leis em contrário”, sem que o próprio congressista saiba realmente quais são as leis em contrário afastadas. Por tal motivo, transfere-se para o intérprete a árdua tarefa de realizar um exame atento, a fim de determinar com precisão as leis atingidas e os limites

³ MARQUES, Cláudia Lima, Superação das Antinomias Pelo Diálogo das Fontes. Revista da ESMESE, nº 07, 2004 – Doutrina – 15, pag. 29.

⁴ É o que ocorreu, por exemplo, com os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 5º e com os arts. 15, 17 e 18, todos da Lei 7.347/85, revogados expressamente com o advento do CDC.



da revogação tácita.

Daí a importância do diálogo das fontes, que, em vez de forçar o intérprete a decidir pela aplicação de uma das leis, já parte da premissa de que haverá aplicação simultânea delas, variando somente a ordem e o tempo da aplicação, de forma a restabelecer a continuidade das normas e a coerência do sistema⁵.

3.1 Diálogo das Fontes entre o CC e o CDC

Antes de tudo, é necessário observar que o Brasil adota um modelo *sui generis* de direito privado. *Sui generis* porque nosso ordenamento jurídico dispõe de dois códigos separados: um microssistema específico de proteção ao consumidor, cujo espírito e teleologia estão ligados a um novo paradigma, o paradigma da diferença⁶, que reconhece um dos sujeitos da relação de consumo como merecedor da tutela estatal, por ser vulnerável diante da superioridade do fornecedor; e um Código Civil, de caráter geral, criado para regular as relações entre iguais. No entanto, não há conflito real entre essas leis, apenas antinomias aparentes que podem ser resolvidas com o uso da aplicação ordenada, subsidiária e especial do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Ora, o que se objetiva demonstrar aqui é que esses códigos se interpenetram e dialogam permanentemente.

Segundo Cláudia Lima Marques, são três os diálogos possíveis entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: diálogo sistemático de coerência, diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais, diálogo das influências recíprocas sistemática.

Sobre o diálogo sistemático de coerência, a autora expõe que:

Na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema

⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2. Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009, pag. 97.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima, Superação das Antinomias Pelo Diálogo das Fontes. Revista da ESMES, nº 07, 2004 – Doutrina – 15, pag. 23.



e a outra um microssistema específico, não completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade (MARQUES, 2009, p. 93).

Temos aqui um dos diálogos mais comuns, afinal o Código Civil é a lei basilar do direito privado brasileiro, enquanto que o CDC é norma especial, de âmbito restrito às relações envolvendo consumidores (especialidade *ratione personae*, ou subjetiva), portanto, muitos institutos jurídicos nele mencionados estão disciplinados apenas no Código Civil. É o que acontece com as nulidades, o conceito de pessoa jurídica, prova, decadência, prescrição e tantos outros conceitos não definidos no microssistema, que devem ser examinados à luz do CC.

Explicando essa relação entre o CC e o CDC no sistema jurídico brasileiro, a autora compara os diplomas legais a um edifício, em que:

O Código Civil de 2002 é a base geral e central, é o próprio edifício, em que todos usam o corredor, o elevador, os jardins, é a entrada comum a civis, a empresários e a consumidores em suas relações obrigacionais. Já o CDC é um local especial, só para privilegiados, é como o apartamento de cobertura: lá existem privilégios materiais e processuais para os diferentes, que passam por sua porta e usufruem de seu interior, com piscina, churrasqueira, vista para o rio ou o mar e outras facilidades especiais. Na porta da cobertura só entram os convidados: os consumidores, os diferentes, em suas relações mistas com fornecedores. Sustentando conceitualmente o privilégio ou como base do CDC, está o CC/2002, com seus princípios convergentes (boa-fé, combate ao abuso, à lesão enorme, à onerosidade excessiva etc.), sempre pronto a atuar subsidiariamente (MARQUES, 2004, p. 23).

O segundo tipo de diálogo (diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais) é o que mais se contrapõe à antiga forma de superação de antinomias, em que, decidindo-se pela aplicação de uma lei, as demais eram excluídas do sistema. Por meio desse diálogo, a própria norma abre uma opção para o intérprete atingir sua *ratio* através da aplicação simultânea de outras leis que também



disciplinam determinada matéria⁷, como acontece nos artigos 721, 732 e 777, CC⁸. Para os casos em que o legislador não previu essa possibilidade, o artigo 7º do CDC serve como norma de abertura do sistema, que permite a proteção do consumidor da forma mais abrangente possível, seja através do próprio microssistema, seja através de outra previsão legal mais benéfica. Noutros termos, toda vez que um ato normativo assegurar algum direito para o consumidor, ele poderá ser adicionado ao microssistema do CDC, agrupando-se na tutela especial e tendo a mesma primazia no trato da relação de consumo.

Nesse sentido, Nery Júnior e Nery (2005, p. 960) aduzem que:

Diálogo das fontes. O CC aplica-se às relações de consumo, naquilo em que suas normas não conflituarem com as do CDC. É possível, por exemplo, aplicarem-se às relações de consumo as cláusulas gerais, notadamente as contidas no CC 421 (função social do contrato), no CC 422 (boa-fé objetiva), no CC 187 (abuso de direito) etc. Quanto à prescrição, nada obstante clara a regra clara do CDC 27 sobre a prescrição quinquenal, o STJ têm aplicado o prazo geral do CC (CC 205- dez anos; CC/1916 177 vinte anos) à relação jurídica de consumo, nas situações que específica.

Note-se que os autores defendem a possibilidade de aplicação da norma mais benéfica ao consumidor no caso concreto, numa alusão clara ao diálogo ora estudado.

⁷ Na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente, o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência podem ser usados para regular aspectos de casos de consumo, se trazem normas mais favoráveis ao consumidor (MARQUES, 2004, p. 31).

⁸ Art. 721: Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial. Art. 732: Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais. Art. 777: O disposto no presente Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias.



Por último, temos o diálogo das influências recíprocas sistemáticas. Esse tipo de diálogo se manifesta quando uma lei tem seu campo de atuação redefinido em virtude da alteração de institutos previstos em outro diploma normativo. Fala-se aqui das mútuas influências que o Código Civil tem no Código de Defesa do Consumidor e vice-versa. Cláudia Lima Marques (2009, p. 94) cita que, por exemplo, as definições de consumidor *strictu sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer modificações finalísticas do Código Civil, pois existe, na verdade, “influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de coordenação e adaptação sistemática”.

3.2 Diálogo das Fontes entre o CDC e outras leis especiais

De forma semelhante com o que ocorre entre o CDC e o CC, entre leis especiais também há diálogo das fontes, quais sejam: diálogo sistemático de coerência, diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade, diálogo de adaptação. Esses diálogos não poderiam ser determinados pelas técnicas clássicas de solução de conflitos e quase nunca serão previstos pelo legislador, portanto, o aplicador e o intérprete da lei serão os protagonistas da aplicação simultânea e coerente do CDC com outras leis especiais.

É o que ocorre com o CDC e a lei dos planos de saúde. Enquanto, materialmente, o microssistema é lei geral (generalidade *ratione materiae*), pois visa proteger todo e qualquer consumidor, a Lei Federal 9.656/98 é norma especial, já que regula especificamente as relações entre o aderente e o plano de saúde. Além disso, cite-se que a lei dos planos de saúde (1998) é superveniente ao CDC (1991). O uso dos critérios tradicionais poderia concluir facilmente que o CDC não é aplicável aos planos de saúde, no entanto, se buscarmos a realização do mandamento constitucional de fazer prevalecer a proteção da parte hipossuficiente da relação de consumo, não restará dúvidas de que existe diálogo de complementaridade entre as duas normas.

Outro bom exemplo é o transporte aéreo, em que há o Código Brasileiro de Aeronáutica (lei especial) e tratados como o sistema da Convenção de Varsóvia limitando o *quantum* das indenizações decorrentes de perda de bagagem. A jurisprudência é uníssona ao aplicar o CBA e os tratados (indenização limitada) apenas no que se refere aos danos materiais. Quanto aos danos morais, o CDC tem aplicação subsidiária, para determinar a reparação



integral⁹.

Cite-se, por fim, o diálogo entre a legislação bancária e o CDC, ambos de aplicação coordenada e simultânea, conforme decidido na ADIn 2.591¹⁰.

4 A INCORPORAÇÃO DO DIÁLOGO DAS FONTES PELA JURISPRUDÊNCIA

Embora inicialmente a aplicação do diálogo das fontes tenha encontrado muita resistência por parte dos julgadores, a jurisprudência atual vem, paulatinamente, se conscientizando da importância de adotar o diálogo entre o CDC e outras leis gerais e especiais, como forma de efetivar o direito fundamental de proteção do consumidor garantido pela Magna Carta. Foi exatamente com base neste escopo, isto é, a materialização de direitos fundamentais, eventualmente abalada em determinadas conjunturas, que a jurisprudência pátria começou a recorrer ao diálogo das fontes.

O histórico julgamento da ADIn 2.591¹¹, que concluiu pela aplicação do CDC a todas as atividades bancárias, especialmente no voto do Ministro Joaquim Barbosa, serviu para incorporar, de início no âmbito do STF, e posteriormente em diversos Tribunais do país, o diálogo das fontes no direito brasileiro. Em seu voto, Joaquim Barbosa assevera que:

O regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem perfeitamente conviver. Em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos das diferentes leis.

Adiante, o Ministro afirma ainda que, *a priori*, não há motivos para a

⁹ Nesse sentido, ver: S R TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 196031-MG. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. DJ 24.04.2001; REsp 156240-SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ 23.11.200; AgRg no Ag 878886-SP. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. DJ 21.10.2008.

¹⁰ No próximo tópico, analisaremos como o julgamento da ADIn 2.591 foi importante para a incorporação do diálogo das fontes no direito brasileiro.

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn 2.591. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 04.05.2007.



exclusão formal de uma espécie normativa do sistema, pois o diálogo das fontes permite que coexistam e se complementem perfeitamente. Em alusão aos três tipos de diálogo já estudados, assevera que é possível a aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso se reconhecermos que elas sofrem influências recíprocas, ou de complementariedade e subsidiariedade.

No âmbito do STJ, digno de nota é o voto da ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial 1009591-RS¹², em que a controvérsia era referente à possibilidade, ou não, da aplicação do prazo prescricional previsto no CC às relações de consumo. Ora, sabemos que o prazo do CDC, art. 27, é de 05 (cinco) anos, enquanto o CC atual prevê o prazo prescricional de 10 (dez) anos¹³. Defendendo a possibilidade de o prazo prescricional do CC reger as relações de consumo a ministra afirma que:

O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio de uma ou de outra norma. O denominado “direito do consumidor” tem muitas fontes legislativas, tantas quantas assegurem as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico.

Com propriedade, a ministra assevera que, ao inserir o artigo 7º ao CDC, o legislador optou por um código aberto, sem pretensão de ser exaustivo, a fim de que se permita uma interação com as demais regras do ordenamento que possam beneficiar o consumidor¹⁴. Por tal motivo, as diversas normas do sistema “dialogarão à procura da realização do mandamento constitucional de fazer prevalecer a proteção da parte hipossuficiente da relação de consumo”. *In casu*, se a norma mais benéfica é aquela contida no Código Civil, o diálogo das fontes autoriza sua prevalência, pois é ela que “melhor cumpre os ditames constitucionais de defesa do consumidor”¹⁵.

¹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1009591-RS. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 23.08.2010.

¹³ No CC/16, esse prazo era de 20 (vinte) anos.

¹⁴ É o caso, por exemplo, da súmula 194, do STJ, dispondo que “Prescreve em vinte anos a ação para obter do construtor indenização por defeitos da obra”. Embora o CDC disponha de prazo prescricional diferente do previsto na referida súmula (art. 27), é ela que deve ser aplicada, por ser mais benéfica ao consumidor (diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade). Sobre o tema, ver o trabalho de Samuel Alvarenga Gonçalves, publicado na Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, vol. 6.

¹⁵ Ver também: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no EREsp 938607-SP. Rel. Min. Herman



Não há dúvidas que a afortunada expressão criada pelo alemão Erik Jayme e introduzida no Brasil por Cláudia Lima Marques traz uma visão atualizada e coerente do ordenamento jurídico, mostrando ser possível a coexistência e aplicação simultânea de normas aparentemente colidentes, em detrimento da ideia de “conflito de leis no tempo”. Sendo assim, a utilização do diálogo das fontes pelo STF e STJ como *ratio decidendi* desses julgamentos é comemorável, pois representa uma mudança de paradigma e um avanço considerável na proteção do consumidor, uma vez que atribui a todo o ordenamento, e não apenas ao CDC, o papel de tutelá-lo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos grandes desafios enfrentados pelo jurista moderno, em sua maioria acarretados pelo pluralismo pós-moderno, o diálogo das fontes tem emergido como uma técnica que possibilita ao intérprete manter a perfeita harmonia e coordenação do ordenamento jurídico, mesmo em meio à multiplicidade de diplomas normativos em voga. Isso só ocorre porque o diálogo parte da premissa de que haverá aplicação sistemática, coerente e simultânea das normas, sem a necessidade de declarar a invalidade de nenhuma delas, pois, sejam gerais ou especiais, todas podem conviver harmonicamente no sistema.

É o que se conclui do CDC, que, em seu artigo 7º, indicou a abertura do microsistema a um autêntico diálogo das fontes, sobretudo para que sejam aplicadas as disposições de outros diplomas legais às relações consumeristas, sempre que sejam mais favoráveis ao consumidor e guardarem compatibilidade com o espírito protetivo e com a ordem principiológica traçados na CF.

Sem dúvidas, essa visão flexível, coordenada e atual do sistema jurídico possibilitará uma ampliação da proteção jurídica do consumidor e, conseqüentemente, a efetivação do direito fundamental positivado no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988.

Benjamin. DJ.06.03.2012; REsp 1037759-RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 05/03/2010; REsp 238011-RJ. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ 08/05/2000.



REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009, pag. 93 – 94.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Ed. Pollis/Universidade de Brasília, S. Paulo, Brasília, 1990, pag. 92.

JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration: le droit international postmodern**. Recueil des Cours. Haia, t. 251, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima, **Superação das Antinomias Pelo Diálogo das Fontes**. Revista da ESMESE, nº 07, 2004 – Doutrina – 15, pag. 29.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 45, jan./mar. 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pag. 960.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **A teoria do diálogo das fontes**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2755, 16 jan.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18279>>. Acesso em: 18 mai. 2012.



THE APPLICATION OF THE DIALOGUE OF SOURCES IN BRAZILIAN LAW AND EXPANSION OF LEGAL PROTECTION OF CONSUMER

ABSTRACT

This article aims to analyze how the application of the theory of dialogue sources, widespread in the country by Claudia Lima Marques, can contribute to the coherence of the legal system and the expansion of consumer protection. Conflicts arising normative pluralism postmodern brought great challenges to applying the law that can not be satisfactorily overcome by the traditional criteria of solution of antinomies. In this vein, the adoption of dialogue sources by Brazilian law represents a paradigm shift because removes the need to delete one of the conflicting rules of the system and introduces the idea of simultaneous and consistent application of the various normative sources of law. The result is that consumer protection becomes much broader, because the paper ourselves to safeguarding it becomes the entire legal system and not just the Code of Consumer Protection.

Keywords: Pluralism. Conflict of laws. Dialogue of sources. Consumer protection.



A ETICIDADE COMO PRINCÍPIO BÁSICO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: UMA RESPOSTA ÀS ASPIRAÇÕES DE UMA SOCIEDADE IMERSA EM CRISE DE VALORES

Carolina Feitosa Cruz Cabral

Graduada pela UFPB
Monitoria de Direito Civil e Língua Portuguesa
Pós-Graduação em Direito Constitucional

Rogério de Menezes Fialho Moreira

Marília Marques Vilhena

Professores-orientadores

RESUMO

O presente trabalho expõe o Princípio da Eticidade como um símbolo primordial do Código Civil de 2002, como base para os avanços do direito civil e a sua importância na vida diária e nas relações jurídicas. O Novo Código Civil, como assinala Miguel Reale, constitui “a Constituição do homem comum”, e seu processo de edificação seguiu algumas diretrizes, principalmente a alteração relacionada aos considerados valores essenciais, tais como a Eticidade, a Sociabilidade e a Operabilidade. Em destaque, através do Princípio da Eticidade, procurou-se superar o apego ao formalismo jurídico do Código Civil de 1916, fruto do trabalho empírico dos glosadores quanto do tecnicismo do Direito Romano, visto que, com a constante modificação da sociedade, observou-se a indeclinável participação da ética no ordenamento jurídico, sem a qual é inviável imaginar um futuro com paz e justiça. Nesse ínterim, a opção pelas cláusulas gerais, visando a criar modelos jurídicos hermenêuticos, fundamenta

a contínua atualização dos preceitos legais.

Palavras-chave: Princípio da Eticidade. Ética. Cláusulas Gerais.

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916 nasceu sob a influência política da Revolução Francesa, a qual destacou, como valores centrais, a autonomia da vontade e a sua livre manifestação. Como consequência, o Código de 1916 apresentou feições egoísticas, patriarcais e autoritárias. Ocorre que, quando da promulgação deste Código, os seus fundamentos já estavam deficientes para regular as novas relações de uma sociedade que se desenvolvia, erigida com o rápido desenvolvimento industrial e sob os efeitos advindos da primeira e segunda guerra mundiais.

A Constituição Federal de 1988 nasce extremamente caracterizada pela valorização do ser humano, como ser social, e de sua dignidade, esta alicerçada sob os valores de justiça, de lealdade, de confiança, de igualdade material e de bom senso. Esta Constituição influencia o surgimento do direito civil constitucionalizado.

O atual Código Civil ficou marcado, assim, por três princípios basilares: o da sociabilidade que preserva a coletividade, o da operabilidade que investe na efetivação do Direito e o da eticidade, que defende o valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores.

Esses princípios são decorrentes da necessidade de se garantir novos valores éticos e sociais, desenvolvidos pela experiência legislativa e jurisprudencial.

A partir daí, realçou-se, no Código de 2002, o modelo das cláusulas gerais, que carregam conteúdo propositadamente indeterminado, exigindo, para tanto, um trabalho judicial prévio e com origem na própria regra concreta do caso. São ferramentas legislativas que apresentam alto grau de valor, delegando aos textos jurídicos mais funcionalidade, sendo estas o mecanismo utilizado pelo legislador.

Destarte, o princípio da eticidade surge em meio à necessidade e à concretização de novas premissas e ideologias que serão interpretadas em sintonia e à luz da Constituição Federal de 1988, inspiradas na boa-fé objetiva, que apresenta grande relevância e aplicabilidade no atual ordenamento civil



brasileiro.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

2.1 O código civil de 1916 e de 2002

No século XIX, iniciou-se a elaboração do Código Civil Brasileiro, mais precisamente do que seria conhecido como o Código Civil de 1916. Este se formou e se estruturou em meio a uma dogmática que apartava o Direito Público do Direito Privado, envolto nos ideais do liberalismo e individualismo, em um contexto pós-primeira Revolução Industrial de 1750, Revolução Francesa de 1789 e política econômica de Adam Smith. Esse era o cenário Europeu na época.

Dessa feita, é de se asseverar que a Revolução Francesa contribuiu com a ideia de limitação do poder político, através da elaboração de regras e de autonomia dos indivíduos, econômica e patrimonialmente, com amparo nos ideais de igualdade, meramente formal, liberdade, totalmente sem limites, e fraternidade, sem reflexos jurídicos relevantes. A mesma burguesia revolucionária francesa ainda enfatizava que o homem seria o centro do mundo e capaz, com a sua vontade e a com a sua razão, de ordená-lo.

E, então, surgiu um Direito extremamente positivista, de apego excessivo à letra da norma, como explica Arruda Alvim (2003, p. 19-20): “a burguesia, ao assumir o poder após a Revolução Francesa, viu-se diante de um grave dilema: a desconfiança dos juízes, pois a maioria deles era egressa da antiga nobreza, ou seja, da antiga classe dominante.”

Ainda ratificando as palavras de Arruda Alvim, Renan Lotufo (2002, p.23), explica:

O Direito Francês, com toda a sua influência, foi exatamente aquilo que o revolucionário quis, ou seja, o juiz é a boca da lei, o escravo da lei. Não pode interpretá-la, deve seguir um raciocínio puramente dedutivo e aplicar estritamente o que está na lei.

Nesse diapasão, por receber forte influência do direito europeu, o ordenamento jurídico brasileiro de 1916 se caracterizou por um extremo rigor formal, de modo que tudo se solucionava pelos preceitos normativos expressos, tendo tido a aquiescência da sociedade, apegada aos ideais do



capitalismo liberal e da não intervenção do Estado, que dever-se-ia manter afastado da dinâmica social e das relações econômicas da vida privada dos cidadãos, com o intuito de livre disposição das relações contratuais e de crescimento industrial.

À época da feitura do Código, o Brasil exportava matéria-prima e importava produtos industrializados. Os fazendeiros se responsabilizavam pela exportação, enquanto os comerciantes, pela importação. A classe média, a despeito da sua pouca força expressiva, mantinha-se na esfera burocrática do poder. (GOMES, 2003, p.25)

Por sua vez, no plano político, os cargos ocupados pela “elite intelectual urbana da classe média” eram apoiados por grandes fazendeiros, que, por meio de uma política clientelista “praticamente nomeavam os legisladores e governadores, em farsas eleitorais” (GOMES, 2003, p. 27-28). Como diz Guerreiro Ramos (1957, p. 46), “[...] a classe média teve de ser necessariamente a classe eminentemente política”.

Desse modo, a burguesia mercantil ansiava pelo pleno liberalismo econômico, porém a burguesia agrária não concordava com tal ideia, já que tinha temor de ser por ele atingido. Os grandes proprietários, por outro viés, estavam tranquilos, já que detinham o poder político, além do que a filosofia liberal não chegava à grande camada da população, que era ‘miserável e inculta’, fato que impediria sua proliferação. (GOMES, 2003, p. 29-30).

Assim, o Código Civil de 1916 se formou em meio a uma sociedade brasileira essencialmente agrária e patrimonialista, tendo sido produto de uma simbiose, cuja autoria deve-se à classe média que tentou fixar um modelo “liberal e progressista”, mas que encontrou como barreira o conservadorismo dos fazendeiros (GOMES, 2003, p.31).

Dessa feita, o Código Civil de 1916 era um código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionada pela circunstância histórica, física e étnica em que se revela, sendo a cristalização axiológica das ideias dominantes e dos detentores do poder político e social da época, determinados ou condicionados, pelos elementos econômicos, políticos e sociais (AMARAL, 2003, p.131).

O grande problema, todavia, do Código Civil de 1916 foi o vasto tempo que decorreu entre a sua elaboração e a sua promulgação. Perpassou um lapso de quase um século, mais precisamente noventa e dois anos de elaboração, restando, pois, quando entrado em vigor, ligeiramente atrasado e obsoleto para a época vigente.



Não se pode desmerecer, contudo, a obra do jurista Clóvis Bevilacqua, que foi, ademais, considerada como o maior monumento de codificação jurídica da América. Tanto que pensar em modificar o seu conteúdo seria incutir a ideia de destruir um patrimônio cultural e literário. Entretanto, a realidade se impôs, imperiosamente; por conseguinte, os fatos não podiam nem deveriam ficar vinculados a esquemas legais, que a eles não correspondiam (DINIZ, 2002, p. 49-50).

Sobreleva-se, por oportuno, que quando o Código Civil entrou em vigor, no ano de 1917, essa realidade já estava em crise, tendo em vista a enorme quantidade de demandas sociais que exigiam a intervenção estatal. O voluntarismo puro não mais se enquadrava no cenário que ora se apresentava.

A esse respeito, o professor César Fiúza (2003, p.30) ilustra:

O Código Civil foi elaborado sob a inspiração do Estado Liberal burguês, do século XIX. Não se adequava, evidentemente, às aspirações do emergente Estado social, instalado no Brasil já no início do século XX.

O formalismo jurídico não se sustentava mais, pois a igualdade formal da época fadou-se ao insucesso, tendo em vista a dominação da classe burguesa sobre as camadas mais desmerecidas e fracas economicamente, o que gerou desequilíbrios nas relações econômicas.

A eclosão, em 1914, da Primeira Guerra e a crise econômica mundial de 1929, conhecida como a Grande Depressão, foi determinante para a intervenção do Estado nas relações privadas, iniciando-se um processo de socialização do Estado, conhecido como o Estado do Bem Estar Social.

No Brasil, o *Welfare State* surge a partir de decisões autárquicas e sob o viés, marcadamente, político, controlando aspectos relativos à organização dos trabalhadores assalariados dos setores modernos da economia e da burocracia.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 e a instauração do Estado Democrático de Direito em nossa República foram fundamentais para o ciclo de transformações sofridas no ordenamento jurídico, que adquiriu novas feições durante todo o último século¹.

¹ RODRIGUES, Renata de Lima. As tendências do Direito Civil brasileiro na pós-modernidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 655, 23 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6617>>. Acesso em: 29 mar. 2012.



Desfraldada pelos ventos desse roteiro evolucionista, a Constituição Federal de 1988, segundo José Camacho dos Santos, promoveu sensível metamorfose no Direito substantivo e, atendendo à grita das camadas sociais mais desvalidas, fixou planilha axiológica de cunho socioprotetivo, incorporando cariz social.²

Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição (...). 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 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, expunha 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 solidariedade³.

² SANTOS, José Camacho. O novo Código Civil Brasileiro em suas coordenadas axiológicas do liberalismo à socialidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3344>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

³ ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.



Com o nascimento da Lei Maior, a concepção individual e patrimonialista do direito restou esmaecida, enfatizando-se a importância dos direitos e garantias fundamentais, que são hoje pilares de um Estado de Direito.

Dessa feita, a Constituição Federal, ao elevar a dignidade da pessoa humana ao status de valor constitucional e de fundamento da República, traz o ser humano para o centro de sua tutela jurídica. Pelo entendimento de Alexandre de Moraes (2003, p.50):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A Constituição assume um papel interventor nas relações humanas e na esfera privada, não apenas invalidando qualquer norma privada, que deve obediência aos ditames da Lei Maior, como também vedando o retorno ao individualismo.

Conforme afirma Marília Ávila e Silva Sampaio (2006, p. 89-90):

As mudanças das relações entre o Direito Privado e o Direito Constitucional expressam uma transformação nas tarefas, na qualidade e nas funções de cada um dos setores jurídicos. A relação entre ambos os ramos do Direito alterou-se de uma inicial autonomia para uma complementaridade e dependência.

O professor César Fiúza (2003, p.29) nos adianta o tema, em mais uma de suas sínteses:

Vive-se hoje, no Brasil, os alvares do Estado Democrático de Direito. Este é o momento da conscientização desse novo paradigma. Só agora assumem a devida importância os princípios e os valores constitucionais por quais se deve pautar todo o sistema jurídico.



Constitucionalização ou publicização do Direito Civil entram na temática do dia. O Código Civil não seria mais o centro do ordenamento civil, seu lugar ocupa a Constituição, seus princípios e valores. Diz-se que os pilares de sustentação do Direito Civil, família, propriedade e autonomia da vontade, deixaram de sê-lo. O único pilar que sustenta toda a estrutura é o ser humano, a dignidade da pessoa, sua promoção espiritual, social e econômico. Este pilar está, por sua vez, enraizado na Constituição.

Com efeito, a Constituição Federal veio para elevar, ao plano constitucional, os princípios fundamentais, que assumiram uma feição rica em valores sociais, como os éticos e os sociais.

Com isso, o Direito Civil, após a Constituição Federal de 1988, adquiriu novos contornos e seus institutos basilares foram repaginados. E mais importante: deixaram de ser basilares. O alicerce passou a ser o ser humano e sua dignidade, como ditado. Todo o resto deve estar funcionalizado para promoção do desenvolvimento daquele, em todos os seus aspectos.

Nasceu, então, um novo diploma civil, que daria efetividade às novas diretrizes constitucionais,

superando de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente; reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não podendo ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo (REALE, 1968, p.63).

Portanto, o novo Código Civil assumiu um viés ético, social e operável, enfatizando os valores sociais nele presentes, que passam a constituir e nortear todo o seu ordenamento, tornando-os aplicáveis no caso concreto através de técnicas, como as cláusulas gerais, presentes em todo o Código.



2.2 A técnica das cláusulas gerais

No século XIX, prevalecia a técnica da legislação casuística, as leis eram imensas, porque o legislador queria descrever tudo. Ocorre que tal atividade é impossível, haja vista a rápida evolução da sociedade e o que fora previsto outrora, com o tempo, fica obsoleto. Deve-se manter o casuismo no que for essencial

Então, para dar efetividade a essas normas sociais, adotaram-se técnicas conceituadas como cláusulas gerais, que se caracterizam pela elasticidade de interpretação de suas normas, aptas a oferecer uma maior mobilidade ao sistema, diferentemente do Código anterior.

Na verdade, estas cláusulas são textos normativos. De uma cláusula geral, pode-se extrair normas que são princípios ou regras. Normalmente, princípios são interpretações destas cláusulas.

Segundo Judith Martins Costa (2003, p.40):

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluída” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemento ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a *ressistematização* destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, as cláusulas gerais propiciam ao aplicador da lei uma maior liberdade, quando do julgamento do processo, vez que se utiliza delas, a fim de decidir, de forma mais consentânea, o caso que se erige, elaborando decisões mais justas, coerentes e seguras e atendendo, assim, à finalidade do Direito.

Neste contexto de pleno acesso à informação e de livre manifestação de pensamento, erige-se uma sociedade mais crítica, conhecedora dos seus



direitos e, portanto, sedenta por mudanças reais.

Tem-se, por sua vez, o Direito como a tábua de salvação, para solver as problemáticas decorrentes deste turbilhão de novos fatos, que desorganizam e comprometem as relações humanas, sendo este o recurso em que a sociedade busca amparo e esperança. Assim relata Cristina Tereza Gaulia (2001, p.142-152):

A modernidade jurídica nascida da Constituição de 1988 requer juízes que sejam criadores do Direito e livres intérpretes da lei, tendo por objetivo a busca da justiça a ser aplicada em benefício da paz social.

Para Cappelletti (1993, p. 42):

Toda interpretação é criativa, sendo inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Vale dizer, haverá mais espaço para discricionariedade, e assim criatividade, quanto mais vaga e imprecisa for a norma a ser interpretada.

Novamente assegura Judith Martins Costa (2003, p.32) que:

As cláusulas gerais teriam as seguintes funções: permitir a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz; atuar como elementos de conexão para utilização de precedentes; permitir à doutrina operar a integração intra e inter-sistemática entre as disposições contidas nas várias partes do Código Civil.

Paulo César de Carvalho conclui, sabiamente, que as cláusulas gerais não prescrevem norma de conduta, mas definem parâmetros de interpretação. A adoção destas revela uma atualização em termos de técnica legislativa, exigindo cuidado especial do intérprete, especialmente do juiz, que tem a acentuada missão de fundamentar suas decisões, pois, quando diante de tais cláusulas, tem que demonstrar o motivo que o levou a alicerçar tal solução para o problema, evitando eventuais conflitos de direitos fundamentais.⁴

⁴ CARVALHO, Paulo César de. Cláusulas gerais no novo Código Civil. Boa-fé objetiva, função



2.3 O princípio da socialidade

O princípio da socialidade é fruto de um trabalho que visa dar um novo enfoque ao individualismo do Código anterior, conhecido como um individualismo extremo, embasado em uma liberdade que permitia ao indivíduo agir como lhe fosse conveniente, já que a felicidade coletiva seria atingida pela vontade livre de cada um, pois a união de todos os bens individuais consagraria o bem comum da sociedade (FARIAS, 2008).

Almeja-se, com este princípio, albergar o conceito de um individualismo focado nos interesses da sociedade como um todo, como uma contribuição para o bem comum, para o desenvolvimento do povo inserido em dada sociedade.

O direito subjetivo individual não pode lesionar as expectativas coletivas que o rodeiam. Todo poder de agir é concedido à pessoa, para que seja realizada uma finalidade social, caso contrário, a atividade individual padecerá de ilegitimidade e não será aceita pelo Direito (FARIAS, 2008).

Maria Celina Bodin de Moraes (2001) assevera que:

Ao direito de liberdade da pessoa será sopesado o dever de solidariedade social, não mais reputado como um sentimento genérico de fraternidade que o indivíduo praticará na sua autonomia, mas como um verdadeiro princípio que se torna passível de exigibilidade. Destarte, a solidariedade é a expressão mais profunda de sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina, ou melhor, exige que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós.

Impende salientar que se tem a falsa impressão da preponderância, no atual Código, da sociabilidade sobre o individual, como se o Código fosse hierarquizado, caracterizando-se por extremos, antes individualista e hoje coletivo. Mas o correto é perceber que o nosso ordenamento introduziu mais um valor, o social, para conviver com o individual, devendo ter estas limitações

social do contrato e função social da propriedade. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8077>>. Acesso em: 21 mar. 2012.



em face daquele, trazendo sentidos sociais aos valores fundamentais da pessoa humana.

Assim, a socialidade e o individualismo não sempre de ser cotejados em extensa magnitude, “impondo a relação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação” (REALE, 1999, p.7).

2.4 O princípio da operabilidade

O princípio da operabilidade traz a característica da efetividade. Torna-se a norma aplicável, “dando a cada um o que é seu”, na medida de suas necessidades, tornando o direito operável, através de técnicas, como as cláusulas gerais, que agilizam a prestação jurisdicional.

Os elementos de fato e de valor devem sempre ser levados em consideração, na enunciação e na aplicação da norma, facilitando ao juiz dizer o direito, em cada caso concreto.

Enfim, “o princípio da operabilidade importa na concessão de maiores poderes hermenêuticos ao magistrado, verificando, no caso concreto, as efetivas necessidades a exigir a tutela jurisdicional” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 51).

A operabilidade incluiu-se no ordenamento dando possibilidade de a tutela jurisdicional atuar como efetivo fator de pacificação social, dependendo fundamentalmente da perfeita compreensão a respeito de inúmeras situações da vida sobre o que o provimento surtirá efeito. Somente, assim, poderá o processualista prever tutelas adequadas ao escopo da função jurisdicional. (BEDAQUE, 2001, p. 20).

Como pontua Bobbio (1984), o século XX foi a “era dos direitos”, e o século XXI pretende-se como a “era da efetividade dos direitos.” As normas devem, sim, ser compreensíveis e aplicáveis.

2.5 O princípio da eticidade

Conforme entendimento de Miguel Reale (2000, p. 393):

A ética é uma ciência normativa dos comportamentos humanos, não apenas comportamentos valiosos, mas obrigatórios, estando, então, presente o sentido



imperativo da norma ética, a expressão do dever-ser. A ética seria tudo aquilo que limitasse a atuação comportamental do homem dentro da sociedade, sendo através de punição, coação, sendo através do próprio sentido de erro, com o objetivo de permitir uma convivência pacífica e harmônica entre os semelhantes.

A ética originada do grego *ethos*, que significa costume, surge para estudar e investigar os princípios e as normas de comportamento que regem as condutas humanas de determinada sociedade. Esta sempre permeou o sistema jurídico. Os princípios éticos evoluem segundo valores morais que mudam no decorrer de mudanças econômicas, tecnológicas e sociais. Estabelecem-se prioridades, mudam-se os parâmetros.

Para Adolfo Vazquez (1995, p.12):

Os princípios éticos evoluem devido à necessidade de relacioná-los com as condições sociais, as quais se referem com as aspirações e interesses que os inspiram e com o tipo concreto de relações humanas que pretendem regulamentar.

Os princípios éticos sempre permearam o sistema jurídico. O Código Civil de 1916, patrimonialista e individualista, por exemplo, foi marcado pelo rigoroso formalismo e apego à letra da norma.

Decidir, naquela época, tendo como propósito atingir fins éticos e justos, era decidir de acordo com o formalismo jurídico. Os juízes julgavam conforme os mandamentos, o que estava escrito na lei pura.

Davam-se soluções, em grande parte, que iam de encontro com o propósito do Direito, com a realidade imperante e com sua necessidade. Esse tipo de interpretação mostrou-se falha e carente, não alcançando a efetiva justiça.

A nova realidade normativa não mais aceita o estudo do princípio da eticidade sob a ótica do liberalismo, pois o Novo Código Civil determina que a aplicação de suas normas siga rigorosamente os valores éticos, no sentido de serem instaurados relacionamentos entre cidadãos pautados na absoluta igualdade entre prestação e contraprestação, entre o que se dá e o que se recebe, servindo como real instrumento regulador dos fatos da vida individual e social do homem.

Logo, introduz Miguel Reale (2000, p.393):



[...] que a nova lei Civil se distingue da anterior pela frequente referência de seus dispositivos aos princípios da equidade, de boa-fé, de equilíbrio contratual, de correção, de lealdade, de respeito aos usos e costumes do lugar das convenções, de interpretação da vontade tal como é consubstanciada, sempre levando em conta a ética da situação, sob cuja luz a igualdade deixa de ser vista in abstracto, para se concretizar em uma relação de proporcionalidade.

Depreende-se que a ética não é estanque, ela amadurece, forma novos conceitos. Com isso, valores, princípios éticos e de boa-fé devem ser interpretados pelo Direito, na medida em que tragam a solução mais adequada com a época em se vive e com o que a sociedade realmente necessita.

O que se busca, enfim, é um Direito inspirado na ética. Oportunamente, é mister destacar, ademais, que os princípios éticos não se confundem com as leis. Agir conforme aqueles não significa agir conforme as leis. “Ética e Direito são reinos vizinhos, mas não coincidentes”, assim trata Eurípedes Alcântara (2008, p.66).

A norma ética, para ser cumprida, não precisa vir prescrita em lei, até porque, esta, nem sempre, abrange-a. A própria personalidade, a educação ou a religião do indivíduo conduzem-no a um comportamento honesto e leal, independente de qualquer regra positivada.

Impossível pensar o Direito como algo pronto e acabado (tal qual supunham os modelos analítico-conceitualista e positivista). Ao contrário, tem de ser visto como um sistema em construção, móvel, aberto, permeável e sensível à natural evolução dos fatos e às constantes mutações axiológicas. Aí a imprescindibilidade de se considerar a realidade social contemporânea na edição da norma e, sobretudo, a vigente. Somente assim se poderão compreender seus porquês e objetivos, com vistas a empreender a mais coerente e adequada interpretação, ou até mesmo a eventual substituição do preceito.⁵

⁵PELUSO, Antônio Cezar. A nova leitura da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. Revista do



Assim, o princípio da eticidade, no novo diploma civil, veio para oferecer uma resposta à sociedade que propõe a prevalência de valores sociais, de justiça, de probidade e de veracidade, ressaltando a responsabilidade não apenas do poder público, mas da comunidade, pela existência de cada um de nós, sem abandonar, contudo, a técnica jurídica que, com este princípio, deve-se compatibilizar (VON GEHLEN, 2002, p.175).

Pamplona ressalta que “o princípio da eticidade consiste na busca de compatibilização dos valores técnicos conquistados na vigência do código anterior, com a participação de valores éticos no ordenamento jurídico” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 51).

O Novo Código exige, para a aplicação de suas normas, uma valorização do seu conteúdo ético, sendo a boa-fé o parâmetro central de qualquer interpretação do aplicador do direito.

3 CONCLUSÃO

Conforme mencionado anteriormente, o Código Civil de 1916 foi marcado pelo forte apego ao formalismo jurídico e pelo caráter patrimonial e individualista, tornando-se, com passar do tempo, e com o surgimento da Constituição Federal de 1988, ultrapassado para o século XX.

Era mister submeter o Estado brasileiro a uma ordem baseada em valores reais e atuais, em que a justiça social fosse o fim último da norma, em que houvesse uma ação estatal efetiva, inclusive com a instituição de prestações positivas e concretas por parte do Poder Público, para a fruição pela sociedade dos direitos assegurados.

O advento do novo Código Civil recodificou o Direito Privado no Brasil, na medida em que o conectou à nova ordem constitucional, com o claro objetivo de dar efetividade às suas diretrizes.

O novo Código Civil inseriu em sua estrutura, como princípios máximos, a socialidade, a eticidade e a operabilidade.

Os valores éticos e de boa-fé insertos no Código Civil devem ser interpretados pelo Direito na escala de valores da sociedade, ao passo que tragam a solução mais consentânea com a época em que se vive e com o que realmente se almeja e necessita, sempre com o devido respeito ao ser



humano e à sua dignidade.

O instituto da boa-fé inserto como cláusula geral tem a função precípua de permitir, em um sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz, normas interpretadas à luz constitucional, mas permitindo que o Código acompanhe a velocidade das mudanças sociais que ocorrem diariamente em nosso país, mantendo-o sempre atualizado.

Não fosse assim, seria indispensável um sistema legislativo exaustivo para todas as situações do mundo, culminando no engessamento do ordenamento jurídico e inviabilizando qualquer espaço para sua complementação, adaptação e desenvolvimento.

Enfim, a boa-fé, atualmente, deve ser o código de conduta de todo ser humano, pois indispensável se faz uma atuação no decorrer da vida, pessoal ou profissional, proba, correta, leal e honesta, pois, certamente, assim, contribuiremos para que os dias sejam mais bonitos e melhores.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Eurípedes. Ed. abril, 2063^a ed., ano 41. n. 22, jun. 2008.

ALVIM, Arruda. **A função social dos contratos no novo Código Civil**. Revista dos Tribunais, ano 92, v. 815, set., 2003.

AMARAL, Francisco. **Introdução ao Direito Civil**. 5^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: Influência do Direito material sobre o Processo. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**. Edizione di comunit'a. 1984.

CAPPELLETI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1993.
CARVALHO, Paulo César de. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**: Boa-



fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 983, 11 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8077>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

COSTA, Judith Martins. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro** / Judith Martins-Costa e Gerson Branco. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Teoria Geral do Direito Civil. v.1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Obrigações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIÚZA, César. **Novo Direito Civil**. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. vol I. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAULIA, Cristina Tereza. A Interpretação das leis principiológicas e a convicção político-ideológica do magistrado. In: **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**, ano 5, n. 11, 2001.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOTUFO, Renan. **Da oportunidade da codificação civil**. Revista do Advogado, ano XXII, n. 68 - dezembro/2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**.



São Paulo: RT, 1980.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PELUSO, Antônio Cezar. **A nova leitura da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 41, set., 1993.

RAMOS, Guerreiro. **Introdução crítica à sociologia brasileira**. Rio de Janeiro: Andes, 1957.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. **O Projeto do Novo Código Civil**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Renata de Lima. **As tendências do Direito Civil brasileiro na pós-modernidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 655, 23 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6617>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva**. 2006.

SANTOS, José Camacho. **O novo Código Civil Brasileiro em suas coordenadas**



axiológicas do liberalismo à socialidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3344>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

VÁZQUEZ, Adolfo Sanches. **Ética**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos**, Editora Jurídico Atlas.

VON GEHLEN, Gabriel Mena Barreto. **O chamado direito civil constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ETHICALITY AS THE BASIC PRINCIPLE IN THE CIVIL CODE OF 2002: A RESPONSE TO THE ASPIRATIONS OF A SOCIETY IMMERSED IN A CRISIS OF VALUES

ABSTRACT

The present work presents the Principle of Ethicality as a primordial symbol of the Civil Code of 2002, as a basis for the advancement of civil law and its importance in our daily lives and juridical relations. The New Civil Code is, as Miguel Reale designates it, 'the Constitution of the ordinary man' and its process of development followed some guidelines, in specific, the change related to values deemed essential, like ethicality, sociability and operability. Worthy of note is that, by means of the principle of ethicality, an attempt was made to overcome the attachment to juridical formality of the Civil Code of 1916; this was the fruit of the empirical work of legal pundits (glossators)



and the technicality of Roman Law, after having considered that, with the constant changes in society, the undeniable participation of ethics in the juridical order became evident. Without its presence, a future with peace and justice would be unimaginable. In the meantime, the choice of general clauses — having the intention of creating statutory interpretation models — forms the basis for a continuous actualization of legal precepts.

Keywords: Principle of Ethicality. Ethics. General Clauses.



A IMPRESCINDIBILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO NEOCONSTITUCIONAL E OS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL NÃO FUNDAMENTADA

Rorn José Emanuel Pereira de Medeiros da Nóbrega Silva

Acadêmico do 7º período do Curso de Direito da UFRN

Vinícius Dantas Garcia

Acadêmico do 7º período do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

O princípio da motivação das decisões judiciais ao longo dos séculos foi se aprimorando e garantindo cada vez mais importância no cenário das decisões judiciais, tornando-se fundamento essencial de todo ato decisório. Atualmente, possui *status* constitucional, o que – no Estado Pós-positivista – transforma a fundamentação de mero requisito processual ao patamar de garantia fundamental do cidadão e dever do magistrado. A não fundamentação – salvo algumas ressalvas – torna a decisão passível de nulidade, por ser considerada um desrespeito direto e grave ao Estado Democrático de Direito que vivenciamos. A justiça praticada no caso concreto só torna-se palpável e entendível ao cidadão através da fundamentação do magistrado.

Palavras-chave: Motivação. Estado Neoconstitucional. Ausência de Fundamentação. Efeitos.

1 INTRODUÇÃO

A decisão judicial, da forma como mais se assemelha a que conhecemos, remonta precipuamente ao Direito Romano. Em Roma, a sentença tinha o objetivo de solucionar uma controvérsia material, cabendo recurso à parte vencida.

Ocorre que à época romana, o papel do Juiz era reproduzir o previsto nas leis, adequando o litígio à solução material legal, de modo que não havia uma atividade intelectual e a sentença possuía um cunho meramente declaratório. Dessa forma assinala Murilo Carrara Guedes:

Assim sendo, e reforce-se, por coerência, a *sententia* romana era somente um ato de inteligência e não de vontade. Isso porque o juiz apenas aplicava a fórmula ditada pelo pretor sem poder influir no conteúdo da mesma, que já era definido. Portanto, a vontade do juiz se manifestava apenas sobre a valoração das provas. Por meio deste ato ele poderia tão somente decidir qual fórmula melhor se aplicaria ao caso concreto. Assim, a vontade do juiz era pré-sentencial, porque sua vontade não se estendia até a elaboração da sentença. (GUEDES, 2005, p. 01)

Dessa forma, a fundamentação da decisão judicial estava na própria lei, ela era a motivação do Juiz, que existia apenas para reproduzi-la numa atividade de mera adequação da realidade fática à previsão legal existente.

Gradativamente, a decisão judicial foi perdendo seu caráter meramente declaratório e começou a possuir uma característica constitutiva. O Direito deixou de ser a simples letra de lei, para ser o resultado de uma atividade de criação do intérprete. A partir de então, visualiza-se a necessidade iminente de que toda atividade decisória de um magistrado venha atrelada a uma fundamentação responsável por conferir uma real legitimidade ao ato decisório. Neste âmbito, o Direito não mais se encontra rigidamente determinado pelas leis, ele agora abrange toda uma atividade intelectual e hermenêutica do magistrado.

E tal situação denotou um duplo viés: ao mesmo tempo em que se retirou do legislador “todo” o poder de determinar o direito, colocou-se nas mãos do magistrado um poder muito grande de aplicar as leis da forma como mais lhe aprouver; e, assim, o direito que mais se assemelhava a uma ciência exata, na medida em que estava preso a letra da lei, tornava-se algo



extremamente incerto, variável como a própria atividade volitiva do Juiz.

No atual Estado Neoconstitucional tem-se, no entanto, uma nova perspectiva, a atividade do magistrado não está mais livre nos conformes da sua mera vontade, está atrelada aos mandamentos constitucionais, normas que se irradiam por todo o ordenamento jurídico e ditam diretrizes interpretativas para as soluções dos litígios existentes.

Sendo assim, nesta nova perspectiva, é interessante discernir que a fundamentação surge como um elemento essencial da decisão e configura-se como um dever do magistrado de demonstrar porque e como chegou a uma dada decisão. E esta fundamentação passou a possuir uma essencialidade própria decorrente da necessidade do Julgador legitimar seus atos dentro de um Estado Democrático de Direito, dando publicidade a sua decisão e demonstrando que ela está em consonância com o ordenamento jurídico vigente, ou seja, demonstrando que sua decisão está conforme as emanações constitucionais.

2 UM BREVE HISTÓRICO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NOS ORDENAMENTOS PÁTRIOS

A princípio, as Ordenações Filipinas possuíam seu campo de atuação em todo o Brasil colônia, e, depois da independência em 1822, continuou a vigor por força do Decreto de 20 de outubro de 1823. Este respectivo ordenamento trazia em seu Livro III, Título LXVI, § 7º, primeira parte, o seguinte preceito normativo:

E para as partes saberem se lhes convém apellar, ou aggravar das sentenças deffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da mór alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaesquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não sejam, declarem especificamente em suas sentenças diffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso da appellação, ou aggravado ou revista, as causas, em que se fundaram



a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar¹.
(BRASIL, 1823, Decreto 20-10)

Diante desta citação, podemos aferir que, nessa época, a obrigatoriedade da motivação judicial limitava-se a ser um mero instrumento processual, cuja finalidade era submeter-se à avaliação das partes para compreensão das razões do julgador, assim como servir como critério de aferição para que julgadores de instâncias superiores compreendessem melhor as razões de uma dada decisão em grau de recurso.

Percebe-se, portanto, que a necessidade de se motivar as decisões judiciais consiste em uma prática decorrente do Brasil colônia, de modo que foi se consolidando no ordenamento jurídico brasileiro ao longo das décadas; por essa razão, vejamos, então, o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, *in verbis*: “Art. 232 – A sentença deve ser clara, sumariando o juízo o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda²”. Nesta perspectiva, o jurista Eid Badr demonstra, a seguir, o relevo conferido às motivações judiciais já no início da era republicana:

Na fase republicana do Estado brasileiro, foi consagrado, por meio da Constituição de 1891, o sistema da dualidade processual que conferia uma divisão de competência legislativa sobre a matéria processual, entre a União e os Estados. Nesse período, os Estados membros, que tinham competência para legislar sobre processo civil e criminal, fizeram constar em seus Códigos de Processo o dever de motivação das decisões judiciais, a exemplo do CPC do Maranhão (art. 322), do CPC da Bahia (art. 308), do CPC de Pernambuco (art. 388), do CPC do Rio Grande do Sul (art. 499), do CPC de Minas Gerais (art. 382), do CPC de São Paulo (art. 333), do CPC de 1924 do Distrito Federal (art. 273, *caput*), do CPC do Ceará (art. 231) e do CPC do Paraná (art. 231). (BADR, 2010, p. 01)

Demonstrada essa trajetória histórica, convém ainda mencionar

¹ Transcrito conforme as regras ortográficas da época.

² Transcrito conforme as regras ortográficas da época.



que sob a égide da Constituição de 1937, a qual foi responsável por unificar a matéria processual em todo o País, foi disciplinado no Código de Processo Civil de 1939, mais especificadamente, em seus artigos 118 e 280, que a motivação do magistrado era uma estrutura essencial das decisões judiciais, conforme exposto em seguida:

Art. 118. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e as circunstâncias que motivaram o seu convencimento. [...] Art. 280. A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterà: [...] I – os fundamentos de facto e de direito; [...] Parágrafo único: O relatório mencionará o nome das partes, o pedido e o resumo dos respectivos fundamentos. (BRASIL, 1939, CPC)

Diante do exposto, alcancemos o atual Código de Processo Civil, de 1973, o qual consagra enfaticamente o princípio da motivação, trazendo-o em vários artigos, conforme se pode perceber na seguinte transcrição legislativa:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formam o convencimento. [...] Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso. [...] Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: [...] II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. (BRASIL, 1973, Lei nº 5.869)

Esta ênfase conferida ao princípio da motivação judicial, no Código de Processo Civil de 1973, denota, portanto, a preocupação do legislador brasileiro, em épocas não tão distantes, em se amoldar gradativamente ao fenômeno neoconstitucional em ascensão na época.



3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A MOTIVAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O neoconstitucionalismo apresenta-se como um fenômeno responsável por irradiar os mandamentos constitucionais por todo o ordenamento infraconstitucional. Todavia, passa a irradiar de maneira diferente. E diferente porque esse fenômeno implanta efetivamente a força normativa da Constituição, a qual deixa de ser como antes, um mero conjunto de normas de organização política, de simples divisão de competências e recomendações morais, e passa a ser um sistema de preceitos vinculantes, capazes de conformar a realidade. Preceitos estes pautados na primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, devendo ser protegidos e promovidos pelo Poder Público e pela sociedade.

Com base nisso, temos o princípio da motivação assumindo um status constitucional, com fulcro no que dispõe o inciso IX, do art. 93, da Constituição Federal vigente:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente estes. (BRASIL, 1988, CF)

Dessa forma, o texto atual da Lei Maior erigiu ao patamar constitucional um princípio já vigente no ordenamento jurídico desde a era colonial. Essa diferença transforma o princípio da motivação, de mero procedimento processual à garantia constitucional, que atrelado a outros princípios e fundamentos presentes na Lei Fundamental, transforma a motivação das decisões não só em uma necessidade, mas em garantia inerente ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, a fundamentação das decisões judiciais surge como um dever do magistrado para com o cidadão que submete seus interesses a uma tutela jurisdicional, em demonstrar que ao examinar o mérito da questão litigiosa agiu de modo impessoal, utilizando de seu cargo de representante direto do Estado para realizar a Justiça consoante às emanações constitucionais, sem qualquer interesse de ordem pessoal a influenciar a sua decisão.

Ademais, cumpre-nos frisar que a presença da fundamentação no



texto constitucional não se deu por acaso, haja vista o princípio da motivação estar intrinsecamente atrelado a outros também presentes na própria Carta Magna; por isso, ao fundamentar sua decisão, o magistrado está aplicando também princípios como o *da impessoalidade, publicidade, finalidade, responsabilidade estatal; bem como o do livre convencimento motivado* que respeita, inclusive, a própria *independência jurídica do Juiz*.

Neste contexto, incumbe-nos retratar que o princípio da motivação das decisões judiciais possui, segundo aponta a doutrina³ processual atual, uma dupla função. Inicialmente, uma *função endoprocessual*, na qual as partes, mediante a fundamentação, verificam se foi feita uma análise minuciosa do caso; bem como para que os tribunais de hierarquia superior tenham, através da motivação do julgador de instância inferior, subsídios para modificar ou pregar a manutenção dessa decisão. A segunda é, portanto, a *função exoprocessual*, na qual a motivação judicial dá fé pública ao que foi decidido, permitindo o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa.

Com outras palavras, na atual fase Pós-positivista ou Neoconstitucional, a motivação judicial é verdadeira garantia do cidadão de que terá seu direito analisado apuradamente, bem como dever do magistrado para com a coletividade, uma vez que o poder exercido pelo Julgador (poder jurisdicional), pertence de fato, por força do parágrafo único do art. 1º da Carta de 1988, ao povo, devendo ser sempre justificado o seu exercício.

Em contrapartida, mantendo o foco constitucional, é imperioso destacar que a falta de fundamentação vai de encontro à força normativa da constituição ao ponto de afetar até o princípio da independência dos poderes, como bem afere Andrei Lapa de Barros Correia:

Mais que ser potencialmente lesiva a direitos individuais, decisão judicial sem fundamentação é frontalmente atentatória da própria organização constitucional do Estado e de seus poderes independentes. Eis um aspecto de dano institucional. Se uma sentença ou uma decisão preliminar não aplica uma lei, nem aponta porque deixou de fazê-lo, usurpa competência legislativa de revogá-la. Com efeito, o julgador não é legislador negativo, nem mesmo quando declara a inconstitucionalidade incidental de lei em determinado

³ Dentre eles, pode-se mencionar Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira.



processo. (CORREIA, 2008, p. 01)

Destarte, a ausência de motivação faz o julgador usurpar competências que não lhe pertencem, tornando tal decisão imotivada violadora da Constituição e passível de ter sua nulidade declarada tal o acúmulo de irregularidades decorrentes desse vício. Vício este que será minuciosamente elucidado a seguir.

4 OS EFEITOS DE UMA DECISÃO JUDICIAL NÃO FUNDAMENTADA

Convergindo para o objeto do nosso exame, abordaremos, no momento, os efeitos de uma decisão judicial não fundamentada. Decisão judicial esta que deve ser compreendida à luz das verdadeiras sentenças de mérito, reguladas pelo *art. 458 do Código de Processo Civil*, ou seja, aquelas constituídas essencialmente de relatório, fundamentação e dispositivo.

Sendo oportunamente inestimável trazer à tona a importância da fundamentação de uma decisão judicial, pode-se elucidá-la como um verdadeiro ato de motivação e legitimidade judicial responsável por criar uma norma jurídica geral, implantando, pois, a geração de precedentes e a ideia de recorribilidade. Ante o exposto, Luiz Fux, Ministro do Supremo Tribunal Federal, discorre:

Ultrapassando o relatório, o juiz inicia a fundamentação de sua sentença, imprimindo ao ato o timbre de sua inteligência acerca dos fatos e do direito aplicável. Trata-se de garantia constitucional que exige do magistrado motivar a sua decisão, explicitando o itinerário lógico do seu raciocínio de maneira a permitir à parte vencida a demonstração das eventuais injustiças e ilegalidades encartadas no ato. (FUX, 2005, p. 791)

Feitas as devidas considerações, é imprescindível saber em que consiste uma decisão judicial não fundamentada e quais os seus efeitos. Para tanto, pode-se falar que uma decisão judicial não fundamentada consiste basicamente em um ato jurídico imperfeito que atinge o plano da existência dos atos jurídicos e, algumas vezes, embora precariamente, consegue atingir também o plano da eficácia, surtindo, então, os seus efeitos.

Embora este ato jurídico imperfeito seja existente e precariamente



eficaz, ele sempre carecerá de validade. Isto acontecerá em decorrência da existência de um defeito, de um vício responsável por configurá-lo inválido, que é, portanto, a desobediência legal constatada pela ausência de fundamentação.

E este defeito, atinente à validade das decisões judiciais não motivadas, decorre basicamente da infringência aos ditames do *artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988*, o qual garante, a todos os brasileiros e estrangeiros submetidos à jurisdição pátria, o direito a decisão judicial efetivamente fundamentada, sob pena de nulidade. Então, existindo uma decisão judicial não condizente com o preceito fundamental supracitado, esta certamente poderá ser anulada pelo juízo *ad quem* para que outra seja proferida, desde que mediante o ajuizamento de ação legalmente cabível – como exemplo, a ação rescisória⁴.

Com efeito, para uma decisão judicial existir é necessário que ela seja produzida por uma autoridade judicante e tenha um expresse comando normativo; para que seja válida, a decisão judicial deve obedecer a todos os requisitos legais e, inclusive, ser efetivamente fundamentada; por fim, para que seja plenamente eficaz deve observar rigorosamente os requisitos de existência e validade da decisão judicial, acrescido do vigor temporal programado para produção dos seus efeitos, que, em regra, surtem após o seu trânsito em julgado.

Neste cenário, pode-se constatar que uma decisão judicial não motivada apresenta a chamada “nulidade de pleno direito”, uma vez que desobedece à ordem infraconstitucional⁵ e, sobretudo, o mandamento constitucional. Com outras palavras, havendo desobediência legal, gera-se o vício, o qual é responsável por configurar a invalidade do ato (a fundamentação), tanto é que a própria lei o consagra nulo. Entretanto, para que este ato seja efetivamente nulo, é necessária a prolação de uma nova decisão para declarar tal nulidade, consoante o discernimento seguinte.

⁴ Ação autônoma de impugnação, de caráter desconstitutivo, cujo fim é desfazer e evitar injustiças mediante a decretação de rescisão de sentença já transitada em julgado, desde que preenchido os seguintes requisitos legais: decisão de mérito transitado em julgado; prazo decadencial de dois anos; e configuração de algum dos requisitos do art. 485 da Lei 5.869/1973.

⁵ O inciso II, do Art. 458, da Lei nº. 5.869/1973, é responsável por regular a imprescindibilidade da fundamentação de uma decisão judicial.



4.1 O pronunciamento de nulidade de ato inválido *versus* princípio da interdependência dos atos processuais:

Existe, na prática, uma presunção de validade do ato processual, visto que o próprio sistema legal pátrio prevê a pronúncia judicial de nulidade para que determinado ato perca sua validade. Verificada, então, a nulidade de pleno direito, embora o magistrado não tenha mais a necessidade de realizar a avaliação da nulidade, porque já fora feita antecipadamente pela lei, cabe à autoridade judicante declarar a nulidade a fim de que o ato precisamente possa ser considerado nulo.

Nessa ótica, incide o princípio da interdependência dos atos processuais de modo que, anulado um ato, todos os atos derivados dele serão nulos; ao passo que todos os atos independentes daquele ato nulo continuam válidos e, por sua vez, não são afetados pela declaração⁶ de nulidade. Esta declaração de nulidade é responsável por anular o ato desde a sua prática, como se ele nunca tivesse tido eficácia.

O eterno jurista cearense, José Albuquerque Rocha, abordou a presente questão da seguinte maneira:

É fácil compreender as razões desse modo de operar da pronúncia da nulidade processual. Trata-se de uma derivação do princípio da rigorosa interdependência dos atos processuais. De fato, se a validade do ato posterior pressupõe a validade do anterior, anulado este, o posterior perde também a validade. Daí a explicação para o efeito retroativo da pronúncia sobre a nulidade, consistente na anulação de todos os atos dependentes da validade do ato anulado. É que os atos posteriores não podem subsistir, como atos válidos, justamente por lhes faltar a premissa necessária de sua validade, que é o ato anulado. (ROCHA, 2003, p. 259)

Em síntese, uma decisão não motivada consiste em uma decisão judicial legalmente nula, haja vista existir⁷, carecer de validade e poder,

⁶ O caput do Art. 248, da Lei nº. 5.869/1973, expõe claramente as consequências supracitadas, no corpo do texto, atinentes ao pronunciamento de nulidade de ato inválido.

⁷ Consoante a excelente lição do, também eterno, jurista Pontes de Miranda: “Defeito não é falta.



precariamente, produzir seus efeitos. Entretanto, para que seja efetivamente nula é imprescindível a declaração judicial de nulidade, a qual pode ser concretizada mediante rescisão e, por conseguinte, anulação retroativa⁸ de todos os efeitos produzidos desde a época em que a decisão foi publicada.

4.2 A ausência ou incompletude da motivação judicial como afronta à Lei Maior de 1988:

É imprescindível suscitar que uma decisão judicial nula não deve ser somente compreendida como uma decisão dotada de relatório e dispositivo, em que a fundamentação inexistente; mas, deve ser compreendida, também, como todas aquelas decisões cujas fundamentações existem e se limitam a repetir os termos da lei, sem dar razões ao convencimento, de modo tautológico⁹.

De plano, uma decisão judicial mal fundamentada é, diante da prevalência de um Estado Democrático de Direito, um verdadeiro retrocesso; ao passo que uma decisão sem fundamentação, então, é uma verdadeira arbitrariedade e violação ao sistema jurídico pátrio.

Neste diapasão, a Constituição Federal vigente consagrou o princípio da legalidade, o qual retrata que “ninguém será obrigado a fazer ou não fazer algo, senão por lei”. Lei, neste âmbito, deve ser entendida como comando normativo geral, abstrato e impositivo proveniente da vontade soberana da população, em que todas as pessoas estão submetidas à “maioria”, conforme os moldes da democracia representativa. Com efeito, toda decisão judicial somente tem validade mediante sua consonância com a lei.

Em virtude disso, uma decisão judicial sem fundamentação, sem referência à lei, sem a razão de sua aplicação, sem a adequação dos fatos aos moldes típicos legais, é uma decisão inconstitucional, haja vista violar o

O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito”. Portanto, quando um adjetivo é atribuído a um substantivo significa que algo existe para ser qualificado.

⁸ A anulação, neste caso, retroage até a data em que a decisão judicial foi publicada. Apresentando, portanto, efeitos ex tunc.

⁹ Fredie Didier (2010, p. 298) magnificamente demonstra a existência de tautologias com os seguintes exemplos: “defiro o pedido do autor porque em conformidade com as provas produzidas nos autos”; ou ainda “indefiro o pedido, por falta de amparo legal” ou “presente os pressupostos legais, concedo a tutela antecipada”.



princípio da legalidade.

E o magistrado, como agente do poder não legitimado pelo voto, não deve apenas demonstrar que está convencido, mas obviamente demonstrar as razões do seu convencimento. Sucintamente, quando o magistrado organiza o raciocínio motivador de determinada decisão judicial, ele está “prestando contas” às partes, ao Estado e à sociedade, tendo em vista a efetivação da garantia de sua imparcialidade (uma vez comprovada à natureza não arbitrária de sua decisão) e a obediência ao princípio da separação dos Poderes, pois o magistrado não estaria criando originalmente o direito – atividade típica da função legislativa – , mas tão somente o aplicando, sob a égide do Estado Neoconstitucional. Neste cenário, José Albuquerque Rocha nos dá, por fim, a seguinte contribuição:

Do princípio democrático deriva a legitimidade da autoridade e a obrigatoriedade do direito. Se participamos de sua elaboração, direta ou indiretamente, estamos obrigados a obedecê-los. No caso das normas legislativas, a legitimidade do legislador é assegurada indiretamente através da eleição pelo povo. E o juiz, suprimindo a falta de eleição, deve observar os princípios constitucionais do processo. (ROCHA, 2003, p. 45)

4.3 Uma exceção à regra: a motivação *per relationem*

A motivação *per relationem* consiste numa modalidade de *motivação por referência*, na qual o magistrado fundamenta sua decisão reportando, como referência, um ato (por exemplo, uma decisão) de outro processo. É, portanto, uma modalidade de fundamentação comumente aplicada no âmbito dos Juizados Especiais, quando, por exemplo, uma sentença é confirmada pelos seus próprios fundamentos e, neste cenário, a súmula do julgamento servirá de acórdão e como referência para outros julgamentos semelhantes.

É *sine qua non* deixar claro que esta modalidade de fundamentação deve ser compreendida como uma exceção no âmbito do direito processual civil, em que o julgador a utiliza observando os seguintes requisitos: a peça que contém a fundamentação referida esteja nos autos e que a ela possam ter acesso às partes; a peça processual à qual se reporta a decisão esteja substancialmente fundamentada; não tenha havido suscitação de fato ou argumento novo e, por fim, que seja aplicada objetivando consagrar a economia processual.



5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, apreende-se que a fundamentação consiste na parte da decisão judicial em que o magistrado apresenta suas razões de decidir, assim como os fatores que o levaram a razão do seu convencimento, como um modo de exercer sua função política e de garantir a imparcialidade, a legalidade e a justiça das decisões. Neste pórtico, Luigi Ferrajoli, citado na obra do jurista Gilmar Ferreira Mendes, acrescenta:

Enquanto assegura o controle de legalidade e do nexó entre convencimento e prova, a motivação carrega também o valor “endoprocessual” de garantia de defesa e o valor “extraprocessual” de garantia de publicidade. E pode ser, portanto, o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto externa ou democrática da função da judiciária. (apud MENDES, 2008, p. 560)

Verificada a imprescindibilidade da motivação judicial, é inestimável que a mesma supra todas as exigências legais e, seja, portanto, válida. Caso contrário, apresentando vícios, este ato torna-se inválido e passível de declaração de nulidade, cujos efeitos retroagem à data de publicação do ato invalidado.

Por isso, a exigência de fundamentação das decisões judiciais foi consagrada como garantia constitucional¹⁰ e, por conseguinte, elevada a um verdadeiro princípio geral do direito processual. Ademais, a motivação da decisão judicial é tão importante que já se disse, com bastante propriedade, no direito estrangeiro, que “*good decisions are such decisions for which good reasons can be given*”¹¹.

Portanto, seja no sopesamento de direitos fundamentais, seja na

¹⁰ Art. 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Neste cenário, além da garantia constitucional da motivação das decisões judiciais ser uma exigência inerente ao Estado Democrático de Direito, é também um instrumento viabilizador do controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa.

¹¹ Frase do jurista inglês Jeremy Bentham, a qual pode ser traduzida por: “boas decisões são aquelas para as quais boas razões podem ser dadas” (apud CÂMARA, 2008, p.415). Tal frase oportunamente denota sinteticamente, além do direito pátrio, a importância da fundamentação judicial.



concessão de dano moral, seja na concessão de medida de urgência, seja na decisão de qualquer situação posta ao caso concreto, a fundamentação judicial é um ato tão importante que não se limita somente a cumprir as emanções do Estado Democrático de Direito, porquanto atinge a realidade fática e penetra na mente das pessoas lapidando o que as mesmas entendem por Justiça.

REFERÊNCIAS

BADR, Eid. **Princípio da motivação das decisões judiciais como garantia constitucional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2415, 10 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14333>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito:** o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 04 abr. 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 18 ed. v.1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CORREIA, Andrei Lapa de Barros. **Direito constitucional à decisão judicial efetivamente fundamentada.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1709, 6 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11017>>. Acesso em: 02 abr. 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.** 5 ed. v. 2. Bahia: Editora Juspodvm, 2010.

FUX, Luiz. Decisão (Parte VII) In:_____. **Curso de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. Cap. 2. p. 791.



GUEDES, Murilo Carrara. **Da sentença civil**: evolucionismo histórico, definição e classificação. Revista Jus Vigilantibus. 22 dez. 2005. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/19409/1>>. Acesso em: 22 abr. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, José Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

THE INDISPENSABILITY OF THE JUDICIAL MOTIVATION IN THE NEOCONSTITUCIONAL STATE AND THE EFFECTS OF UNFOUNDED JUDICIAL DECISIONS

ABSTRACT

The motivation principle of judicial decisions over the centuries was to improving and ensuring increasingly its importance in the context of judicial decisions, making it essential foundation of every decision. Recently, it has constitutional status, which (in the current Neoconstitutional State) transforms the ground of mere procedural requirement to the level of constitutional guarantee of the citizen and the duty of magistrate. Failure to state reasons – apart from some exceptions – makes this decision liable to be invalid because it is considered a direct and serious disregard to the democratic state of law that we experience. The Justice practiced in this



case only becomes palpable and understandable to citizens through the reasoning expression of the magistrate.

Keywords: Motivation. Neoconstitucional State. Unfounded decision. Effects.

A INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO VIA A ATIVIDADE TRIBUTÁRIA DO ESTADO

Beatriz Macedo Delgado

Graduada em Direito pela UFRN

Otacílio dos Santos Silveira Neto

Professor-orientador

RESUMO

A evolução histórica da intervenção do Estado na economia mostrou as falhas dos sistemas mercantilista e liberal, caracterizados pela discrepância entre si, fosse pela ausência de liberdade como consequência do poder absoluto do Estado, fosse pela liberdade econômica sem qualquer interferência estatal. O advento do sistema neoliberal foi marcado pela mínima intervenção estatal direta, incentivando a participação da iniciativa privada e excepcionando a atuação do Estado como agente econômico. Por outro lado, ao Estado cabia regular a economia através de normas que garantissem a livre concorrência. Foi nesse contexto que surgiu a Constituição de 1988. A tributação é uma importante forma de intervenção estatal indireta na economia, na medida em que pode incentivar ou desestimular um setor econômico através da redução ou majoração da carga tributária incidente. A essa função dos tributos dá-se o nome de extrafiscalidade, através da qual o Estado promove a regulação e a condução da economia, sempre visando ao desenvolvimento econômico.

Palavras-chave: Intervenção Estatal. Ordem Econômica. Tributação.

1 INTRODUÇÃO

Desde sempre se tem questionado acerca da intervenção do Estado na economia, até que ponto ela é necessária, eficaz e favorecedora do desenvolvimento econômico da nação. A evolução histórica mostrou os pontos positivos e negativos dessa intervenção, de forma a possibilitar o aprendizado com os erros cometidos no passado.

A constante preocupação com a economia de um país é inevitável, sendo certo que a solução dos problemas econômicos gera benefícios de toda ordem à sociedade. O Brasil passa por um momento crucial com a abertura de sua economia, consequência do sistema neoliberal que impera atualmente. O presente trabalho visa a analisar a tributação no nosso país como instrumento de intervenção no domínio econômico, responsável pelo incentivo e fomento da economia nacional.

Para que seja possível tal análise, contudo, faz-se imprescindível a compreensão da relação entre o direito e a economia e de como se deu toda a sua evolução. Isto porque é preciso entender que se trata de uma relação de dependência, estando a economia vinculada ao direito, embora se tratem de ramos distintos. Essa dependência se justifica pela necessidade de garantir – e preservar – o desenvolvimento econômico de um país, sem prejudicar a sua ordem socioeconômica. Imagine-se uma economia sem o direito para regulá-la. É fácil presumir que a sua independência e desregramento poderia resultar na perda de seu controle, gerando uma instabilidade, como de fato mostrou a história.

Diante disso, percebe-se que só após a compreensão dessa relação de dependência entre o direito e a economia é que será possível a análise da forma como atualmente o Estado intervém na economia através da tributação e até que ponto tal interferência se faz benéfica.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

A partir do surgimento do que chamamos de um Estado de Direito, temos que toda e qualquer atuação estatal deve estar diretamente autorizada ou amparada pelo Direito. É isto que garante a segurança e a ordem da sociedade. Daí se extrai que a intervenção do Estado na economia vai variar de acordo com o direito positivo, ou seja, a legislação vigente em cada época, de maneira que tal interferência estatal evolui conforme as necessidades da



sociedade.

É assim que, em um primeiro momento, denominado mercantilismo, o qual refletia as características da sociedade da época, o Estado teve grande participação na condução da economia nacional. Como reflexo do absolutismo, o mercantilismo surgiu como consequência do poder absoluto do Estado, cujo objetivo primordial era a hegemonia econômica sobre as demais nações, através de práticas xenofóbicas, onde se destacavam as barreiras alfandegárias, visando sempre a uma balança comercial favorável e ao acúmulo de riquezas.

O poder absoluto do Estado tornava inimaginável qualquer forma de liberdade, muito menos a econômica. As limitações impostas impediam o livre desenvolvimento da economia, acarretando uma série de malefícios socioeconômicos às nações, notadamente em razão das despesas públicas resultantes de uma incompetente gestão por parte dos monarcas, cada vez mais embriagados pelo poder. Na busca do fortalecimento econômico através de uma máxima atuação estatal e mínima participação do comércio exterior, não havia espaços para a ação de outros agentes impulsionadores da economia, em razão da supremacia do Estado, inclusive no domínio econômico.

As limitações ao desenvolvimento econômico impostas pelo poder absoluto e, diga-se, abusivo dos governantes fez surgir uma nova concepção idealista, o liberalismo econômico, reflexo das ideias que dominavam a sociedade da época, marcada pela revolta contra o absolutismo estatal. Seu principal propulsor, Adam Smith, defendia que a economia deveria ser desenvolver naturalmente, sem interferências estatais, seguindo apenas as chamadas leis naturais do mercado, que levariam consequentemente ao desenvolvimento econômico da nação. Isto porque a própria atuação privada, guiada pela ambição dos homens, conduziria a uma situação de equilíbrio econômico, favorecendo a sociedade.

A ideia de preferência ao setor privado como atuante no domínio econômico, em detrimento da intervenção estatal, deu origem aos alicerces do liberalismo econômico, quais sejam o direito à propriedade privada e a liberdade de iniciativa no mercado, cujas concepções preconizavam a absoluta ausência de intervenção do Estado na economia, sob pena de impedir o seu livre e natural desenvolvimento.

Ocorre que as consequências do liberalismo econômico acabaram por mostrar que a ideologia de tal sistema não passava de uma utopia e que a liberdade desmesurada do indivíduo no mercado, ao contrário do que se pensava, poderia fugir ao controle do homem, trazendo tantos malefícios à sociedade quanto o absolutismo estatal.



O motivo para tanto, percebeu-se, foi que a ambição do homem, sentimento individualista, aliado à ausência de limites decorrente da plena liberdade, não levava em consideração as consequências negativas que poderiam advir para a sociedade. O principal fenômeno que serve como exemplo é chamado de concentração econômica, através do qual as grandes empresas formavam grupos econômicos objetivando dominar o mercado e eliminar a concorrência através da concentração de seu poder econômico, de tal forma que elas passariam a ditar as regras do mercado em conformidade com as suas conveniências e em detrimento dos interesses da sociedade.

Diante do insucesso tanto do absolutismo estatal quanto do liberalismo econômico, a única certeza que se tinha era de que a liberdade plena dos indivíduos para a condução do mercado ou a intervenção absoluta do Estado no domínio econômico não contribuíram para o desenvolvimento da economia, por serem dois sistemas que se caracterizavam pelo exagero, seja da liberdade, seja da intervenção. O ideal, portanto, seria um sistema que combinasse características dos dois até então conhecidos. Ou ainda melhor: um sistema que garantisse a livre iniciativa e a livre concorrência através de uma intervenção moderada por parte do Estado, por meio de normas regulamentadoras da economia, que assegurassem os interesses da sociedade como um todo¹.

No Brasil, como reflexo da tendência mundial, a nova ideologia foi inserida na Constituição de 1934, procurando buscar um ligeiro aumento na atuação do Estado, como agente garantidor de uma ordem econômica ainda liberal, porém, agora sujeita a certos limites. Neste contexto, a organização da ordem econômica seria papel primordial do Estado, que deveria verificar, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do país, o que demonstrava a preocupação com as péssimas condições sociais geradas pelo liberalismo econômico absoluto. Todo o Título IV da Constituição refletia uma nova concepção acerca da posição do Estado perante a economia, com vistas a uma ordem econômica liberal, porém, justa e atenta às necessidades sociais, tendo o Estado como agente garantidor.

O ordenamento jurídico brasileiro foi assim se desenvolvendo, de maneira que cada nova Constituição procurava intensificar a atuação estatal na economia a fim de beneficiar a ordem socioeconômica, sob o pretexto

¹ Esta fase foi marcante para o surgimento e desenvolvimento do Direito Econômico, ramo cujo objetivo é o estudo das normas regulamentadoras da economia.



de assegurar a livre iniciativa e os direitos individuais. Nesse sentido, o art. 146 da Constituição de 1946 previa a possibilidade da União, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade, tendo por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados na Constituição.

Em meio a essa atuação cada vez mais intensificada do Estado na economia, novamente o sistema se mostrou sem eficácia positiva, em termos de desenvolvimento econômico. A partir daí, surge nos países ocidentais uma nova tendência liberal, embora não ilimitada como a anterior, incentivando uma maior participação privada na economia. Passa-se, então, a questionar qual seria o novo papel do Estado nesse sistema neoliberal, a fim de evitar a ocorrência dos mesmos erros que levaram ao fracasso do liberalismo econômico. Ao Estado caberia o fomento da economia, visando ao seu desenvolvimento, notadamente através da facilitação da atuação privada.

É nesse cenário que surge a Constituição de 1988. Muito embora rompendo com a antiga tendência intervencionista, mantém algumas normas protecionistas, visando inibir eventuais abusos decorrentes da liberdade econômica por parte do setor privado, o que, como mostrou a história, pode ser bastante prejudicial à sociedade.

3 A INTERVENÇÃO ESTATAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988 instaura em nosso país uma nova ordem econômica, fundada na mínima intervenção direta do Estado na economia e privilegiando a intervenção indireta – o que será analisado mais adiante –, razão pela qual o Estado ganha um novo papel perante a economia, atuando como agente normativo e regulador da atividade econômica. Essa nova função é expressamente prevista no art. 174 do diploma constitucional, que esclarece como deve ser a atuação estatal.

Atuar como agente normativo e regulador significa que a intervenção do Estado no domínio econômico se dará, em regra, por meio da edição de normas referentes à economia do país, normas estas que devem ser obedecidas não só pela iniciativa privada, como também pelo próprio Estado, de maneira a regular a atividade econômica através do incentivo, da fiscalização e do planejamento. Assim, garante-se a liberdade econômica, com vistas ao desenvolvimento da economia, porém com uma participação estatal a fim de evitar abusos por parte do setor privado, violando direitos individuais.



Nesse contexto, vê-se que a intervenção do Estado de forma direta na economia foi bastante reduzida, ao passo em que intensificada a sua atuação como agente normativo. O argumento para tanto residia no fato de que, quanto maior a interferência do Estado, maior os gastos públicos e menor a iniciativa privada, grande responsável pelo crescimento econômico. Acerca do tema, Grau (2010) afirma que os preceitos constitucionais apontam na direção do movimento de desregulamentação da economia, na medida em que verificada a incisiva redução da presença do Estado, como agente, no campo da atividade econômica.

Nesse sentido, é oportuno ressaltar a lição do mesmo doutrinador, embora em voto proferido à época em que era ministro do Supremo Tribunal Federal²:

A ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema, o sistema capitalista, no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito pelo contrário. (...) a chamada intervenção do Estado no domínio econômico é não apenas adequada, mas indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista de mercado. Não é adversa à lógica do sistema, que em verdade não a dispensa como elemento de sua própria essência.

3.1 Intervenção Direta e Indireta

A atuação estatal na economia, nos moldes em que prevista na Constituição de 1988, divide-se em intervenção direta e indireta. Como visto, a atuação estatal de forma direta foi bastante reduzida com o advento do atual diploma constitucional, privilegiando-se o setor privado na condução da economia nacional e deixando ao Estado a função primordial de regular a atividade econômica através do poder normativo.

Diz-se, inclusive, que a intervenção direta do Estado no domínio econômico poderia ser caracterizada como excepcional, conclusão gerada pela interpretação do disposto no art. 173 da Carta Magna, que permite a exploração

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3512/ES. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. j. 15/02/2006.



direta de atividade econômica pelo Estado apenas quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. É seguro dizer, por outro lado, que a regra é o papel do Estado como agente normativo e regulador da economia (intervenção indireta), nos termos do art. 174.

A intervenção direta do Estado na economia se dá, em regra, através da exploração de atividade econômica, o que o Estado faz por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista, atuando direta e ativamente no campo econômico, em posição de igualdade com o setor privado, ou seja, sujeito ao mesmo regime jurídico que as empresas privadas, garantindo, assim, a livre concorrência. Não obstante, a intervenção direta do Estado só acontece, como visto, nas poucas hipóteses previstas na Constituição (arts. 175, 176 e 177, referentes à prestação de serviços públicos e aos setores sujeitos ao monopólio da União³), quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou em função de relevante interesse coletivo.

A razão para esta mínima atuação estatal de forma direta no domínio econômico é que a realidade histórica mostrou a ineficiência do Estado quando atua como agente econômico, na forma de empresas, ao passo que a iniciativa privada sempre se mostrou mais criativa, mais impulsionadora da economia, implicando em um maior desenvolvimento econômico. No entanto, isso não exclui a necessidade de alguns setores da economia serem sujeitos ao monopólio do Estado, sem participação da iniciativa privada, garantindo, assim, o interesse público.

Isso acontece quando as empresas estatais – entenda-se, de forma genérica, empresas pertencentes ao Estado –, ao invés de atuarem explorando a atividade econômica, forem prestadoras de serviços públicos, hipótese na qual não estarão sujeitas ao regime concorrencial, tendo como justificativa a preservação de importantes interesses coletivos. Exemplo disso é a Infraero, empresa pública que atua em regime de monopólio, prestadora dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea “c” (infraestrutura aeroportuária), de competência da União.

Por outro lado, a intervenção indireta do Estado no domínio econômico se dá através da edição de normas destinadas a influir na economia. Essas normas, como visto, influenciarão a economia através da fiscalização, do

³ Ressalte-se que, neste caso, as empresas estatais não estarão sujeitas ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, uma vez que serão regidas por um regime monopolístico, e não concorrencial.



incentivo e do planejamento, estimulando e apoiando a atividade econômica sem, contudo, participar diretamente dela, o que fica a cargo da iniciativa privada. Vê-se, assim, que o setor privado é dotado de liberdade para a condução e desenvolvimento da economia, sofrendo, no entanto, limitações impostas pelo Estado, através de normas, visando à segurança econômica, ou seja, à garantia da livre concorrência e, por consequência, do interesse público.

Uma das formas de o Estado intervir indiretamente no campo econômico é por meio da tributação. Isso acontece através das normas tributárias, que, ao ditarem as regras de incidência dos tributos, podem influenciar na economia mediante o incentivo ou desestímulo de determinados setores. Exemplo disso é quando o Estado concede benefícios fiscais buscando estimular um setor econômico específico, ao passo que eleva a carga tributária de outro setor visando a desestimulá-lo. Dessa forma, o Estado acaba por regular a economia, da maneira que entender mais adequada ao interesse público, sem, contudo, atuar diretamente no campo econômico. O que vai determinar o maior ou menor incentivo de cada setor são as necessidades conjunturais da época e a consequente política econômica adotada pelo governo.

Observa-se, portanto, que se busca com o nosso ordenamento jurídico atual o ponto de equilíbrio entre atuação estatal e liberdade econômica, haja vista a história ter provado que modelos que privilegiam de forma absoluta apenas um deles – absolutismo estatal e liberalismo econômico – não apresentaram resultados positivos à economia do país. O segredo do sucesso seria, então, a dose certa entre a combinação dos dois sistemas.

Nesse sentido, aponta Leopoldino da Fonseca (2007, p. 280):

A inexistência de qualquer papel destinado ao Estado poderia levar à exacerbação do individualismo, mas uma ingerência desmesuradamente indevida do Estado poderia levar à supressão da iniciativa individual, em tese originadora da criatividade, da inventividade e da produtividade.

4 A FUNÇÃO EXTRAFISCAL DOS TRIBUTOS

Para que possa reger a sociedade, o Estado necessita de recursos a fim de realizar a sua atividade financeira, no sentido de arrecadar, gerir e aplicar esses recursos, os quais podem advir tanto do próprio patrimônio estatal



(empresas públicas e sociedades de economia mista) quanto do patrimônio dos particulares (tributação). Como a exploração do seu próprio patrimônio não é a regra, uma vez que a intervenção direta do Estado na economia, como visto, só ocorre em poucas hipóteses, a tributação surge como o principal instrumento de sobrevivência do Estado, sendo a principal fonte de seus recursos financeiros. Sem a arrecadação proveniente dos tributos, o Estado não poderia realizar os seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica, como aponta Machado (2010, p. 30), ressaltando que “o tributo é inegavelmente a grande e talvez única arma contra a estatização da economia”.

À característica de arrecadação de recursos dos tributos dá-se o nome de fiscalidade. É a principal função dos tributos: obter recursos para financiar as atividades do Estado. Ocorre que os tributos também têm a importante função de regular a economia do país, e a essa característica dá-se o nome de extrafiscalidade. Diz-se que os tributos são extrafiscais quando voltados eminentemente a um fim específico, que não o de arrecadar recursos ao Estado. Essa finalidade, normalmente, é a de intervir indiretamente na economia nacional, mas também pode visar a outro fim. Tome-se como exemplo o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU. Este tributo pode assumir uma importante função extrafiscal, qual seja a de assegurar a justiça social por meio da garantia da função social da propriedade. Trata-se da progressividade no tempo prevista no art. 182, §4º, inciso II.

Contudo, na generalidade das hipóteses, a extrafiscalidade dos tributos visa a intervir na economia de forma a regulá-la, fomentando ou desestimulando setores econômicos ou, ainda, induzindo os particulares a agirem de determinada maneira⁴. É assim que o Estado mantém certo controle sobre a economia do país, assegurando a livre concorrência e impulsionando o desenvolvimento econômico, sem, contudo, atuar diretamente como agente econômico.

É oportuno ressaltar que as funções de fiscalidade e extrafiscalidade dos tributos não se excluem entre si. É comum os tributos apresentarem ambas as características, mas uma ou outra irá sempre predominar em cada tributo específico – como é o caso do citado IPTU, que é eminentemente fiscal, mas pode assumir a forma de extrafiscal quando necessário garantir a função

⁴ Essa forma de intervenção indireta do Estado na economia também é chamada de “intervenção por indução”.



social da propriedade, sem deixar, contudo, de arrecadar recursos ao Estado ao mesmo tempo em que busca atingir essa finalidade.

5 INTERVENÇÃO E TRIBUTAÇÃO

A relação jurídica tributária nada mais é que uma relação obrigacional *ex lege*, constituindo o tributo uma prestação, uma vez que é um dever jurídico do contribuinte, sujeito passivo da relação. A obrigação tributária, que deve estar prevista em lei, surge quando o contribuinte realiza o seu fato gerador, ou seja, a conduta ensejadora da incidência tributária, gerando o dever de recolher o tributo ao Poder Público, sujeito ativo da relação tributária.

Como visto, os tributos servem como instrumento da intervenção estatal indireta na economia. Através deles, o Estado incentiva ou desestimula determinada atividade econômica, regulando a economia por meio da chamada função extrafiscal dos tributos. Portanto, com uma simples alteração da base de cálculo ou da alíquota de um tributo, o Estado pode determinar o rumo da economia nacional.

Sobre essa importante função do sistema tributário, Lanzana (2009, p. 34) ressalta:

Muitos analistas olham o sistema tributário apenas como uma forma de gerar a arrecadação pretendida pelo governo, entendendo que, quanto mais eficiente em termos de arrecadação, melhor será o sistema adotado. Essa é uma visão extremamente limitada do papel de um sistema tributário, dado que, embora a arrecadação seja um de seus objetivos, o sistema tributário tem que ser visto como um importante instrumento de desenvolvimento econômico e de redistribuição de renda no país.

Passemos, então, à análise das principais formas de intervenção estatal indireta na economia através da tributação.

5.1 Imunidade Tributária

A imunidade consiste em uma limitação da competência tributária, na medida em que impede a incidência do tributo sobre aquilo que é previsto



como imune. A imunidade tem previsão, necessariamente, na Constituição, razão pela qual toda a legislação tributária está vinculada às regras da imunidade, não podendo instituir tributo cuja hipótese de incidência se refira a situação que a Carta Magna definiu como imune.

Embora a imunidade se apresente essencialmente como uma das garantias dos contribuintes, isso não impede que se caracterize também como uma das formas de intervenção indireta do Estado na economia. Por ser uma forma de limitação ao poder de tributar do Estado, a imunidade resulta na desoneração de determinada atividade prevista como imune, uma vez que impede a sua tributação. Assim, acaba por incentivá-la, fomentando todo o setor ao qual está vinculada. Não obstante, deve-se atentar para o fato de que não é toda e qualquer imunidade tributária que serve como instrumento do Estado para intervenção indireta na economia, mas apenas aquelas inseridas no campo econômico.

Consistem em intervenção estatal indireta na economia as imunidades conferidas aos casos de exportação. Os arts. 149, §2º, inciso I, 153, §3º, inciso III e 155, §2º, inciso X, alínea “a”, todos da Constituição, impedem a tributação de atividades que destinam bens ao exterior, demonstrando a nítida pretensão do legislador de beneficiar o setor exportador. A finalidade da norma é tornar o produto brasileiro mais competitivo no mercado internacional.

Vale lembrar que também a imunidade cultural, que impede a instituição de impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão (art. 150, inciso VI, alínea “d”, CF), influi no domínio econômico, fomentando esse setor específico, embora a sua finalidade primordial seja a facilitação do acesso à cultura e à informação, sendo a intervenção indireta na economia mera consequência.

Observa-se, portanto, que, através das imunidades, o Estado pode regular a economia nacional, privilegiando e incentivando setores econômicos por meio de sua desoneração, com vistas ao desenvolvimento econômico do país.

5.2 Incentivos Fiscais

A concessão de incentivos fiscais pelo Estado é uma importante forma de intervenção indireta no domínio econômico, aproximando-se das imunidades tributárias na medida em que facilita o crescimento econômico do setor beneficiado através da redução de sua tributação. À medida que se torna menos onerada determinada área, mais atrativa ela fica para a iniciativa



privada, fomentando o seu desenvolvimento. Os incentivos fiscais vão variar de acordo com a política econômica adotada pelo governo, na finalidade de regular a economia.

A forma mais simples de concessão de incentivo fiscal é a redução da base de cálculo ou da alíquota – que pode chegar até mesmo a zero – dos tributos em geral, notadamente aqueles tidos por extrafiscais, cuja alteração dos seus elementos quantitativos pode se dar mais rapidamente, quando necessária a influência em determinado setor da economia. Exemplo disto é o Imposto sobre a Exportação, cuja alíquota, na maioria das hipóteses, é zero, com o fito de deixar o produto nacional com melhores condições de concorrer no mercado internacional, como já mencionado.

Um importante incentivo fiscal é a concessão de isenção, o que acontece quando o Poder Público, autorizado por lei, deixa de cobrar o tributo incidente em determinada hipótese, desonerando a área econômica afetada pela isenção e, conseqüentemente, estimulando o seu crescimento. A isenção, contudo, não se confunde com a imunidade, uma vez que esta implica na exclusão da própria competência tributária, impedindo a incidência do tributo, ao passo que naquela o tributo incide, porém, o legislador dispensa o seu pagamento.

Um importante exemplo de incentivo fiscal por meio de isenção são os estendidos à Zona Franca de Manaus, área sujeita a uma mínima carga tributária, criada com o fim de estimular o desenvolvimento econômico da Amazônia. Os arts. 505 ao 515 do Decreto nº 6.759/09 concedem uma série de estímulos fiscais à mencionada área, isentando-a em especial dos impostos sobre o comércio exterior.

Outra espécie de incentivo fiscal, embora não tão comum, é a concessão de créditos tributários, o que deve sempre acontecer por meio de lei, uma vez que a cobrança dos tributos não é apenas um direito do Estado, mas também um dever da Administração Pública. Exemplo disso foi o Decreto-lei nº 491, de 05 de março de 1969, cujo art. 1º previa que as empresas fabricantes e exportadoras de produtos manufaturados gozariam, a título de estímulo fiscal, de créditos tributários sobre as suas vendas para o exterior, como ressarcimento de tributos pagos internamente.

5.3 Impostos Regulatórios

Os chamados impostos regulatórios são aqueles que se caracterizam por sua função eminentemente extrafiscal, uma vez que são utilizados com a



finalidade de regular o mercado, sendo a arrecadação de recursos aos cofres públicos mera consequência da intervenção indireta na economia. São eles o Imposto sobre a Importação, o Imposto sobre a Exportação, o Imposto sobre Produtos Industrializados e o Imposto sobre Operações Financeiras.

Para assegurar a eficiência de sua função regulatória, a Constituição excepcionou os referidos tributos da sujeição aos princípios da anterioridade e da legalidade, o que significa que poderão ser alterados pelo próprio Poder Executivo, sem a necessidade de lei ou de esperar o exercício financeiro seguinte à publicação para que possam ser cobrados. Dessa forma, com uma simples alteração da alíquota dos impostos regulatórios, seja reduzindo ou majorando, ao Estado é possível o incentivo ou desestímulo de determinados setores, atraindo ou afastando a iniciativa privada, induzindo a economia no sentido da política econômica que estiver sendo adotada pelo governo.

Os impostos sobre o comércio exterior – importação e exportação – têm importante influência sobre o papel assumido pela indústria nacional perante o mercado internacional. O Imposto sobre a Importação serve como mecanismo de controle sobre as importações, sendo utilizado como instrumento de proteção de um setor específico da indústria nacional, face às dificuldades frequentemente enfrentadas pela concorrência com produtos estrangeiros similares. É justamente sob essa justificativa que a carga tributária deste imposto tem crescido cada vez mais, muitas vezes inviabilizando a aquisição de produtos estrangeiros.

O Imposto sobre a Exportação, por sua vez, é outro instrumento do Estado para controle do comércio exterior, sendo utilizado fundamentalmente com a pretensão de deixar o produto brasileiro mais competitivo no mercado internacional. Não é por outro motivo que, como já mencionado, são poucas as hipóteses em que o referido tributo incide com alíquota diferente de zero, o que demonstra a intenção do Estado de estimular o setor exportador, através de sua desoneração.

O Imposto sobre Produtos Industrializados é tido como mais um dos impostos regulatórios de mercado, embora seja hoje um importante arrecadador de recursos ao Estado. Não obstante, o referido tributo não perdeu o seu caráter extrafiscal, uma vez que tem importante influência sobre o setor da indústria nacional. Nesse sentido, segue trecho de ementa de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal⁵:

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 360461-AgR/MG. Rel. Min. Celso de Mello. T2. j. 06/12/2005.



A isenção tributária que a União Federal concedeu, em matéria de IPI, sobre o açúcar de cana (Lei nº 8.393/91, art. 2º) objetiva conferir efetividade ao art. 3º, incisos II e III, da Constituição da República. Essa pessoa política, ao assim proceder, pôs em relevo a função extrafiscal desse tributo, utilizando-o como instrumento de promoção do desenvolvimento nacional e de superação das desigualdades sociais e regionais.

É oportuno ressaltar importante função assumida pelo Imposto sobre Produtos Industrializados como regulador do mercado com o advento da Emenda Constitucional nº 42/2003, que determinou a redução do impacto do referido tributo, na forma da lei, sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte (art. 153, §3º, inciso IV, CF). Ao incentivar a aquisição de bens de capital (máquinas, por exemplo), o benefício teve como objetivo o estímulo à aplicação dos recursos do industrial – principal contribuinte do imposto – na chamada “economia real”, fomentando o desenvolvimento econômico.

Último dos impostos regulatórios, o Imposto sobre Operações Financeiras desenvolve importante função sobre o mercado financeiro, incidindo sobre operações de crédito, câmbio, seguro e as relativas a títulos ou valores mobiliários. A sua relevância está na possibilidade de a União, através dele, intervir no funcionamento do mercado financeiro conforme as demandas da conjuntura econômica da época. Isso acontece, por exemplo, através do aumento da sua alíquota quando incidente sobre as operações de crédito, com o objetivo de dificultar o acesso a financiamentos, reduzindo o consumo e, conseqüentemente, amenizando os efeitos negativos de um período marcado pela inflação.

5.4 Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico

A importância das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE’s é que, como o próprio nome já diz, trata-se de uma espécie de tributo criada especificamente para o fim de servir como instrumento da atuação do Estado na economia, caracterizando-se, portanto, pela extrafiscalidade.

A Constituição de 1988 deu ampla autonomia à União para a criação das CIDE’s, uma vez que não explicitou previamente quais os fatos geradores



ensejadores de sua incidência, ficando a lei livre para prever sobre quais bases econômicas pode incidir esta espécie de tributo. A única exceção a esta regra diz respeito às CIDE-combustíveis, melhor analisadas adiante, cujos fatos geradores possuem previsão na Carta Magna. Não obstante, fica claro o vasto poder do Estado de regular a economia através das CIDE's, podendo instituí-las sempre que necessária à intervenção na economia nacional. Só serão legítimas, contudo, se instituídas com o propósito de intervir em setor econômico específico, e não sob a justificativa de intervenção generalizada sobre o domínio econômico. Além disso, devem ser cobradas apenas dos agentes atuantes no setor econômico no qual se busca intervir.

Mas a função extrafiscal das CIDE's é um pouco diferente das demais tributos, que, como visto, pode influenciar a economia por meio do aumento ou redução da carga tributária incidente sobre determinado setor, visando a incentivá-lo ou desestimulá-lo. Nas contribuições em análise, por outro lado, a intervenção ocorre, em regra, através da destinação do produto da arrecadação a uma determinada atividade econômica, estimulando-a. Os recursos angariados pelas CIDE's são, portanto, vinculados à finalidade que justificou a sua instituição.

Exemplo disso é a CIDE-royalties, instituída pela Lei nº 10.168/2000, cujo art. 1º criou o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, cujo objetivo principal é estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo, deixando clara a área de intervenção estatal na qual atua a contribuição. Esta deverá ser recolhida ao Tesouro Nacional, sendo devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia (art. 2º).

O art. 4º do referido diploma legal prevê que o produto da arrecadação da CIDE será destinado ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT, o que demonstra a sua importância como instrumento incentivador do desenvolvimento econômico nacional. O art. 6º, por sua vez, ao determinar que trinta por cento dos recursos, no mínimo, serão aplicados em programas de fomento à capacitação tecnológica e ao amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, demonstra a nítida intenção de intervenção estatal visando à melhoria das condições socioeconômicas das regiões mais necessitadas da nação.



As CIDE-combustíveis, instituídas pela Lei n.º 10.336/01, têm ampla previsão constitucional, buscando o desenvolvimento do setor de combustíveis. O art. 177, §4º, da Carta Magna indica os requisitos que devem ser atendidos para que seja considerada legítima a CIDE incidente sobre atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível. Dentre eles, há a determinação de que os recursos arrecadados sejam destinados ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

Restou claro, portanto, que as CIDE-combustíveis estão vinculadas ao financiamento de atividades de incentivo ao setor específico no qual incidem, com o objetivo de proteger os produtos nacionais frente à concorrência com os importados. Ademais, como é comum nos tributos extrafiscais, estas contribuições, por força de disposição constitucional, não se sujeitam plenamente aos princípios da anterioridade e da legalidade, como forma de assegurar a eficácia da sua finalidade.

A respeito das CIDE's, é oportuno citar, ainda, o já extinto Adicional de Tarifa Portuária – ATP, instituído pela Lei nº 7.700/88 e cujo produto da arrecadação era destinado à aplicação em investimentos para melhoramento, reaparelhamento, reforma e expansão de instalações portuárias (art. 2º, *caput*). Contestado, o ATP foi objeto de Recurso Extraordinário julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu pela constitucionalidade do referido tributo, o qual teria sido recepcionado pela Constituição de 1988, sob o fundamento de que possuía natureza jurídica de uma contribuição de intervenção no domínio econômico, com o objetivo de melhorar as condições de infraestrutura portuária⁶.

Ressalte-se que, embora se caracterizem preponderantemente pela destinação do produto da arrecadação a um setor econômico específico, a fim de incentivá-lo, as CIDE's também podem intervir na economia por meio da forma tradicional (redução e majoração da carga tributária). Exemplo disso é a imunidade constante do art. 149, §2º, inciso I, da Constituição, que impede a incidência das CIDE's sobre as receitas decorrentes de exportação, ao passo

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 209.365/SP. Rel. Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno. j. 04/03/1999.



que o inciso II do mesmo dispositivo legal determina que elas incidam sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços. Trata-se de mais uma disposição constitucional que aponta a pretensão do Estado de estimular o setor exportador, protegendo o mercado nacional diante da concorrência com os produtos estrangeiros.

6 CONCLUSÃO

Após a análise da atual ordem econômica do nosso país e do papel da tributação como instrumento de intervenção estatal no domínio econômico, percebe-se que o Estado, na forma como organizado pela Constituição de 1988, dispõe de variadas e eficazes maneiras de intervir na economia nacional através dos tributos.

Essa interferência estatal permite a regulação da economia, como mecanismo de controle, sem, contudo, intervir diretamente como agente econômico, o que, como mostrou a história, deve-se evitar, deixando tal atuação nas mãos da iniciativa privada, embora permitindo a ação do Estado sempre que necessária para a preservação da ordem socioeconômica. É exatamente nesse sentido que a Constituição traçou a atuação estatal, de forma a conduzir a economia, garantindo o respeito aos princípios da ordem econômica – esculpidos no art. 170 do diploma constitucional –, com vistas ao desenvolvimento econômico da nação.

O Estado brasileiro, como se percebeu, tem adotado uma política de incentivo à exportação, buscando deixar o produto nacional mais competitivo no mercado internacional ao desonerar o setor exportador, estimulando-o, o que evita o sufocamento do mercado nacional pelo internacional. Por outro lado, a intensa carga tributária incidente sobre os produtos importados – sob a justificativa de privilegiar o mercado nacional – frequentemente inviabiliza a aquisição de tais produtos e, assim, quase que elimina a concorrência entre estes e os produtos nacionais, o que não favorece o desenvolvimento da economia nacional e prejudica o “bolso” dos cidadãos.

É seguro dizer, portanto, que a Carta Magna acertou ao traçar as suas regras, cabendo ao Estado aplicá-las da maneira mais benéfica à sociedade. Nesse sentido, deve-se tomar o cuidado de não elevar demasiadamente a carga tributária nacional, sob a justificativa de regular a economia, o que pode acabar gerando o efeito contrário.



REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **A Extrafiscalidade e a Concretização do Princípio da Redução das Desigualdades Regionais**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LANZANA, Antonio Evaristo Teixeira. **Economia Brasileira: Fundamentos e Atualidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. **Contribuições: Teoria Geral, Contribuições em Espécie**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.



SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

INTERVENTION IN THE ECONOMIC AREA VIA THE STATE TAX ACTIVITY

ABSTRACT

The historical evolution of the state intervention in the economy showed the flaws of mercantilist and liberal systems, characterized by the discrepancy between them, caused by the lack of freedom as a consequence of the absolute power of the State, and also by the economic freedom without any kind of state intervention. The advent of the neoliberal system was marked by minimal direct state intervention, encouraging the participation of private initiative and avoiding the state action as an economic agent. On the other hand, it was up to the State to regulate the economy through rules that would ensure free competition. It was in this context that arose the 1988 Constitution. Taxation is an important form of indirect state intervention in the economy, as it can encourage or discourage an economic sector through the reduction or increase of the tax burden. To this function of taxes is given the name *extrafiscalidade*, by which the State promotes the regulation and management of the economy, always aiming at economic development.

Keywords: State Intervention. Economic Order. Taxation.



A JUDICIALIZAÇÃO DESESTRUTURANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: CRÍTICAS E PERSPECTIVAS

Ana Paula Barros Amaral Oliveira

Graduada em Direito pela UFRN

Mariana de Siqueira

Professora-orientadora

RESUMO

A rotineira provocação judicial, por intermédio de demandas individuais que envolvem o direito à saúde e suas mais diversas facetas, é um fato que tem ganhado notoriedade nos últimos anos e, bem por isso, vem despertando a atenção dos estudiosos do direito. O fenômeno, que ficou conhecido por “judicialização da saúde”, tem sido no mais das vezes, aplaudido pela doutrina, mas é necessário que algumas ponderações e críticas sobre a questão sejam racionalmente realizadas, pois, se é certo que o Judiciário não pode quedar-se inerte diante da inefetividade do direito fundamental social em foco, tampouco pode converter-se em um protagonista sem parâmetros. O escopo da presente pesquisa, portanto, é abordar as principais dificuldades que envolvem a eficácia social do direito à saúde, analisando, para tanto, as possíveis causas do problema, de que maneira os Tribunais pátrios enfrentam a questão, e, ao cabo, fornecer diretrizes para uma atuação judicial mais equânime, passando, obviamente, pelos principais embates doutrinários que envolvem a temática. O trabalho adotará o método teórico-discursivo de base documental.

Palavras-chave: Direito à saúde. Poder Judiciário. Efetividade.

1 INTRODUÇÃO

A efetividade dos direitos sociais, em especial do direito à saúde – talvez em razão de sua íntima relação com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana – é, certamente, um dos temas mais controversos dos dias atuais, envolvendo críticas e discussões na seara jurídica que, longe de chegar a uma posição uniforme, se revelam, com o passar dos dias, cada vez mais polêmicas.

Com efeito, a desídia estatal no âmbito da saúde pública, caracterizada pela precariedade na assistência médica, hospitalar e farmacêutica, é um fato que não se pode ignorar nem do qual se pode fugir. É incontestável que o Poder Público permanece omissivo diante do seu dever de garantir a todos o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, tornando-se, pois, as disposições constitucionais que envolvem a temática, mera utopia, deveres de agir não realizados.

Nessa perspectiva, a inércia estatal vem gerando um clamor social em busca da concretização desse direito fundamental, surgindo o Poder Judiciário como uma alternativa e solução no combate à deficiência da saúde pública. Veem-se, no dia a dia, diversas decisões que determinam, *verbi gratia*, que a Administração Pública, casuisticamente, disponibilize medicamentos, realize cirurgias e custeie tratamentos e exames a particulares.

Se, de um lado, o direito à saúde passa por uma grave e intolerável falta de efetividade, de outro, o excesso de decisões judiciais que envolvem a temática, proferidas, não raras vezes, condenando o Poder Público ao custeio de tratamentos desarrazoados ou medicamentos de eficácia duvidosa, apenas intensifica, sob outro ângulo, o problema do direito social prestacional em foco.

2 O DIREITO À SAÚDE À LUZ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em que pese sempre ter sido objeto de preocupação, a concepção de que a saúde é um direito fundamental passível de tutela e proteção estatal é um fato recente na história (AITH, 2009, p. 71). Com efeito, no âmbito interno, foi apenas com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – que tem como vetor predominante a dignidade da pessoa humana – que a saúde foi erigida a um direito de toda a população.

Uma das grandes conquistas advindas da promulgação da atual



Lei Maior foi a criação do Sistema Único de Saúde – SUS¹, que consiste, basicamente, em um sistema público que visa garantir a toda população o acesso irrestrito e universal aos serviços de saúde, independentemente da cobrança de qualquer valor em razão dos serviços prestados (FIGUEIREDO, 2007, p. 97).

Nesse momento, convém evidenciar que, ao contrário do que aparenta, a saúde possui um objeto amplo, sendo formada por um conjunto de determinantes que impedem sua análise por uma visão fragmentária ou redutora (DELDUQUE; OLIVEIRA, 2009, p. 105). Deveras, a saúde, muito mais que uma visão simplista de ausência de doença, deve ser compreendida como um complexo de condicionantes que propiciem uma existência digna.

Buscando superar essa limitada noção, a Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS dispõe em seu preâmbulo, que a saúde consiste no “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consistindo somente da ausência de uma doença ou enfermidade”². Trata-se, na verdade, de conceito utópico, parecendo mais um compromisso a ser seguido, eis que a realidade brasileira demonstra que a ideia é praticamente inatingível. Desse modo, é cabível afirmar que o conceito de saúde é multidimensional, estando intimamente ligado à possibilidade de um indivíduo fruir de uma vida que seja compatível com a dignidade da pessoa humana e, bem por isso, que supere suas vulnerabilidades e deficiências e atenda também aos clamores por moradia, educação, trabalho, transporte, etc. Assim afirma Dalmo de Abreu Dallari (2009, p. 146):

[...] a saúde exige que os sistemas políticos reconheçam e procurem tornar efetiva a igualdade de todos, desde o nascituro até àquele que está em seus últimos momentos de vida, relativamente ao acesso às medidas preventivas, aos cuidados médicos, aos recursos hospitalares e aos equipamentos, bens e serviços

¹ O SUS, cuja regulação encontra-se precipuamente na Lei nº 8.080/90, representou um admirável progresso no ordenamento pátrio, pois atribuiu ao Estado um importante aparelho para promoção de um serviço eficiente e adequado ao atendimento das necessidades de saúde da população, minimizando o caos por que passava realidade sanitária no país. Não é, contudo, objetivo do presente trabalho, adentrar nas suas especificidades.

²Tradução da seguinte disposição, constante do preâmbulo da Constituição da OMS: “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”.



relacionados com a saúde. É também indispensável que a utilização dos recursos econômicos disponíveis, assim como o estabelecimento das condições de vida e de trabalho tenham com prioridade a busca do bem-estar para todos. Em síntese, a definição de saúde decorre, uma vez mais, a exigência ética de se dar prioridade à pessoa humana e às exigências de sua dignidade, sem qualquer espécie de discriminação e dando sentido prático a essa prioridade.

Nesse norte, convém evidenciar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, prevê o direito à saúde como um direito social e, posteriormente, em seu art. 196, dispõe, *ipsis litteris*, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

De uma análise perfunctória do dispositivo constitucional em foco vislumbra-se que, antes de constituir um simples direito de toda e qualquer pessoa, a saúde revela-se um dever fundamental estatal e, por assim ser, depende primordialmente de um conjunto de medidas que devem ser implementadas para suprir as necessidades da sociedade.

Ressalte-se que o Estado deve ser compreendido como o conjunto formado pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, que devem ter uma atuação conjugada e complementar de modo a efetivar, ainda mais, o direito fundamental em foco. O primeiro, através das chamadas políticas públicas, que compreendem ações e serviços no âmbito da saúde, que devem ser prestados por todos os entes federativos; o segundo, por intermédio da atividade legiferante, que abrange a elaboração de leis, inclusive orçamentárias; e o Judiciário, função que ganhou destaque nos últimos anos, aplicando o direito aos mais diversos casos que lhe são postos a apreciação.

Vale salientar que, da inteligência dos artigos 23, inciso II e 30, inciso VII, ambos da CRFB/88, observa-se que a atuação na saúde é tarefa que compete ao Poder Público em todos os seus níveis, mediante cooperação, porquanto os dispositivos estabelecem a competência material comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios de cuidarem de assuntos relativos à espécie.

Do que foi visto até o momento, logo emerge a infeliz constatação da quase impossibilidade de que, hoje, a maioria das pessoas alcance tal estado favorável de saúde, restando evidentes as diversas violações que ocorrem dia



após dia ao direito fundamental social em foco. Entretanto, em um país como o nosso, marcado por profundas disparidades sociais e constante resistência do Poder Público em cumprir seu dever constitucional, o progresso na saúde é um desafio que deve ser reivindicado pela sociedade. Nesse sentido são os ensinamentos de Delduque e Oliveira (2009, p. 110):

A conquista do direito à saúde não terminou com sua inscrição na Constituição Federal de 1988. Os tijolos assentados até agora na sua construção, embora tenham representado um enorme avanço, não foram suficientes para levantar a morada desse direito para todos. Enquanto houver indicadores sociais a demonstrar iniquidades, injustiça social e quadros epidemiológicos não favoráveis, o direito à saúde permanece em construção. Mas também é assim que deve ser a saúde: uma obra nunca acabada, até porque o que é saúde está em constante transformação.

Ao mesmo tempo, é preciso encarar o problema de uma maneira racional e isenta de hipocrisias, ilusões ou utopias, pois, se é cediço que o problema da saúde pública é causado principalmente pela desídia dos poderes públicos, é inquestionável também que o grande número de decisões judiciais que vem sendo proferidas, de maneira indiscriminada, como forma de dar uma resposta aos anseios sociais, não é a solução do problema, terminando, em última análise, por intensificá-lo.

2.1 O direito social prestacional à saúde frente ao art. 5º, §1º da Constituição Federal

Não há dúvidas de que as previsões contidas na Lei Maior, em razão dos princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, consagrados doutrinariamente, deixaram de ser meras proposições políticas e, decerto, adquiriram uma eficácia vinculante, criadoras, não raras vezes, de direitos subjetivos passíveis de ser exigidos judicialmente, conforme bem ressalta Luís Roberto Barroso (2010, p. 875).

Não é em outro sentido que o art. 5º, §1º da CRFB/88 dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Refletindo a tendência internacional de conferir primazia aos direitos



humanos, o dispositivo legal em questão garante a aplicação imediata de todas as normas constitucionais que lhe digam respeito.

Preambularmente, convém evidenciar que, a despeito da situação topográfica do art. 5º, §1º da CFRB/88, o constituinte não pretendeu excluir do alcance da norma constitucional em lume os direitos sociais, seja porque não o fez expressamente, seja porque a fundamentalidade, formal e material, de tais direitos é inconteste (SARLET, 2009, p. 278).

Nessa perspectiva, faz-se mister evidenciar que parte da doutrina, advoga a tese “no sentido da afirmação ou reconhecimento de verdadeiros direitos subjetivos, estando o poder público obrigado a atuar no sentido de sua realização, superando obstáculos, organizando serviços públicos, editando leis” (LOBATO *apud* FIGUEIREDO, 2007, p. 71).

A princípio, cumpre registrar que o entendimento acima mencionado deve, *data máxima vênia*, ser visto com bastante parcimônia, pois a questão da aplicabilidade imediata dos direitos de cunho fundamental não é tão simples quando se trata, por exemplo, de um direito social.

O dispositivo constitucional em estudo se torna ainda mais controverso quando se está diante do direito fundamental à saúde. Sarlet (2009, p. 344) ressalta a dificuldade que se reveste o reconhecimento de um direito subjetivo individual no âmbito da saúde, considerando o amplo leque de necessidades que ela envolve, que dificilmente poderão ser abrangidas por normatização constitucional e infraconstitucional, e o limite da prestação reclamada pelo particular perante o Estado, isto é, se os poderes públicos são devedores de um atendimento global, qual o nível do serviço a ser prestado e para quem deve ser prestado.

Tomando por base essas peculiaridades, costuma-se opor como entrave à plena efetivação do direito à saúde os habituais argumentos de ausência de recursos públicos – a malfadada “reserva do possível” – e da falta de legitimidade dos órgãos judiciais para decidirem sobre a alocação e destinação daqueles, doravante mais bem esclarecidos, os quais, ressalte-se de plano, se não servem como justificativa à desídia e inércia estatais, tampouco podem ser tidos como inexistentes ou inaplicáveis em qualquer situação.

De todo modo, com todas as cautelas que a questão requer, propugna-se um reconhecimento de um direito subjetivo às prestações à saúde, pelo menos enquanto esteja em jogo o conteúdo mínimo existencial³

³ É bom evidenciar, de plano, que o mínimo existencial não pode ser confundido apenas com o



de tal direito, de forma que eventual omissão na tarefa cometida ao Poder Público não tem o condão de impedir a judicialização do pleito respectivo (CALDAS LOPES, 2010, p. 73).

Importante trazer à baila os ensinamentos de Andrea Lazzarini Salazar e Karina Boloza Grou (2009, p. 14):

Muitas das características do direito à saúde não deixam dúvidas acerca de se tratar de um direito subjetivo. O direito à saúde é um direito humano fundamental e, portanto, se submete ao regime jurídico especial dos demais direitos desta categoria. A aplicabilidade imediata determinada pelo §1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 é um exemplo. [...] Apesar de os direitos sociais, como é o caso da saúde, estarem normalmente abrigados em normas ditas programáticas, o que por si só, não afasta a outorga de direitos subjetivos, a saúde recebe tratamento privilegiado de vários autores que reconhecem a sua fundamentalidade jurídica e social. A saúde se liga umbilicalmente ao direito à vida, vida digna, integrando o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. A este núcleo, mínimo existencial, é atribuída eficácia integral e aplicabilidade imediata.

Que o particular pode ir a juízo postular prestações na área da saúde que foram, em tese, postas a disposição pelo poder público, mediante intermediação legislativa, mas que na prática inexistem, não há dúvidas, mormente quando envolvem o que se convencionou chamar de “mínimo existencial”. A temática, contudo, torna-se um pouco mais controversa quando a exigibilidade diz respeito a cuidados médicos, hospitalares e farmacêuticos que, embora com esteio constitucional, não foram alvo de normatização pelo

necessário à subsistência humana. Decerto, o mínimo vital engloba uma série de bens e valores que possibilitem, muito mais que mera sobrevivência, uma existência digna de acordo com os padrões de tempo e local do indivíduo. Luís Roberto Barroso (2010, p. 881), em definição bastante precisa, assevera corresponder o mínimo existencial às “condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e participação esclarecida no processo político e debate público”.



Poder Legislativo.

Ana Paula de Barcellos (2010, p. 809) assinala que há um conjunto de prestações de saúde judicialmente exigíveis com fundamento direto na Constituição, prescindindo de intermediação legislativa, o que significa que o Poder Público está obrigado a colocá-las a disposição de todos, a despeito das tendências dos grupos políticos que se alternam no poder, sem prejuízo, é claro, de que o Estado venha a ampliar esse rol, oferecendo às pessoas mais do que exigido, tornando-se, a partir de então, irredutível em atenção à cláusula do não-retrocesso.

Desse modo, Maurício Caldas Lopes (2010, p. 85) sugere que a solução da questão estaria “numa equação ponderativa da qual faria parte, necessariamente, a fundamentalidade do direito à vida, as objeções formais da divisão funcional dos poderes e do princípio da maioria, a substantiva reserva do possível”, sem olvidar, é claro, das peculiaridades do caso concreto.

Nessa perspectiva, como conclusão preliminar, pode-se afirmar que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, especialmente aquelas que dizem respeito ao direito à saúde, sempre tem aplicabilidade imediata e geram efeitos mínimos, de sorte que, mesmo que inexistia legislação específica, poderá o particular ir ao judiciário exigir a prestação de um serviço na área da saúde que lhe seja imprescindível à fruição de uma vida digna.

3 UMA JUDICIALIZAÇÃO DESESTRUTURANTE

Que o neoconstitucionalismo e a promulgação da Constituição Federal de 1988 aumentaram sobremaneira a demanda por justiça social e que, hoje, o Poder Judiciário ocupa uma posição de destaque no ordenamento jurídico pátrio como principal responsável pela realização da vontade constitucional, é um fato que não dá margem à dúvida.

Se antes predominava o entendimento de que os juízes deveriam se restringir a aplicar as normas editadas pelo legislador, a postura ativista do Judiciário no que tange à proteção e efetivação dos direitos sociais vem ganhando notoriedade nos últimos anos. Com o direito à saúde, erigido ao *status* de direito fundamental social, não é diferente: vem recebendo um tratamento bastante incisivo pelo Poder Judiciário, em uma atitude marcadamente



ativista⁴.

Atualmente, como bem aponta Fátima Vieira Henriques (2010, p. 827), qualquer pessoa que demande individualmente tem enormes chances de ver seu pedido de tratamento médico ou custeio de medicamento julgado procedente sem mais, ao argumento de que o direito à saúde, graças a sua íntima relação com o direito à vida, goza de preponderância absoluta quando confrontado com quaisquer outros princípios constitucionais.

Exemplo desse comportamento é o acórdão paradigmático proferido, no ano de 2006, pelo Supremo Tribunal Federal, mais alta corte do país, que, no Recurso Extraordinário nº 393.175-0, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, entendeu que o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, de modo que o “Poder Público [...] não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”⁵.

⁴ O ativismo judicial deve ser compreendido sob a perspectiva de que cabe ao Poder Judiciário atuar quando os demais Poderes se mantêm inertes, atendendo às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas. De fato, como bem ressalta Luís Roberto Barroso (2008, p. 6) o ativismo judicial está associado a uma participação mais intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

⁵ “PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. [...]. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL



A judicialização da saúde, contudo, não é simples, esbarrando em diversos pontos polêmicos e complexos, que envolvem questões éticas, constitucionais, legais, financeiras, materiais, administrativas, as quais demandam reflexão e bastante parcimônia por parte do magistrado. A sensibilidade dos membros do Judiciário, evidenciada no acolhimento aos pedidos de autores de ações que visam à concessão das mais diversas prestações em saúde, é uma atitude, sem dúvidas, digna de aplausos.

A problemática, contudo, inicia-se com o fato de que um juiz, ao ser demandado por uma pessoa individualmente, em busca de um determinado tratamento de saúde, vê-se no difícil empasse: ou concede a aquela prestação específica ao autor da ação, ou lhe nega com base em argumentos elencados pelo ente estatal, que de longe gozam da mesma preponderância axiológica que a saúde, mas que, frise-se, não podem ser desconsiderados. Ana Paula de Barcellos (2010, p. 806), nesse sentido, faz a seguinte constatação:

É certamente penoso para um magistrado negar, *e.g.*, o transplante ou o medicamento importado que poderá salvar a vida do autor da demanda, pelo fato de tais prestações não estarem compreendidas no mínimo existencial que decorre da Constituição e nem constarem de qualquer outra norma jurídica ou de uma opção política adicional veiculado pelo Legislativo ou pelo Executivo. Nesse contexto, as impressões psicológicas e sociais do magistrado, a quem cabe afinal aplicar a Constituição, não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do

QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. [...]. Precedentes. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 393175 AgR. T2. Min. Celso. de Mello. j. em 12/12/2006, DJ 02/02/2007, p. 140).



magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica.

Nessa perspectiva, Luís Roberto Barroso (2010, p. 876) assinala que se proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a administração ao custeio de tratamentos destituídos de razoabilidade, seja porque inacessíveis, seja por não serem essenciais, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Além disso, aponta o autor, que não há um critério firme para aferição de qual ente federativo deve ser responsabilizado por cada prestação de saúde, conquanto, é bom frisar, o entendimento majoritário é no sentido de que tal responsabilidade é solidária.

O fato é que, por mais nobre que seja a complacência dos magistrados em relação às postulações que envolvem o fornecimento de medicamentos ou o custeio de tratamentos, a chamada judicialização da saúde tem se revelado um problema para os executores de políticas públicas nessa área, que se veem compelidos a cumprir as determinações judiciais, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para essa seara.

Em primeiro lugar, é imperioso reconhecer que a decisão judicial termina, não raras vezes, por desorganizar a atuação da Administração Pública, pois o gestor acaba sacrificando prioridades para cumprir, a todo custo, a decisão judicial. Cláudio Pereira de Souza Neto (2010, p. 528) expõe com brilhantismo o fato de que não é incomum que determinações judiciais de internação de um paciente em UTI de hospital público levem o administrador a retirar pacientes do leito que estejam até mesmo em estado mais grave, de sorte que tais decisões, que não consideram problemas de organização administrativa, podem gerar consequências contrárias aos próprios valores que pretendem promover.

Além disso, como bem enfatiza Mônica Campos de Ré (2009, p. 4), constata-se uma contradição nessa atitude, eis que algumas decisões judiciais, proferidas em demandas individuais, são tomadas em detrimento de políticas públicas já existentes, a despeito de haver, inclusive, lei ou regulamentação administrativa sobre a matéria, segundo a nobre doutrina, nota-se, certas vezes, uma ausência de visão global sobre o tema ou mesmo uma prevalência da visão individualista sobre a coletiva, pois o Judiciário geralmente privilegia soluções pontuais. Ana Paula de Barcellos (2010, p. 820) também adverte:



Ao mesmo tempo em que tais prestações são concedidas a autores isolados de ações judiciais, centenas de pessoas morrem sem atendimento adequado na rede pública de saúde por falta de prestações que, por certo, estariam compreendidas no conceito de mínimo existencial. Talvez a omissão na oferta de tais prestações seja imputável a outras razões – que podem ir desde prioridades inconstitucionais na alocação de recursos, má gestão, até a prática de crimes –, que não guardem relação alguma com o custo gerado pela decisão judicial referida. É impossível não considerar, entretanto, que a verba necessária ao cumprimento da decisão judicial sai de uma mesma rubrica e reduz os recursos disponíveis para o atendimento do restante da coletividade.

Sob a ótica individual, evidencie-se, é bem mais fácil que o magistrado conceda “com o coração” qualquer prestação demandada, uma vez que os efeitos de cada decisão sobre o orçamento público costumam ser diminutos, existindo, além de tudo, todo um apelo emocional que inclina os magistrados a decidirem com maior generosidade em favor de pessoas individualmente consideradas, “de carne e osso”, cujas carências e necessidades foram explicitadas no processo (SARMENTO, 2010, p. 584).

Como se não bastasse, convém assinalar que a doutrina majoritária constata que a intervenção judicial na questão da saúde, ao contrário do que pode parecer, termina por beneficiar uma parcela privilegiada da sociedade. É que, para chegar ao Judiciário, além de poder pagar por um advogado ou ter assistência judiciária gratuita, é preciso antes saber que existe esse caminho, de modo que, quem vai até um juiz para conseguir medicamentos normalmente possui um nível de instrução ou renda que lhes permite ter a informação de que por meio de uma ação judicial é possível obter medicamentos gratuitamente do SUS, como expôs Fernanda Vargas Terrazas (2008, p. 40).

A toda evidência, os segmentos mais excluídos da sociedade brasileira dificilmente vão à Justiça rezingar seus direitos, eis que, pela hipossuficiência cultural que lhes é característica, no mais das vezes sequer conhecem a existência tal caminho (SARMENTO, 2010, p. 584).

Assim conclui, com maestria, Fernanda Vargas Terrazas (2008, p. 40):

A judicialização dos direitos sociais, pelo menos nesse caso, ao contrário do que se afirma, não seria um meio de democratização do acesso às políticas públicas, de dar



voz aos desconsiderados no processo político de decisão, de garantir a proteção dos seus direitos fundamentais – a voz institucional dos pobres. Na verdade, ela serve aos interesses de grupos já incluídos e bem representados no processo democrático, que utilizam o Judiciário como mais um *lôcus* onde conseguem impor seus interesses e vê-los concretizados, em detrimento daqueles a quem supostamente o Judiciário deveria dar mais visibilidade e proteção.

Por derradeiro, é bom evidenciar que as objeções até então expostas não visam elidir a atuação do Judiciário na concretização do direito fundamental à saúde, o que, repita-se, configuraria um verdadeiro retrocesso no direito brasileiro. Todavia, essa postura ativista não pode nem deve permanecer indene a críticas, sendo imperioso que, ao mesmo tempo em que as dificuldades sejam apontadas e reconhecidas, possíveis temperamentos ou soluções sejam também traçados, como se tentará adiante.

Como bem afirma Ana Paula de Barcellos (2010, p. 820), certo é que não há como eliminar tais problemas, nem seria o caso de se impedir o processamento de demandas individuais que tratem do direito à saúde. Entretanto, é imprescindível que se tente, paralelamente a elas, discutir a questão em outras sedes, para que, deixando de ser tratado exclusivamente no âmbito de ações individuais, receba atenção também na seara abstrata e coletiva.

4 PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES

O panorama até então observado demonstra que é necessário redimensionar a questão da judicialização da saúde no Brasil. Com efeito, hoje, o Poder Judiciário é considerado “como a trincheira onde serão definitivamente garantidos os direitos fundamentais sociais” (CAMPOS DE RÉ, 2009, p. 8), mas a proliferação de decisões judiciais sobre a matéria pode terminar por colocar em risco a garantia do acesso à justiça em situações realmente necessárias.

Como visto, constata-se que inúmeras são as ações ajuizadas com vistas a coagir o Poder Público a prestar atendimento médico-hospitalar, notando-se, na maioria delas, um desvirtuamento na utilização dos instrumentos processuais postos pela lei à disposição da sociedade, seja em razão da falta de informação dos operadores do direito, seja em razão da



evidente má-fé de profissionais médicos e da indústria farmacêutica (BARIONI; GANDINI; SOUZA, 2008, p. 20).

Com vistas a conferir racionalidade a esse cenário de multiplicidade de decisões, a doutrina compila alguns parâmetros para uma efetivação mais equânime do direito à saúde pela via jurisdicional. É que, se é certo que não há condições financeiras para prover todas as demandas judiciais em matéria de saúde, mostra-se prudente estabelecer critérios públicos e objetivos, “a fim de que a distribuição de prestações sanitárias se dê com mais justiça e equidade”, como assinala Fátima Vieira Henriques (2010, p. 828).

Cláudio Pereira de Souza Neto (2010), por exemplo, propõe parâmetros materiais e processuais. Com relação aos primeiros, estariam: legitimidade da atuação judicial, em regra, circunscrita à esfera da fundamentalidade matéria e aos hipossuficientes; possibilidade de universalização da medida; dever de considerar o sistema de direitos sociais em sua unidade; prioridade da opção técnica da Administração; preferência pela solução mais econômica; e variação da intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimento em políticas sociais. Os parâmetros processuais, por sua vez, consistiriam na prioridade das ações coletivas; legitimidade de decisões em ações individuais, em regra, apenas nas hipóteses de dano irreversível e de inobservância dos direitos conferidos pelo legislador e administrador, em lei ou programa já instituído; atribuição do ônus da prova de quem não tem recursos à Administração; e ampliação do diálogo institucional.

Luís Roberto Barroso (2010), por sua vez, esboça outros parâmetros para racionalizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos, dentre os quais está o fato de que o Judiciário só poderia determinar a inclusão, em lista, de medicamento de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e alternativos; deveria optar por substâncias disponíveis no Brasil e pelo medicamento genérico, de menor custo, além de considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

Das reivindicações ventiladas, talvez a mais importante seja a necessidade de se conferir uma abordagem global à questão da saúde, prática que tem se revelado bastante tímida no ordenamento pátrio. Deveras, o Judiciário tem se revelado, de um modo geral, muito mais generoso nas demandas individuais do que naquelas, o que termina por gerar uma grave distorção, em prejuízo da tutela dos direitos dos mais necessitados e da racionalidade do sistema (SARMENTO, 2010, p. 583).

Sabe-se que o direito à saúde não se realiza com a distribuição deste ou daquele bem a uma ou outra pessoa, mas com a implementação



de políticas públicas que proporcionem a toda a sociedade, igualmente, atendimento hospitalar, distribuição de medicamentos, vigilância sanitária, entre outras prestações (TERRAZAS, 2008, p. 12). Propugna-se, assim, que o direito à saúde seja considerado sob a dimensão coletiva, com a finalidade de que o seu adimplemento enquanto direito social produza o efeito de atingirse, pelo menos parcial e gradualmente, a justiça distributiva (CAMPOS DE RÉ, 2009, p. 2).

As vantagens do ajuizamento de ações coletivas são muitas. Se no âmbito de uma ação individual determina-se, *verbi gratia*, que o Poder Público disponibilize um medicamento não constante das listas do SUS, na seara coletiva pode-se discutir a inclusão, em benefício de toda a coletividade, de determinado fármaco, após a avaliação das necessidades sociais e constatação de que a lista de determinado ente federativo já não as atende.

Barcellos (2010, p. 818) relembra que a discussão coletiva ou abstrata exige um exame do contexto geral das políticas públicas envolvidas, já que os legitimados ativos têm melhores condições de trazer aos autos tais elementos e discuti-los, possibilitando que se tenha uma ideia mais realista de quais as dimensões das necessidades e qual a quantidade de recursos disponíveis para custeá-las, o que não ocorre nas ações individuais.

Além disso, as ações deste tipo viabilizam uma instrução processual mais completa, franqueando ao julgador um maior contato com as inúmeras variáveis envolvidas na implementação das políticas públicas de atendimento aos direitos sociais, que possivelmente seriam negligenciadas nas ações individuais, o que possibilita a adoção de decisões mais informadas, “a partir de uma visão mais abrangente da problemática subjacente à adjudicação de cada direito social”, como bem ensina Daniel Sarmiento (2010, p. 585).

Nesse aspecto, as decisões proferidas em ações coletivas desorganizam menos a Administração Pública, uma vez que, conquanto possam alterar os rumos de sua atuação, fazendo com que deixe de realizar determinada política para realizar outras, não há centenas de decisões particulares que condicionam, desordenadamente, sua atuação, possibilitando uma análise mais precisa do impacto da política no orçamento (SOUZA NETO, 2010, p. 543).

É que, como relembra Barroso (2010, p. 900), a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, o que preserva com igualdade e universalidade o atendimento da população.



De todo modo, é importante frisar que, para que se tenha sucesso nessa empreitada, os usuais equívocos cometidos pelos atores do processo judicial sejam superados, compreendendo-se que tal modalidade acionária não se presta à tutela de pretensões individuais, de modo que não pode o autor da demanda pretender que a decisão judicial beneficie apenas determinadas pessoas que necessitam tutela na busca de medicamentos ou determinadas terapias curativas (CIARLINI, 2008, p. 258). Mais uma vez, há que se concordar com Daniel Sarmiento (2010, p. 585), quando elucida:

Enfim, o que me parece absolutamente equivocada é a adoção de dois pesos e duas medidas pelo Judiciário brasileiro em matéria de direitos sociais, que tem primado pela generosidade nas ações individuais e pela parcimônia nas ações coletivas. Entendo, por outro lado, que as ações coletivas constituem um ambiente mais adequado do que as individuais para os debates que envolvem o controle das políticas públicas em matéria de direitos sociais, e por isso o seu uso deve ser estimulado pelo legislador e pelo Judiciário. Já em relação às demandas individuais, não se trata de bloquear esta via importante para a cidadania, mas de empreender uma reflexão mais amadurecida sobre as consequências perniciosas para os pobres de um ativismo judicial sem parâmetros que, ao tudo conceder, para os que têm acesso à justiça, pode acabar retirando daqueles que não o desfrutam.

Há que se consignar, portanto, que as peculiaridades que cercam o direito à saúde revelam a necessidade de se buscar um “palco judicial mais adequado” para sua efetivação (CIARLINI, 2008 p. 254). Nessa perspectiva, é salutar – quiçá imprescindível – uma modificação na sua abordagem, para que, deixando as ações individuais de serem as protagonistas nesse campo, a tutela jurisdicional do direito à saúde sob o prisma coletivo e global seja uma prática fortemente estimulada pelos estudiosos e aplicadores do direito.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho foi capaz de demonstrar que, se a judicialização da saúde, *a priori*, é a solução de toda uma ineficiência e desorganização



administrativa, tem se tornado, muitas vezes, apenas uma das facetas do problema da eficácia social do direito social em foco. Com efeito, não há dúvidas de que cabe ao Judiciário o dever controlar eventuais omissões do Poder Público no âmbito da formulação das políticas sanitárias, mas é preciso que o faça de maneira cautelosa, sem olvidar as diversas particularidades que envolvem a questão.

Nesse contexto, o ativismo judicial desponta como um fenômeno que vem ganhando notoriedade nos últimos anos, sendo no âmbito do direito à saúde que o fenômeno ganha maior intensidade. Como visto, são muitas as demandas individuais que provocam a tutela jurisdicional em busca das mais diversas prestações sanitárias, sendo o pleito, no mais das vezes, concedido de plano pelo julgador.

Decerto, quando se trata do acesso à saúde em juízo, a jurisprudência evidencia que se proliferam decisões nos mais diversos sentidos, que, não raro, condenam a Administração ao custeio de tratamentos e medicamentos sem razoabilidade, seja porque sua eficácia não é comprovada, seja porque não se demonstrou cabalmente sua necessidade.

Destarte, é preciso que uma abordagem mais racional do direito à saúde seja realizada, surgindo as ações coletivas como um ambiente judicial mais adequado para a discussão das políticas públicas nessa seara. Em que pesem as benesses dessa via judicial serem inúmeras, conforme esclarecido outrora, as demandas individuais ainda preponderam nesse campo, revelando a jurisprudência que, infelizmente, a utilização da via coletiva para a tutela do direito à saúde nos dias atuais ainda é bastante tímida.

De todo modo, frise-se, não se está a renegar o ajuizamento de ações por particulares em busca do direito que lhe é garantido constitucionalmente. Busca-se, do contrário, que a temática seja refletida de uma maneira mais racional, livre de utopias e com todas as sutilezas que lhe são características, a fim de evitar que efeitos colaterais indesejados transformem a solução do problema na sua intensificação, e que, dessa maneira, possa o Judiciário desenvolver uma atuação mais justa.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. Consolidação do direito sanitário no Brasil. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: Cead/Unb, 2009. p. 67-75.



BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstratas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010. p. 803-826.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010. p. 875-903.

CAMPOS DE RÉ, Mônica. **Direito à saúde: critérios para a tomada de decisões judiciais**. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/portal/components/com_anpronline/media/ARTIGO_MonicaRe_Direitoasaude_1.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2011.

CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição**: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. Disponível em: <http://bdtb.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3814>. Acesso em: 06 dez. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Ética Sanitária. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: Cead/Unb, 2009. p. 127-149.

DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana S. de Carvalho Oliveira. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: Cead/Unb, 2009. p. 105-110



FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetro para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde:** a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. Academia Brasileira de Direito, São Paulo, 1 fev. 2008. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1451&categoria=Sanitário>. Acesso em: 17 out. 2011.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010. p. 827-858.

LOPES, Maurício Caldas. **Judicialização da saúde.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010. p. 313-339.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010. p. 515-551.



TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais por medicamentos.** 2008. 48 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

THE DISTRUCTURING JUDICIALIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH: CRITICAL AND PERSPECTIVES

ABSTRACT

The constant legal challenge, trough individual claims involving the right to health and its various sides, is a fact that has increased notoriety in the last years, and, because of this, has been attracting the attention of legal scholars. The phenomenon, known as “health judicialization” has been, in most cases, applauded by the doctrine, but now it is necessary the use of rationality to make some valuable considerations about this problem, because, if it is right that the Judiciary cannot remain inert against the ineffectiveness about this fundamental social right, is also true that it cannot become a protagonist without parameters. The purpose of this research, therefore, is to approach the main problems that involve the effectiveness of the social right to health, analyzing the possible causes of the problem, how the Courts face the question, and, at the end, provide guidelines for a more equitable judicial action, passing, of course, by the main doctrinal clashes involving the theme. This work will adopt the method of theoretical discourse-based document.

Key words: Right to health. Judiciary. Effectiveness.



ANÁLISE DAS CONSIDERAÇÕES ARISTOTÉLICAS SOBRE AS VIRTUDES FRENTE À TEORIA FINALISTA DO DIREITO PENAL

Juvencio Almeida

Acadêmico do 3º período do Curso de Direito da UFPB
Membro-bolsista pelo CNPq do grupo de pesquisa
“Retórica, Hermenêutica e Direitos Humanos”

RESUMO

A conduta humana foi recorrente tema de consideração dos estudos filosóficos e jurídicos, desde a antiguidade. Aristóteles, na obra dedicada ao filho Nicômaco, elenca uma série de preceitos morais que considera essenciais à vida em sociedade: as virtudes. Estes elementos figuram de forma essencialmente vinculada às bases de compreensão da teoria finalista, de Hans Welzel, em matéria de direito penal: a presença da vontade como fator conformador do acontecimento real. Destarte, a conjunção do fator volitivo, por Welzel, às escolhas aristotélicas – desejos deliberados de coisas ao alcance da ação humana; e suas virtudes – disposições firmes que convergem à realização dos preceitos morais e sociais do indivíduo permitem uma análise mais ampla da teoria moderna das ciências criminais.

Palavras-Chave: Virtudes. Aristóteles. Teoria finalista. Hans Welzel.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a estabelecer correlação entre os preceitos aristotélicos referentes à moral e às virtudes, mais precisamente aqueles abrangidos nos três primeiros livros da obra *Ética a Nicômaco*, e os ditames das teorias finalistas do direito penal, com foco nos aspectos tratados por Hans Welzel em seu escrito de Direito Penal.

Em primeiro momento, será feita breve análise das obras que serão examinadas: seus objetos de estudo, e contextos de compilação. Em seguida, parte-se para a analogia entre ambas, destacando-se a influência da virtude moral como motor do comportamento humano, por Aristóteles, e da vontade humana como importante referência na análise da teoria da ação penal.

2 SOBRE A ÉTICA A NICÔMACO

Os escritos do livro “*Ética a Nicômaco*” traduzem a crítica aristotélica da separação entre o mundo das ideias e o mundo sensível, proposta por Platão. Para alguns, a obra, cujo nome faz referência ao filho e discípulo do autor, é o escrito de ética proposto por Aristóteles mais maduro e representativo do seu pensamento (SCHERER, 2000).

O filósofo grego inicia suas considerações, no livro I, transpassando a concepção ideológica de mundo, mas ainda convergindo com o ideário platônico no referente ao “bem supremo”: para ambos, este é representado pela felicidade, ou no original grego, *eudaimonia*. A partir daí, é possível aduzir que o objeto de consideração e a finalidade dos escritos dos referidos pensadores é o mesmo. A concepção e os meios, no entanto, são divergentes (SCHERER, 2000). Para Aristóteles,

É ela [a felicidade] procurada sempre por si mesma e nunca com vistas em outra coisa, ao passo que à honra, ao prazer, à razão e a todas as virtudes nós de fato escolhemos por si mesmos (pois, ainda que nada resultasse daí, continuaríamos a escolher cada um deles); mas também os escolhemos no interesse da felicidade, pensando que a posse deles nos tornará felizes. A felicidade, todavia, ninguém a escolhe tendo em vista algum destes, nem, em geral, qualquer coisa que não seja ela própria. (ARISTÓTELES, 1987)



Aristóteles prossegue sua análise exprimindo de forma exímia o objetivo, propósito, objeto e sujeito do estudo da ética: a excelência moral. Para ele, esta qualidade se relaciona com as emoções e ações, sujeitando a vida humana em sociedade e a partir de sua consideração, pode-se dizer se há na expressão de tais emoções e ações excesso, falta ou meio termo: “experimentar estes sentimentos no momento certo, em relação aos objetos certos e às pessoas certas, e de maneira certa, é o meio termo e o melhor, e isto é característico da excelência”, explica (ARISTÓTELES, 1987).

Aristóteles procura ainda o tipo de saber que se pode obter acerca da conduta, levando em conta a situação concreta do homem, um ser que está “acima do animal”, mas que “não pode ser definido apenas pela pura razão”. Neste meio-termo coloca o que se deve entender especificamente por virtude, por entender que a referida excelência moral, se enquadra nesta categoria, juntamente com a inteligência (ARISTÓTELES, 1987). É na consideração de tais virtudes que se prenderá o presente artigo.

3 DA TEORIA FINALISTA DO DIREITO PENAL

A chamada teoria finalista da ação, proposta por Hans Welzel na década de 1930, em seus escritos de Direito Penal contrapõe-se à teoria causalista. A principal diferença entre estas repousava no fato de que a finalista considera os fins da ação como critério definidor da imputação da conduta típica ao agente, enquanto a segunda não considera tal elemento como componente da conduta, senão que do aferimento da culpabilidade (CAPEZ, 2012).

A teoria naturalista procurava delimitar o espaço de aferimento do texto legal, procurando conter lacunas interpretativas. A atividade hermenêutica era vista como perigosa e subversiva, por acreditar-se que ansiava substituir regras objetivas e predeterminadas pelo subjetivismo do raciocínio. Não se discutia a aplicabilidade dos ditames normativos, apenas se lhe cumpria. Este pensamento simbolizava a derrubada do império monárquico e ascensão do domínio legal (CAPEZ, 2012).

Em linhas gerais, com a adoção da concepção causalista, não havia reconhecimento ou declaração de crime pelo legislador, mas efetiva criação. Dessa forma, esse panorama refletiu na concepção penal, de forma a que o fato típico resultaria da simples “comparação entre o que fora objetivamente



praticado, e o que se encontra descrito na lei”, sem quaisquer questionamentos acerca do conteúdo da conduta, lesividade ou mesmo relevância. Também não importava a intenção do agente: a ação passou a ser considerada uma simples produção de resultado (CAPEZ, 2012).

Fernando Capez explica que no começo do século XIX, o alemão Hans Welzel, com base nas constatações neokantianas, elaborou o conceito finalista da ação, reagindo aos “dogmas naturalistas”. Welzel questionava aquilo que acreditava ser a injustificável desconsideração da vontade humana na apreciação do fato típico, por parte das teorias causalistas. Com o finalismo de Welzel, passar-se-ia a descobrir que o dolo e a culpa integravam o fato típico e não a culpabilidade: o delito não seria mais um simples “desvalor do resultado”, mas configuraria antes um “desvalor da própria conduta” (CAPEZ, 2012).

Destarte, não se podia desconhecer que a finalidade, o dolo e a culpa compunham a própria conduta. A mera observação externa não se faria suficiente para aduzir os elementos subjetivos do crime, a interioridade do agente, os objetivos do autor do delito. “Não existe conduta relevante para o Direito Penal, se não for animada pela vontade humana”, conclui Capez (2012). Esta é a base para o segundo elemento a ser considerado no presente artigo: a determinante influência da vontade humana no direito penal.

4 CORRELAÇÕES ENTRE AS VIRTUDES ARISTOTÉLICAS E A VONTADE NA TEORIA FINALISTA DE HANS WELZEL

Para Hans Welzel (2004), toda ação penal constitui uma unidade formada por elementos objetivos e subjetivos, cuja realização pode se dar por comissão ou omissão (fato típico); em diferentes graus: preparação, tentativa ou consumação; podendo adequar-se ou não ao direito (antijurídico ou aplicável às causas de exclusão de ilicitude); e podendo também ser classificado como culpável ou inculpável.

Welzel continua suas considerações acerca dos elementos do crime, sob a temática das “características essenciais da ação do autor e sua valoração em direito penal” remontando o fato de que toda a vida social se estrutura sobre a atividade finalista dos membros da comunidade, assumindo a pressuposição de que o cidadão pode propor-se a objetivos futuros, elegendo os meios necessários para alcançá-los.

Aristóteles adota concepção semelhante, ao discorrer sobre as escolhas. Para ele, estas correspondem ao “desejo deliberado de coisas ao



nosso alcance”, e para que possam ser atingidas, os meios adequados devem ser elencados. A moral, indica o filósofo, é adquirida em resultado do hábito, pelo exercício diário. Um indivíduo que tem por finalidade bens virtuosos passaria a agir em função da consecução deste fim, tornando-se, com a praxis, um homem também virtuoso. Destaque-se: “por conseguinte, se existe uma finalidade para tudo que fazemos, essa será o bem realizável mediante a ação; e, se há mais de uma, serão os bens realizáveis através dela.” (ARISTÓTELES, 1987).

Hans Welzel prossegue sua análise constatando que em modelo diverso se comparado com as atividades sociais, os acontecimentos puros da natureza são cegos em causalidade. Os fins (instintivos) são inconscientemente adequados perante todo o reino animal. Aristóteles, no mesmo sentido, observa que, diferentemente das virtudes humanas, nada que existe por natureza pode ser alterado pelo hábito. O homem, distintamente, por ter a prerrogativa de, via de regra, agir de forma voluntária, pode em certa medida prever o resultado de suas ações, e estipular classes de propósitos, com base nelas.

A propósito, é a partir da diferenciação entre o voluntário e o involuntário que ambos pensadores discorrem acerca dos campos de aplicação das virtudes e do direito penal. Reza Aristóteles que as ações motivadas por compulsão ou ignorância, cujo princípio motor é externo ao agente, de forma que a pessoa que age não contribui para o ato, são consideradas involuntárias. Nas voluntárias, por conseguinte, o princípio motor está no agente. Nelas, se escolhem os atos no momento em que são feitos. É característico também deste tipo de conduta a possibilidade de escolha, bem como o poder de praticar ou não a ação intentada. O próprio filósofo grego reconhece que tal distinção “será útil ao legislador com respeito à atribuição de honras e aplicação de castigos”.

No mesmo sentido, Hans Welzel assevera que dentre as ações que envolvem “movimentos reflexos”, ou onde um homem atue “como mera massa mecânica”, as quais Aristóteles denomina de involuntárias, como visto, seu comportamento fica excluído do direito penal, reforçando que a atuação deste ramo do saber jurídico volta-se substancialmente ao sentido da atividade. Explica o filósofo grego: “[...] as pessoas que agem por ignorância, que se arrependem, que sentem pesar, são consideradas agentes involuntários [...]”.¹ Tais teorias são comparáveis às definições modernas de tipo culposos.

¹ ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, p. 58.



Observa Damásio de Jesus (2002) que este conceito refere-se ao ferimento da observância do dever de diligência: o chamado cuidado objetivo. Desta forma, são condutas involuntárias, por não ocupar-se mentalmente o agente quanto à realização de objetivos ilícitos: não era de sua finalidade cometer o ato infracional.

A manutenção da ordem social é preocupação comum aos autores aqui considerados. Welzel é objetivo ao classificar as ações, com relação ao direito: adequadas ou contrárias. Aristóteles pontua que as atitudes “nobres e agradáveis”, benéficas à ordem social, são em certo sentido, mas não completamente, compulsórias, visto que a boa imagem em comunidade é algo prazeroso e que os homens anseiam manter. “Louvor cabe ao que é compelido, e a censura ao que não é”, afirma.

Para o jurista alemão, a atuação humana em sociedade, apesar de ser grandemente guiada pela finalidade, não se limita a esta. Afirma ele: “o homem não é unicamente um ser que atua finalmente, mas também um ente moralmente responsável por suas ações”. Percebe-se, desta forma, elementos comuns a excelência moral aristotélica: toda a conduta realizada em sociedade exige, em certa medida, a análise segundo sentidos e valores coletivos. A conduta individual, dessa forma, se adequada aos preceitos sociais, é passível de méritos. Se não, poderá ser considerada pelo direito penal. (Nesse ponto, observa-se que a própria etimologia da palavra “pessoa” remonta aos papéis sociais de cada indivíduo, tal qual em uma peça teatral. “Pessoa”, deriva do verbo latino “personare”, que remetia ao som produzido através das “personas”: as máscaras usadas pelos atores do teatro grego, bem como os próprios atores).

Dessa forma, assevera Hans Welzel que a plena convivência social possui um duplo grau de requisição: primeiramente, o indivíduo deve agir com finalidade definida. Em seguida, analisa-se se tal pessoa é moralmente responsável por seus atos. Esta visão é análoga à moderna distribuição de critérios para concessão da plena personalidade jurídica, em direito civil. Neste, tem-se como “de plena capacidade” o indivíduo que disponha de livres condições de manifestar a sua vontade, e que seja considerado consciente por seus atos, ou que possua pleno discernimento sobre estes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Para Aristóteles, deve-se destacar, dentro dos atos considerados voluntários, os que são frutos de escolhas. Aqueles primeiros, cujo grupo é bem mais amplo, são gênero. Os últimos, espécies derivadas. Todas as escolhas, desta forma, são frutos de ações volitivas, não sendo verdadeira a recíproca. Ele explica: “tanto as crianças como os animais inferiores são capazes de ações



voluntárias, porém não de escolha”. A escolha, destarte, seria privilégio dos seres racionais. Remete-se mais uma vez ao aspecto subjetivo da conduta humana.

Welzel, ciente disto, prossegue sua análise das características essenciais da ação do agente e valoração dentro do direito penal relembando que os elementos subjetivos da conduta criminosa interligam-se à característica de culpabilidade, ao passo que os elementos objetivos remetem à ação contrária ao direito e, portanto, antijurídica, ou ilícita. A discriminação objetiva destes leva-o a uma conclusão semelhante à chegada por Aristóteles: “[...] certas pessoas não são capazes de uma responsabilidade moral frente à sociedade, apesar de que podem realizar ações finalistas: assim a criança e o enfermo mental.”

O homem plenamente capaz para o exercício de suas atividades na orbita social, enquanto ser racional, alia previsibilidade e sobre determinação, com objetivo de atuar dirigindo seus meios à consecução do fim. Por conta disso, afirma Welzel ser a finalidade “vidente”, enquanto a causalidade, “cega”. O diferencial residiria na consciência. Tal característica possibilita a construção do que Aristóteles chama de deliberações: ato de dirigir o pensamento a questões tangíveis, mas inexatas. Coisas que, apesar de estarem a nosso alcance, possuem “desfecho obscuro e indeterminado”.

São o conhecimento e a consciência os motores para que se possibilite a adequação de uma conduta à disposição moral vigente, procedendo o agente com a escolha dos atos. Dessa forma, caberia ao homem, em sociedade, deliberar acerca de instrumentos que possibilitem atingir suas finalidades escolhidas. Os objetos de investigação, dessa forma, variam: ora são os meios, ora seus usos, mas jamais o próprio fim. A finalidade é um pressuposto da conduta, o indivíduo não a questiona, apenas a persegue: “De fato, o fim não pode ser objeto de deliberação, mas apenas o meio”.

Welzel aprofunda esta visão elencando três elementos nos quais a atividade finalista é espelhada: primeiro, o objetivo que se propõe alcançar (conforme Aristóteles, pressuposto mor, que não se submete a deliberação), fruto da vontade humana e espinha dorsal da ação finalista; segundo, os meios que emprega para isso (estes sim objeto de investigação do pensamento humano, para o filósofo grego); e, por último, acresce o jurista alemão o elemento “consequências secundárias” – aquelas que estão necessariamente vinculadas com o emprego dos meios. Intenta Hans Welzel ratificar que os caminhos necessários e as consequências obtidas a partir de dada conduta também compreendem o objeto da ação, não devendo ser desconsiderados.



Para finalizar o presente tópico, é importante destacar que a perseguida felicidade pode ter como meio a honra, que por si só já seria a “finalidade das virtudes”, e que esta, para que se atinja, necessita da satisfação da excelência moral – equilíbrio entre prazer e sofrimento. Virtuoso é o homem que “esforça-se em ir na direção do extremo contrário”, afastando-se do erro. Todavia, destaca o filósofo ainda que nem todos os desvios devem ser alvo de censura, punindo-se aqueles que o fazem consideravelmente. Não deveria a exigibilidade de conduta diversa pautar punições àqueles que se “desviam um pouco da virtude”.

Nesta linha de raciocínio, lembra Julio Mirabete do princípio da insignificância (ou da bagatela), na teoria finalista, como fruto de preocupação da doutrina em estabelecer um referencial para excluir do direito penal certas lesões consideradas insignificantes, ou de pouca importância. “É preciso, porém, que estejam comprovados o desvalor do dano, o da ação e o da culpabilidade”, lembra o referido autor.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível destacar a importância na relação existente entre a filosofia clássica e a teoria finalista do direito penal. A primeira, enquanto reação ao raciocínio platônico de distinção entre o mundo das ideias e o mundo sensível, fornece uma nova visão das virtudes e das práticas humanas em sociedade, elencando a excelência moral como objetivo social maior, associado à busca pessoal pela satisfação da felicidade. A segunda, revoluciona as bases filosóficas do direito penal, dando nova significância ao conceito de crime e levando o elemento vontade ao cerne da análise da tipificação de uma infração.

Cabe ao direito penal, outrossim, considerar, “[...] em cada caso, o que é mais adequado à ocasião, tal qual acontece na arte da navegação ou na da medicina”, conforme reza Aristóteles, de forma a que se ponha em discussão não só os fatores objetivos, na análise das evidências do caso concreto, mas também os elementos subjetivos: presentes na individualidade do agente, mas perceptíveis frente às suas decisões, e escolhas dos meios que o auxiliaram na consecução dos fins.

É nítida, pois, a presença da vontade como fator conformador do acontecimento real, tal qual afirma Welzel, em associação às escolhas – desejos deliberados de coisas ao alcance da ação humana; e suas virtudes – disposições firmes que convergem à realização dos preceitos morais e sociais do indivíduo,



conforme prega Aristóteles. A confluência de tais elementos permite uma análise mais ampla da teoria da ação, servindo de eficiente alternativa ao desmedido silogismo presente nas teorias clássicas das ciências criminais.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

_____. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, v. 1. Rio de Janeiro, Impetus, 2012.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal** - vol. 1. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal** – v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.



REALE JUNIOR, Miguel. **Instruções de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SCHERER, Deoclécio Antonio. **A Educação no Tempo da Ética**: Conexões entre Paradigmas Divergentes. Revista Diálogo Educacional – PUCPR: v. 1, p. 1-13, 2000.

WELZEL, Hans. Direito Penal. Paraná: Editora Romana, 2004.

ANALYSIS OF CONSIDERATIONS OF THE ARISTOTELIAN VIRTUES IN FACE OF FINALIST THEORY OF CRIMINAL LAW

ABSTRACT

Human behavior was recurrent theme of consideration of legal and philosophical studies, since antiquity. Aristotle, in the work dedicated to his son, Nicomachean, lists a series of moral precepts as essential to life in society: virtues. These elements are so essentially linked to the bases of understanding of the theory finalist, Hans Welzel, in criminal law: the presence of the will as a factor shaping the actual event. Thus, the conjunction of volitional factor for Welzel, the Aristotelian choices - deliberate desire of things within the reach of human action, and its virtues - strong provisions that converge to achieve the social and moral precepts of the individual, allow a broader analysis of the theory modern criminal science.

Keywords: Virtues. Aristotle. Finalist theory.
Hans Welzel.



BEM DE FAMÍLIA LEGAL E CONVENCIONAL: UM DILEMA ENTRE A CONSAGRAÇÃO DO DIREITO À MORADIA E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DO CREDOR

Mariana Belchior Ribeiro Freire

Acadêmica do Curso de Direito da UFRN

Membro-Secretária do Programa de Educação Popular em

Direitos Humanos - Lições de Cidadania

Extensionista do Escritório Popular

Integrante do Projeto de Pesquisa "Neoconstitucionalismo:
da teoria à realidade"

Monitora de Direito do Trabalho I

RESUMO

O presente artigo propõe-se a discutir, em breves linhas, um mote de importância ímpar na nossa sociedade atual, regida pelas leis do capitalismo, qual seja: os institutos do bem de família legal e convencional. Debatendo-se até onde o Estado, em virtude da proteção à dignidade do devedor e do seu direito à moradia, pode interferir na esfera de atuação do Direito privado. Aliás, questiona-se se a norma que determina a impenhorabilidade do único imóvel da família tem natureza de ordem pública ou não. Indagando-se, dessa forma, se é possível o devedor renunciar a esse direito e saldar a sua dívida, privilegiando, assim, a dignidade do credor. Ressalta-se também a necessidade de se analisar o caso concreto para verificar se, em meio a ponderação de valores e interesses, a renúncia à impenhorabilidade, em sede de execução, pode ou não ser oposta diante de uma impugnação à execução.

Palavras-chave: Bem de família legal e convencional. Direito à moradia. Impenhorabilidade. Execução. Dignidade do credor.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente trabalho se propõe a debater os institutos do *bem de família convencional* e do *bem de família legal*, à luz da garantia do *direito fundamental à moradia* e da *dignidade do credor* e do *devedor*. Discutindo-se até onde o Direito pode interferir; se no âmbito do bem de família há espaço para a manifestação da vontade do devedor quanto à impenhorabilidade daquele; e, se esse instituto do direito privado está sob o domínio total do direito público.

Neste desígnio, buscou-se realizar pesquisas na doutrina, na jurisprudência e na legislação, no intuito de aprimorar o conhecimento e dar maior embasamento as apreciações aqui realizadas, sempre tentando mostrar os posicionamentos opostos, para que o leitor possa formular seu próprio juízo de valor. Tendo em mente que os temas abordados ensejam profundas discussões e que há diversas posições consolidadas.

2 INSTITUIÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA: GARANTIA DO DIREITO À MORADIA

A República Federativa Brasileira é por essência capitalista, haja vista que a Constituição de 1988, ao estabelecer os fundamentos daquela, instituiu a livre iniciativa (Art. 1º, inciso IV), além ter garantido o direito fundamental à propriedade (Art. 5º, inciso XXII). No entanto, como é sabido, o Brasil é um país imerso em desigualdade socioeconômica. Isso pode, a um primeiro momento, parecer um clichê barato, contudo, essa característica atribuída ao nosso país é de suma importância para a temática aqui sob análise.

A nossa Carta Magna consagrou o *direito à moradia* como sendo um direito social (art. 6º, *caput*), estabelecendo, destarte, que o Estado deveria garantir tal direito. Tendo em vista que os direitos sociais são direitos subjetivos, não sendo, portanto, meros poderes de *agir*, mas sim poderes de *exigir*. E essa exigência tem como destinatário prioritário o *Estado*. (FERREIRA FILHO, 2008, p. 50). Sendo assim, pode-se depreender que a Constituinte – acertadamente –



obrigou o Estado a reunir esforços para prestar e garantir tais direitos.¹

Assim sendo, diante da necessidade de garantir o direito à moradia de seus cidadãos, o Estado teve que frear, em alguns aspectos, a livre iniciativa. Em outros termos, o Estado, incorporando a sua função de mantenedor da ordem socioeconômica, teve que prever alguns institutos cujo objetivo é impedir que, em função da liberdade comercial de uns, promova-se a exclusão dos direitos de outros. Nesse sentido, o bem de família foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico, por meio do Código Civil de 1916 (arts. 70 a 73). Tal instituto foi mantido no Novo Código de 2002 (Arts. 1.711 a 1.722), tendo ganhando algumas importantes modificações, as quais o tornam bem mais significativo na prática. (PEREIRA, 2007, p. 185). O bem de família que se encontra regido pelo *Codex* Civil é denominado como *bem de família voluntário ou convencional*, e tem como características o fato de que:

“i) depende de ato voluntário do titular, por escritura pública, testamento ou doação; ii) gera inalienabilidade e impenhorabilidade; iii) refere-se ao bem imóvel onde a família está residindo; iv) tem duração limitada à vida dos instituidores ou até a maioridade civil dos filhos.” (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 913)

Segundo o magistério de Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 93),

¹ Dissertando sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 56/58) aduz que “As disposições constitucionais relativas à Justiça Social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. Todas elas são- inclusive as programáticas – comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para Estado deveres de fazer ou não-fazer. Há violação das normas constitucionais pertinentes à Justiça Social – e, portanto, inconstitucionalidade – quer quando o Estado age em descompasso com tais preceitos, quer quando, devendo agir para cumpri-los as finalidades, omite-se em fazê-lo. Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da expressão. Todas as normas constitucionais atinentes à Justiça Social – tenham a estrutura tipológica que tiverem – surtem, de imediato, o efeito de compelir os órgãos estatais, quando da análise dos atos ou relações jurídicas, a interpretá-los na mesma linha e direção estimativa adotadas pelos preceitos relativos à Justiça Social. Assim, tanto o Executivo, ao aplicar a lei, quanto o Judiciário, ao decidir situações contenciosas, estão cingidos a proceder em sintonia com os princípios e normas concernentes à Justiça Social. [...] Os direitos sociais fazem parte do acervo histórico, jurídico, ético e cultural dos povos civilizados. Integram o patrimônio cultural do povo brasileiro. Por isso se incluem no conceito de patrimônio público. (grifos acrescentados)



o bem de família convencional é “um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem a maior idade.”² E a sua instituição, nas lições de Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, pode ser realizada:

Pelos cônjuges, companheiros, chefe de família monoparental, pessoa que vive só ou terceiro através de instrumento público ou testamento. Caso o bem pertença ao patrimônio comum do casal, ambos os cônjuges devem consentir em sua instituição, vez que não mais existe chefia da sociedade conjugal, e sim administração compartilhada [art. 1.567]. Se, entretanto, o bem integrar o patrimônio individual de qualquer deles, o proprietário pode instituí-lo livremente. Tal solução não importa em alienação ou gravação de ônus real, pois o bem não sai do patrimônio do instituidor, com exceção das hipóteses do §1º. Em reverso, o bem se fixa enquanto durar a instituição. (*in* SILVA, 2010, p. 1.725)

Entretanto, o bem de família disposto no Código Civil não é a única forma de proteger, no nosso ordenamento jurídico, o patrimônio familiar, isto porque, mediante a Lei nº 8.009/90, o legislador consagrou o *bem de família legal*, cuja proteção é a impenhorabilidade, sem necessitar da manifestação da vontade do titular. Tal diploma normativo determina que:

O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de

² Cumpre destacar que atualmente o conceito de família é bem mais abrangente do que à época da elaboração dessa norma, visto que atualmente reconhece-se como sendo família a oriunda de vínculo matrimonial, a informal, a homoafetiva, a monoparental, a parental, pluriparental, a parela. Por isso, é necessário ter em mente que hoje “o novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudomonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família”. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso a sua proteção pelo Estado” (ROLF MADELENO apud BERENICE DIAS, 2010, p. 43)



outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei³.

Dessa feita, “o regime jurídico do bem de família legal reconhece a *impenhorabilidade do imóvel que serve de residência para o titular e o seu núcleo familiar*, por força de lei, não exigindo qualquer registro em cartório ou ato expresso de vontade” (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 919).

Intui-se, então, mediante essa norma, que o legislador galgou dar maior concretude à *garantia do domicílio como um direito social*. Não obstante, por ser instituído por lei, o alcance do bem de família legal é menor quando comparado ao bem de família convencional, primeiramente, quando houver mais de um bem imóvel, será considerado como impenhorável, em regra, aquele de menor valor.⁴ Essa restrição tem cabimento, pois também é necessário proteger-se a dignidade do credor.⁵

³ Inclui-se no âmbito de bem de família legal as construções sob o imóvel, plantações, benfeitorias de qualquer natureza e os equipamentos (inclusive profissionais), além de acobertar os móveis que guarnecem o lar, desde que quitados. (art. 1º, Lei nº. 8.009/90).

⁴ A doutrina diverge quanto a essa questão, Ricardo Acoverde Credie aduz se o bem de maior valor for aquele em que a família fixou residência, deverá ser esse então a ser protegido pela impenhorabilidade, defendendo que interpretar a lei de forma restritiva “não atende o seu fim social ou econômico da norma, desatendendo à finalidade e desconsiderando a evolução social nos últimos anos de elaboração jurídica” (apud FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 920). Enquanto, Maria Helena Diniz (2011, p. 236), por sua vez, infere que “se a entidade familiar possuir vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para essa finalidade, na circunscrição imobiliária e na forma dos arts. 1.711 e s. do Código Civil, alusivos ao bem família [convencional].”

⁵ DIREITO CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. EXISTÊNCIA DE OUTROS IMÓVEIS RESIDENCIAIS GRAVADOS COM CLÁUSULA DE IMPENHORABILIDADE. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 8.009/90.- O propósito da Lei nº 8.009/90 é a defesa da célula familiar. O escopo da norma não é proteger o devedor, mas sim o bem estar da família, cuja estrutura, por coincidência, pode estar organizada em torno de bens pertencentes ao devedor. Nessa hipótese, sopesadas a satisfação do credor e a preservação da família, o fiel da balança pende para o bem estar desta última. - Contudo, os excessos devem ser coibidos, justamente para não levar o instituto ao descrédito. Assim, a legitimidade da escolha do bem destinado à proteção da Lei nº 8.009/90, feita com preferência pela família, deve ser confrontada com o restante do patrimônio existente, sobretudo quando este, de um lado se mostra incapaz de satisfazer eventual dívida do devedor, mas de outro atende perfeitamente às necessidades de manutenção e sobrevivência do organismo familiar. - Nesse contexto, fere de morte qualquer senso de justiça e equidade, além de distorcer por completo os benefícios vislumbrados pela Lei nº 8.009/90, a pretensão do devedor que a despeito de já possuir dois imóveis residenciais gravados com cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade



Ainda se discute quanto à possibilidade da penhorabilidade de bem de família de alto valor, no caso, imóveis que ultrapassam em demasia o valor de um imóvel padrão. A favor da penhorabilidade do bem de família quando esse exceder excessivamente o valor médio, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves Farias (2012, p. 930) inferem que:

Em síntese apertada, porém completa, é lícito asseverar que a impenhorabilidade de determinados bens (CPC, art. 649) tem como limite a proteção da dignidade da pessoa do devedor, sem sacrifício da dignidade do credor, limitando-se, então, aos bens necessários à manutenção de um padrão médio de vida digna, inclusive no que tange aos bens imóveis. Em se tratando, pois, de bem imóvel de elevado valor, é possível, em casos concretos e específicos, por ponderação de interesses, a sua penhora, de modo à satisfação do crédito, resguardando ao devedor um valor mínimo, básico, necessário à aquisição de um imóvel de valor médio para um padrão de vida digna.^{6 7}

e incomunicabilidade, optar por não morar em nenhum deles, adquirindo um outro bem, sem sequer registrá-lo em seu nome, onde reside com sua família e querer que também este seja alcançado pela impenhorabilidade. Recurso especial não conhecido.(STJ, 3ª Turma, REsp 831811 / SP, T3, Relatora Min. Nancy Andrighi, DJe 05/08/2008)

⁶ No mesmo sentido: BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE - LEI 8.009/90 – IMÓVEL EM BAIRRO NOBRE – INCIDÊNCIA DA CONSTRIÇÃO – RESGUARDAR AO DEVEDOR NA ARREMATACÃO O VALOR DE UM IMÓVEL MÉDIO – POSSIBILIDADE. A Lei 8.009/90 de cunho eminentemente social, tem por escopo resguardar a residência do devedor e de sua família, *assegurando-lhes condições dignas de moradia*; mas não pode o devedor servir-se do instituto do bem de família como meio para frustrar legítima pretensão de seus credores, subtraindo da execução imóvel de elevado valor, situado em bairro nobre, e como tal pode e deve ser ele objeto de arresto; devendo, no entanto, extrair, quando da venda ou arrematação, um valor que proporcione ao executado a aquisição de um imóvel de porte médio, no mesmo município de sua localização, *capaz de assegurar ao devedor e à sua entidade familiar condições de sobrevivência digna, mas sem suntuosidade*.(TJ/MG, Ac. 11ª Câm.Cív., AgInstr. 10024.06.986805-7/005(1) – comarca de BH, Rel. Des. Duarte de Paula, DJMG 19.03.08)

⁷ Em sentido contrário: FALIMENTAR. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARRESTO DE BEM DE FAMÍLIA. IMPOSSIBILIDADE. CASO QUE NÃO RETRATA NENHUMA DAS EXCEÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.099/1990. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 1. A leitura do STJ dos artigos 1º e 3º da Lei 8.009/1990, quanto à impenhorabilidade do imóvel que serve de residência aos membros da família, não comporta como exceção o fato de o imóvel ser



Ressalta-se que essa lei apenas impõe sobre o imóvel a *impenhorabilidade*, visto que instituir a *inalienabilidade* sob o imóvel seria restringir, por completo, o direito à propriedade, impedindo a livre disposição do bem.

Ademais, o próprio diploma legal prevê algumas exceções à impenhorabilidade do bem de família, dispondo que:

Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, *salvo se movido*:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor de pensão alimentícia;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

considerado de grande valor. As situações excetuadas na referida legislação (incisos I a VII do art. 3º) para que se afaste a proteção da impenhorabilidade do bem de família constituem *numerus clausus*. 2. De toda a argumentação apresentada no acórdão, não se identifica nenhuma dessas hipóteses a justificar que o imóvel residencial, objeto da controvérsia, não mereça a proteção dada pela norma legal. Acrescente-se que a proteção conferida ao instituto de bem de família é princípio concernente às questões de ordem pública, não sendo admitida nem mesmo a renúncia pelo seu titular do benefício conferido pela Lei. Multiplicidade de precedentes. 3. [...] 4. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, a fim de que o imóvel que exclusivamente serve de residência familiar mantenha-se, nos termos da proteção legal, impenhorável, afastando-se desde já sua alienação. (STJ, AgRg no Ag 1180103/SP, Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 05.06.2012)



Nesta toada, em geral, as exceções em relação à impenhorabilidade do bem de família legal somente são aplicadas na execução daquela dívida, isto é, não poderá ter sua extensão estendida. Por exemplo, quando o devedor tiver dois credores e somente uma das dívidas enquadrar-se nessas exceções, o bem só poderá ser penhorado para sanar essa dívida específica, continuando a impenhorabilidade para o outro credor.

Merece especial destaque o inciso VII do dispositivo acima, que foi acrescentando pela Lei nº. 8.245/91 (Lei do Inquilinato) e gera hoje grande polêmica, pois muito se discute quanto a sua constitucionalidade, já que alguns acreditam que tal preceptivo viola o princípio da isonomia, por tratar desigualmente duas obrigações que têm o mesmo fundamento. No magistério de Eliane Maria Barreiros Aina “fundamentos para que sejam tratados de forma diversa pelo legislador, o que vem ocorrendo, uma vez que o locatário não perderá seu bem de família pela sua própria dívida, mas o seu fiador sim e propõe como solução a ampliação do uso do seguro-fiança locatícia.” (*apud* FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 935). E ainda na lição de Ana Alice de Carli:

[É de se notar uma afronta] Ao fato de que a propriedade consubstanciada no bem de família não vale de *per se*, posto ser mero instrumento para a concretização do direito humano fundamental à moradia, e este, por sua vez, entende-se como requisito essencial à efetividade de outros valores fundamentais, como a vida, a educação, a saúde, a cidadania e o acesso às oportunidades de crescimento. (*apud* FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 935).

De fato, parece evidente a ofensa ao princípio da isonomia e a garantia do direito à moradia. Em verdade, parece um tanto ilógico que o imóvel da família do devedor principal seja protegido pela lei 8.009/90 e, portanto, considerado impenhorável, enquanto o imóvel daquele que apenas prestou a fiança, que não é o devedor principal, não seja protegido por tal lei e, dessa forma, possa ser atingido pela execução da dívida.⁸

⁸ Entretanto, o STF quando teve a oportunidade de reconhecer a inconstitucionalidade desse dispositivo, posicionou-se a favor da constitucionalidade, proferiu no informativo nº 545 de 05 de maio de 2009: “Ante a peculiaridade do caso, a Turma proveu agravo regimental para determinar a subida de recurso extraordinário em que se alega ofensa ao art. 6º da CF. Tratava-



Ainda, é indispensável dizer que, quando o credor adquirir um bem de má-fé não poderá ter seu único imóvel protegido pela impenhorabilidade da Lei nº. 8.009/90, visto que seria totalmente desarrazoado blindar a dignidade do devedor de má-fé e deixar totalmente desprotegido o credor, que quer queira, quer não, perderá duas vezes (o bem que deu em venda, e o valor que não irá receber). Neste sentido, é a exposição de Maria Helena Diniz (2011, p. 236):

Não poderá ser beneficiado, por essa lei, que visa proteger o patrimônio família, aquele que, sabendo-se insolvente, vier a adquirir de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da antiga moradia. Assim, se ocorrer tal fato, o magistrado poderá transferir a impenhorabilidade para moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso de credores (art. 4º, §1º).

Dito isso, cumpre destacar que persiste no cenário doutrinário e jurisprudencial um intenso debate relativo à possibilidade da renúncia à impenhorabilidade do bem de família e é acerca de tal contenda que, adiante, serão traçados alguns breves comentários.

3 A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA ESTÁ À DISPOSIÇÃO DO DEVEDOR?

Consoante o supraexposto, o bem de família encontra algumas restrições, e quando se trata do bem de família legal, essas restrições tem

se de agravo regimental interposto contra decisão do Min. Ricardo Lewandowski, que negara seguimento a agravo de instrumento, do qual relator, por reputar que o acórdão recorrido — ao afirmar que a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação (Lei 8.009/90, art. 3º, VII) não violaria o direito de moradia — estaria em consonância com a jurisprudência do STF. Na espécie, a locadora promovera ação de despejo contra o locatário, sem conhecimento do fiador, e pleiteara também o pagamento dos aluguéis referentes ao período de 1991 a 2002. Em virtude da inadimplência do locatário, o fiador fora acionado judicialmente. Enfatizou-se que a situação dos autos envolveria contrato de locação, cujos aluguéis não foram cobrados por mais de 10 anos, o que, para o ora agravante (fiador), transmudaria esse contrato em comodato. [STF, AI 741419 AgR/RJ, T1, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 05.05.2009]”



uma maior dimensão. Contudo, atualmente, uma parte da doutrina e da jurisprudência vem posicionando-se a favor da renúncia à impenhorabilidade do bem de família legal, justificando essa posição sob diversas argumentações.

Em princípio, é de bom alvitre que se faça uma definição acerca do instituto da penhora no nosso ordenamento jurídico (arts. 475-J, 475-L e 475-M, CPC). Nesta toada, colecionamos ao texto, a definição de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p.259):

A penhora é procedimento de segregação dos bens que efetivamente se sujeitarão à execução, respondendo pela dívida inadimplida. Até a penhora, a responsabilidade patrimonial do executado é ampla, de modo que praticamente todos os seus bens respondem por suas dívidas (art. 591 do CPC e art. 391 do CC). Por meio da penhora, são individualizados os bens que responderão pela dívida objeto da execução. Assim, a penhora é o ato processual pelo qual determinados bens do devedor (ou de terceiro responsável) sujeitam-se diretamente à execução. Realizada a penhora, os bens constritos tornam-se indisponíveis para o devedor – que não pode aliená-los ou onerá-los eficazmente. A penhora não retira do titular a propriedade do bem, mas torna inoperante o poder de disposição sobre ele. Vale dizer que qualquer ônus real, alienação ou, enfim, qualquer ato que retire o valor de comercialização de bens penhorados é ineficaz à execução em que a penhora se deu. [...] A penhora também gera certa preferência legal sobre o produto da venda do bem.[...] Decorre também da penhora a alteração no regime da posse ostentada em relação ao bem penhorado. Feita a penhora, o bem deve depositado em mãos de uma das partes da execução ou em mãos de terceiro, a fim de que seu estado seja preservado para a futura alienação. Este depósito, mesmo quando o depositário seja o devedor – sem, portanto, que haja alteração fática da localização da coisa – implicará modificação na situação da posse do bem. Aquele que tiver consigo a coisa penhorada (seja o devedor, seja outra pessoa), terá posse na condição de depositário, não podendo dela se utilizar livremente, ou perceber inadvertidamente os frutos do bem etc.

Sendo assim, depreende-se que ao penhorar-se um bem, em



virtude da execução de uma dívida, estará alterando o regime de posse do proprietário daquele, o que acarreta o impedimento da livre disposição do bem. Em verdade, esse não perderá a propriedade do bem, porém, a sua posse será limitada, pois não poderá utilizar-se livremente da coisa, ou perceber os frutos, mas poderá continuar a usar a coisa, caso o juiz determine que ele fique na condição de depositário. Quando a penhora recai sob um bem, o torna indisponível para o devedor.

Todavia, existem alguns bens sob os quais a penhora não pode recair, pois o legislador, visando proteger a dignidade do devedor, previu a *impenhorabilidade absoluta* (art. 649, CPC) e a *impenhorabilidade relativa* (art. 650, CPC). Dentre os bens que não podem ser penhorados de forma alguma, encontramos aqueles que são intitulados como bem de família, seja o legal ou o convencional.

A dúvida reside no fato de aferir se essa norma, que estabelece a impenhorabilidade do bem de família tem caráter de ordem pública ou não. Optando por consagrar o caráter de ordem pública, estar-se-á dizendo, portanto, que a impenhorabilidade não pode ser renunciada. Porém não optando por esse caráter, estar-se-á se permitindo a sua disponibilidade e, dessa feita, admitindo a possibilidade de renúncia.

Doutrinando sobre o tema, Luis Guilherme Marinoni (2011, p. 262) defende que:

Entende-se que a impenhorabilidade em questão – até porque visa à proteção da *família* – não pode ser objeto de renúncia, não podendo o devedor oferecer tais bens à penhora de forma válida. Todavia, fica afastada a proteção da impenhorabilidade caso se demonstre que o devedor adquiriu o imóvel de má-fé, estando em condição de insolvência (art.4º, *caput*, da Lei 8.009/90).

No mesmo posicionamento, remetendo opinião sobre o tema, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2012, p. 940) asseguram que “Dúvida, portanto, inexistente: a impenhorabilidade decorrente do bem de família involuntário é de ordem pública, podendo ser cogitada a qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive nas instâncias extraordinárias, bem conhecida *ex officio* pelo juiz.”

Neste mesmo sentido, justificando a sua posição, César Fiuza (2003, p. 155) infere que:

O objetivo do legislador foi o de garantir a cada



indivíduo, quando nada, um teto onde morar mesmo que em detrimento dos credores. Em outras palavras, ninguém tem o direito de 'jogar quem quer que seja na rua' para satisfazer um crédito. Por isso o imóvel residencial foi considerado impenhorável. Trata-se, aqui, do princípio da dignidade da pessoa humana. O valor 'personalidade' tem preeminência neste caso, devendo prevalecer em face de um direito de crédito inadimplido.

Corroborando, também a esse entendimento, aduz João Roberto Parizzato (2002, p.20) que: "A penhora realizada sobre um bem de família é um ato ineficaz, por sua flagrante nulidade. Não pode o bem em questão ser oferecido à penhora pelo devedor. Trata-se de regra de caráter público, insuscetível, pois, de ser alterada pela pessoa que tenha instituído tal benefício".

Doutra ponta, Fredie Didier Jr, lança mão de posicionamento diverso, destacando que as regras de impenhorabilidade servem para proteger o *executado* e não a ordem pública, portanto, dessa forma, ressaltando-se a hipótese prevista no inciso I do artigo 649 do CPC, seria possível a alienação de todos os demais bens, reputados como *disponíveis*, inclusive para sanar a dívida que deu origem à execução. Tomando isso por base, questiona-se:

Se é disponível, o bem poderia ser vendido pelo executado livremente. Se o bem pode ser alienado pela vontade do executado, porque não poderia ser *penhorado* (ato preparatório de futura expropriação judicial) pela vontade do próprio executado? Se o executado pode desfazer-se do bem *extrajudicialmente*, porque não poderia desfazer-se dele *judicialmente*?. (DIDIER, 2011, p. 550).

Fredie Didier Jr. (2011, p. 551) acrescenta, trazendo a lume lição de Areken de Assis:

"A impenhorabilidade é um direito do executado, que pode ser renunciado se o bem impenhorável for disponível.". Se a impenhorabilidade é disponível, *não* pode ser considerada como regra de *ordem pública*. Considerar uma regra como de ordem pública e, ao mesmo tempo, renunciável, é pensamento que contraria a lógica jurídica.

No delinear dessas ideias, nota-se a necessidade de distinguir



alguns debates, isto porque a discussão não reside somente no fato de ser ou não disponível a impenhorabilidade. Em verdade, impingi-se identificar três problemáticas: *disponibilidade do bem de família convencional*; *renúncia antecipada do direito à impenhorabilidade do bem de família legal*; *renúncia ao direito da impenhorabilidade do bem de família legal por ocasião da penhora*.

3.1 Disponibilidade do bem de família convencional

Consoante dito supra, o bem de família convencional é oriundo da manifestação de vontade dos cônjuges, dos companheiros, chefe de família monoparental, pessoa que vive só ou terceiro por meio de instrumento público ou testamento, e acarreta na instituição da *inalienabilidade* e da *impenhorabilidade* do bem. E a sua extinção se dá com o falecimento dos donos do patrimônio ou sobrevivendo a maioridade civil do filho mais jovem (arts. 1.716 e 1.722 do CC) ou, então, se o juiz verificar a impossibilidade da manutenção do bem de família nas condições em que foi instituído, poderá o determinar, a requerimento dos interessados, extinção ou autorizar a sub-rogação dos bens que o constituem em outros, desde que sejam ouvidos o instituidor e o Ministério Público (Art. 1.119 do CC).

Destarte, não há que se falar em disponibilidade do bem de família convencional, visto que a inalienabilidade e, por via de consequência, a indisponibilidade já é atributo dessa instituição. Nessa monta, caso deseje-se ofertar o bem que está sob a proteção do mencionado instituto, é necessário antes requerer ao juízo a revogação de tal instituto, ou então, que se verifique uma das causas naturais de extinção. Contudo, é imprescindível verificar o caso concreto, pois não se pode permitir que o devedor tente prejudicar o credor.⁹

⁹ No mesmo sentido: 1. A exceção do art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90, que permite a penhora de bem dado em hipoteca, limita-se à hipótese de dívida constituída em favor da entidade familiar. Precedentes.

2. A comunidade formada pelos pais e seus descendentes se enquadra no conceito legal de entidade familiar, inclusive para os fins da Lei nº 8.009/90. 3. A boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite dos processos de cobrança. O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado ao oferecê-lo em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade. Assim, não se mostra razoável que depois, ante à sua inadimplência, o devedor use esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contraria a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexecutível, esvaziando-a por completo. 4.



3.2 Renúncia antecipada do direito a impenhorabilidade do bem de família

Admitir a possibilidade das partes, por ocasião da feitura do contrato, estipularem uma cláusula contratual que torne disponível a penhorabilidade do único imóvel de família, seria negar por completo o sentido desse diploma normativo. Essa lei traz em seu seio a pretensão de proteger o direito à moradia e, por via de consequência, o bem-estar familiar. Deve-se ter em mente que este instituto deriva de uma disposição legal, portanto, qualquer cláusula contratual que viole a lei deve ser considerada nula. E tal nulidade deve ser pronunciada pelo juiz ou por qualquer outro, visto ser matéria de ordem pública, não sendo possível que esse negócio jurídico se convalide, nem pelo decurso do tempo (arts. 168, p. único e 169 do CC).

Não se pode olvidar que tal cláusula pode ser imposta pela má-fé do devedor, que ao realizar o negócio jurídico, sabendo que aquele bem dado em garantia de penhora era o seu único bem, pretende fraudar o credor. No entanto, essa situação específica enquadra-se no que foi dito acima, a impenhorabilidade do bem é afastada diante da má-fé do devedor.

Conclui-se, então, que não se pode renunciar previamente o direito à impenhorabilidade do bem de família legal, ou seja, não se pode estipular em contrato a renúncia a tal direito, e caso haja essa cláusula, a mesma é eivada de nulidade, por ser esse direito derivado de norma de natureza de ordem pública.^{10 11}

3.3 Renúncia ao direito da impenhorabilidade do bem de família legal por ocasião da penhora

Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 1141732/SP, T3, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 09/11/2010, DJe 22/11/2010)

¹⁰ Nesse sentido: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. CAUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. NORMA COGENTE. 1. Esta Corte possui firme entendimento de que em se tratando de caução, em contratos de locação, não há que se falar na possibilidade de penhora do imóvel residencial familiar. 2. *Ressalta-se que a indicação do imóvel como garantia não implica em renúncia ao benefício da impenhorabilidade do bem de família, em razão da natureza de norma cogente, prevista na Lei n.º 8.009/90.* 3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1108749 / SP, T6, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 31/08/2009)

¹¹ Em sentido diverso ver: www.lfg.jusbrasil.com.br/noticias/79771/tj-df-reconhece-a-possibilidade-de-renuncia-a-impenhorabilidade-do-bem-de-familia



A maior dúvida reside no fato se reconhecer ou não a validade do ato da indicação a penhora do bem de família legal, por vontade do devedor, por ocasião da execução. Como evidenciado acima, boa parte da doutrina não admite essa possibilidade, em razão do caráter de norma de ordem pública, e dessa feita, não haveria espaço para a sua disponibilidade, e tal impenhorabilidade poderia ser levantada a qualquer momento, inclusive após a penhora voluntária.

Em que pese as ilustres opiniões, pede-se vênia para discordar, primeiramente por enxergar em tal lei um direito do devedor, e não algo que grave o seu bem, de maneira tal que o proprietário não possa dispor dele como e quando assim desejar. Salienta-se que o legislador foi bem claro ao estabelecer que aquele bem que ganhasse a proteção do bem de família legal somente seria impenhorável, prevendo, ainda, várias exceções a esse direito.

Sendo assim, o regime instituído o torna impenhorável, contudo, esse bem pode ser alienado normalmente. Com isso, percebe-se que o proprietário goza de certo poder sobre aquele bem, e ganha uma proteção legal. Como dito antes, não se vislumbra hipótese de cabimento de cláusula contratual que permita a renúncia a esse direito. No entanto, a situação modifica-se quando se está em sede de execução, e o devedor, com anuência de seu cônjuge, resolve dar aquele bem *impenhorável* em penhora, seja porque é um bom devedor; seja porque acha aquela a solução mais fácil, pois não terá que procurar um comprador; enfim, por “n” motivos.

Nesse caso, é de livre desejo do devedor que aquele bem se torne penhorável, e ao oferecer em penhora, está dando uma garantia ao credor, que acaba por acreditar que seu crédito será saldado. Admitir que, após esse ato, o devedor apresente *embargos à execução* em virtude da impenhorabilidade do bem é permitir um desrespeito à dignidade do credor, o qual também, possivelmente, é devedor de outrem, e pode até correr o risco de torna-se insolvente também. Não se pode apenas oferecer proteção ao devedor, é preciso que se proteja também o credor.

O juiz, ao analisar a situação em que o devedor oferece o seu único bem móvel em penhora, e em seguida, apresenta embargos à execução, discutindo a impenhorabilidade do bem, deve, a princípio, privilegiando a boa-fé na execução, indeferir o pedido, pois se estará diante da necessidade da aplicação do princípio da proibição do *venire contra factum proprium*, tendo em vista que existe evidente incompatibilidade entre o oferecimento do bem à penhora e a impugnação dessa mesma penhora, sem o surgimento de



nenhum fato novo.

Nesse sentido, ainda dissertando sobre a matéria em questão, Didier arremata:

Bem imóvel de família é, como cediço, *impenhorável*. Imagine a hipótese de um bem imóvel de pessoas casadas. De acordo com o art. 1.647 do Código Civil, um cônjuge somente pode alienar bem imóvel com autorização do outro. Imagine, ainda, que os cônjuges têm uma dívida e querem pagá-la. Como bons devedores, pretendem desfazer-se do seu patrimônio para pagar a sua dívida, readequando o seu padrão de vida. Ambos têm o direito de *alienar* o imóvel e, com o dinheiro arrecadado, adimplir a obrigação. Não há como impedi-los de fazer isso, eis que manifestação legítima do seu direito de liberdade. Assim, por que não poderiam, uma vez demandados pela dívida, *aceitar* a penhora sobre o imóvel, que terminará com a *alienação judicial* do bem? Repita-se a pergunta: se alienável *extrajudicialmente*, por que não alienável judicialmente? Tanto mais se justifica a pergunta, quando se vê, no CPC, a possibilidade de o executado pedir a substituição do bem penhorado por um imóvel, apresentando, de logo, a anuência expressa do respectivo cônjuge (art. 656, §3º, CPC).

Nesse mesmo sentido, Márcia Musialowski Fronza (2011, p. da internet, aduz que:

Em razão de ser uma lei de ordem pública, é de todo inválida a cláusula contratual que exclui a impenhorabilidade pela simples vontade das partes, sendo assim, irrenunciável. Não vale a renúncia preliminar antecipada à impenhorabilidade legal. No entanto, haverá situações que a renúncia pelo devedor produzirá efeitos válidos. Ocorre quando o devedor citado nos termos do art. 652 do CPC, nomeia o bem de família à penhora. Esse ato importa em segurança do juízo e não pagamento, não sendo possível a posterior alegação de impenhorabilidade do bem, via embargos. Quando o devedor nomeia o bem de família



residencial à penhora ou bens móveis, renuncia ao benefício da impenhorabilidade, impedindo assim o reconhecimento de ofício da impenhorabilidade, visto que o juiz não pode atuar contra a própria finalidade do processo de execução. Entende-se também como renúncia a aceitação dos bens nomeados à penhora conforme o estabelecido no art. 657 do CPC. Dessa forma, a nomeação do bem de família ou a aceitação à penhora, válidos, importa conseqüentemente em renúncia à impenhorabilidade, o mesmo se aplica ao oferecer o bem em garantia.

Sendo assim, considera-se possível que, diante da livre expressão de vontade do devedor e de seu cônjuge (caso o tenha), seja dado em penhora um bem em que a princípio era impenhorável por disposição da Lei nº. 8.009/90. Defende-se, todavia, que se deve analisar o caso concreto, verificar se não houve nenhuma lesão ao direito do devedor, nada que pudesse viciar sua vontade. Em verdade, essa possibilidade só pode ser admitida quando comprovado que o devedor tem ciência daquilo que está fazendo, que sopesou todos os benefícios e malefícios dos seus atos e aquilo não irá comprometer o seu bem-estar e o de sua família. Evidentemente, não se pode acolher que em razão de uma dívida, alguém insuficientemente informado, tenha o seu direito à moradia negado e passe a depender do Estado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No transcorrer deste artigo, tornou-se possível observar que o instituto do bem de família, tanto em sua forma legal, quanto em sua forma convencional, é o meio pelo qual o Legislador buscou efetivar a garantia ao direito à moradia, protegendo-se a dignidade do devedor. Evitando, assim, que, em razão de uma dívida, uma família ou uma pessoa solteira venha torna-se um “sem-teto”, e passe a depender de auxílio, seja de entes privados, ou do próprio Estado.

Entretanto, observou-se que essa temática está envolta em diversas discussões, tendo sido dado especial enfoque à possibilidade de dispor desse direito, em verdade, dispôs a discutir se a norma que institui a impenhorabilidade o único bem imóvel da família (Art. 1º da Lei nº. 8.009/90), ou se seria possível a renúncia prévia ou posterior a esse direito.



Perante todos os posicionamentos trazidos à baila, concluiu-se que, diante do caso concreto, é possível que o devedor, de livre e espontânea vontade, indique seu bem de família legal à penhora, mas que não é totalmente nula a cláusula que estipula a renúncia à impenhorabilidade do bem de família legal, em virtude da natureza desse instituto e da sua razão de existir. É imprescindível sempre ter em mente que o direito à moradia é consagrado em nossa Carta Maior e que merece especial proteção do Estado, contudo, não se pode negar a dignidade ao credor, que também, possivelmente, em um país capitalista, é devedor de outrem. Apesar da maioria dos julgados indicarem que não é possível a renúncia anterior e nem durante a execução, assevera-se que é indispensável a análise do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Processo de Execução**. V. 3. 3ª Ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª ED. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. V. 5. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JR, Fredie. et al. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. V. 5. 3ª Ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6ª Ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008

FIÚZA, César. **Novo Direito Civil**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.



FRONZA, Márcia Musialowski. **A impenhorabilidade do bem de família: aspectos processuais.** [Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcia%20Fronza.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2012]

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.** 10ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

PARIZATRO, João Roberto. **Da Penhora e da Impenhorabilidade de Bens.** 3ª Ed. São Paulo: EDIPA, 2002.

PEREIRA, Sérgio Gisckow. **Direito de Família:** Aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bens de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. et al. **Código Civil comentado.** 7ª Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FAMILY'S GOODS LEGAL AND CONVENTIONAL ONES: A DILEMMA BETWEEN CONSECRATION OF HOUSING RIGHTS AND DIGNITY OF CREDITOR PROTECTION

ABSTRACT

This article aims to discuss, briefly, a topic of extreme importance in our current society, governed by the laws of capitalism, which are: the institutes of family's goods, the legal and conventional ones, by discussing how far the State's Power goes and how much it can interfere in the realm of private law, regarding the protection of the dignity of the debtors and their right to housing. Thus, it is brought to discussion the question whether the rule which determines the unseizability of the family's property – when it is a single one - has a public nature or not.



The main question is whether the debtor can waive this right, and pay off one's debt, giving prior importance to the creditor's dignity. It is important to highlight the need to examine the current case, to check if amid weighting values and interests, regarding the execution process, it is possible or not to renouncing the unseizability of the family's single good or property.

Keywords: Family's goods legal and conventional ones. Right to housing. Unseizability. Execution. Dignity of the creditor.



DESMISTIFICANDO AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

José Leôncio Guimarães Filho

Acadêmico do 6º período do Curso de Direito da UFRN
Monitor de Direito Constitucional II

Víctor Marinho Fernandes de Freitas

Acadêmico do 6º período do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

Conquanto o diploma processual de 1973 introduza as condições da ação no bojo do juízo de admissibilidade do processo, sua cognição perscruta necessariamente o plano do direito material. Esta constatação, retardada até hoje pela manualística, além de esterilizar as ideias edificadas para explicitar a natureza jurídica da categoria, debilita seu próprio regramento legislativo, logo que a aproxima do mérito. Destarte, distanciando-se das posições doutrinárias mais recorrentes, e transpondo a barreira que as isola do núcleo da demanda, o presente trabalho pretende redescobrir a verdadeira essência das condições da ação. Posteriormente, investigam-se os reflexos da carência de ação à luz do regime da coisa julgada e da economia processual. Por fim, de modo crítico, ainda analisa-se o provável tratamento da matéria no Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Condições da ação. Direito material. Natureza jurídica. Mérito. Verdadeira essência.

1 INTRODUÇÃO

Se o instituto da ação, hoje, sabidamente, um dos pilares da “trilogia estrutural do direito processual”¹ – desde o tempo em que considerado como mera reação do direito material ameaçado ou violado, até a contemporaneidade – vem angariando a atenção de nossos mestres, com a categoria das condições da ação, ainda que tenha a Lei de Ritos de 1973 parcialmente se filiado às concepções liebmanianas inaugurais, não poderia ser diferente. Mas, infelizmente, o é. Muitos autores não têm se aventurado em enfrentá-la com o afincio que merece. Ao contrário, pelo que parece, limitam-se a fazer coro das lições do processualista italiano, e findam por simplificar o que é, naturalmente, complexo.

A matéria, entretanto, não é tão clara o quão parece ser.

Mesmo nesse cenário, forçoso percebermos que as condições da ação ainda carregam consigo algumas incertezas; fundadas, diga-se de passagem. Somando-se o fato de que, a depender da ideia a ser acolhida pelo CPC vindouro, observaremos consequências práticas de suma importância para o sistema processual brasileiro, ousamos prever: as discussões sobre elas, cedo ou tarde, hão de se acirrar. Enquanto isto não ocorre, porém, aqueçamos o debate.

Dito isto, poderia se perguntar o leitor sobre quais incertezas estamos, na oportunidade, a tratar. Pois bem. Para incitar, desde logo, sua reflexão, adiantamos: que natureza jurídica têm, realmente, as condições da ação? A de requisitos para a existência da própria ação? A de condições para o exercício legítimo do direito de ação? A de condições para o julgamento do mérito da causa? Ou a de parte integrante do juízo de mérito?

Aqui estão as bases de nosso estudo. Redescobrir a real natureza jurídica das condições da ação e verificar suas consequências práticas à luz do regime da coisa julgada e do princípio da economia processual são, por sua vez, os propósitos deste trabalho.

¹ Expressão cunhada por Ramiro Podetti, e utilizada amplamente pela doutrina brasileira para se reportar às bases de estudo da ciência do direito processual: jurisdição, ação e processo (FREIRE, 2000, p. 26).



2 EMBRIÃO HISTÓRICO: TEORIA ECLÉTICA DA AÇÃO

Naturalmente, o surgimento das condições da ação está intimamente ligado ao progresso das teorias criadas para explicar o fenômeno da própria ação. Com efeito, coube a Enrico Tullio Liebman², quando ao desenvolver sua “Teoria Eclética” – verdadeiro *tertium genus* entre as concepções concretistas³ e abstrativistas⁴ – identificá-las. Para tanto, partiu ele de uma premissa relativamente simples. Deveríamos distinguir o denominado “poder de agir em juízo” da “ação”. Enquanto o primeiro seria uma garantia constitucional reconhecida a todos, a segunda se consubstanciaria no direito ao processo e ao julgamento do mérito.

Sucedendo que, para Liebman (1985, p. 153), o direito de ação não seria a todos garantido. Para se tê-lo, o interessado deveria observar algumas circunstâncias. Eram as “condições da ação”, originariamente: a “legitimação para agir”, o “interesse de agir” e a “possibilidade jurídica”. Em suas palavras (1985, p. 154), “só se estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação”. Caso contrário, deveria o juiz, de ofício, extinguir o processo sem julgamento do mérito, decretando a chamada “carência de ação”.

3 ESPÉCIES

Antes de adentrarmos na celeuma a que propomos nos debruçar, urge fincarmos os alicerces de nosso pensamento. Para tanto, nada melhor que tecermos breves considerações a respeito das espécies das condições da ação, integralmente adotadas pelo CPC de 1973⁵.

² Processualista italiano que inequivocamente mais influenciou a ciência processual brasileira.

³ Idealizadas por Wach, e propagadas por Chiovenda (1998, p. 42), concebem a ação como o direito de se obter do Estado-juiz uma sentença de mérito favorável, a condicionando à existência do direito material reclamado.

⁴ Defendidas atualmente pela maioria dos autores, entendem que a ação independe da existência do direito material reclamado, sendo, na verdade, um direito subjetivo de se obter qualquer provimento jurisdicional.

⁵ Talvez porque o elaborador do seu Anteprojeto, Alfredo Buzaid, foi discípulo fiel de Liebman, no Brasil.



3.1 Legitimação para agir

Difundida atualmente como “legitimidade *ad causam*”, trata-se de condição da ação que sugere um crivo sobre o elemento subjetivo da demanda, de sorte a verificar-se a pertinência dos sujeitos da ação. Na verdade, decorre da regra geral de que parte legítima para figurar em polo processual é tão somente aquela titular da relação jurídico-material deduzida em juízo (art. 6º, CPC); ressalvadas, logicamente, as hipóteses de “substituição processual”. Daí ter Liebman (1985, p. 159) resumido que sua aferição dar-se-ia através do exame da identidade de quem propôs a demanda e daquele que, face à situação jurídica hipotética descrita nos autos, poderia, em desfavor da parte contrária, requerer a tutela jurisdicional.

3.2 Interesse de agir

Recepcionada pelo CPC como “interesse processual”, é condição da ação objeto de longo dissenso entre os autores⁶. Em algo, contudo, todos convergem. Vale dizer, não se pode confundir o interesse de agir, cuja aferição dá-se com base no provimento jurisdicional solicitado pelo autor, com o interesse substancial, que é o bem de sua pretensão material.

Embora Liebman (1985, p. 155) proclamasse sua cognição voltada à avaliação da “relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido”, inclinamo-nos a concebê-la como o exame do binômio “necessidade-adequação”. Fundamentada no ideal de ser a atividade jurisdicional a *ultima ratio* para a resolução dos conflitos, restaria configurada a necessidade, via de regra⁷, com a resistência do réu à satisfação da pretensão material do autor. Já a adequação quando da escolha, pelo autor,

⁶ Um breve compêndio nos ajuda a compreender sua amplitude: Lucca (2010, p. 88) a identifica como a relação de “utilidade” e “necessidade” do provimento jurisdicional requerido; Theodoro Jr. (2011, p. 76) a compreende como o resultado da “necessidade” e “adequação”; Freire (2000, p. 92-119) a vê como a soma da “utilidade”, “necessidade” e “adequação”; Dinamarco (2009, p. 214) insere em seu bojo a própria legitimidade *ad causam*; e Câmara (2001, p. 68) faz o mesmo com a possibilidade jurídica do pedido.

⁷ Assim porque é ideia aplicável às relações jurídicas calcadas em direitos prestacionais que podem ser satisfeitos voluntariamente, de modo que não se pode aplicá-la às “ações declaratórias e constitutivas necessárias”, cujo interesse substancial do autor perpassa imprescindivelmente pela tutela jurisdicional.



do procedimento correto e da formulação de um pedido hábil a remediar a lesão afirmada.

Certo que interesse pressupõe utilidade, como oportunamente pontua Dinamarco (2009, p. 309). Mas assim pensamos porque, estando presente a necessidade da tutela jurisdicional para a satisfação do interesse substancial do autor, e tendo ele escolhido o procedimento legalmente previsto e, ainda, formulado pretensão processual hábil a sanar o dano a seu direito, a utilidade da atividade jurisdicional, a seu turno, será mera consequência.

3.3 Possibilidade jurídica

Atinente ao pedido, consiste em condição da ação que não raro recebe tratamento errôneo da doutrina. Humberto Theodoro Jr. (2011, p. 74), por exemplo, a concebe como a “exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação”.

Ocorre que, a assim compreendermo-la, além de admitirmos como fato o impossível – ter o legislador previsto todas as situações jurídicas cotidianas – estaremos nos aproximando das concepções concretistas. Ora, “possibilidade” se refere àquilo que pode ser, não que necessariamente será. Pedido juridicamente possível, conseqüentemente, não poderia tratar-se só do que certamente será, mas também do que, a depender do caso concreto, possa ser.

É nesse contexto que Fredie Didier Jr. (2010, p. 223) elucida a questão. Possibilidade jurídica do pedido deve ser conceituada com vista não na existência de uma previsão, no ordenamento, que torne o pedido, em tese, viável; mas, sim, na “inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável”. Parece-nos ser este, de fato, o seu melhor conceito, pois arredando apenas o ilegal, preserva até o improvável, que ainda é possível.

4 NATUREZA JURÍDICA

É chegado o momento de perquirirmos qual a melhor natureza jurídica a ser ofertada às condições da ação. Doravante, com este afoito sinteticamente examinaremos as posições doutrinárias mais recorrentes, para então tomarmos partido das divergências e oferecermos nossa humilde contribuição ao tema.



4.1 Requisitos para a existência da ação?

Partindo da premissa de que jurisdicional seria apenas o ato de apreciação do *meritum causae*, previu originariamente Liebman (1985, p. 153-154) as condições da ação como requisitos de sua própria existência⁸. Todavia, tendo por supedâneo um conceito no mínimo desarrazoado de jurisdição, em nosso ordenamento jurídico inaplicável – até mesmo porque quis o constituinte originário consagrar um direito de ação público, subjetivo, autônomo e abstrato – sua ideia inicial deve ser imediatamente descartada. Ora, como aceitarmos que o exame das condições da ação e a decisão que decreta sua carência não teriam natureza jurisdicional? Além do mais, se a decisão que reconhece inexistente uma condição da ação extingue o processo, significa reconhecer o exercício prévio da ação. E, evidentemente, só se exercita aquilo que em algum momento existiu.

À vista disso, o fato é que Liebman (1985, p. 151) ficou-se em contradição. Se de um lado criticou o concretismo por não explicar a essência jurídica da sentença de improcedência do pedido, de outro dele se aproximou em admitir, mesmo que indiretamente – *pasmen* – hipóteses de processo sem ação, em arrepio ao princípio da demanda. Nem se fale ainda que, a se adotar sua concepção, estar-nos-íamos negando, de forma não menos absurda, natureza jurisdicional ao juízo de admissibilidade, como bem atenta Didier Jr. (2010, p. 210).

4.2 Condições do legítimo exercício do direito de ação?

Em socorro à incompatibilidade do condicionamento do direito de ação com o ordenamento brasileiro, José Carlos Barbosa Moreira (1988, p. 199) erige as condições da ação a “condições do legítimo exercício do direito

⁸ Assim talvez pensasse: se o conhecimento das condições da ação não se identifica como ato jurisdicional propriamente dito, mas, antes, a este preliminar; se estando uma delas carente, o juiz estará impedido de adentrar no mérito e exercer sua função típica; e se ainda é certo que a atividade jurisdicional depende diretamente do exercício da ação; logo, a ausência das condições da ação finda mesmo por suprimi-la. No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 305), outro de seus fiéis discípulos: “não se trata de condições para o exercício da ação, mas para sua própria existência como direito ao processo”.



de ação⁹; a se relevar a atecnia¹⁰.

Em que pese o quilate de seus ensinamentos, assim não concordamos pelo simples fato de que, dada a autonomia e abstração do direito fundamental de ação – características constitucionalmente garantidas que o conferem, respectivamente, independência em relação ao direito material reclamado e ao resultado final do processo – não há de cogitar-se em exercício legítimo ou ilegítimo da ação. Pode esta por todos ser exercida, sendo sempre – sim, isto mesmo – sempre legítima e procedente, independentemente de qualquer circunstância¹¹.

4.3 Condições para o julgamento do mérito da causa?

Atento ao concretismo disfarçado das formulações anteriores, e iluminado pelas aspirações abstrativistas, Kazuo Watanabe (2005, p. 91) preleciona serem as condições da ação, na verdade, “condições para o julgamento do mérito da causa”¹². Trata-se da ideia encampada pelo CPC em vigor – na medida em que a falta de uma delas é causa de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, VI) – e que, talvez por isso, vem sendo endossada sem maiores questionamentos pelo quinhão maior da

⁹ Opinião conservada mais à frente por Rodrigo da Cunha Lima Freire (2000, p. 50), de cujas lições se extrai que as condições da ação são “condições para um exercício regular da ação no âmbito processual”.

¹⁰ Aponta-nos conveniente, neste momento, uma crítica pessoal. É aborrecedora a confusão dos estudiosos quando do emprego dos “pressupostos”, “requisitos” e “condições”. Por isso, conquanto não permita nossa proposta inicial, relembremos que os pressupostos operam no plano da existência do ato jurídico, os requisitos no da validade, e as condições no da eficácia. Dito isto, é de se notar que a própria expressão “condições” da ação já nasceu viciada, pois, de acordo com o que propunha Liebman, mais correto seria “pressupostos” da ação.

¹¹ Daí notarmos, nas entrelinhas, que a visão do citado processualista ainda possui resquícios, ainda que bem sutis, de uma lente concretista. Condicionar o exercício legítimo de um direito não seria, na prática – o que na oportunidade nos interessa – o mesmo que condicionar a sua própria existência? Parece-nos que sim.

¹² Registre-se, porém, que este ensinamento não é tão inovador quanto aparenta. O próprio Liebman, ao passo em que confundiu o direito de ação com o direito ao julgamento do mérito, nesse esteio indiretamente já preconizara. Acompanhe: se as condições da ação eram requisitos de sua própria existência, e se a ação se confundia com o direito ao julgamento do mérito, logo aquelas também condicionariam o julgamento do mérito.

A diferença, todavia, reside em que, para os abstrativistas, o direito ao julgamento do mérito em nada se confunde com o direito de ação. Por conta disso, constatada a carência de ação e estando o mérito impedido de ser apreciado, ainda assim a ação existiu e foi exercida.



doutrina¹³ e jurisprudência¹⁴.

Para os partidários do mencionado entendimento, elucida Fredie Didier Jr. (2010, p. 212) que as condições da ação funcionariam como um elo necessário entre a ação e o mérito. Constituiriam, em sua essência, “faixas de estrangulamento entre o direito processual e o substancial” (DINAMARCO, 2009, p. 307), mas que, por questões jurídico-positivas, inclinar-se-iam ao primeiro, integrando o juízo de admissibilidade do processo.

Acontece que este é mais um caso em que, na prática, a teoria é outra. Não é tão simples dissociar a cognição das condições da ação do juízo de mérito. Assim porque, como oportunamente observa Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 307), “é quase exclusivamente no direito material que se vão buscar elementos para aferir se elas estão presentes ou não”.

4.4 Parte integrante do juízo de mérito?

Motivados pela constatação acima consignada, alguns perspicazes estudiosos vêm paulatinamente pondo abaixo a barreira existente – e até então intransponível – entre as condições da ação e o mérito¹⁵. Uma breve sinopse é bem-vinda: Lucca (2010, p. 85) arremata a impossibilidade de se verificar a falta das condições da ação sem antes analisar o mérito; Cunha (2011, p. 230) e Didier Jr. (2010, p. 215) vislumbram o mesmo para as hipóteses de legitimidade da parte e possibilidade jurídica do pedido; e Wambier (2004, p. 54) conclui ser descabido dar pela impossibilidade jurídica do pedido sem antes ter havido exame de mérito.

¹³ Cite-se, v.g., Alexandre Freitas Câmara (2000, p. 66-67).

¹⁴ Vide, dentre outros, os seguintes precedentes: TRF – 5ª Região. Apelação Cível 436986/PE. Rel. Des. Marcelo Navarro. 3ª Turma. Julgamento em 09/06/2011; TJ/SP. Ação Rescisória 0223923-91.2011.8.26.0000. Rel. Des. Edgard Rosa. 25ª Câmara de Direito Privado. Julgamento em 03/10/2012; TJ/RS. Apelação Cível 70048969091. Rel. Des. Rubem Duarte. 20ª Câmara Cível. Julgamento em 26/09/2012.

¹⁵ Importante lembrar que o primeiro passo a se romper tal obstáculo foi dado pela Teoria da Asserção. Inspirados pela inexistência de limites precisos entre as condições da ação e o mérito, previram os assertistas – a exemplo de José Roberto Bedaque (1991, p. 54) e Kazuo Watanabe (2005, p. 92) – que deveriam ser aquelas analisadas em tese, no estado de afirmação (in statu assertionis) da petição inicial. Só assim o magistrado não adentraria no mérito da causa. Do contrário, invariavelmente as aferiria ele à luz da situação concreta de direito material; e aí já seria problema de mérito, não mais de admissibilidade. Goza atualmente de grande aceitação no STJ. Veja, v.g.: REsp 1157383/RS. Relª. Minª. Nancy Andrighi. 3ª Turma. Julgamento em 14/08/2012.



Essencial atentarmos, de antemão, que qualquer julgamento a ser imposto a tais posicionamentos há de ter como ponto de partida uma noção preliminar de “mérito”, já que, afinal, só assim poderíamos compreender o que seria um “juízo de mérito”. Até aí, tudo bem.

Sucede que, malgrado tenha o CPC adotado como *meritum causae* a clássica lide carneluttiana¹⁶ – “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro” – convém advertir que esta concepção não merece prosperar. Primeiro, porque pode muito bem o autor não expor todas as nuances da lide na demanda. E, segundo, porque nem sempre existe um conflito entre as partes (DINAMARCO, 2009, p. 188).

Sabendo disso, curvamo-nos àqueles que propugnam ser a “pretensão processual do autor”¹⁷ – veiculada na demanda e formalizada no pedido – o autêntico *meritum causae*¹⁸. E o porquê é simples. Realmente, face ao princípio da adstrição ao pedido, sobre ela é que o magistrado terá de se pronunciar, acolhendo-a ou rejeitando-a (art. 459, CPC). Daí o motivo de a relação jurídico-material – fonte identificadora da lide e iluminadora do mérito – na verdade integrar aquilo que Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 190-191) denomina de “questões de mérito”; sem desmerecer, evidentemente, sua qualidade de objeto do processo¹⁹.

Assim crendo, consideramos como juízo de mérito a cognição judicial das referidas questões que tenha o condão de auxiliar o magistrado a, diretamente, conhecer do “objeto litigioso do processo” – o pedido (*rectius*: mérito) – acolhendo-o ou rejeitando-o, dada a procedência ou improcedência da pretensão material do autor.

4.5 Nossa opinião

Do exposto, confiamos que razões suficientes já foram relatadas para desde logo afastarmos as concepções das condições da ação como

¹⁶ É o que se infere expressamente do Capítulo III, n. 6, de sua Exposição de Motivos.

¹⁷ Ressalvados os casos de reconvenção e pedido contraposto, em que integrar-nos-iam também a do réu.

¹⁸ A exemplo de Dinamarco (2009, p. 189), Câmara (2000, p. 86) e Watanabe (2005, p. 122).

¹⁹ O próprio CPC, em outro momento, se aproxima desta concepção. Ora, se a relação jurídico-material, para ele, é o mérito da causa, qual a razão então de o art. 469 restringir indiretamente a coisa julgada material ao pronunciamento do juiz sobre o pedido na parte dispositiva da sentença? Contraditório, não?



requisitos de sua existência e condições para seu legítimo exercício. Daí gravitar nossa opinião sobre as outras duas. Sem mais delongas, então, doravante nos encarregaremos de cotejá-las. Mas, antes, relembremos a inquietante observação de Cândido Dinamarco (2009, p. 307): “é quase exclusivamente no direito material que se vão buscar elementos para aferir se elas estão presentes ou não”.

Pois bem. Se isto for verdade, é dizer, num primeiro momento, que o exame das condições da ação, tão logo empreendido à luz da relação jurídico-material deduzida em juízo, se daria com fulcro nas questões de mérito. Por conseguinte, é mesmo reconhecer, num segundo, que findaria tal exame por proporcionar ao magistrado mais um elemento de convicção sobre a pertinência ou não da pretensão material do autor e, desse modo, de conhecimento do pedido, dando um primeiro passo para acolhê-lo ou um último para rejeitá-lo. Nesse sentido, seriam as condições da ação parte integrante do juízo de mérito, não condições para o julgamento do mérito da causa, a despeito do regramento do CPC.

Eis que floresce o ponto crucial de nossa investigação, pois como perfeitamente resumiu a Min^a. Nancy Andrichi, “sempre que a relação existente entre as condições da ação e o direito material for estreita ao ponto da verificação da presença daquelas exigir a análise deste, haverá exame de mérito”²⁰. Vale destacar: a aferição das condições da ação se dá à luz da relação jurídico-material deduzida em juízo? No ensejo, vejamos uma por uma.

Se a legitimidade *ad causam* impõe um crivo sobre os polos da ação, na medida em que estes devem guardar correspondência com os sujeitos da relação material traduzida nos autos, para ela a resposta só pode ser positiva. Quer dizer com isso que integra o juízo de mérito e, neste rumo, deságua no próprio mérito. O raciocínio é simples. Acompanhe.

Só podemos concluir que uma parte é ilegítima se, analisando o plano do direito material, reconhecermos previamente a incompatibilidade do sujeito em relação ao objeto da relação jurídica pretendido. Por conta disso, concomitantemente àquela conclusão, estaríamos autorizados a inferir que a pretensão do autor é infundada, seja porque ele não é titular do direito que a legitimaria, seja porque o direito que a legitima não deve ser satisfeito pelo réu (LUCCA, 2010, p. 87-88). Se sua pretensão poderia ser assim considerada, tão logo o seu pedido restaria prejudicado. Bem, não é isto deliberar sobre

²⁰ STJ. REsp 1125128/RJ. Rel^a. Min^a. Nancy Andrichi. 3ª Turma. Julgamento em 11/09/2012.



o mérito? Sim, é. Ainda que proponha o CPC que seja causa obstativa de seu exame, é caso de improcedência do pedido.

Não bastando, o equívoco do legislador torna-se ainda mais evidente quando analisamos a possibilidade jurídica do pedido²¹. Sendo condição da ação aferível sob a ótica do objeto da relação material, também merece uma resposta positiva. Portanto, integra o juízo de mérito e acaba por despejar no próprio mérito. Repare.

Só nos cabe deduzir que um pedido é juridicamente impossível se certificarmos no plano material que, em virtude de vedação do sistema sob o qual é regido, o autor de forma alguma poderá alcançar o objeto da relação jurídica pretendido, ainda que os fatos por ele articulados sejam rigorosamente provados no curso da marcha processual. Por esta razão, simultaneamente àquela dedução estaríamos autorizados a concluir que a pretensão do autor é improcedente, pelo simples fato de que jamais poderá ser atendida, mesmo que do ponto de vista estritamente jurídico. Se seu pedido em tempo algum poderá ser acolhido, não é isto apreciar o mérito? Lógico que sim. É hipótese de improcedência, da mesma forma.

Qual a diferença ontológica – a justificar o tratamento legislativo diferenciado – entre a negativa daquilo que ainda poderia ser (sentença com resolução de mérito) e a constatação daquilo que certamente não será (sem resolução de mérito)?²² Ora, o pedido de prisão civil por infidelidade depositária²³ não é tão improcedente quanto o pedido de prisão civil por dívida alimentícia quando restar provado que não houve inadimplemento por parte do alimentante? Não só, aliás. É, a nosso ver, até mais. Daí o absurdo em se admitir que a constatação de que um pedido é juridicamente impossível finda por obstar o exame do mérito.

Contra nosso pensamento, entretanto, poderiam se insurgir seus próprios precursores, os assertistas; provavelmente nestes termos: até concordamos que a aferição da legitimidade da parte e da possibilidade

²¹ A chegar ao ponto de só não ver quem não quer. O próprio Liebman, bom lembrar, a postergou do quadro autônomo das condições da ação a partir da 3ª edição de seu Manual, inserindo-a no âmbito do interesse de agir.

²² Note que o legislador tratou de forma mais ríspida o que é mais brando, e de forma mais branda o que é mais ríspido. Quanta incongruência, não?

²³ Expressamente vedado pelo art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica de 1969. Ver, a propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal Federal no RE 349.703/RS, de Relatoria do Min. Carlos Ayres Britto.



jurídica do pedido se dá à luz da relação jurídico-material deduzida em juízo. Mas como concluirmos que essa aferição se consubstancia num juízo de mérito até mesmo quando imposta abstratamente, *in statu assertionis* da petição inicial?

Bem. *In verbis* refutaríamos-los: e por que não considerar como um juízo de mérito até mesmo quando ela se der com base na relação material relatada abstratamente no estado de afirmação da exordial? Afinal de contas, a instrução probatória não pretende provar aquilo que fora inicialmente afirmado na peça vestibular? Só estaria o juiz, então, em nome da economia processual, antecipando o que hora ou outra haveria de realizar²⁴. Ademais, o momento processual não deve interferir na qualidade das decisões que tenham por espeque um juízo de mérito. Seja no início ou no fim, abstrato ou concreto, juízo de mérito deve dar azo a decisões de mérito. A se entender o contrário, estaríamos admitindo que o tempo processual, por si só, é capaz de alterar a natureza de uma decisão de mérito para não de mérito, fato que mereceu repúdio da parte de Teresa Arruda Alvim Wambier (2004, p. 54-55).

Noutro pórtico, a lógica até então aplicada não pode ser estendida ao interesse de agir. E o motivo é que, embora instruída pelo fato jurídico da relação material – o que denotaria, num primeiro instante, integrar esta condição da ação o juízo de mérito e desembocar no próprio mérito – parece-nos que o âmago de sua aferição é, em regra, puramente processual, de sorte que não implica valoração sobre a pretensão material do autor.

Veja. Dizer que uma demanda carece de necessidade jurisdicional, mesmo pressupondo cognição sumária sobre sua causa de pedir, não significa automaticamente concluir que a pretensão material do autor restou prejudicada²⁵. Citem-se, para exemplificar, as hipóteses cabíveis em que o autor, sem antes provocar o réu para a satisfação voluntária de seu direito, pleiteia a tutela estatal para tal mister. Note que os vícios destes casos restringem-se a meros caprichos processuais, os quais não interferem na integridade do direito material vindicado pelo autor. Se faz ele jus a um crédito de cem reais, não é

²⁴ É o que já vem ocorrendo, por exemplo, com o reconhecimento, por parte do juiz, da decadência e da prescrição mesmo *in statu assertionis* da peça inicial (arts. 295, IV, e 269, IV, CPC), e com a rejeição liminar dos embargos à execução manifestamente intempestivos (art. 739, I, CPC).

²⁵ A se ressaltar casos esdrúxulos em que a falta de necessidade é tamanha, que o caso concreto autorize a concluir, em última instância, que o pedido do autor é manifestamente improcedente; a citar o exemplo narrado por Dinamarco (2009, p. 311) de quando “o sujeito já dispõe do bem da vida que vem a juízo pleitear”.



por ter deixado de requerer que o devedor o quitasse amigavelmente que terá sua pretensão julgada improcedente. A se defender o contrário, estaríamos impondo-lhe uma medida no mínimo atroz e que terminaria por causar-lhe problemas práticos desarrazoados; e, mais, irreversíveis.

Amplie-se a mesma ideia, agora, para a inadequação do procedimento adotado ou do pedido formulado. Preconizar, mesmo com base na *causa petendi*, que o procedimento escolhido foi equivocado, ou ainda que o pedido formulado seja inábil a remediar a lesão ao direito vindicado, não indica, em qualquer hipótese, indício de procedência ou improcedência da pretensão material do autor, de resto que não autoriza julgamento sobre a pertinência do pedido. Da mesma forma, acreditamos que a inadequação enseja apenas máculas processuais, que, por isso mesmo, não têm o condão de interferir no interesse substancial do demandante.

Não só. Se de um lado já sabemos que a legitimidade *ad causam* e a possibilidade jurídica do pedido – a despeito do CPC incluí-las no juízo de admissibilidade do processo – são, na verdade, segmentos do juízo de mérito, do outro, ainda que o interesse de agir se mostre, na prática, fiel ao regramento do diploma processual, não há razão ontológica para destacá-lo do grupo dos “pressupostos processuais” (DIDIER JR., 2010, p. 214). E não há porquê, do ponto de vista operacional, eles se confundem. Em última instância, são requisitos para o julgamento do mérito, situam-se no patamar das preliminares de mérito e integram o juízo de admissibilidade processual. Daí melhor que o interesse de agir fosse inserido no âmbito dos pressupostos processuais de validade objetivos²⁶.

Aqui está, finalmente, nosso posicionamento. Acreditamos ter o interesse de agir natureza jurídica de requisito para o julgamento do mérito, a se confundir com os pressupostos processuais. Sendo positivo o seu exame, o magistrado estará apto a apreciar o mérito. Sendo negativo, estará ele impedido, devendo extinguir o processo sem resolução de mérito. Demais disso, estamos convencidos de que a legitimidade *ad causam* e a possibilidade jurídica do pedido têm natureza de juízo de mérito. Sendo positivas as suas aferições, o magistrado terá dado um primeiro passo para acolher o pedido

²⁶ Concordamos com Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 636) quando afirma que “da perspectiva de quem examina o processo para verificar se o provimento deve ser emitido ou não pode sê-lo, basta enunciar linearmente todos os requisitos dos quais tal emissão depende, sem a preocupação de agrupá-los em categorias”.



do demandante. Sendo negativas, terá ele concluído pela sua improcedência, julgando liminarmente o mérito²⁷.

Saldo final: pendendo o interesse de agir para os pressupostos processuais, e se inclinando a legitimidade *ad causam* e a possibilidade jurídica do pedido para o mérito, aproxima-se o óbito das condições da ação como categoria processual autônoma²⁸.

5 CARÊNCIA DE AÇÃO E REGIME DA COISA JULGADA

Carência de ação é a expressão que os processualistas vêm conservando, desde Liebman, para qualificar a decisão que reconhece a falta de uma das condições da ação²⁹. Esta decisão, não só por albergar hipótese prevista no art. 267 (art. 162, § 1º, CPC), mas também pelo fato de pôr termo ao procedimento, é logicamente uma sentença. Sem novidades, até aí.

Ocorre que, dirimida a natureza jurídica das condições da ação, nosso estudo finda por desembocar noutra celeuma, esta de sabida importância prática para o sistema processual. A sentença de carência de ação é apta a revestir-se do manto da coisa julgada material?

A maior parte dos autores, com apoio no art. 267, VI, do CPC, diria que não. Isto porque, se para ela as condições da ação funcionam como requisitos para o julgamento do mérito, a sentença de carência de ação, por não chegar propriamente a apreciá-lo, produziria meros efeitos processuais, estando apta a fazer tão só coisa julgada formal. Todavia, não nos convence este posicionamento, salvo em relação ao interesse de agir³⁰.

²⁷ Traduzindo: a se adotar nosso entendimento, estaríamos diante de duas novas modalidades de julgamento liminar do mérito no ordenamento jurídico brasileiro – a conhecida “improcedência *prima facie*”, a exemplo do que já ocorre com o reconhecimento da decadência e da prescrição por ocasião da cognição dos fatos articulados na peça inicial (art. 269, IV, CPC) e com o julgamento imediato das causas repetitivas (art. 285-A, CPC).

²⁸ Diria, com razão, Fredie Didier Jr. (2010, p. 214): “se apenas há dois tipos de juízo, não há sentido em distinguir três tipos de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade, *tertium non datur*”.

²⁹ Apesar de incutir a ideia de ausência de ação, erro já denunciado neste trabalho, conservaremos-la.

³⁰ E o porquê já foi demonstrado linhas atrás. Ora, sendo a sentença de carência de ação por ilegitimidade da parte ou impossibilidade jurídica do pedido fundada num juízo de mérito, em nada difere ela da sentença que julga o pedido improcedente.



Outros até diriam que sim. É o caso de Eduardo de Avelar Lamy (2009, p. 107-108). Interpretando sistematicamente o art. 268 do CPC, cujo teor dispõe que a extinção do processo sem resolução de mérito não obsta a que o autor intente de novo a ação, defende que um processo extinto por falta de uma das condições da ação não poderia ser reproposto. O autor, declarado carente de ação, até poderia intentar uma nova demanda, mas em hipótese alguma idêntica à anterior, pois teria o dever de corrigir a mácula identificada. Se o processo, após extinto, não ressuscitaria da mesma forma, conclui que a sentença que o extinguiu, na verdade, “fez coisa julgada material pela sua definitividade”³¹. E acrescenta: “a definitividade da decisão que pronuncia a carência de ação a aproxima da formação da coisa julgada material, nos fazendo reconhecer se tratar de situação em que se está a resolver o mérito”.

Seu fundamento, contudo, é insustentável. Partindo do efeito para a causa, não da causa para o efeito, peca pela base. Perceba. Não é em razão da definitividade da sentença que faz ela coisa julgada material e finda por resolver o mérito. É justamente o contrário. Por resolver o mérito é que a sentença faz coisa julgada material e torna-se definitiva.

À vista disso, defendemos que a sentença de carência de ação por ilegitimidade da parte ou impossibilidade jurídica do pedido está apta a cobrir-se com o véu da coisa julgada material e a tornar-se fático e judicialmente indiscutível. Mas não em razão de sua definitividade. Sim, porque julga o mérito da causa. De modo diverso, a por falta de interesse de agir, não resolvendo o mérito, está apta a fazer somente coisa julgada formal.

Não obstante, ainda nos avulta outro entrave. Já pugnamos por que, resultando negativas as análises da legitimidade *ad causam* e da possibilidade jurídica do pedido *in statu assertionis* da petição inicial, o magistrado julgaria liminarmente o mérito da causa, sendo casos de improcedência *prima facie*. Reforçamos esse posicionamento. Mas é inegável que ele possui um empecilho teórico. Não é pressuposto da coisa julgada a cognição exauriente?

Sim, é. Contudo, no presente caso devemos nos orientar pelos valores constitucionais que inspiram as já consagradas possibilidades de que o juiz, conquanto embasado por cognição sumária no estado de afirmação da exordial, julgue liminarmente o mérito da causa, a saber: conhecimento da decadência e prescrição e da intempestividade dos embargos à execução.

³¹ Nesse sentido já teve o STJ um lapso jurisprudencial. Veja: STJ. REsp 903355/DF. Rel. Min. Francisco Falcão. 1ª Turma. Julgamento em 17/04/2007.



São eles a efetividade, a economia e a celeridade processuais, motivos que transcendem a formalidade teórica e fazem ser a sentença de carência de ação por ilegitimidade da parte ou impossibilidade jurídica do pedido uma nova exceção à regra³².

6 CARÊNCIA DE AÇÃO E ECONOMIA PROCESSUAL

Kazuo Watanabe (2005, p. 108) aduz serem as condições da ação técnicas instituídas à luz da economia processual para se evitar a prática de atos inúteis ao julgamento do mérito.

Pelo regramento do CPC em vigor, um processo extinto, sem resolução de mérito, por falta de uma das condições da ação, em regra pode ser reproposto indiscriminadamente, sem preempção (art. 268). Isto é, a sentença de carência de ação, posto que transitada em julgado, não obsta que o autor intente novamente a mesma ação, quantas vezes achar conveniente³³. As condições da ação, dessa forma, muitas vezes funcionam sob a lógica de denunciar uma mácula num processo e despejá-la em outro, perpetuando a mesma discussão. Que economia processual é essa? É tudo, menos economia processual. Paradoxal.

Cremos que o inconveniente reside na natureza jurídica. Acompanhe o raciocínio.

Ver as condições da ação como requisitos para o julgamento do mérito é reconhecer que a sentença de carência de ação, por não deliberar sobre o mérito, faz tão só coisa julgada formal e produz apenas efeitos endoprocessuais. Consequentemente, é aceitar que a demanda extinta, mesmo com o trânsito em julgado da decisão, pode ser reproposta *ad infinitum*.

De modo diverso, se admitíssemos que a legitimidade da parte e a possibilidade jurídica do pedido integram o juízo de mérito, ao menos nessas hipóteses corroboraríamos que a sentença de carência de ação, por julgar o próprio mérito, faria coisa julgada material e produziria efeitos inclusive

³² De resto, fica a pertinente reflexão de Rodrigo Ramina de Lucca (2010, p. 71): “diante da crise de efetividade do processo civil brasileiro é razoável aceitar extinções indevidas de processos, quando há uma completa e efetiva cognição de mérito?”.

³³ Desnecessário falar que a praxe forense vem demonstrando que isto é mais comum que imaginávamos.



exoprocessuais. Por conseguinte, não permitiríamos que a demanda extinta, assim que alcançado o trânsito em julgado da decisão, fosse reproposta³⁴.

Perceba, portanto, que, na medida em que a coisa julgada material da sentença de carência de ação impediria a rediscussão judicial da mesma questão, em concomitância asseguraria ela com afinco bem maior – se comparada à coisa julgada formal – a economia processual, fonte inspiradora das próprias condições da ação.

Queremos com isto dizer que, não bastassem os argumentos teóricos até então esposados, doravante nosso entendimento se apresenta com um *plus* prático. Julgando o mérito e fazendo coisa julgada material, a carência de ação por ilegitimidade da parte e impossibilidade jurídica do pedido viria a garantir, com mais capricho, a economia processual, acarretando efeitos benéficos sob o ponto de vista da administração judiciária.

7 CONDIÇÕES DA AÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Curvando-se a legitimidade *ad causam* e a possibilidade jurídica do pedido para o mérito, e o interesse de agir para os pressupostos processuais objetivos de validade, preconizamos outrora estar próximo o fim das condições da ação como categoria autônoma. Pois bem. Analisando o Anteprojeto do CPC que está por vir – cujo art. 472, VI, propõe que o juiz proferirá sentença sem resolução de mérito quando verificar a ausência de legitimidade ou de interesse processual – endossamos o que fora dito. Duas são as novidades. Vejamos.

Em primeiro lugar, não há mais qualquer menção às “condições da ação” em seu texto, diversamente do art. 267, VI, do CPC atual. Em segundo lugar, a impossibilidade jurídica do pedido não mais é causa extintiva do processo sem resolução de mérito.

Como se vê, não mais havendo alusão às condições da ação, o Novo CPC insinua a tendência de suprimi-las como categoria processual autônoma. E podemos chegar a esta conclusão por uma simples razão. Se quisesse

³⁴ E o processo extinto por falta de interesse de agir, poderia ser reproposto indiscriminadamente? Em tese, sim. É por isso que bem melhor seria se o legislador, a evitar esta situação, tivesse previsto que se o autor desse causa, por três vezes, à extinção do processo por falta de interesse de agir, não mais poderia intentar nova ação contra o mesmo réu, nos moldes do art. 268, parágrafo único, do CPC. Deveria ser, portanto, caso de perempção.



perpetuá-las, seu Anteprojeto muito provavelmente teria conservado o texto do art. 267, VI, do CPC em vigor – como, aliás, o fez com a maior parte dos seus preceptivos; ou ao menos as teria mencionado. Mas não quis.

Por conta disso, concordamos com a sensata previsão de Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p. 233) de que, enquanto a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir passariam a integrar a categoria dos pressupostos processuais, a possibilidade jurídica do pedido se harmonizaria com o juízo de mérito, de forma que a sentença fundada em sua falta o resolveria e estaria apta inclusive a ficar acobertada pela coisa julgada material.

Dito isto, convém opinarmos, por fim.

As prováveis supressão da possibilidade jurídica do pedido como requisito para o julgamento do mérito e integração do interesse de agir com os pressupostos processuais, aplausos. Nestas nuances, de fato avançaremos. No entanto, à possível alocação da legitimidade *ad causam* nos pressupostos processuais, vaia. Permanecendo assim o Anteprojeto, perpetuaremos um equívoco histórico, infelizmente.

8 CONCLUSÃO

Das considerações traçadas, estamos convictos de que a cognição da legitimidade *ad causam* e da possibilidade jurídica do pedido, uma vez empreendida à luz da relação jurídico-material traduzida – ainda que abstratamente – nos autos, é, na verdade, célula do juízo de mérito. A despeito de incluí-la o CPC de 1973 no juízo de admissibilidade do processo como requisito para o julgamento do mérito, caso reste negativa terá o magistrado julgado improcedente as pretensões material e processual do autor, devendo assim proferir uma sentença com resolução de mérito, apta a ficar acobertada pela coisa julgada material.

Não bastassem os argumentos teóricos, se consagrássemos que a sentença de carência de ação por ilegitimidade da parte ou impossibilidade jurídica do pedido resolve o mérito, estando apta a fazer coisa julgada material, estaríamos assegurando, na prática, a fonte inspiradora das próprias condições da ação – a economia processual, na medida em que impossível seria a repropositura *ad infinitum* de demandas carentes de uma delas.

Conquanto o interesse de agir seja fiel à vontade do diploma processual como requisito à apreciação do mérito, não há razão ontológica para dissociá-lo da categoria dos pressupostos processuais, já que, do ponto



de vista operacional, eles se confundem.

Inclinando-se a legitimidade *ad causam* e a possibilidade jurídica do pedido para o mérito, e o interesse de agir para os pressupostos processuais, as condições da ação, como categoria processual autônoma, deveriam ser extirpadas do ordenamento jurídico brasileiro.

O Anteprojeto do Novo CPC, se de um lado sepultando a autonomia da categoria, alocando a possibilidade jurídica do pedido no juízo de mérito e o interesse de agir nos pressupostos processuais, merece elogios de nossa parte; do outro, mesclando a legitimidade *ad causam* com os pressupostos processuais, está a merecer ferrenhas críticas.

Impreterível que o legislador contemporâneo remedeie o equívoco das condições da ação. Não há dúvida de que a evolução do novo diploma processual pode ser completa!

REFERÊNCIAS

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Legitimação para agir: indeferimento de petição inicial. In: **Temas de Direito Processual**: primeira série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. In: **Revista Jurídica Justitia**, São Paulo, n. 156, p. 48-66, out./dez., 1991. ISSN: 0101-949X.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Escritos de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998. Vol. 1.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. In: **RePro**, São Paulo, n. 198, p. 227-235, ago., 2011. Ed. RT. ISSN: 0100-



1981.

DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. 2.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da Ação**: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro. 1ª ed. São Paulo: RT, 2000. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman; Vol. 43)

LAMY, Eduardo de Avelar. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. In: **RePro**, São Paulo, n. 173, p. 95-128, jul., 2009. Ed. RT. ISSN: 0100-1981.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª ed. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. Vol. 1.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação. In: **RePro**, São Paulo, n. 188, p. 69-100, out., 2010. Ed. RT. ISSN: 0100-1981.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman; Vol. 16)



WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005.

REDISCOVERING THE ACTION CONDITIONS

ABSTRACT

Although the processual code of 1973 puts the action conditions in the process admissibility judgment, its cognition necessarily includes the substantive law. This finding, delayed until today by the experts, brings difficulties to explaining the legal nature of the category, and undermines its own legislative discipline, because of the proximity to the merit. Thus, unlike the common positions, and breaking the hurdle between the merit and action conditions, the present work intends rediscover its true essence. After, it investigates the consequences of lack of action in light of the regime of *res judicata* and of procedural economy. Finally, and, yet critically, it analyzes the likely disposition of the matter in the New Code of Civil Process.

Keywords: Action conditions. Substantive law. Legal nature. Merit. True essence.



INCORPORAÇÃO DE VANTAGENS TRANSITÓRIAS AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 29, §4º, II, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Bruno Felipe de Oliveira e Miranda

Graduado em Direito pela UFRN

RESUMO

As sucessivas reformas constitucionais promovidas no âmbito da previdência social dos servidores públicos representaram significativa mudança do perfil dos regimes próprios. Forte nas preocupações alusivas aos aspectos financeiro e atuarial que informaram tais inovações, conferiu-se ao regime caráter eminentemente contributivo, excluindo qualquer feição premial à concessão de benefícios previdenciários, em especial às aposentadorias. Expressão dessa nova realidade encontra-se igualmente na determinação constitucional de que os proventos de aposentadoria não podem exceder a remuneração do servidor no cargo efetivo. Em face de tal normativa, subsistem dúvidas quanto à legitimidade de dispositivos previstos em legislações estaduais que prevejam o direito do segurado à incorporação de parcelas de natureza transitória aos proventos, desde que observado determinado lapso temporal até a data da inativação. A discussão quanto à validade de tais previsões tem indiscutível relevância sob a perspectiva constitucional.

Palavras-chave: Aposentadoria. Proventos. Incorporação de vantagens transitórias.

1 INTRODUÇÃO

Os regimes de previdência social dos servidores públicos das diversas entidades federativas sofreram sucessivas modificações a partir da Emenda Constitucional nº 20/1998. O perfil dos regimes próprios alterou-se significativamente, adquirindo contorno contributivo e assumindo responsabilidades no que toca à garantia de higidez financeira e atuarial do sistema. De uma maneira geral, verificou-se progressiva aproximação entre os regimes ditos estatutários e o regime geral de previdência social – tendência esta consolidada com a Emenda Constitucional nº 41/2003 e reforçada, mais recentemente, com a implantação da novel previdência complementar dos servidores públicos, na esfera federal bem como em alguns Estados-membros.

Tais diretrizes podem ser sentidas – dentre tantos outros dispositivos introduzidos pelas reformas constitucionais da previdência social – no art. 40, §2º, da Constituição da República, por força do qual os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para concessão da pensão. Buscou-se – na via da edição de tal previsão normativa – coibir a prática nefasta de atribuir ao servidor, quando da inativação, a percepção de vantagens que se incorporavam aos proventos, como autêntico prêmio pela concessão do benefício previdenciário.

A intelecção do art. 40, §2º, da Carta Federal, todavia – bem como dos demais preceitos constitucionais que disciplinam o cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores públicos –, ainda vem sendo objeto de discussão no que toca à integração, ao benefício previdenciário, de vantagens de natureza transitória – adicionais noturno, de insalubridade, de jornada extraordinária, gratificações de representação, funções comissionadas, por exemplo –, desde que sobre elas incida contribuição previdenciária.

Especialmente no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, tal debate ganha relevo em face da previsão do art. 29, §4º, II, segunda parte, da Constituição potiguar, que assegura a integração, aos proventos de aposentadoria, de parcelas transitórias percebidas continuamente há mais de cinco anos contados da inativação.

Buscou-se discutir, a partir de uma análise eminentemente constitucional da matéria, a legitimidade de tal previsão, aquilatando a validade do direito à incorporação de vantagens de caráter transitório aos proventos.



2 COMPOSIÇÃO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA NO ÂMBITO DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Tradicionalmente, o valor dos proventos era equivalente ao da remuneração do servidor, não havendo qualquer perda quando passasse à inatividade. Quer nas aposentadorias por tempo de serviço, quer nas aposentadorias por tempo de contribuição concedidas pelos regimentos em vigor até o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, ou ainda pelos regimentos de transição ainda vigentes, os proventos de aposentadoria correspondiam a mero espelho ou projeção do espectro da remuneração do servidor no cargo efetivo por ele ocupado. O benefício previdenciário, portanto, refletia os vencimentos (CARVALHO FILHO, 2007, p. 615).

A Constituição, todavia, desde a Emenda Constitucional nº 41/2003 – e nesse aspecto aproximando o regime próprio ao regime geral de previdência social (GOMES FILHO, 2010, p. 122) –, passou a prever que o cálculo dos proventos deveriam considerar as remunerações utilizadas como base para incidência das contribuições previdenciárias do servidor (art. 40, §3º, da Constituição da República).

A regulamentação do preceito constitucional coube à Medida Provisória nº 167/2004, posteriormente convertida na Lei Federal nº 10.887/2004.¹ Em síntese, estatuiu-se que, no cálculo do benefício, deve ser considerada a média aritmética simples das maiores contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência de julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela.

A partir da Emenda Constitucional nº 41/2003, assim, a discussão quanto à identificação das vantagens que integrariam os proventos restou superada com a introdução da fórmula de cálculo dos proventos de acordo com a média aritmética simples das maiores contribuições do beneficiário. Desimporta, doravante, a composição remuneratória do segurado na data de sua inativação; devem ser consideradas tão-somente as contribuições por ele vertidas ao regime de previdência, ao longo de sua vida funcional.

Todavia, deve ser ressalvada a situação dos servidores que preencheram os requisitos para concessão da aposentadoria antes das

¹ Na esfera do Estado do Rio Grande do Norte, tal disciplina tem previsão na Lei Complementar nº 308/2005 (art. 67).



refomas constitucionais, bem como os que façam jus à incidência dos regramentos de transição ainda em vigor. Nesses casos, os proventos ainda são calculados com base na remuneração do segurado no cargo efetivo.

Assim, quanto às seguintes regras de aposentadoria, a equivalência entre remuneração do cargo efetivo e proventos de aposentadoria ainda se sustenta: a) art. 40, §1º, I a III, da Constituição Federal, na redação originária – para os servidores que preencheram os requisitos para concessão do benefício antes da Emenda Constitucional nº 20/1998 – e no regime conferido pela Emenda nº 20/1998 – para os que satisfizeram os requisitos antes do advento da Emenda nº 41/2003; b) art. 8º da Emenda nº 20/1998 – também de incidência exclusiva aos que lograram cumprir os requisitos nele indicados antes da Emenda nº 41/2003; c) art. 6º da Emenda nº 41/2003, ainda em vigor; d) art. 3º da Emenda nº 47/2005, também plenamente eficaz. Convém ainda referir, como regramento específico, o art. 29, §1º, I a III, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, aplicável aos servidores públicos estaduais que reuniram as condições para atribuição da aposentadoria por tempo de serviço antes da Emenda Constitucional nº 20/1998.

A digressão central do presente trabalho repousa sobre estes regramentos de aposentadoria, haja vista apresentar-se tão-somente neles a aporia da incorporação de parcelas ao benefício previdenciário.

O debate avança, portanto, sobre quais são as vantagens ou parcelas incorporáveis, vale dizer, que espécies de verbas integrantes da remuneração do servidor são aptas a compor os proventos de aposentadoria. É o que se examina no tópico subsequente.

3 PARCELAS INCORPORÁVEIS E (IM)POSSIBILIDADE DE INTEGRAÇÃO DE VANTAGENS DE NATUREZA TRANSITÓRIA AOS PROVENTOS

De uma maneira geral, os dispositivos que tratam das aposentadorias em que os proventos refletem a remuneração empregam a expressão “remuneração do servidor no cargo efetivo” para se referir ao parâmetro utilizado na estimação do benefício previdenciário. Valeu-se o constituinte dessa locução na redação do art. 40, §2º, da Constituição da República, do §3º do mesmo dispositivo – na redação conferida pela Emenda nº 20/1998, até a sua revogação pela Emenda nº 41/2003 – e bem como do art. 6º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Os proventos, portanto, devem corresponder à remuneração



do segurado no cargo efetivo por ele ocupado antes da concessão da aposentadoria, não podendo excedê-la.

Entendida o vocábulo *remuneração* em seu sentido usual – vale dizer, como *soma de todas as parcelas que compõem o contracheque do servidor* (GOMES FILHO, p. 62) – impor-se-ia, em primeira análise, a conclusão de que os proventos deveriam corresponder à totalidade dos vencimentos do segurado no cargo efetivo, de maneira a abranger vencimento-básico, adicionais e gratificações, sem quaisquer restrições. Bastaria rebater, na composição dos proventos, todas as parcelas integrantes da remuneração do segurado.

Não é essa, porém, a inteligência mais acurada dos dispositivos constitucionais que disciplinam o tema.

Como salientado por MODESTO (2002, p. 2), a Constituição da República emprega o termo *remuneração* de maneira plurívoca – ora como palavra gênero, para referir à totalidade das espécies de estipêndio público, ora como tipo de retribuição, ora ainda como parcela da retribuição.

Sem embargo de, em matéria de previdência de servidores públicos, efetivamente empregar-se a expressão *remuneração* em seu sentido mais frequente – isto é, como *globalidade remuneratória* –, a exegese mais adequada dos dispositivos constitucionais prestigia o fato de os mesmos haverem sido redigidos mediante agregação, ao termo *remuneração*, da locução “no cargo efetivo”, resultando desta conjugação o enunciado normativo *remuneração do servidor no cargo efetivo*.

Ora, na redação dos preceitos constitucionais – quer do corpo principal da Carta da República, quer do texto das emendas de reforma –, instaurou-se verdadeiro vínculo relacional entre o estipêndio e o cargo efetivo ocupado pelo segurado, donde o emprego da locução adverbial (“no cargo efetivo”). Os proventos equivalem, de fato, à remuneração – isto é, à totalidade dos vencimentos –, mas apenas no que toca às parcelas remuneratórias qualificadas ou especiais, vale dizer, apenas aquelas que se adstringem ao cargo efetivo ou o orbitam, tanto assim que são percebidas *nele*. Restam albergadas, pois, apenas as vantagens *irretiráveis*, no sentido que lhes confere Meirelles (2001, p. 445):

Vantagens irretiráveis do servidor são só as que já foram adquiridas pelo desempenho efetivo da função (*pro labore facto*) ou pelo transcurso do tempo de serviço (*ex facto temporis*); nunca, porém, as que dependem de um trabalho a ser feito (*pro labore faciendo*), ou de um serviço a



ser prestado em determinadas condições (*ex facto officii*), ou em razão da anormalidade do serviço (*propter laborem*), ou, finalmente, em razão de condições individuais do servidor (*propter personam*)

Daí porque o sentido da expressão *remuneração* – no âmbito das aposentadorias que asseguram proventos correspondentes à remuneração do segurado no cargo efetivo – deve ser como compreendido como *soma do vencimento básico com o valor global das vantagens permanentes e gerais* (MODESTO, 2002, p. 2). Emerge imprescindível, pois, para fins de inclusão da verba no cálculo do benefício previdenciário, que a mesma guarde inerência com o cargo, isto é, seja atribuída à generalidade dos ocupantes do cargo efetivo, independentemente de desempenho de funções ou circunstâncias laborais especiais. Ressalvamente, à evidência, vantagens pessoais, do próprio servidor, a que faça jus de maneira permanente (por exemplo, parcelas incorporadas a título de garantia de irredutibilidade dos vencimentos ou por decisão judicial; verba percebida a título dos vetustos “quintos”, etc.).

Esta diretriz hermenêutica, convém salientar, encontra respaldo na Orientação Normativa nº 02/2009, do Ministério da Previdência Social:

Art. 1º Os Regimes Próprios de Previdência Social dos servidores públicos titulares de cargos efetivos, dos Magistrados, Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas, membros do Ministério Público e de quaisquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações observarão o disposto nesta Orientação Normativa.

Art. 2º Para os efeitos desta Orientação Normativa, considera-se:

(...)

IX - remuneração do cargo efetivo: o valor constituído pelos vencimentos e pelas vantagens pecuniárias permanentes do respectivo cargo, estabelecidas em lei de cada ente, acrescido dos adicionais de caráter individual e das vantagens pessoais permanentes

Portanto, quanto às parcelas de natureza permanente – isto é, atribuídas à generalidade dos ocupantes do cargo efetivo, ou ainda as pessoais de natureza permanente, que independem de desempenho de funções ou circunstâncias laborais especiais –, não subsistem dúvidas: devem integrar



os proventos, porque compõem o arquétipo remuneratório do cargo efetivo, desfrutando da condição de inerência e estabilidade. Assim, vencimento-básico, gratificações inerentes ao cargo, vantagens atribuídas por tempo de serviço, dentre tantas outras, devem compor o benefício, porquanto *irretiráveis*.

Em outro giro, quanto às vantagens de caráter modal ou condicional – aqui denominadas *transitórias* –, em primeira linha, deve ser impedida a sua inclusão na estimação do benefício. Assim, adicionais noturno, de insalubridade, de jornada extraordinária, funções comissionadas e gratificações de representação, dentre outras vantagens, devem ser desconsiderados na apuração do valor da prestação previdenciária, porquanto ausente o caráter de permanência e inerência ao cargo efetivo.

Tanto assim que se firmou, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que a incorporação de parcelas transitórias aos proventos não se justifica. Conferiu-se especial relevo à natureza *propter laborem* de vantagens como horas extras, adicional noturno e de insalubridade. Ora, a cessação do trabalho importa desaparecimento dos fatos ou situações que rendem ensejo à sua percepção. Consectariamente, impõe-se, uma vez afastado o servidor, a interrupção do pagamento de tais verbas, não sendo as mesmas, por tal razão, incorporáveis aos proventos.²

Deveras, entendeu-se que deporia contra a própria essência das verbas de feição transitória ou precária sua integração aos proventos do servidor que passa à inatividade, uma vez que a jubilação importa, necessariamente, afastamento das funções ou condições especiais que impunham a sua percepção.

Trata-se ainda de posicionamento que desfruta do endosso da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Nesse sentido tem se manifestado a Corte de Contas quando no desempenho da competência inscrita no art. 71, III, da Carta da República, ao analisar, para fins de registro, a juridicidade dos atos de aposentadorias concedidas a servidores ocupantes de cargos efetivos na esfera federal.³

² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.238.043/SP. 1ª Turma. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. j. 14/04/2011. DJE 10/05/2011; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.031.515/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Félix Fischer. j. 26/06/2008. DJE 25/08/2008.

³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 149/2010. 1ª Câmara. Rel. Min. José Múcio Monteiro. DOU 29/01/2010; TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1.499/2004. 1ª Câmara. Rel. Min. Walden Alcencar Rodrigues. DOU 30/06/2004.



3.1 A disciplina da matéria pela Constituição do Estado do Rio Grande do Norte e o entendimento da Administração Pública estadual

No âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, o art. 29, §4º, II, da Constituição potiguar tem despertado dúvidas quanto à viabilidade de incorporação de parcelas de cariz transitório aos proventos de aposentadoria. O referido preceito constitucional encontra-se vazado nos seguintes termos:

Art. 29. O servidor é aposentado:

(...)

§ 4º. Integram o cálculo dos proventos:

(...)

II - o valor das vantagens percebidas em caráter permanente, ou que estejam sendo pagas, até a data da aposentadoria, há mais de cinco (5) anos

Quanto à primeira parte do dispositivo – cancelando a integração de vantagens permanentes aos proventos –, não pairam dúvidas quanto à sua legitimidade. As verbas deste jaez são efetivamente integráveis ao benefício previdenciário.

Por outro lado, à segunda parte do enunciado deve-se a instauração da controvérsia quanto à validade da incorporação de parcelas transitórias ao benefício. Deveras, o texto normativo – cuja redação é genérica e abrangente – admite, desde que observado o lustru aquisitivo, a integração de verbas modais ou condicionais aos proventos, sem qualquer restrição. Seguramente imbuída do espírito de preservação da estabilidade financeira do segurado, a Constituição Estadual buscou assegurar a percepção, também na inatividade, das parcelas que compunham o padrão remuneratório do servidor à época da aposentadoria, a despeito da natureza transitória ou precária das mesmas.

De uma maneira geral, as secretarias e entidades da Administração Indireta estaduais – a quem compete instruir os processos administrativos concessórios de aposentadoria – têm aplicado o art. 29, §4º, II, segunda parte, sem quaisquer ressalvas. No âmbito do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado do Rio Grande do Norte (IPERN) – entidade responsável pela edição das planilhas de cálculo dos proventos⁴ – tampouco se tem contestado, de

⁴ A rigor, nos termos do art. 94, V, da Lei Complementar Estadual nº 308/2005, caberia ao IPERN implantar em folha as concessão de aposentadoria. Tal função, todavia, e a despeito da missão



maneira geral, a incorporação de vantagens transitórias aos proventos. Em manifestações isoladas, porém, a autarquia estadual tem se pronunciado pela negativa de integração de funções comissionadas e gratificações de representação referentes ao exercício de cargos comissionados, avaliando insubsistente o permissivo da Carta Estadual apenas quanto a tais vantagens.

Recentemente, o Tribunal de Contas do Estado – provocado pela Diretoria de Atos de Pessoal e pelo Ministério Público junto à Corte de Contas quanto à aplicabilidade do art. 29, §4º, II, segunda parte, da Constituição potiguar –, em julgado relatado pelo Conselheiro Tarcísio Costa, decidiu – vencido o Conselheiro Carlos Thompson Costa Fernandes – que o preceito da Carta estadual permanecia em vigor, sendo válidas quaisquer incorporações de vantagens transitórias, desde que observada a percepção contínua da parcela nos cinco anos anteriores à inativação.⁵

Desconhecem-se, no âmbito do Poder Judiciário estadual, manifestações censurando tal modalidade de incorporação de vantagens aos proventos.

3.2 Considerações sobre a (in)constitucionalidade do art. 29, §4º, II, segunda parte, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte

Para a Administração estadual, como asseverado, a incorporação de vantagens transitórias encontraria respaldo no art. 29, §4º, II, *in fine*, da Constituição norte-riograndense, preceito que chancela a integração de parcelas condicionais ao cálculo dos proventos, desde que verificada a percepção contínua nos cinco anos anteriores à inativação.

Todavia, é de se questionar se o Estado do Rio Grande do Norte poderia, legitimamente, no âmbito da disciplina constitucional e legislativa do regime próprio de previdência social que lhe cabe gerir, reconhecer o direito de seus segurados à integração do valor de vantagens transitórias ao cálculo dos proventos. Em outros termos, cabe perquirir se tal modalidade de incorporação – ainda que reconhecida pela legislação do ente federativo –, e

institucional do IPERN de atuar como autêntico executor do regime próprio de previdência social, ainda tem sido desempenhada pela Secretaria de Estado da Administração e dos Recursos Humanos (SEARH).

⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Acórdão nº 3169/2012. Pleno. Rel. Cons. Tarcísio Costa. j. 30/10/2012. Acórdão pendente de publicação.



ante as diversas modificações engendradas sobre o perfil jurídico dos regimes próprios de previdência social, ainda encontra respaldo na Constituição da República.

Quanto a este aspecto, cabe considerar que a reforma da previdência social – materializada nas emendas constitucionais nº 20/1998, 41/2003 e 47/2005 – trouxe significativas mudanças no art. 40 da Constituição da República, que trata da aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluindo suas autarquias e fundações.

O art. 40 da Constituição Federal disciplina a concessão dos benefícios de aposentadoria e pensão por morte a todos os servidores titulares de cargos efetivos, sejam eles federais, estaduais ou municipais, de sorte que todos os entes federativos, em sua legislação constitucional e infraconstitucional, devem adequar-se às novas regras insculpidas pelas referidas emendas constitucionais. O ente político não detém, pois, liberdade integral para disciplinar o regime previdenciário de seus agentes públicos: são as disposições do art. 40 que devem matizar toda a inteligência e estruturação dos regimes próprios de previdência social, nas órbitas federal, estadual e municipal.

Entretanto, o que se constata, até os dias atuais – e o art. 29, §4º, II, segunda parte, da Carta Estadual, é ilustrativo desse fenômeno –, é que diversos preceitos normativos não mais encontram guarida na nova ordem constitucional engendrada pela reforma previdenciária. Dentre eles, destacam-se justamente as regras que asseguram, na atividade e na aposentadoria, a incorporação de gratificações percebidas em razão do exercício de funções de confiança ou cargos em comissão, bem como do desempenho de atividades em condições especiais a título precário (SERTÃO, 2007).

Explica-se. Como já afirmado, a problemática da incorporação de parcelas aos proventos é própria dos regramentos de aposentadoria que asseguram cálculo dos proventos de acordo com a remuneração do segurado no cargo efetivo – art. 29, §1º, I a III, da Constituição Estadual; art. 40, §1º, I a III, da Constituição Federal, na redação originária e no regime da Emenda nº 20/1998; art. 8º da Emenda nº 20/1998; art. 6º da Emenda nº 41/2003; art. 3º da Emenda nº 47/2005.

Deve-se ponderar, todavia, que o especial modo de integração das vantagens percebidas pelo segurado na ativa é objeto de disciplina expressa pela Constituição da República. A Carta Federal, e suas Emendas de reforma, preveem as regras-matrizes que orientam a aposentadoria dos servidores



públicos, de maneira que ao legislador estadual – seja constituinte, seja ordinário – é defeso, ainda que a pretexto de disciplinar o regime previdenciário de seus servidores, fugir às balizas alinhavadas na Lei Fundamental, haja vista o fenômeno da integração de parcelas percebidas na atividade aos proventos de aposentadoria encontrar parâmetros e limites na própria Constituição da República.

A partir da Emenda nº 20/1998, previu-se, categoricamente, na forma do parágrafo 2º do art. 40, que “Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para concessão da pensão”.

O citado dispositivo, inserido no contexto de atribuição de natureza contributiva ao sistema previdenciário – em contraposição ao sistema premial que antes vigorava –, insofismavelmente pretendeu extinguir todos os acréscimos que o servidor percebia, na transferência para a inatividade. Aboliram-se, pois, todas as formas de gratificação, adicionais de inatividade, prêmios, etc., que tivessem por fato jurígeno – em maior ou menor grau – a inativação em si, visto que os proventos de aposentadoria não podem exceder a remuneração do cargo efetivo. Mais ainda, tencionou-se coibir a prática nefasta – e ofensiva ao paradigma do equilíbrio atuarial e financeiro do regime de previdência – de conceder ao servidor, pouco antes de sua aposentadoria, funções de confiança, cargos em comissão e vantagens transitórias em geral, a fim de que a verba correspondente restasse incorporada aos proventos, no momento da inativação (SERTÃO, 2007).

Por essa razão, em todos os regramentos que assegurem o cálculo dos proventos de acordo com a remuneração do servidor no cargo, a diretriz constitucional é de que somente o vencimento do cargo efetivo, acréscido de vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei e inerentes ao cargo, e as pessoais de caráter permanente, poderão servir à composição da base de cálculo do benefício, excluindo qualquer pretensão à incorporação de parcelas transitórias.

Como já salientado, o fato de o constituinte ter empregado, no art. 40, §2º – bem como nos demais preceitos constitucionais que informam o tema –, a voz “remuneração do servidor” – e não vencimento, ou salário-base – não implica que todas as parcelas percebidas na ativa possam compor o benefício previdenciário, tanto assim que o próprio dispositivo refere-se à remuneração do servidor *no cargo efetivo*, a exigir, para fins de incorporação, que haja um vínculo de inerência da vantagem percebida com o cargo ocupado.



Firme em tais premissas, torna-se forçoso concluir, à luz do texto da Carta Federal, não mais subsistir o permissivo do art. 29, §4º, II, *in fine*, da Constituição do Estado, em face de sua incompatibilidade vertical com a Lei Fundamental.

Com efeito, a norma estadual mostra-se inconciliável com as disposições da Constituição da República, havendo sido tacitamente revogada com o advento da Emenda Constitucional nº 20/1998, que, ao acrescentar o §2º no art. 40, tornou defeso o acréscimo, no momento da inativação, de qualquer verba que ultrapassasse o valor da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se dá a aposentadoria.

O art. 29, §4º, II, parte final, da Carta Estadual, apresenta-se como incoerente em face do art. 40, §2º porque defere à integração, ao benefício previdenciário, de parcela não subsumível ao rol de vantagens integrantes da remuneração permanente do cargo efetivo, ou, pior, supõe a transmutação da natureza da parcela, que, pelo simples fato de sua percepção continuada há mais de cinco anos, passa a desfrutar do predicado da permanência, incorporando-se, por via oblíqua – e ao arrepio da vedação de que os proventos superem a remuneração do cargo efetivo –, ao benefício, que passa a não mais guardar reflexo com o padrão remuneratório próprio do cargo efetivo. Mais ainda: a regra toma a inativação, *per se*, como fator de aditamento de vantagens aos proventos – agregando, na composição da hipótese de incidência do permissivo, os fatores materialidade (percepção de vantagem transitória) e tempo (transcurso de cinco anos contínuos até a data da atribuição do benefício).

Sucede que a exigência constitucional desponta inflexível: o benefício de aposentadoria, nos regimes de inativação que assegurem proventos calculados de acordo com a remuneração do servidor no cargo efetivo, deve, necessariamente, refletir o arquétipo remuneratório inerente ao cargo ocupado pelo segurado na ativa, não o podendo exceder.

Tanto assim que o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de reconhecer taticamente revogado, em razão do advento da Emenda Constitucional nº 20/1998, dispositivo semelhante ao art. 29, 4º, II, segunda parte, da Constituição do Rio Grande do Norte, contido na Constituição do Estado do Piauí.

Deveras, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.871, relator o Ministro Eros Grau, apreciada pelo Tribunal Pleno, em sede de Agravo Regimental, na assentada de 09/08/2006, decidiu-se que o art. 254 da Constituição piauiense – ao permitir a integração, aos proventos de



aposentadoria, de gratificação do cargo de direção, em comissão, de função de confiança ou de função gratificada exercida por cinco anos ininterruptos ou dez anos intercalados –, chocava-se com o art. 40, §2º da Carta Federal, introduzido pela Emenda nº 20/1998, donde a conclusão pela revogação do dispositivo da Carta Estadual.

Assim se manifestou o Ministro relator, ainda em sede de decisão monocrática, ulteriormente confirmada pelo Tribunal Pleno no julgamento do Agravo Regimental contra ela interposto:

O Governador do Estado do Piauí ajuizou ação direta, com pedido de medida cautelar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 254 e seus parágrafos, em sua redação originária e na decorrente da EC 01/91, da Constituição daquele Estado-membro. Pleiteia ainda sejam declarados inconstitucionais o parágrafo único do artigo 56 e o artigo 136 da Lei Complementar estadual n. 13/94, com a redação dada pela Lei Complementar n. 23/99.

(...)

3. Com o advento da emenda constitucional n. 1, de 27/06/1991, o caput e o § 1º do aludido artigo passaram a ter nova redação:

‘Art. 254 - O servidor que contar com tempo de serviço igual ou superior ao fixado para aposentadoria passará à inatividade, com gratificação do cargo de direção, em comissão, de função de confiança ou de função gratificada que estiver exercendo ou tenha exercido na administração pública, por cinco anos ininterruptos ou dez anos intercalados.

§ 1º - Quando o servidor tiver exercido mais de um cargo ou função, a vantagem do de maior valor lhe será atribuída, desde que exercido por um período mínimo de dois anos.’

(...)

Como ressaltaram o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/98 produziu reflexos consideráveis nos preceitos impugnados nesta ação direta. Com efeito, o texto constitucional vigente a partir da promulgação da referida emenda, ao estabelecer que os proventos de aposentadoria, por ocasião de



sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo, veda a incorporação de gratificações aos proventos.

13. Desse modo, todo ato legislativo inferior que continha disposição em contrário restou revogado, já que materialmente incompatível com a ordem constitucional em vigor. Nesse sentido, a lição do Ministro Celso de Mello, ao dispor que: '(...) Torna-se necessário enfatizar, no entanto, que a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal - tratando-se de fiscalização abstrata de constitucionalidade - apenas admite como objeto idôneo de controle concentrado as leis e os atos normativos, que, emanados da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, tenham sido editados sob a égide de texto constitucional ainda vigente.'

(...)

Ante o exposto, não conheço da ação direta de inconstitucionalidade quanto aos artigos 254 e seus parágrafos da Constituição do Estado do Piauí e 136 da Lei Complementar n. 13/94, e julgo-a prejudicada, por perda de objeto em relação ao parágrafo único do artigo 56 daquela mesma Lei Complementar⁶

Registre-se não prejudicar a argumentação o fato de o preceptivo da Carta piauiense aludir apenas a gratificações ou funções gratificadas – havendo, pois, o Supremo Tribunal Federal circunscreto sua manifestação apenas à inconstitucionalidade da incorporação de tais parcelas: o raciocínio deve ser estendido à incorporação das vantagens de jaez transitório em geral, vez que todas ofendem a *ratio* da norma inscrita no art. 40, §2º da Constituição da República.

As razões de decidir acolhidas pelo julgado do Supremo Tribunal Federal são perfeitamente aplicáveis, pois, à análise da constitucionalidade do art. 29, §4º, II, segunda parte, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, tornando evidente a conclusão no sentido da insubsistência do dispositivo em face da Emenda Constitucional nº 20/1998.

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.871/Pl. Decisão monocrática. Rel. Min. Eros Grau. DJ 29/03/2005.



Portanto – e ressalvadas as situações dos servidores públicos estaduais que reuniram os requisitos para concessão da aposentadoria antes da Emenda nº 20/1998 –, a única interpretação compatível com o texto constitucional é a de que as parcelas de natureza transitórias, em si mesmas, não são incorporáveis à composição da prestação previdenciária.

Consigne-se que o fato de o segurado haver vertido contribuições previdenciárias incidentes sobre as parcelas de caráter transitório não infirma a conclusão pela negativa de incorporação.

Com efeito, não se desconhece que o Plano de Custeio da Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado do Rio Grande do Norte – Lei Estadual nº 8.633/2005 –, a teor do art. 1º, §1º, legitima, em princípio, a incidência da contribuição previdenciária sobre tal modalidade de vantagens.

O que não se pode olvidar, todavia, é que o regime previdenciário hoje consagrado na Constituição está expressamente fundado no princípio da solidariedade (art. 40, *caput*), de sorte que o financiamento da previdência não tem como contrapartida necessária a previsão de prestações específicas ou proporcionais em favor do contribuinte. Manifestação mais evidente desse princípio é a sujeição à contribuição dos próprios inativos e pensionistas.

A incidência da contribuição previdenciária pressupõe a natureza remuneratória da verba, e não a viabilidade de sua incorporação aos proventos de aposentadoria. De tal entendimento, inclusive, não discrepa a orientação do Superior Tribunal de Justiça, que admite a integração de vantagens transitórias à remuneração-de-contribuição⁷, apesar de, como já sublinhado, censurar sua incorporação aos proventos de aposentadoria. A incidência da contribuição

⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.330.045/SP. 1ª Turma. Rel. Min. Luiz Fux. j. 16/11/2010. DJE 25/11/2010; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.149.071/SC. 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. j. 02/09/2010. DJE 22/09/2010. Pertinentes, aqui, as reflexões do Ministro Cezar Peluso, atravessadas em voto condutor na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.128/DF, assentada em que se concluiu pela constitucionalidade da sujeição dos proventos de aposentadorias e pensões à incidência de contribuição previdenciária: “(...) o singular regime constitucional das contribuições responde a variantes axiológicas diversas daquelas que inspiram e orientam o dos impostos e das taxas. O sujeito passivo não se define como tal na relação jurídico-tributária da contribuição por manifestar capacidade contributiva, como se dá nos impostos, nem por auferir benefício ou contraprestação do Estado, como se passa com as taxas, mas apenas por pertencer a um determinado grupo social ou econômico, identificável em função da finalidade constitucional específica do tributo que se cuida” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.128/DF. Pleno. Red. p/ ac. Min. Cezar Peluso. j. 18/08/2004. DJ 18/02/2005).



previdenciária não implica, portanto, necessariamente, integração da verba que serviu como base de cálculo ao benefício previdenciário.

Se o segurado pretende ver considerado, no cálculo de sua aposentadoria, o valor das contribuições incidentes sobre as parcelas de natureza transitória, o sistema faculta a opção pela concessão da aposentadoria voluntária pelo regime do art. 40, §1º, III, “a” ou “b”, da Constituição da República, por força do qual o benefício é apurado de acordo com a média aritmética simples das maiores contribuições, e não de acordo com a remuneração do servidor no cargo efetivo. O que não se permite é que, à luz dos regramentos nos quais os proventos são mero reflexo da remuneração, sejam incorporadas parcelas de cariz condicional.

Destarte, forçoso concluir que o art. 29, §4º, II, segunda parte, da Constituição norte-riograndense não mais subsiste, havendo sido tacitamente revogado pela Emenda Constitucional nº 20/1998. A aplicação do preceito, inclusive, poderia ser recusada pela Administração Pública estadual – independentemente de manifestação do Judiciário –, eis que se trata, a rigor, de norma jurídica *inexistente*.⁸

4 CONCLUSÃO

A disciplina jurídica do cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores públicos, no âmbito dos regimes próprios de previdência social, ostenta indiscutível assento constitucional. A Carta da República e

⁸ A despeito de se tratar de discussão no plano da existência, e não da validade do dispositivo – autorizando, portanto, a sua não aplicação pela Administração, ainda que à míngua de pronunciamento do Judiciário afiançando sua revogação tácita –, entende-se cabível a deflagração de controle de constitucionalidade normativo e abstrato, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a fim de que a controvérsia fosse finalmente dirimida. A medida judicial cabível, com tal finalidade, seria o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), com fulcro no art. 102, §2º, da Constituição da República – já que o conhecimento de eventual ação direta de inconstitucionalidade seria obstado pela revogação da norma objeto de controle. O Supremo tem reconhecido a valia da ADPF para ver declarada – com todos os predicados inerentes às decisões firmadas em sede de controle concentrado e abstrato – a incompatibilidade de normas pós-constitucionais originariamente válidas, mas incompatíveis em face das emendas constitucionais de reforma posteriores (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 33/PA. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 07/12/2005. DJ 27/10/2006).



suas emendas de reforma enunciam as regras que informam a composição do benefício previdenciário, sendo estas de observância cogente por todos os entes da Federação.

Propôs-se a elucidar, no presente trabalho, a exegese mais apropriada dos preceitos constitucionais que regem a concessão de aposentadorias calculadas com base na remuneração do segurado no cargo efetivo por ele ocupado na ativa. Conclui-se pela existência de vedação constitucional à integração, ao benefício previdenciário, de parcelas transitórias, que não guardam vínculo de inerência ou permanência com o cargo efetivo.

Assim, vislumbra-se a ocorrência de revogação tácita do art. 29, §4º, II, segunda parte, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, porquanto contrastante com as disposições introduzidas pelas Emendas nº 20/1998, 41/2003 e 47/2005, e, em especial, com o art. 40, §2º, da Constituição Federal.

Por fim, registre-se ser facultado ao segurado, se pretende ver computado, no cálculo do benefício, o valor referente às vantagens transitórias por ele percebidas na ativa, aposentar-se com base nas regras introduzidas pela Emenda nº 41/2003, impositivas da sistemática de apuração do benefício com base na média das contribuições vertidas ao regime previdenciário.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOMES FILHO, Inácio. **Direito administrativo e previdenciário no serviço público**: seguridade social, benefícios previdenciários, regime jurídico, cálculo de proventos e pensões. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MODESTO, Paulo. **Conceito de remuneração e de vencimentos na Constituição de 1988 – Remuneração do cargo e Remuneração dos agentes – Vantagens remuneratórias extensíveis aos inativos**. Parecer. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 10, janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30



out. 2012.

SERTÃO, Alex Sandro Lial. **O fim das incorporações no serviço público.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1337, 28 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9544>>. Acesso em: 30 out. 2012.

INCORPORATION OF TRANSITIONAL BENEFITS TO RETIREMENT PENSION: UNCONSTITUTIONALITY OF ART. 29, §4º, II OF THE CONSTITUTION OF THE STATE OF RIO GRANDE DO NORTE

ABSTRACT

Successive constitutional reforms promoted under the welfare of civil servants represented a significant change in the profile of the pensions regime. Due to concerns alluding financial and actuarial aspects, to the regime was given up eminently contributory feature, excluding any award feature to security benefits, particularly on pensions. Expression of this new reality reflects on the constitutional determination that pensions may not exceed the servant's remuneration in his office. In face of those rules, doubts remain about the legitimacy of devices provided in state laws that recognize the right to incorporate funds of transitory nature to the pension, since complied certain time gap until the date of retirement. The discussion about the validity of such rules has indisputable relevance under constitutional perspective.

Keywords: Retirement. Pensions. Incorporation of transitional benefits.



O MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ÂMBITO DO CDC

Edyllânison Pereira do Nascimento

Acadêmico do 7º período do Curso de Direito da UFRN
Membro do Projeto de Pesquisa e Extensão
Simulação de Tribunais Constitucionais

Heitor Marinho de Freitas

Acadêmico do 7º período do Curso de Direito da UFRN
Membro do Projeto de Pesquisa e Extensão
Simulação de Tribunais Constitucionais

Vitor Rafael Fernandes Alves

Professor-orientador

RESUMO

A inversão do ônus da prova no contexto das relações consumeristas representa um incontestável instrumento de proteção aos direitos do vulnerável. Notoriamente, o fornecedor ao ser a parte preponderante da relação, em muitas vezes faz prevalecer sua vontade perante o consumidor. Nesse cenário, tem a inversão do ônus probatório a missão de ser um instrumento que irá facilitar a defesa do consumidor em juízo, na medida em que, uma vez presentes os requisitos legais, o magistrado incumbirá o fornecedor de demonstrar em juízo os fatos alegados, em virtude de apresentar uma maior capacidade de fazê-lo. Questão complexa, no entanto, é o momento em que tal inversão se dará. E é exatamente este ponto que o presente artigo tem o intuito de tratar,

na medida em que, mesmo sendo um direito conferido ao consumidor, a inversão não pode representar um prejuízo exagerado ao fornecedor. Uma vez que é incompatível com qualquer relação processual atos de surpresa, salvo o resultado, que coloquem uma parte em uma situação notória de prejuízo. Tal mandamento emana das próprias garantias constitucionais conferidas aos litigantes, a saber, o contraditório e a ampla defesa, enquanto consectárias do devido processo legal.

Palavras-chave: Inversão do ônus. Defesa do Vulnerável. Momento da Inversão. Devido Processo Legal.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor pátrio expõe, em seu artigo 6º, inciso VIII, enquanto um direito básico do consumidor, a inversão do ônus da prova em face do atendimento de certos requisitos legais.

Oportuno mencionar que se apresenta como uma questão tormentosa, na doutrina e jurisprudência, o momento em que deve o juiz se decidir e, por conseguinte, se pronunciar sobre a inversão do ônus da prova. Desta feita, o magistrado pode entendê-la como uma regra de procedimento ou julgamento. Naquela, o juiz indica previamente no processo o seu entendimento, para facilitar ao fornecedor de se desincumbir do ônus que lhe está sendo imputado; por seu turno, nesta o juiz apenas inverte o ônus da prova na fase final do processo, ou seja, na própria sentença, comunicando às partes a respeito da inversão efetuada.

Nesse contexto, o presente trabalho visa analisar mais detalhadamente esse instituto de facilitação processual em prol do consumidor, que pode ser utilizado quando o mesmo for autor ou réu, qualificando-o como direito básico e fundamental do consumidor devido a sua fragilidade perante a figura do fornecedor.



2 O DIREITO CONSTITUCIONAL À PROVA

O Poder Constituinte Originário de 1988 não foi tímido em buscar uma tutela do instituto processual da Prova. Afora expor, peremptoriamente, em seu rol não taxativo de direitos fundamentais (art. 5º) serem “*inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito*” (art. 5º, LVI), erigiu outras garantias processuais, a saber, o direito ao contraditório, ampla defesa e, em especial, ao devido processo legal, que a melhor doutrina, tratou de entendê-lo como fonte de onde emana a proteção à prova (art. 5º, LIV e LV).

Portanto, deve-se compreender a prova enquanto um requisito indispensável para o correto, bem como, justo exercício da jurisdição. Na medida em que representa um “*canal*” responsável por conduzir os sujeitos processuais, quais sejam, o juiz e as partes, do formal universo do procedimento ao pujante mundo dos fatos. Sendo justamente por isso que BENTHAM veio a afirmar que “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas” (Apud. DIDIER JR, 2012, p. 18).

Representa, nesse cenário, uma garantia que advém do consagrado direito ao devido processo legal. Ensejando, destarte, tal garantia além de uma necessária faceta técnica do processo, na medida em que deve se desenvolver em etapas previamente conhecidas e estabelecidas, com vistas a se evitar o arbítrio, uma dimensão ética, que valoriza o processo enquanto um instrumento a serviço do direito material, que deve se desenvolver em contraditório no intuito da realização dos direitos das partes.

Corroborar tal pensamento Eduardo Cambi quando aduz que:

Pode-se considerar a garantia do devido processo legal uma garantia de justiça que assegura o direito ao processo justo, o qual consiste no direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado e a todas as oportunidades que a Constituição e juntamente com as leis processuais oferecem para a concretização da defesa judicial dos direitos lesados ou ameaçados de lesão (2004, p.111).

Nesse contexto, entende-se a prova como um consectário do devido processo legal, na medida em que representa um mínimo ético para o exercício do Poder Jurisdicional, de forma a conferir às partes a possibilidade de demonstrarem juízo a veracidade de suas afirmações. Ademais, apreende-se



que a mesma também emana do contraditório, tanto em sua dimensão formal, no que diz respeito à efetiva participação das partes no processo, quanto em sua dimensão substancial, ou seja, na possibilidade do conteúdo probatório influenciar o magistrado na formação de seu convencimento.

Outrossim, constitui a prova um “*pilar*” incontestado do direito a ampla defesa. Sendo, nesse diapasão, de todo falacioso conferir às partes no âmbito do processo uma defesa ampla, cerceando o direito a que estas possam levar ao contexto jurisdicional, os fatos litigiosos que as fizeram bater as portas do Judiciário. Representa, destarte, a possibilidade de o juízo ter o conhecimento do substrato fático com vistas à justa resolução do caso, ou seja, a concreção da norma individual que irá pôr um fim ao estado de conflito pendente.

Em face do exposto, apreende-se a relevância das provas no contexto do processo, em razão de propiciarem ao julgador um conhecimento, se não integral, pelo menos, satisfatório do substrato fático conflituoso que sua decisão terá o desiderato de solucionar. A decisão prolatada em dissonância com os elementos fáticos que lhe dão sustentação demonstra-se de toda impertinente e, ademais, contrária aos ideais do novo processo civil, sob a luz dos princípios e regras constitucionais.

3 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

No âmbito jurídico a palavra prova é plurissignificante, na medida em que pode representar desde o fato provado a atividade probatória, do meio de prova ao procedimento utilizado para consegui-la, entre outros. Nesse diapasão, expõe Eduardo Cambi que dentre as significações da prova, destacam-se as que a conceituam como *atividade, meio e resultado*:

Como atividade, a prova é sinônimo de instrução ou conjunto de atos, realizados pelo juiz e pelas partes, com a finalidade de reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas da própria decisão (...). Como meio, a prova é vista como um instrumento pelo qual as informações sobre os fatos são deduzidas no processo (...). Como resultado, a prova é sinônimo de êxito ou de valoração, consubstanciado na convicção do juiz (2004, p. 48).

A palavra ônus vem do latim, significando *carga, fardo*, um *peso*, ou seja,



aquilo que a parte deve suportar para a efetiva demonstração dos fatos alega, com vista à satisfação do direito pleiteado. Não existe, entretanto, obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O seu não atendimento tem o condão, tão somente, de colocar a parte em uma situação desvantajosa, decorrente de sua própria inércia. Nesse diapasão, aduz Carreira Alvim que:

O ônus probatório corresponde ao encargo que pesa sobre as partes, de ministrar provas sobre os fatos que constituem fundamento das pretensões deduzidas no processo. Ônus não é sinônimo de obrigação e ônus de provar não é o mesmo que obrigação de provar. O conceito de ônus (encargo), enquanto necessidade de prova para prevenir um prejuízo processual corresponde ao conceito de “obrigação”, mas pertence a área distinta do direito: o ônus, ao direito processual; a obrigação, ao direito material (...). O ônus não é o mesmo que “dever jurídico”, mas um “encargo”. O dever é sempre em relação a alguém; há uma relação jurídica entre dois sujeitos, em que um deve uma prestação ao outro; a satisfação da obrigação é do interesse do sujeito ativo. O ônus, por seu turno, é em relação a si mesmo; satisfazer o ônus é interesse do próprio onerado. Assim, o réu tem o ônus da contestação (ALVIM, Citado por. JORGE, 2007)

Os fatos apreciados na fase probatória do processo não são um dado, mas sim, algo que é construído pelas partes quando os apresentam em juízo e pelo magistrado em seu trabalho de apreciação, bem como, indicação das que achar pertinente à resolução da lide. Ressaltando-se que tal processo deve ser conduzido de maneira dialética, tendo, ambas as partes, a possibilidade de ter conhecimento das alegações da outra, com a devida oportunidade de questioná-las e, se for o caso, afastá-las.

Desta feita, expõe o Código de Processo Civil, em seu art. 333, que a prova incumbe: *I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e, II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.* Oportuno mencionar que, não há que se falar em aplicação geral ou específica, conforme se esteja diante de uma relação de consumo ou não. Uma vez que na esteira do que aduz Leonardo de Medeiros Garcia:

Importante destacar que, em momento algum, o CDC tratou de distribuição do ônus da prova, ao contrário



do CPC. O que o CDC regulou foi a possibilidade de inverter o ônus probatório. Conclui-se, portanto, que o art. 333, incisos I e II, deverá ser aplicado às relações de consumo, ou seja, caso o consumidor venha a propor a ação (autor), deverá fazer prova do fato constitutivo do direito. O que pode acontecer é que, em alguns casos, quando a prova a cargo do consumidor se tornar difícil de ser feita ou muito onerosa (requisito de hipossuficiência) ou quando os argumentos alegados, segundo as regras de experiência do magistrado, forem plausíveis (requisito de verossimilhança das alegações), o juiz poderá inverter o ônus da prova que, a princípio, foi distribuído de acordo com o CPC. (2011, p.77).

Assim sendo, verifica-se que a inversão do ônus da prova não se trata de uma regra de aplicação indiscriminada no contexto das relações de consumo. Mas sim, uma benesse oferecida pela Lei que, necessariamente, deverá atender alguns critérios preestabelecidos e, ademais, necessitará, em certas hipóteses, passar pelo crivo do magistrado.

4 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ÂMBITO DO CDC

A matéria probatória adquire ainda mais relevância no âmbito das relações consumeristas. Isso se deve ao próprio elemento peculiar desta relação, a saber, a vulnerabilidade de uma parte em detrimento da situação de preponderância da outra. O que tem o condão, naturalmente, de dificultar a demonstração em juízo dos fatos alegados pelo consumidor.

O fornecedor, em regra, é o profissional. É aquele elo da relação de consumo que se prepara, por meio da formação de um capital necessário, aquisição de informações cabíveis, tanto no que diz respeito ao produto ou serviço que irá oferecer ao mercado, quanto no que tange a sua possível responsabilização frente a vícios ou mesmo acidentes de consumo. Não pode, destarte, ser colocado na mesma posição do consumidor, no que concerne a uma eventual produção de provas, na medida em que dispõe de uma infinidade maior de meios para demonstrar aquilo que realmente aconteceu. Nesse diapasão, apreende-se nas lições de Cláudia de Lima Marques que:

O consumidor é o não profissional, aquele que retira



da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente mais vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada sociedade de consumo ou de massa (2011, p. 302).

Em virtude disto, buscou o ordenamento jurídico promover um reequilíbrio das relações de consumo mediante a aplicação de normas de ordem pública, transportando as relações de consumo para área do Dirigismo Contratual. O que foi responsável por criar uma nova dinâmica de relações entre consumidor e fornecedor. Nesse contexto, revela-se o Código de Defesa do Consumidor, sem sombra de dúvidas, como uma das melhores contribuições do legislador para o ordenamento jurídico, significando um verdadeiro sistema de normas voltado para a defesa integral do consumidor. Expondo desde a nuclear identificação do que sejam consumidor e fornecedor, passando pela descrição dos instrumentos hábeis a consubstanciar tal tutela, a exposição de um rol de direitos, prazos de reclamação, prazo decadenciais, regulação da publicidade, dentre tantos outros enunciados.

Dentre estes instrumentos de tutela, destaca-se, devido a sua nuclear importância, a inversão do ônus da prova. Tal possibilidade municia o consumidor com um poderoso instrumento na defesa de seus direitos, na medida em que coloca sob a responsabilidade do fornecedor, sabidamente melhor estruturado, equipado e assessorado, ou seja, com um domínio amplo de sua atividade, toda carga probatória.

Permite, portanto, o desenvolvimento de uma relação processual capitaneada pelo Princípio da Isonomia. Uma vez que coloca sobre os “ombros” do fornecedor o ônus da produção de provas. Buscando, destarte, mitigar a desigualdade tão contundente no mundo dos fatos, no plano processual. Nesse sentido, aduz Arruda Alvim:

Trata-se, portanto, de regra que dá efetividade e autêntica concreção ao princípio da isonomia, procurando favorecer, do ângulo de prova, ao consumidor, para restabelecer o equilíbrio de uma relação já naturalmente desequilibrada (Apud SANTOS, 2006, p. 35).



Isto posto, em face de todas as peculiaridades inerente às relações consumeristas, enfatiza-se a impossibilidade de aplicação da regra geral do art. 333 do CPC. Na medida em que, ao ser inaugurada a relação processual já não se verifica qualquer dúvida a respeito de quem produzirá as provas, uma vez que no diploma processual civil, inexistente a possibilidade de o juiz, mediante a análise do caso concreto, inverter o ônus da prova. Corrobora tal entendimento Luis Antônio Rizzato Nunes ao expor que a distribuição do ônus da prova sob a égide do CPC:

É, portanto, distribuição legal do ônus que se faz, sem sombra de dúvidas. E, claro, nesse caso, não precisa o juiz fazer qualquer declaração a respeito da distribuição do gravame. Basta levá-lo em consideração no momento de julgar a demanda. Não haverá, na hipótese, qualquer surpresa para as partes, porquanto elas sempre souberam a quem competia a desincumbência da produção da prova (2012. p. 854).

Oportuno ressaltar que a inversão do ônus da prova se trata de uma situação excepcional em razão da desigualdade aferida no plano do direito material. Relegar ao consumidor a demonstração integral dos fatos constitutivos de seu direito representa uma incontestável falha na prestação da atividade jurisdicional, na medida em que depositará sobre o consumidor um fardo que, em regra, não terá a possibilidade de sustentar. Ocasionalmente, em face do exposto, uma patente lesão a atual noção de acesso à justiça, entendida, não somente como a possibilidade de ter acesso ao Poder Judiciário, mas sim, de ter acesso a uma ordem jurídica justa, na qual o processo será instrumento precípua com vistas à realização de justiça.

4.1 As Hipóteses de Cabimento: *Ope Legis* (art.38) e *Ope Iudicis* (art.6º,VIII)

O Código de Defesa do Consumidor expõe duas possibilidades de inversão do ônus, quais sejam, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
(...)

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras



ordinárias de experiências;

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

A doutrina é pacífica ao denominar a hipótese do art. 38 do CDC enquanto uma inversão *ope legis*, ou seja, resulta em uma inversão automática da carga probatória em virtude do comando normativo positivado na norma. Esta possibilidade de inversão do ônus da prova não enseja maiores explicações ou mesmo debates doutrinários e jurisprudências, na medida em que se assemelha a previsão encartada no art. 333 do CPC, notadamente, no que diz respeito à ausência de dúvidas quanto à identificação de qual das partes irá produzir as provas que irão nutrir o convencimento do juiz e, por conseguinte, justificar sua decisão.

Cabe, entretanto, ressaltar a posição de Sandra Aparecida de Sá Santos, aduzindo que:

Não há inversão. Primeiro porque a Lei 8.078/90 é especial, afastando o Código Processo Civil quando dispuser de forma diferente. Segundo porque se cuida de regra impositiva que determina a quem patrocina informação ou comunicação publicitária o ônus de provar a veracidade e a correção da informação, independentemente de decisão judicial (2006, p.61).

Com a devida vênia, ousamos discordar da ilustre professora, em especial no que diz respeito a sua afirmação de não haver no art. 38 do CDC uma hipótese de inversão do ônus da prova. Ora, se o CPC é uma regra geral aplicável a todas as relações não penais, *mutatis mutandi*, a exceção encartada no art. 38 do CDC tem o condão de representar uma ruptura, com o escopo nuclear de defender o consumidor. E, portanto, não conforma uma regra genérica que se aplica ao CDC, mas sim, uma redistribuição do ônus probatório, com vistas à tutela do vulnerável, indiferentemente ao fato de ser automática e, de dispensar a avaliação do magistrado no caso concreto.

Por seu turno, o art. 6º do CDC desperta uma verdadeira querela doutrinária e jurisprudencial. Isso se deve em muito, pela indeterminação inerente dos termos usados, notadamente, “*verossímil*”, “*hipossuficiência*” e “*regras ordinárias de experiência*”, bem como, por ser tal inversão o que se denomina *ope iudicis*, ou seja, não se trata de uma garantia automática, mas sim, de uma especial tutela conferida pelo juiz, mediante requisitos determinados.



Analizando o art. 6º, VIII, percebe-se que para que haja esta inversão é necessário que se preencha dois requisitos básicos, que são: ser aquela alegação verossímil ou ser aquele consumidor pessoa hipossuficiente na forma da lei.

Apesar da lei expressamente conter a conjunção alternativa “ou”, o que pode levar ao equívoco de pensarmos que pode ser invertido o ônus da prova tanto quando se preencher apenas um requisito como quando tiver caracterizado o outro também isoladamente, a doutrina e jurisprudência atual já se posicionam no sentido de que deve haver a hipossuficiência da parte consumerista, e pelo menos, um pouco de verossimilhança nas alegações, não podendo ser afirmações simplesmente absurdas.

Oportuno mencionar, neste sentido, a posição do ilustre doutrinador Leonardo Medeiros Garcia, que aponta ainda as hipóteses dos art. 12, §3, II e art. 14, §3, I ambos do CDC, enquanto hipóteses de inversão *ope legis*. O que tem o condão de deixar patente que ainda não existe um entendimento unânime e pacífico sobre tal assunto. Desta feita, atribui-se, nessas hipóteses, “ao fornecedor o ônus de provar que não existe defeito no produto e serviço. Nesse sentido, o defeito é presumido, bastando o consumidor demonstrar o dano e o nexo causal com o produto e o serviço adquiridos” (2011, p.81).

Em que pese às ricas discussões doutrinárias e jurisprudenciais no que diz respeito à identificação do conteúdo do que seja, no caso concreto, hipossuficiente, bem como, do que representa, de fato, as denominadas regras ordinárias de experiência, fixaremos a nossa atenção no momento em que o juiz deve anunciar que irá inverter o ônus da prova. Na medida em que tal ato não deve se consubstanciar em uma ofensa ao contraditório, bem como ao direito de defesa das partes.

4.2 A Inversão do ônus da Prova Enquanto Instrumento de Defesa do Consumidor

Conforme exposto, trata-se a inversão do ônus da prova de um direito básico do consumidor, tendo o condão de representar uma grande inovação introduzida no Direito pátrio. Na medida em que promove (ou pelo menos tenta promover) a igualdade entre o consumidor e o fornecedor, estabelecendo uma real isonomia entre os sujeitos da relação de consumo.

Oportuno se ter em mente que, em muitas situações, não há a mínima condição para um consumidor hipossuficiente provar o que alega, quando para isso necessita-se de provas técnicas de produtos e serviços prestados, uma vez



que este consumidor não possui o preparo e o conhecimento suficiente para munir-se destas provas e comprovar tudo aquilo que alegou.

É neste cenário, que se inverte a regra estabelecida pelo Código de Processo Civil onde cabe ao autor provar o alegado, e fica estabelecido que no âmbito consumerista é o fornecedor quem passa a ter de fazer a prova negativa, demonstrando que não há de ser responsabilizado naquele caso concreto.

A respeito da prova negativa, em que pese à dificuldade de produzi-la, alegando os fornecedores que em muitas situações seria impossível fazê-lo, apreende-se que aqueles não se desincumbem da sua produção, caso constatada a verossimilhança das alegações do fornecedor. Nesse diapasão, imperioso fazer menção às lições de Leonardo Medeiros Garcia, quando aduz que:

Nem por isso o fornecedor se desincumbirá do ônus de realizar a prova, caso constatada a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência, uma vez que o fato negativo pode ser provado através de provas indiretas (2011, p. 82).

Outrossim, denota-se que a vulnerabilidade do consumidor não é apenas econômica, mas também de cunho técnico. Desta feita, vislumbra-se que a inversão *ope iudicis* não é instrumento aleatório ou mesmo de aplicação automática nas relações de consumo, mas sim, uma exceção em benefício do consumidor, devendo ser aplicada em observância aos requisitos retromencionados.

4.3 A Inversão do Ônus da Prova: Regra de Julgamento ou de Procedimento

Uma questão geradora bastante polêmica entre os doutrinadores e magistrados que lidam com a matéria consumerista é a que diz respeito sobre qual seria o momento correto para a concreção da inversão do ônus da prova, sem, entretanto, ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa, notadamente do fornecedor réu.

Os autores do anteprojeto do CDC, representados por Kazuo Watanabe, entendem que a inversão, em via de regra, “deve acontecer no momento final do processo, ou seja, no momento em que o magistrado irá prolatar sua decisão, sendo, nesse diapasão, denominada de regra de julgamento” (Apud. JORGE).



Encontra fundamento tal corrente, doutrinária e jurisprudencial, no fato de que as regras de distribuição de ônus da prova são regras de juízo, e orientam o magistrado, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa.

Nesse cenário, aduz o ilustre doutrinador Nelson Nery Júnior que:

Não há um momento processual adequado para o julgador fixar o ônus da prova ou sua inversão, porque não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza. A sentença, portanto, é o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova. Não antes (2010, p. 635)

Ocorre, contudo, que tal regra ao ser aplicada no momento da sentença representa uma ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Pois se tal inversão ocorrer no momento da decisão, ao mesmo tempo em que o juiz estivesse invertendo o ônus da prova, já estaria também julgando a demanda, sem, portanto, oferecer ao fornecedor a oportunidade de apresentar os elementos probatórios necessários para o cumprimento deste encargo processual.

Por seu turno, muitos outros autores entendem ser a inversão do ônus da prova uma regra de procedimento, ou seja, deverá ocorrer antes da sentença, na medida em que o magistrado, no curso processual, informe às partes que caberá a parte ré fornecedora produzir as provas necessárias a atestar suas alegações. Nesse cenário, portanto, antes de se iniciar a fase de instrução processual, o magistrado deve se manifestar expressamente sobre se vai ou não inverter o ônus da prova.

Ostentariam, portanto, “a finalidade de facilitar a defesa dos direitos do consumidor” (SANTOS, 2006, p.77). Nesse diapasão, expõe Freddie Didier que:

Deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar e em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a



inversão se dar no momento do julgamento (2012, p. 85)

Uma vez entendida como uma regra de procedimento, diverge a doutrina a respeito de qual seria o melhor momento para o julgador inverter o ônus da prova. A doutrina, nesse contexto, se bifurca entre o despacho da inicial e o despacho saneador. Porém, a inversão no despacho inicial pode vir a prejudicar abusivamente a parte ré, pois enquanto não for apresentada a resposta do fornecedor, não conhece ainda o juiz, integralmente, os fatos controvertidos, tendo, tão somente, a exposição dos fatos segundo a ótica do autor.

Em virtude disto, filiamo-nos, com a devida vênia, a corrente doutrinária e jurisprudencial, que postula ser no despacho saneador o momento da inversão. Na medida em que, neste momento, contraditório está instaurado e, portanto, o magistrado já possuiria os elementos necessários para aferir a presença ou não dos pressupostos que autorizam a inversão do ônus da prova.

Assim, o fornecedor réu terá conhecimento antecipado, ou seja, antes da fase de instrução, que o ônus de provar está todo sob sua incumbência, e, portanto, terá de buscar os meios hábeis para cumprir, da melhor forma possível, tal desiderato. Garantindo-se, destarte, “em tempo que a parte onerada possa se desincumbir do encargo, sob pena de se comprometer a segurança jurídica das partes e o seu direito à prova” (DIDIER, 2012, p.102).

A inversão, por fim, pode ocorrer tanto a requerimento da parte, como pode também ser determinada *ex officio* pelo juiz. Caso não estejam presentes os requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova, verifica-se que a regra a ser aplicada deve ser a prevista no art. 333 do CPC, na qual, como visto, cabe ao autor provar aquilo que alega, ou seja, os fatos *constitutivos* de seu direito.

5 A INVERSÃO DO ÔNUS ENQUANTO REGRA DE PROCEDIMENTO E A DEFESA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Com supedâneo no que foi exposto no presente artigo, afere-se, instantaneamente, a incompatibilidade da inversão do ônus da prova no momento da sentença. O processo deve se desenvolver com um incontestado grau de certeza quanto as suas etapas e decisões. Pendendo, tão somente, uma única dúvida, qual seja: o resultado.



A Constituição Federal de 1988 expôs em seu rol não taxativo de direitos fundamentais, uma série de garantias e direitos processuais, responsáveis por tutelar à posição dos litigantes no bojo do processo. Entendendo-se este como um instrumento a serviço da concreção do direito substancial, não podendo ser suas decisões tomadas sem um prévio conhecimento e debate das partes, potencialmente prejudicadas.

Nesse cenário, adquire uma peculiar relevância a inversão do ônus da prova no CDC. Sendo digno de destaque que não estamos, de forma alguma, a atacar tal peculiar instituto de defesa do consumidor, mas tão somente questionar o momento em que ele será implementado no procedimento. Na medida em que acreditamos que a *ratio legis* do CDC era proteger o vulnerável de forma especial e não prejudicar o fornecedor.

Contudo, ao se inverter o ônus da prova na sentença e, portanto, entendendo-a como uma regra de julgamento, está o magistrado a ferir, mortalmente, o contraditório bem como a ampla defesa do fornecedor. Prejudicando, ademais, o próprio andamento do processo, na medida em que, produzidas as provas de maneira a exaurir os fatos controvertidos, estas não serão de uma parte ou de outra, mas pelo contrário, pertencerão ao processo, sendo de todo irrelevante quem a trouxe, segundo erige o Princípio da Comunhão das Provas ou Aquisição Processual.

Constata-se, ademais, que a noção da inversão do ônus como regra de julgamento viola o Princípio da Economia Processual. Na medida em que:

Para atacarmos a decisão no bojo da sentença, não nos resta outra opção: interposição de apelação, com preliminar de cerceamento de defesa. No caso de o tribunal acolher a preliminar, os autos serão remetidos ao juízo *a quo*, para a reabertura da instrução (SANTOS, 2006, p. 79).

Destarte, não entender a inversão do ônus da prova como uma regra de procedimento é ir de encontro a todo o lastro de direitos e garantias fundamentais encartados na Lei Maior. O processo não deve ser um terreno de surpresas para as partes, mas sim, uma forma de composição dos litígios, previamente conhecida, capitaneada por uma dialética entre as partes, com vistas a uma decisão que reflita uma norma jurídica individual para o caso concreto, fruto de todo o contexto probatório desenvolvido pelas partes.

A relevância de tal entendimento emerge, ademais, no que diz



respeito ao ônus econômico da produção das provas. Uma vez que:

Se ficasse para a sentença a resolução e se o juiz decidisse que não havia nem verossimilhança nem hipossuficiência do consumidor e que este, portanto, teria de ter produzido prova pericial e não o fez porque não tinha dinheiro para adiantar os honorários provisórios do perito, estaríamos diante de um absurdo (RIZZATO, 2012, p. 855)

Portanto, deve o magistrado fixar, necessariamente, antes da sentença (na nossa concepção no despacho saneador) a quem incumbirá a produção das provas, sob pena de não serem apresentadas ao processo, provas indispensáveis ao correto e justo exercício da Jurisdição. Tendo o condão de violar, até mesmo, a garantia constitucional do Acesso à Justiça, notadamente, em sua concepção moderna, ou seja, representando o acesso a uma ordem jurídica justa, através de elementos processuais adequados à satisfação plena e harmônica dos direitos da parte com razão. Sendo guiada pelo magistrado, que deverá buscar em toda tortuosa *“caminhada”* processual *“assegurar às partes igualdade de tratamento”*, conforme erige o art. 125, I do Código de Processo Civil.

Corroborando a ideia até aqui defendida, posicionou-se, em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça, com particular sabedoria da seguinte forma:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. 1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso. 2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo



dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada. 3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame. 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida “preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade” (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011). 5. Embargos de divergência a que se dá provimento. ACÓRDÃO Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Isabel Gallotti acompanhando o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, Relator, o Sr. Ministro Raul Araújo reformulou seu voto e passou a acompanhar o Relator. Após, votaram os Srs. Ministros Antônio Carlos Ferreira e Villas Bôas Cueva acompanhando o Relator, e os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrichi, que declarou-se habilitada a votar, acompanhando o Sr. Ministro Sidnei Beneti. deu-lhes provimento, vencidos os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrichi, que deles não conhecia. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva. (REsp 422.778-SP, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012).

Portanto, ao fim de nossa exposição, buscamos enfatizar o caráter de regra de procedimento da inversão. Não devendo, ou melhor, não

podendo o magistrado invertê-la no momento da sentença. Aceitar tal *práxis* processual é consentir com um pronunciamento jurisdicional completamente incompatível com a nossa Ordem Constitucional. Representando, ademais, um retrocesso na nossa constante e, cheia de percalços, caminhada no sentido na consubstanciação de um Estado verdadeiramente Constitucional e Democrático de Direito.

6 CONCLUSÃO

A inversão do ônus da prova no âmbito do CDC é uma conquista ímpar em nossa ordem sócio-jurídica. Seria, dizendo pouco, um trabalho *hercúleo* a demonstração de certas provas em juízo pelo consumidor, devido a um único e inafastável fato: ele não conseguiria!

Entretanto, tal instrumento processual não pode ser utilizado como uma prática hábil a prejudicar o fornecedor. Destarte, deve o juiz de modo claro e, inconteste, em momento oportuno, expor a quem caberá à produção das provas em juízo. Oportuno mencionar que entendemos, consoante exposto, que o momento adequado é aquele que permita o prévio conhecimento de qual das partes será a responsável por refletir em juízo os fatos sociais controvertidos.

Tão somente dessa forma, poderá se respeitar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e, por conseguinte, do devido processo legal. Uma vez que serão respeitados os direitos das partes de tomarem conhecimento das suas incumbências e alegações da parte contrária, com a devida oportunidade de discuti-las e afastá-las.

Não deve o processo ser um “*palco*” de incertezas, sob pena de se vilipendiar toda a evolução desse imprescindível instrumento social de composição de litígios. Dessa forma, deve-se entender a inversão do ônus da prova enquanto uma regra de procedimento, ou seja, uma regra que estrutura o processo com vistas a uma decisão justa, consonante os mandamentos constitucionais responsáveis por conferir unidade e fundamento a toda Ordem Jurídica.

REFERÊNCIAS

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2012. v.2.



GARCIA, Leonardo Medeiros. **Direito do consumidor:** código comentado, jurisprudência, doutrina, Decreto nº 2.181/97. 7.ed.rev.ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011.

JORGE, Alan de Matos. **Análise do ônus da prova e sua inversão como direito básico do consumidor:** aplicabilidade; requisitos e momento processual adequado para a efetivação da inversão prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 45, set2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2214&revista_caderno=10>. Acesso em 5 Junho 2012.

MARQUES, Claudia de Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor.** 6.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p.302.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Extravagante.** 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de direito do consumidor.** 7.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova:** como garantia constitucional do devido processo legal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

THE REVERSAL OF THE BURDEN OF PROOF UNDER THE CONSUMER PROTECTION CODE

ABSTRACT

The reversal of the burden of proof in the context of consumer relations represents an undoubted



instrument for protecting the rights of vulnerable. Notoriously, the caterer, being the dominant part of the relationship, often makes its will prevail to the consumer. In this scenario, the reversal of the burden of proof has a mission to be an instrument that will facilitate the protection consumer in court , according as, if present the legal requirements, the magistrate shall order the caterer to prove the facts alleged, for having a greater capacity to do this. Complex issue, however, is when this reversal will occur. And that's exactly this point that this article will address, according as, even if a right granted to the consumer, the inversion cannot provide too much damage to the caterer. Since, that is incompatible with any processual relationship acts of surprise, except the result, to put a part in a damage situation. This command emanates from the constitutional guarantees afforded to litigants, which are the principles of the contradictory and wide defense, consequential of the due legal process.

Keywords: Reversal of the burden. Protection of Vulnerable. Time of inversion. Due legal process.



PENA DE PRISÃO PERPÉTUA: UM CASO DE ANTINOMIA JURÍDICA ENTRE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O DIREITO BRASILEIRO?

Cynthia Veras Godeiro

Acadêmica do 9º período do Curso de Direito da UFRN

Katyúrcia Maria da Costa Cardoso

Acadêmica do 9º período do Curso de Direito da UFRN

Thiago Oliveira

Professor-orientador

RESUMO

Com a recepção do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro, inúmeros debates foram suscitados sob a alegação de existirem antinomias jurídicas entre o ordenamento pátrio e a legislação internacional. Nesse sentido, investigou-se a controvérsia jurídica quanto à aplicação de pena de caráter perpétuo. Para tanto, foram abordadas diferentes correntes doutrinárias que versam sobre a hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, visando analisar se o Estado Brasileiro deve permitir que ao seu nacional seja atribuída pena de prisão perpétua. Por fim, defende-se que a antinomia é apenas aparente, não apresentando o Estatuto de Roma qualquer afronta à legislação brasileira.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Tribunal Penal Internacional. Antinomias Jurídicas. Pena de prisão perpétua.

1 INTRODUÇÃO

Em virtude das atrocidades cometidas contra o ser humano nas grandes guerras mundiais, sobretudo durante o Holocausto na Alemanha, a sociedade internacional procurou instituir uma Justiça Penal de caráter permanente através da criação de Tribunais Internacionais *ad hoc* (para esta finalidade) capazes de julgar os crimes cometidos contra a humanidade. Dentre as cortes instituídas ao longo dos anos, destaca-se o Tribunal Penal Internacional, regido pelo Estatuto de Roma e aprovado em 17 de julho de 1998.

No Brasil, essa tendência de proteção aos Direitos Humanos foi incorporada através da Constituição Federal de 1988, sendo o Estatuto de Roma recepcionado posteriormente pelo ordenamento jurídico brasileiro, em 2002, por meio do Decreto nº 4.388/02.¹

Contudo, em face da recepção do referido Estatuto, inúmeros debates foram suscitados sob a alegação de existirem possíveis antinomias jurídicas entre o ordenamento pátrio e a aludida legislação estrangeira, de forma que optamos por investigar especificamente – através de uma pesquisa exploratória e descritiva – as controvérsias jurídicas quanto à aplicação de penas de caráter perpétuo, uma vez que o Brasil, por ser um país com origens no *Civil Law*, confere à pena uma finalidade mais utilitária do que retributiva, motivo pelo qual a nossa Constituição veda expressamente a hipótese prevista no art. 77, § 1º, alínea b, do Estatuto de Roma.²

Para tanto, abordaremos diferentes correntes doutrinárias que versem sobre a hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, com o intuito de analisar se o Estado, na qualidade de ente politizado e inserido na dinâmica das relações internacionais, deve permitir que ao seu nacional seja atribuída uma pena de prisão perpétua em sede de Justiça Internacional.

¹ “Art. 1º O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.” (Decreto nº 4.388/02)

² “1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas (...) b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.” (Decreto nº 4.388/02)



2 EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS DIREITOS HUMANOS

Desde a Segunda Guerra Mundial, momento em que a civilização vivenciou barbáries impulsionadas pela lógica do extermínio, a temática dos Direitos Humanos vem se desenvolvendo de forma intensa, num processo de contínua reconstrução³. Isso implica dizer que tais direitos não são estáticos e, via de regra, surgem como uma reação a situações de ameaça e tirania⁴.

Considerando a historicidade dos direitos humanos, nota-se que a sua definição está vinculada a uma densa carga axiológica, cujo reconhecimento possibilita a formação de um ordenamento jurídico aberto a valores éticos. Nessa perspectiva, é imprescindível o estudo, ainda que breve, da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, com vistas a dirimir a aparente confusão terminológica sobre os referidos conceitos.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 35-36), o termo “direitos fundamentais” designa os direitos inerentes ao indivíduo que foram consagrados nos dispositivos constitucionais de um determinado Estado. Já a expressão “direitos humanos” refere-se aos direitos básicos da pessoa reconhecidos no âmbito do Direito Internacional. Assim, humanos seriam os direitos com validade universal, sem prerrogativa de fronteiras nacionais, étnicas ou religiosas⁵.

A partir dessa pluralidade de significados, nasceu a concepção contemporânea de direitos humanos que, segundo Flávia Piovesan (2006, p. 6), veio a ser introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948, quando efetivamente se iniciou o movimento de humanização do Direito Internacional.

É justamente a partir da Declaração Universal de 1948 que as principais correntes políticas contemporâneas, sobretudo as ocidentais, são reunidas com vistas a encontrar um ponto de consenso entre os povos.

³A respeito, consultar: ARENDT (1979, p. de internet).

⁴No mesmo sentido, afirma BOBBIO (2004, p. 05): “Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são essencialmente históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de forma gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

⁵Segundo o mesmo raciocínio, asseveram DIMOULIS e MARTINS (2009, p. 46-47): “Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”



Nesse sentido, tal documento reafirma o conjunto de direitos das revoluções burguesas e os estendem a uma série de sujeitos que, anteriormente, estavam deles excluídos; afirma, também, os direitos da tradição socialista e do cristianismo social, alcançando, inclusive, os direitos culturais.

Prenuncia-se, desse modo, uma era em que o indivíduo é elevado à condição de sujeito de direito internacional, sendo-lhe garantido o “mínimo jurídico” através do exercício de sua capacidade processual e do livre desenvolvimento de sua personalidade.

Nesse cenário, começa a ser delineado um sistema de proteção internacional, vocacionado a proteger os direitos humanos e limitar o Poder do Estado, mediante um *jus corporis* (corpo de regras) que alberga, principalmente, tratados internacionais destinados a efetivar o caráter universal, indivisível e interdependente de tais direitos (PIOVESAN, 2000, p. 98).

Com efeito, essa nova estrutura possibilitou maior atuação de indivíduos e entidades não governamentais, bem como estimulou a proliferação de tratados internacionais, dos quais o Brasil figura como signatário, comprometendo-se a ser um Estado que defende os direitos humanos, especialmente, após as inovações introduzidas pela Constituição de 1988, que reconheceu a prevalência desses direitos como princípio orientador das relações internacionais.

3 O ESTATUTO DE ROMA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Em meados de 1998, por ocasião da Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, foi aprovado, na Itália, o Estatuto de Roma, o qual instituiu o Tribunal Penal Internacional com sede em Haia, na Holanda. E ainda, com natureza jurídica de tratado internacional, teve por finalidade a instituição de um Tribunal com jurisdição criminal atuante no âmbito global e dotado de personalidade jurídica própria.

Inicialmente, em dispositivos preambulares⁶, o Estatuto de Roma

⁶“Determinados em prosseguir este objetivo e, no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um tribunal penal internacional com caráter permanente e independente no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto; Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional criado pelo presente Estatuto será complementar das jurisdições penais nacionais; (...)”



demonstra a importância de uma cooperação entre os povos, especialmente entre os Estados-Partes, para adoção de uma justiça penal internacional, com caráter permanente e independente, capaz de reprimir os crimes que constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade, bem como garantir a prevenção de tais crimes com vistas à manutenção de um convívio pacífico entre as nações, uma vez respeitado as suas peculiaridades culturais e os laços em comum pré-existentis.

Destaca-se ainda a função complementar conferida à legislação do Tribunal Penal Internacional em relação às jurisdições penais nacionais, que no entendimento de Japiassú (2005) “significa que somente estará legitimado o órgão jurisdicional internacional, em tendo havido a inércia dos correspondentes nacionais”.

Sobre este aspecto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello⁷ destaca que esta alta corte judiciária, ao gozar de demasiada independência e personalidade jurídica internacional – peculiaridade que lhe permite celebrar acordos e contrair direitos e obrigações com quaisquer outros sujeitos do direito internacional público, ainda que não tenham ratificado o Estatuto –, caracteriza-se como tribunal revestido de caráter supraestatal, cuja competência material sub-roga-se ao postulado da complementariedade, ou seja, exercendo uma função subsidiária em relação às jurisdições domésticas dos Estados nacionais.

No quesito competência, *ratione temporis* (em razão do tempo), caberá ao Tribunal apreciar e julgar crimes cometidos após a sua instituição em 1º de julho de 2002, data em que adquiriu efeitos no plano internacional, por força do princípio *tempus regit actum* (o tempo que rege o ato). Contudo, se um país ratificar o Estatuto de Roma, após a sua entrada em vigor, o Tribunal somente poderá exercer sua competência para processo e julgamento dos crimes caso o referido Estatuto que o rege tenha sido incorporado e esteja vigorando no ordenamento interno daquele Estado-parte, salvo se houver declaração específica em sentido contrário⁸.

Quanto à *ratione personae* (em razão da pessoa), cumpre esclarecer que a Jurisdição Penal Internacional incidirá apenas sobre os indivíduos que atingiram a maioridade penal, independente de sua qualidade de oficial e

⁷ TPI. Petição 4.625-1 República do Sudão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

⁸ Art. 11, §2º e §3º do art. 12 do Estatuto de Roma.



condição política de chefe de Estado, não sendo, portanto, considerado uma causa excludente da responsabilidade penal ou fator que legitime a redução da pena nos crimes de extrema gravidade cometidos contra a comunidade internacional em geral, excluindo-se, o exercício desta jurisdição em face de pessoas jurídicas como organizações, Estados ou Entidades legais⁹.

Em relação à competência *ratione materiae* (em razão da matéria) deste Tribunal *ad hoc* (para esta finalidade), pode ser classificada em quatro categorias de crimes imprescritíveis, quais sejam: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

Elencado os crimes de competência material do referido Estatuto, encontra-se a previsão legal para o crime de genocídio¹⁰, o qual consiste na intenção do agente em destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, a partir da prática dos seguintes atos: homicídio ou grave ameaça de membros do grupo, sujeição intencional do grupo a condições de vida que culminem com sua destruição física total ou parcial, imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio de grupos e transferência, compulsoriamente, de crianças do grupo para outro.

Nesse ínterim, podem ser considerados como crimes contra a humanidade os atos praticados de maneira consciente, podendo ser generalizado ou sistemático na forma de ataque à população civil, seguem alguns deles: a) homicídio; b) extermínio; c) escravidão; d) deportação ou transferência à força de uma população; e) prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais do direito internacional.

Noutra dimensão, também conhecidos como “crimes contra as leis e costumes aplicáveis em conflitos armados”, os crimes de guerra estão elencados no artigo 8º do Estatuto. Consoante § 1º desse artigo, o Tribunal tem competência para julgar os crimes de guerra, em especial quando cometidos como parte de uma política ou um plano, bem como parte de uma prática em grande escala desse tipo de crime.

Por último, o Estatuto de Roma faz menção dos chamados crimes de agressão, o qual foi posteriormente definido por uma Comissão preparatória do TPI nos termos do art. 5º, § 2º, na Reunião de Kamapala, Capital de Uganda

⁹ Despacho proferido pelo Ministro do STF Celso de Mello na Petição 4.625-1 República do Sudão.

¹⁰ Art. 6º do Estatuto de Roma.



em 11 de junho de 2010, que em razão da abrangência conferida à palavra “agressão”, sua definição não é pacífica na doutrina.

Por fim, vale dizer que a Jurisdição própria deste Tribunal não é estrangeira, mas internacional, podendo afetar todo e qualquer Estado membro da Organização das Nações Unidas, bem como não se confunde também com jurisdição universal, na qual permite o julgamento de crimes de guerra e contra a humanidade, cometidos em outros territórios, sob a égide do princípio da extraterritorialidade previsto no art. 7º e seus incisos¹¹, no Código Penal Brasileiro (MAZZUOLI, 2006, p. 1424-1425).

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Na experiência brasileira, é nítida a relação entre o processo de democratização¹² e a reinserção do país no cenário internacional de direitos humanos. O marco inicial dessa dialética foi a ratificação, em 1989, da *Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, momento a partir do qual diversos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos passaram a ser incorporados pelo ordenamento pátrio, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

As inovações introduzidas pela “Constituição Cidadã” – sobretudo no que tange à prevalência dos direitos humanos, enquanto princípio orientador das relações internacionais – foram essenciais para a ratificação

¹¹ Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I - os crimes (...) d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; II - os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro; § 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. § 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. § 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: a) não foi pedida ou foi negada a extradição; b) houve requisição do Ministro da Justiça.

¹² Sobre o processo democrático, consultar UNGER (1995, p. 06).



dos instrumentos de proteção supramencionados (PIOVESAN, 2000, p. 101).

Como se vê, a norma democrática rompe com o regime constitucional anterior e enseja, por sua vez, um intenso debate acerca da hierarquia dos tratados internacionais. Nesse contexto, quatro correntes interpretativas ganham revelo: a) a que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados de direitos humanos; b) a que confere natureza constitucional aos mesmos; c) a que admite a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal desses documentos; e d) a que estabelece paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Registre-se que no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal (STF) a matéria não está pacificada. Muito embora a posição majoritária desta Corte sustente a paridade hierárquica entre tratado e lei federal¹³, há posicionamentos favoráveis à natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, bem como à hierarquia infraconstitucional, mas supralegal dos mesmos¹⁴.

Em meio a esse debate, Flávia Piovesan (2000, p.101) ressalta a importância de se interpretar o disposto no art. 5º, §2º¹⁵ da Constituição Federal de 1988, que tece a interação entre o Direito Brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos. Sob a perspectiva do referido dispositivo, os direitos fundamentais podem ser classificados em três espécies distintas: a) a dos direitos expressos na Constituição; b) a dos direitos implícitos, derivados do regime e dos princípios adotados pelo Texto Constitucional; e c) a dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos no Brasil. Mostra-se, portanto, uma grande inovação de nossa Lei Maior incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, aqueles enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

Assim, por intermédio de uma interpretação sistemática e teológica,

¹³ Para maiores considerações, ver julgamento do HC 72.131-RJ, de 22.11.1995, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, sendo os votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

¹⁴ Acerca do tema, ganham realce os posicionamentos do Ministro Carlos Velloso, em favor da hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos (vide julgamento do *Habeas Corpus* n.82.424/RS, conhecido como o “Caso Ellwanger”) e do Ministro Sepúlveda Pertence, em favor da hierarquia supralegal, mas infraconstitucional dos tratados de direitos humanos (vide RHC n.79.785-RJ).

¹⁵ “§2º Os direitos e garantias expressos na 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.” (Art. 5º, §2º da CF/88)



é possível conferir aos direitos referentes à alínea “c” o *status* (posição) de norma constitucional, haja vista a influência do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição ao sistema normativo internacional. A justificativa para o tratamento especial que é atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos reside na sua natureza *jus cogens* (aplicação obrigatória), característica não observada nos tratados internacionais comuns. Logo, enquanto estes buscam harmonizar as relações entre os Estados-partes, aqueles objetivam proteger os direitos do ser humano e não os interesses dos Estados.

Dessa feita, nota-se que o Direito brasileiro adotou um sistema misto, que combina dois regimes jurídicos diferenciados: um aplicável aos tratados internacionais de direitos humanos (com natureza constitucional) e outro cabível aos tratados tradicionais (com natureza infraconstitucional).

Visando eliminar as controvérsias – doutrinária e jurisprudencial – sobre o grau hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, o legislador constituinte incluiu o §3º ao art. 5º da CF/88¹⁶, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004¹⁷.

Nesse sentido, oportuno realçar que, com advento do novo dispositivo, duas novas categorias de tratados de direitos humanos são identificadas: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Contudo, é preciso deixar claro que, por intermédio do §2º do art. 5º, todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, mas poderão, a partir do §3º do mesmo artigo, ser formalmente reconhecidos como tais, equiparando-se às Emendas da Constituição. Portanto, resta mitigado o entendimento segundo o qual, em face da EC n. 45/2004, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal por não terem sido submetidos ao quórum qualificado de três quintos (PIOVESAN, 2006, p.33).

Em suma, a situação jurídica atual é a seguinte: todos os tratados internacionais sobre direitos humanos que seguem o rito das Emendas Constitucionais, inclusive aqueles que reunirem a maioria parlamentar

¹⁶ “§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas da Constituição”. (Art. 5º, §3º da CF/88)

¹⁷ Esta Emenda Constitucional altera o art. 5º da CF/88, através da incorporação do §3º, cuja redação encontra-se na nota de rodapé nº 26.



necessária à sua aprovação, passam a integrar o “bloco de constitucionalidade” do Direito brasileiro (MARTINS; OLIVEIRA, 2011, p. 468).

No entanto, uma das grandes críticas direcionadas a essa reforma advém de Mazzuoli (2008, p. 9-10), para quem a referida alteração demonstrou total desconhecimento do direito internacional público, visto que criou “categorias” jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo, dando tratamento distinto para normas *jus cogens* (aplicação obrigatória) que tem o mesmo fundamento de validade e o mesmo conteúdo ético.

Sob essa perspectiva, acreditamos que é brilhante a proposta do aludido autor para o §3º do art. 5º da CF/88, pois além de ter uma redação mais precisa, evitaria os graves inconvenientes enfrentados pela atual doutrina, afastando, assim, as controvérsias existentes no STF. Veja-se:

Os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas, ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição.¹⁸ (MAZZUOLI, 2002, p. 348)

Não menos polêmico é o §4º do art. 5º¹⁹ que – pela referida EC 45/2004 – nasceu para resolver alguns problemas derivados da assinatura e ratificação do Estatuto de Roma²⁰. Nas lições de Arthur Cortez Bonifácio (2008, pp. 213-214), o Poder Reformador reconheceu a existência do Estatuto

¹⁸Sobre sua proposta de reforma constitucional, MAZZUOLI (2008, p. 08) assevera que esta teve por base o raciocínio desenvolvido na Lei Maior da Venezuela: “[...] a Constituição latino-americana que mais evoluiu em termos de proteção dos direitos humanos foi a recente Carta venezuelana de 1999, verdadeiro ‘modelo’ de constitucionalismo democrático e protetor de direitos e que deveria ser seguido pelo legislador constitucional brasileiro [...]”.

¹⁹“§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.” (Art. 5º, §4º da CF/88)

²⁰Cumprе esclarecer que o Estatuto de Roma foi assinado em 07 de fevereiro de 2000 pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso. No dia 10 de outubro de 2001, o Poder Executivo submeteu o texto à apreciação do Congresso Nacional em consonância com o disposto no artigo 49, inciso I da Constituição. Em 06 de junho 2002, o Estatuto foi aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 11251.



de Roma por meio dessa emenda de forma desnecessária, uma vez que a matéria de direitos humanos já a qualificaria materialmente para a recepção formal. Consequentemente, é tido como um paradoxo avançar no sentido de garantir – por meio da Constituição – a aplicação de um tratado que criou um Tribunal Internacional, com jurisdição universal, para apuração de crimes contra a humanidade e, simultaneamente, querer submeter os demais tratados ao sistema dual de internacionalização pelo método da transformação, quando a matéria é a mesma.

5 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A (APARENTE) ANTINOMIA JURÍDICA DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Uma vez traçado o panorama histórico-evolutivo dos direitos humanos em âmbito mundial, bem como o processo de incorporação e reconhecimento do Estatuto de Roma no ordenamento brasileiro, discute-se a congruência entre esses diplomas legais em relação aos direitos fundamentais conferidos à pessoa humana.

Neste diapasão, não há o que se olvidar de que no direito, frequentemente os juristas deparam-se com a existência de antinomias jurídicas que podem comprometer a coerência e consistência de um determinado ordenamento jurídico.

Assim, acredita o jurista Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2007, p. 206) que ao discutir sobre a revogação por incompatibilidade, remete-se a um dos temas mais centrais da teoria do ordenamento jurídico: sua consistência. Sendo assim, entende-se por consistência a incoerência ou extirpação de antinomias, ou seja, da presença simultânea de normas válidas que se excluem mutuamente. Por essa razão, que a análise das antinomias normativas apresenta-se como um tema fundamental para a concepção do ordenamento jurídico.

Não obstante estas considerações, quando um ordenamento jurídico decide incorporar outros dispositivos legislativos ao seu sistema pátrio, como é o caso da Constituição Brasileira em relação ao Estatuto de Roma, naturalmente, poderão ocorrer algumas possíveis incompatibilidades entre esses diplomas, a exemplo do dispositivo que versa sobre a pena de prisão perpétua.

Desta forma, esse ponto crucial capaz de ensejar uma possível



antinomia entre as disposições do Estatuto de Roma em relação à tutela dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, diz respeito à previsão do art. 77, §1º, b²¹, da legislação deste Estatuto, o qual faculta ao Tribunal Internacional a aplicação de pena de caráter perpétua aos crimes previstos no art. 5º do mesmo diploma legal, dentre outras medidas, acaso o grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado justificar tal penalidade.

No entendimento de Valério Mazzuoli (2011, p. 968), referida regra possui raízes históricas nos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, os quais previam pena de morte em sua legislação, tendo continuidade com os Tribunais *ad hoc* (para esta finalidade) para a antiga Iugoslávia e Ruanda, que já não previam mais a pena de morte para os crimes de maior gravidade, e sim a pena de prisão perpétua. De forma mais branda, o Tribunal Penal Internacional institui a pena de prisão perpétua apenas para os crimes de extrema gravidade, podendo, inclusive, caber a sua revisão decorridos 25 anos, conforme o art. 110 do Estatuto de Roma²².

Acrescenta-se que, no momento de elaboração do Estatuto, a inclusão deste tipo de penalidade no texto final teve por finalidade alcançar um consenso entre as delegações de países da *commom law* e, de outro lado, os da *Civil law*, os quais discutiam acerca da previsão de pena de morte no Estatuto à incidir sobre os mesmos crimes, prevalecendo, portanto, a corrente conciliadora, contendo no texto final a previsão de pena perpétua, aplicada a casos excepcionais e admitindo-se a sua revisão (STEINER, 2000, p. 34-41).

²¹Art. 77 do Estatuto de Roma - Penas Aplicáveis: §1 Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas: b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem.

²²Nos termos instituídos pelo art. 110, §§ 3º e 4º, do Estatuto, quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão, em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar a sua redução, se constatar que se verificam uma ou várias das condições seguintes: a) a pessoa tiver manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento; b) a pessoa tiver, voluntariamente, facilitado a execução as decisões e despachos do tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaíam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas; ou c) quando presentes outros fatores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias, suficiente para justificar a redução da pena, conforme previsto no Regulamento Processual do Tribunal". (MAZZUOLI, 2011, p. 970).



E ainda acerca desta discussão, Maria Sylvia Steiner (2000, p. 34-41) afirma que a previsão e manutenção da pena de prisão perpétua no Estatuto justificam-se muito mais pela necessidade de se evitar um confronto direto com os países que, ainda hoje, pugnaram pela inclusão da pena de morte, e, por conseguinte, entendem que a atribuição de penas mais severas é a justa retribuição para os crimes mais graves.

De outro lado, a Constituição Brasileira estabelece, em seu art. 5º, XLVII, b, a vedação expressa à aplicação de penas de caráter perpétuo em território brasileiro, ainda que o Supremo Tribunal Federal não vislumbrado nenhum problema em autorizar extradições de indivíduos para países onde existe a pena de prisão perpétua, em relação aos crimes imputados aos extraditados, desde que a haja devida comutação desta pena pela pena privativa de liberdade não superior a 30 (trinta) anos²³. Para ilustrar, tal foi entendimento célebre proferido pelo Ministro Francisco Rezek, no processo de extradição nº 426, sob a égide da Carta Política de 1967, a qual também previa a mesma vedação da atual Constituição de 1988 em relação à pena perpétua (MAZUOLLI, 2006, p.1439).

Por derradeiro, ao considerar a vedação constitucional supramencionada, Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 65) acredita que a pena de prisão perpétua não pode ser aplicada no Brasil nem por meio de Tratados Internacionais, nem por Emenda Constitucional, tendo em vista que os direitos e garantias do art. 5º constituem cláusulas pétreas no ordenamento jurídico brasileiro. Reforçando este entendimento, o art. 120 do Estatuto de Roma²⁴ dispõe que não se admitem reservas para adesão ao Tribunal, isto é, devendo ser incorporado em todos os seus termos nas legislações domésticas. Contudo, apesar de tal jurista levantar essa antinomia jurídica, reconhece que a criação de um Tribunal Penal Internacional foi uma

²³"(...) Em consonância com o disposto no art. 75 do Código Penal, o pedido de extradição deve ser deferido com a condição de que o Estado requerente assumam, em caráter formal, antes da entrega do extraditando a sua custódia, o compromisso de comutar eventual pena de prisão ou reclusão perpétua por pena privativa de liberdade com o prazo máximo de cumprimento não superior a 30 (trinta) anos. 7. De acordo com o art. 91, inciso II, da Lei nº 6.815/80, o Governo da Itália deverá assegurar a detração do tempo durante o qual o extraditando permanecer preso no Brasil por força do pedido formulado. 8. Extradição deferida." (Ext 1234, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 08/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 02-12-2011 PUBLIC 05-12-2011).

²⁴Art. 120 do Estatuto de Roma: não são admitidas reservas a este Estatuto.



grande conquista da civilização contemporânea e que se afigura como um mecanismo bastante eficaz para o combate ao crime e impunidade mundial.

Não obstante posições contrárias, defende-se que a interpretação mais adequada a ser atribuída ao caso de extradição supramencionado, é de que a Constituição, ao prever a vedação da pena perpétua, direciona-se apenas para o legislador interno brasileiro, não devendo ser aplicado tal penalidade dentro do território nacional, a qual não tem o condão de alcançar os legisladores estrangeiros ou internacionais, principalmente àqueles que integram a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (MEDEIROS, 2000, p.15).

Sob outro argumento, sustenta-se a ideia da prevalência dos princípios em face das regras constitucionais. Isto porque, o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais (ADCT) preceitua que o Brasil “propugnará pela formação de um Tribunal internacional de Direitos Humanos”, tendo este dispositivo respaldo no o art. 1º, inc. III, o qual institui como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana. Ademais, o art. 4º, inc. II, institui que a República Federativa do Brasil reger-se-á, nas suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos²⁵.

Noutro quadrante, o nosso ordenamento jurídico é permissivo quanto à aplicação de pena de morte em caso de guerra declarada²⁶ e para certos crimes previstos no Código Penal Militar²⁷, fato este que demonstra a insubsistência de restrição moral ou substancial do constituinte interno em relação às penas capitais e de caráter perpétuo. Nesta perspectiva, entende-se que a vedação desses tipos mais severos de pena é uma posição discricionária do legislador, sem qualquer prejuízo aos crimes apenados pelo Tribunal Penal Internacional.

²⁵ STEINER, *op. cit.*

²⁶ CF/88, art. 5º, inciso XLVII.

²⁷ Código Penal Militar, art. 355 a 408 (com exceção de alguns poucos artigos nesta faixa): Traição; tentativa contra a soberania do Brasil; coação ao comandante; informação ou auxílio ao inimigo; aliciação de militar; ato prejudicial à eficiência da tropa; traição imprópria; covardia qualificada; espionagem; motim, conspiração ou revolta; do incitamento na presença do inimigo; rendição; omissão de vigilância; descumprimento de dever sendo o resultado mais gravoso; separação reprovável; abandono de comboio se resulta mais grave; dano especial dano em bens de interesse militar; envenenamento; corrupção ou epidemia; crimes de perigo comum; recusa de obediência; violência contra superior; abandono de posto; deserção em presença de inimigo; libertação de prisioneiro; evasão de prisioneiro; amotinamento; homicídio qualificado; genocídio; roubo ou extorsão; saque; rapto se resulta fato mais grave.



Por último, cumpre esclarecer que a ratificação do Estatuto de Roma pelo Brasil não implica na adoção dos institutos que norteiam a pena perpétua pelo ordenamento jurídico interno. Desta forma, nada prejudicará a aplicação pelos Estados das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas previstas nesse Estatuto²⁸.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho científico consistiu na investigação pormenorizada de possível antinomia jurídica entre os dispositivos normativos do Tribunal Penal Internacional e do ordenamento jurídico brasileiro, no que tange aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Para tanto, colocou-se em questão a possibilidade de se aplicar uma pena de caráter perpétuo a um brasileiro que tenha cometido algum crime contra a humanidade, cuja consequência seria sua submissão ao julgamento de uma Corte Internacional.

Contudo, concluiu-se que tais questões não passam de aparentes conflitos normativos entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal de 1988, tendo em vista que ambos atuam conjuntamente na defesa e proteção aos direitos humanos, por força dos princípios da complementariedade e da cooperação, os quais instituem que a jurisdição do Tribunal Internacional exerce uma função subsidiária às jurisdições nacionais, bem como estabelece que os Estados-partes devem cooperar integralmente no processo de investigação e processamento de crimes que estejam sob a jurisdição desse Tribunal.

Ressalta-se que a legitimidade conferida à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em seus termos, é apontada como ato de soberania do Estado Brasileiro, haja vista que o processo de ratificação do Estatuto ocorreu de acordo com a Constituição, não causando, portanto, nenhuma restrição ou diminuição de seu poder soberano.

Dessa forma, não cabe ao Estado – em momento posterior – utilizar-se da mesma soberania para afastar a jurisdição internacional de seu ordenamento, sob pena de restar comprometida a segurança jurídica que

²⁸Art. 80 do Estatuto de Roma: Nada no presente Capítulo prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas neste capítulo.



envolve as relações e tratados internacionais, assim como a construção de uma sociedade justa e digna, calcada nos ditames da igualdade e não discriminação dos povos, os quais afiguram como fundamento da proteção internacional dos direitos humanos.

É sob essa perspectiva que o Tribunal não representa qualquer ofensa ou contradição aos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Carta Magna, apresentando-se como um importante mecanismo de atuação contra a impunidade daqueles que violam o Direito Internacional, além de contribuir – decisivamente – para fomentar os sistemas jurídicos nacionais a desenvolver mecanismos processuais eficazes para fazer a justiça em relação aos crimes previstos no Estatuto de Roma, que também se encontram tipificados no direito interno dos Estados-partes.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **As origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 1979.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Nelson Carlos Coutinho. Apres. de Carlos Lafer. 1ª Ed. Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONIFÁCIO, Arthur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008, p. 213-214.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. – 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2007.

JAPIASSÚ, Eduardo Adriano e ADRIANO, Alessandra Rosa. O Tribunal Penal



Internacional: dificuldades para sua implementação no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes**. Rio de Janeiro, v. 10, 2005, pp. 107-128. Disponível em: <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/brasil.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

MARTINS, Leonardo; OLIVEIRA, Thiago. **Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídica brasileira**. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (Revista Anual de Direito Constitucional Latino-americana). Ano XVII, Montevideo, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 42, n. 167 jul./set. 2005, p. 09-10.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional e a sua integração ao Direito Brasileiro**. In: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, p. 1430. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr35.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDEIROS, Antônio Paulo de Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: _____; JARDIM, Taciso Dal Maso; STEINER, Sylvia Helena F. **O que é o Tribunal Penal Internacional**. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000. p. 15. (Ação parlamentar,



n. 110). Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm#A%20PENADE%20PRIS%C3%83O>. Acesso em: 21 de março de 2012. [não precisa dessa parte, peço que retire?]

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil**. Rev. Fund. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 8, v. 15, jan/jun 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: Desafios da Ordem Internacional Contemporânea**. In: Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ccp5_flavia_piovesan.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ccp5_flavia_piovesan.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>> Acesso em: 12 de maio de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição brasileira. In: _____; JARDIM, Taciso Dal Maso; MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O que é o Tribunal Penal Internacional**. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações,



2000. p. 34-41. (Ação parlamentar, n. 110). Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm#A%20>. Acesso em: 13 de maio de 2012.

TPI. **Petição 4.625-1 República do Sudão**. Pleno. Rel. Ministro Celso de Mello. j. 19.07.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?** – Chapter: Democracy and Experimentalism - Democratic Experimentalism and Institutional Fetishism – Harvard Law School. Verso: London/NewYork, 1995. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/english/whatsa.php>> Acesso em: 13 de maio de 2012.

LIFE IMPRISONMENT: A CASE OF LEGAL ANTAGONISM BETWEEN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE BRAZILIAN LEGISLATION?

ABSTRACT

With the reception of the Rome Statute in the Brazilian legal system, a lot of debates have been evoked on the grounds of existing legal antagonisms between the internal system and the international legislation. In this terms, it has been investigated the legal controversy related to the life imprisonment sentences. For this purpose, different doctrinal constructions that discuss about the hierarchy of the Human Rights Treaties have been presented, in order to analyze if the Brazilian State should allow that the life imprisonment will be applied to its citizen. Thus, it is argued that the legal antagonism is purely apparent, not presenting the Rome Statute any



affront to the Brazilian legislation.

Keywords: Human Rights. International Criminal Court. Legal Antagonisms. Life Imprisonment.



RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PUBLICIDADE ENGANOSA VIA INTERNET

Marcos Ticiano Alves de Sousa

Acadêmico do 7º período do Curso de Direito da UFRN

William Rosendo

Acadêmico do 7º período do Curso de Direito da UFRN

Victor Rafael Fernandes Alves

Professor-orientador

RESUMO

O anúncio realizado pela *internet* tem forte influência na decisão de compra do consumidor, dado o elevado número de pessoas com acesso à *web* atualmente, tornando-se demasiada a sua exposição à publicidade, inclusive à enganosa. Neste aspecto, a responsabilização dos anunciantes-fornecedores de produtos ou serviços, bem como das agências de publicidades, de seus profissionais, dos artistas e dos provedores de *internet* pela prática da publicidade enganosa deve ser aplicada. Os indivíduos atingidos por tal atitude têm à disposição normas protetivas constantes no Código de Defesa do Consumidor – CDC – e no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. O caráter principiológico e a forma de responsabilidade civil solidária e objetiva, previstas na legislação consumerista, favorece a defesa do consumidor na *internet*. No entanto, verifica-se que há necessidade de melhoria na regulamentação específica para o comércio eletrônico, envolvendo a proteção ao consumidor contra a publicidade enganosa. Assim,

o Projeto de Lei do Senado nº 281 de 2012, que propicia atualidade ao CDC, neste âmbito, foi também brevemente apreciado.

Palavras-chave: Publicidade Enganosa. Responsabilidade Civil. *Internet*.

“Publicidade online... Atire o primeiro mouse aquele que nunca se sentiu lesado”
(Adaptado de citação bíblica)

1 INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade e dos meios de comunicação impacta diretamente o mercado de consumo, na medida em que são desenvolvidas novas formas de contratação e sedução do consumidor para adquirir produtos ou serviços. Neste aspecto, a *internet* configura-se como mais um meio em que se processam as relações consumeristas. No caso da publicidade, assim como a veiculada por meio da televisão ou do telefone, a que se utiliza da *web*¹ ou qualquer meio digital, presente na rede mundial de computadores, deve estar submetida aos preceitos da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Nesse sentido, observa-se que o número de indivíduos que consomem pela *internet* cresce a cada ano. Este crescimento, relacionado diretamente à mobilidade social dos últimos anos, elevou sobremaneira a quantidade de pessoas que têm a oportunidade de acessar a *web*, seja por meio do próprio computador com acesso à rede, ou por dispositivos móveis como celulares, *smartphones* ou *tablets*.

Diante disso, o presente artigo pretende discutir como a publicidade, em suas formas enganosas, veiculada a partir da *internet* atinge o consumidor e de que maneira pode ser ensejada a responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e serviços, dos anunciantes, das agências de publicidades e de seus profissionais, bem como dos provedores de *internet*. Para tanto, foram realizadas

¹ A World Wide Web, rede de alcance mundial, também conhecida como web ou WWW, consiste em um sistema de documentos em hipermídia interligados e executados na internet.



pesquisas tendo por base textos doutrinários, a legislação em vigor de ordem pública, consubstanciada no CDC e em conformidade com a Constituição Federal, e a de caráter privado, constante do Código de Autorregulamentação Publicitária (CBAP)², além da jurisprudência dos tribunais. Outrossim, foram analisadas algumas considerações, relativas ao tema, propostas no Projeto de Lei do Senado nº 281 de 2012 (PLS nº 281/2012)³ de atualização do CDC.

2 CONCEITO DE PUBLICIDADE E OS PRINCÍPIOS ENVOLVIDOS

Pode-se considerar a publicidade como uma forma programada de comunicação entre fornecedor e consumidor que engloba duas formas de expressão do pensamento humano: a informação e a criação artística. Expondo de outra forma, a publicidade reputa-se como a:

[...] manipulação planejada da comunicação visando, pela persuasão, promover comportamentos em benefício do anunciante que a utiliza e que tem como função disseminar informações, raciocínios e idéias que permitam aos consumidores estarem mais informados sobre os produtos e serviços existentes e à sua disposição, e, possibilitar aos anunciantes o aumento dos seus negócios, através da conquista de mais consumidores (SAMPAIO *apud* ARANOVICH, 2011, p. 6).

Avaliando-se do ponto de vista jurídico, a publicidade é vista como “um meio de veiculação da oferta e tem o propósito de promover conceitos, ou ideias, e incentivar a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço” (MORAIS; PODESTÁ; CARAZAI, 2010, p. 187). Neste caso, a informação ou oferta destina-se à proteção do consumidor, ao vincular quem a divulga.

Assim, a publicidade visa, por meio de sua criatividade, a criar no

² O CBAP constitui-se em uma regulamentação própria dos profissionais da publicidade e é gerido pelo CONAR, Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

³ Em tramitação no Congresso Nacional a partir de 02 de agosto de 2012, o PLS nº 281, de atualização do CDC no que se refere ao comércio eletrônico, teve Anteprojeto elaborado por uma Comissão de Juristas presidida por Antonio Herman de Vasconcelos Benjamin e entregue ao Senado Federal em 14/03/2012.



consumidor a necessidade de consumir, ou seja, a fazer com que o consumidor adquira o produto ou serviço objeto de desejo e satisfação, mesmo que este desejo não exista em um primeiro momento. A publicidade existe para criar a necessidade, induzindo o consumidor à compra.

A propaganda realizada na *web*, ou qualquer publicidade, deve estar envolvida por princípios norteadores, tais como: o direito constitucional de informação, os princípios da identificabilidade, da vinculação, da veracidade, da transparência e da fundamentação, da inversão do ônus da prova, bem como o princípio da boa-fé objetiva.⁴

O direito de informação relativo à publicidade – enquanto comunicação social – se constitui num corolário constitucional da “liberdade de manifestação de pensamento, desde que obedecidos os demais princípios e direitos constitucionais e as vedações expressas no próprio texto constitucional” (DOMINGUES, 2008, p. 138, v. 2).

De acordo com Regina Tavares da Silva e Carlos Poletto (2009, p. 400) o princípio da identificabilidade é reconhecido no art. 36⁵, *caput*, do CDC e também nos arts. 9º⁶, 28⁷ e 29, *caput, in fine*⁸, do CBAP. Diz respeito ao fato de que a publicidade não pode ser travestida de qualquer forma, de modo a se apresentar oculta, clandestina ou subliminar.

Com relação aos princípios da transparência e da fundamentação, verifica-se que a informação apresentada ao consumidor deve ser clara e precisa. Além disso, o produtor da publicidade tem que possuir dados que comprovem a informação veiculada. Tais princípios encontram-se evidenciados

⁴ Cabe informar que o PLS nº 281/2012, se aprovado, deverá inserir no CDC, como reforça a justificação do Projeto, os princípios da segurança nas transações, da proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados do consumidor, conforme alude o inciso XI a ser acrescentado no art. 6º, que versa sobre seus direitos básicos, in verbis: “a autodeterminação, a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico”

⁵ Confere-se no CDC, art. 36, que: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.”

⁶ Confere-se no CBAP, art. 9º, que: “A atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva.”

⁷ Confere-se no CBAP, art. 28, que: “O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.”

⁸ Confere-se no CBAP, art. 29, que: “[...]. São condenadas, no entanto, quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos “subliminares” em publicidade ou propaganda.”



nos arts. 6º, IIIº, e 36, parágrafo único, do CDC.

O princípio da vinculação está previsto no art. 30¹⁰ do CDC e informa que o fornecedor está vinculado ao que é efetivamente anunciado, constituindo a oferta parte implícita do contrato firmado com o consumidor.

Já o princípio da veracidade indica que a publicidade deve ser verdadeira, de maneira a não induzir o consumidor ao erro. A ilicitude da publicidade enganosa, comissiva ou omissiva, está embasada sobretudo neste princípio, conforme alude o art. 37, em seus parágrafos 1º e 3º, adiante analisados.

Na lição de Regina Tavares da Silva e Carlos Poletto (2009, p. 401), a inversão do ônus da prova, ressaltado no art. 38¹¹ do CDC, implica que o *onus probandi* da veracidade e precisão da publicidade compete a quem a anuncia, o que confere uma presunção legal em favor da alegação de sua enganiosidade.

Por fim, tem-se o princípio da boa-fé objetiva, inspirador maior das normas protetivas do Código consumerista. Encontra-se previsto no art. 4º, III¹² e é considerado uma regra de conduta, em que as partes devem agir segundo os parâmetros de honestidade e lealdade, com a finalidade de se estabelecer o equilíbrio no contexto das relações de consumo.

3 PUBLICIDADE ENGANOSA

A publicidade, em si, é lícita, mas também é persuasão. Para o ideal liberal, “liberdade de palavra significa a liberdade de fazer publicidade; e

⁹ Confere-se no CDC, art. 6º, III, que: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.”

¹⁰ Confere-se no CDC, art. 30, que: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

¹¹ Confere-se no CDC, art. 38, que: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

¹² Confere-se no CDC, art. 4º, III, que: “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.”



liberdade de escolher [...] entre todos os produtos de que fala a publicidade. A liberdade se torna a palavra-chave pela qual o cidadão é transformado ideologicamente em consumidor” (QUESSADA apud SILVA, 2008, p. 39). Entretanto, a publicidade deve pautar-se pelos princípios básicos supramencionados, que guiam as relações entre fornecedores e consumidores, mormente o da boa-fé objetiva. Assim, as relações de consumo, mesmo em sua fase pré-contratual ou de oferta, devem conduzir-se pela lealdade, honestidade e pelo dever de informação.

Pode-se sustentar um maior enfoque ao dever de informar da publicidade, eis que, se a informação fosse dada conforme prescreve o Código de Defesa do Consumidor, defende Marcus Vinicius da Silva (2008, p. 217), nem haveria de se cogitar em publicidade enganosa, pois, supor-se uma publicidade ou informação falsa, comissiva ou omissiva, capaz de induzir o consumidor ao erro, é contextualmente contrária à boa-fé objetiva.

É proibida a publicidade enganosa que, segundo o CDC, em seu art. 37, *caput* e §§ 1º e 3º, assim é aduzida, *in verbis*:

Art. 37 - É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. [...].

§3º Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Exige-se, portanto, a veracidade da informação veiculada por intermédio da publicidade, de modo a que o consumidor possa fazer a sua escolha livre e consciente. Na lição de Herman Benjamin (2007, p. 292), a publicidade será enganosa não só pela fraude ou falsidade nela contida, mas também por qualquer meio potencialmente capaz de levar o consumidor a erro. Significa que não é necessário que ele tenha sido enganado, pois o que se busca é a capacidade de indução ao erro. A simples utilização da publicidade enganosa presume, *juris et de jure*, o prejuízo difuso.

Já Cláudia Lima Marques desta forma avalia a publicidade enganosa:



Note-se que o art. 37 do CDC não se preocupa com a vontade daquele que faz veicular a mensagem publicitária. Não perquire da sua culpa ou dolo, proíbe apenas o resultado: que a publicidade induza o consumidor a formar esta falsa noção da realidade. Basta que a informação publicitária, por ser falsa, inteira ou parcialmente, ou por omitir dados importantes, leve o consumidor ao erro, para ser considerada como publicidade proibida, publicidade enganosa (MARQUES, 2002, p. 678).

Claro extrai-se do comando legal as duas formas de publicidade enganosa, que pode ser por ação ou por omissão. Na primeira, conforme preleciona Flávio Tartuce (2012, p. 334), há a atuação positiva do agente no sentido de induzir o consumidor ao engano. Na segunda, há uma enganiosidade negativa do anunciante, ao deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. Tal dado é considerado essencial quando tem o poder de fazer o consumidor não efetivar o negócio de consumo, caso o conheça.

Analisando a visão de autodisciplina dos agentes de publicidade, constante nas recomendações do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, CBAP, para evitar a enganiosidade publicitária, Rizzatto Nunes preceitua que:

Nenhuma forma de mensagem [...], direta ou indireta, por indicação, omissão, exagero ou ambiguidade, pode levar o consumidor a engano quanto ao produto ou serviço anunciado, quanto ao anunciante ou seu concorrente, tampouco quanto à natureza do produto (se natural ou artificial), sua procedência (se nacional ou estrangeira), sua composição e finalidade (NUNES, 2011, p. 504).

Tal mensagem enganosa não pode ser veiculada, ainda que seja transmitida a informação correta ao consumidor posteriormente, conforme aduz o art. 48¹³ do CBAP.

¹³ Assevera o CBAP, art. 48, que: "Um anúncio enganador não pode ser defendido com base no fato de o Anunciante, ou alguém agindo por ele, ter posteriormente fornecido ao Consumidor as



Destarte, a publicidade que desrespeite a prescrição legal – incluída as normas autorregulamentares – de correção, e for enganosa, atenta contra o interesse de toda a coletividade de pessoas a ela expostas, determináveis ou não, as quais são equiparadas ao conceito de consumidor nos termos do art. 29¹⁴ do CDC.

4 A INTERNET E A PUBLICIDADE ENGANOSA

Antes de continuar a análise jurídica, fazem-se necessárias breves considerações fáticas acerca da *internet*. Tal meio eletrônico representa uma interligação de milhares de redes de computadores utilizando os mesmos padrões de transmissão de dados, chamados protocolos de *internet*, IP, da sigla em inglês, o que permite a comunicação simultânea de milhões de pessoas e uma extraordinária quantidade de informações em todo o mundo.

Criada para fins de militares no contexto da Guerra Fria, no início da década de 1960, segundo Barry Leiner (2012), a então ARPAnet (*Advanced Research Projects Agency Network*) passou a ser financiada pela NASA a partir do final dos anos 1980, fazendo-a ditar o ritmo das pesquisas espaciais americanas. Em 1990, foi oficialmente denominada de *internet*, incorporando as atividades de toda a sociedade civil, inclusive o comércio eletrônico.

No Brasil, esta evolução iniciou-se em 1988 e se restringiu inicialmente às universidades e centros de pesquisa, passando em 1995 ao uso comercial e, logo depois, com a disponibilização do acesso à rede, por meio de vários tipos de provedores, a movimentação comercial atingiu mais de um bilhão de reais (R\$ 1,18 bi) em 2003 e quase dezenove bilhões de reais (R\$ 18,7 bi) em 2011. Para o final de 2012, a previsão é de um aumento de vinte e cinco por cento (25%) sobre o ano de 2011.¹⁵

Nesse contexto, pode-se avaliar a importância jurídica dos contratos eletrônicos e, especificamente, a publicidade via *internet*. Daniel Ulhoa (2003, p. 8) ensina que a *web* se revela um valioso instrumento a serviço da publicidade

informações corretas. O Anunciante terá, entretanto, "a priori", o crédito de boa-fé."

¹⁴ Assevera o CDC, art. 29, que: "Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

¹⁵ Para ensinar informações complementares, conferir *Evolução da Internet e do E-commerce*. [S.l.], [2011]. Disponível em: <<http://e-commerce.org.br/stats.php>>. Acesso em: 20/10/2012.



de milhares de empresas com sítios na rede, impulsionada pela conjugação da tecnologia de telecomunicação e informática, designada telemática.

Cláudia Lima Marques, em uma de suas interessantes incursões na publicidade eletrônica, afirma que a

[...] *web* publicidade é realizada por inúmeros meios e pode ser considerada como sinônimo de toda e qualquer informação comercial, comunicação institucional, gráfica ou de marca, que utiliza o meio eletrônico (ícones, marcas no *site*, *banners* estáticos, *banners* interativos, textos publicitários, mensagens de *e-mails*, *spam*, *web sponsoring*, ofertas etc.) (MARQUES, 2004, p. 162).
[grifos nossos]

Conforme classificação exposta por Natália Aranovich (2011, p. 6), a publicidade na *web* pode ser diferenciada em publicidade interativa ou direta e publicidade estática eletrônica ou indireta. A direta é aquela em que o consumidor está presente e interage com a publicidade. Já a estática é aquela em que não há a interação do consumidor.

Exemplificando os dois conceitos apresentados, pode-se apreender que a publicidade direta seria aquela em que o “consumidor busca as informações sobre determinados produtos e serviços através de uma página específica da *web*” (ARANOVICH, 2011, p. 7). Aqui, se verifica a presença do elemento vontade do consumidor, eis que, na busca realizada por ele quando pretende adquirir determinada marca de fabricante de carros, associa o nome da marca ao domínio ou página na *internet* (*homepage*). Com relação à publicidade estática eletrônica ou indireta, o elemento vontade do consumidor não se faz presente, é dizer, o consumidor é alvo passivo da publicidade veiculada em que o anunciante apresenta a marca de forma indireta. É o caso de anúncios e *banners*¹⁶, apresentados em *webmails*¹⁷, que em muito se assemelham à maioria das propagandas realizadas por meio da televisão, rádio, jornal, etc.

Não obstante as informações constantes na *homepage* terem o caráter

¹⁶ Banner é a forma publicitária criada para atrair um usuário a um site através de um link. Embora sejam amplamente disseminados, os maiores investimentos em banners são atraídos por sites de maior tráfego.

¹⁷ Webmail é uma interface da web que permite ao usuário ler e escrever e-mail usando um navegador.



de anúncio do produto, elas têm que se submeter aos §§ 1º e 3º, art. 37 do CDC, ou seja, é imprescindível que não contenham erros ou omissões acerca das características, propriedades, origem, preços e outros dados que venham interferir na vontade do consumidor, para que este não seja enganado a respeito do produto ou do serviço divulgado. Parafraseando Daniel Ulhoa (2003, p. 9), as informações contidas na página da *internet* são parte da oferta do fornecedor, que compõe uma autêntica promessa de sua parte ao público potencialmente consumidor e vincula-o para todos os fins. Isto equivale, em termos gerais, a uma cláusula escrita do instrumento contratual, em conformidade com o que alude o art. 30 do CDC.

A título de elucidação do que foi exposto, cabe a análise do caso em que um fornecedor-anunciante induz uma consumidora ao erro em publicidade enganosa via *internet*, ao ofertar um produto como remédio para emagrecimento, com a promessa de perda de dois quilos de peso por semana, desconsiderando, inclusive, proibição da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Como a consumidora não obteve êxito, apesar de usar o produto por vinte e dois dias, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios reformou a sentença de primeira instância, de modo a obrigar o fornecedor a restituir o valor pago pelo produto ineficiente e a pagar indenização por danos morais, baseando sua decisão, sobretudo, nos arts. 30 e 37, § 1º, do CDC, e no princípio da boa-fé objetiva.¹⁸

4.1 Formatos publicitários enganosos via *internet*

Aquele que trafega na *internet* pode ou não ser capaz de detectar exemplos de publicidade enganosa que ocorrem com certa frequência. Serão tratados neste trabalho alguns mais evidenciáveis ou danosos, sem a pretensão de exaurir o assunto.

Ricardo Luis Lorenzetti (2004, p. 391) discorre acerca da técnica denominada *metatag*, consistente na inclusão em uma página na *internet* de palavras-chaves que não correspondem ao seu conteúdo, mas que são muito empregadas ou requisitadas pelos usuários. Quando o usuário utiliza a ferramenta de busca para efetuar uma pesquisa com alguma das palavras-

¹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Acórdão nº 281273. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais. Rel. Alfeu Machado. j. 04/09/2007. DJ. 24/09/2007. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia>>. Acesso em: 31/05/2012.



chave incluídas, aparecerá a tal página, apesar de não haver relação com as palavras, configurando-se um caso de publicidade enganosa. Lembra o mesmo autor (2004, p. 392) que algumas páginas se utilizam de palavras-chave relacionadas ao sexo, porém o conteúdo da página em nada corresponde ao tópico, porquanto a maior intenção é de utilizá-la como meio barato de publicidade. Desta forma, o consumidor é induzido ao erro, sendo passíveis, os provedores de conteúdo, os anunciantes e os fornecedores do serviço da referida página, de subsunção no art. 37, § 1º, c/c arts. 7º, parágrafo único¹⁹, e 25, § 1º²⁰, do CDC. Esta temática também deverá ser objeto de enquadramento no art. 45-C²¹, inciso V, do PLS nº 281/2012 que atualizará o CDC.

Outrossim, podem ser usados como publicidade enganosa no meio *internet* os chamados *banners* com dizeres nem sempre verdadeiros, como por exemplo: “Clique aqui e ganhe prêmios” ou “Este é o milionésimo acesso, clique e seja premiado”. Possibilidade há, por meio deste formato publicitário, de caracterização de *puffings*²² do tipo: “Ganhe muito dinheiro sem qualquer esforço” ou “Clique aqui e não trabalhe nunca mais”. Na verdade, tais mensagens não passam de *chamarizes* para intenções comerciais. Analogamente, podem-se considerar os *pop-ups*²³, embora os danos causados por estes possam ser minimizados a partir de bloqueios realizados por intermédio do navegador. Tais práticas também são suscetíveis de enquadramento nos dispositivos logo acima citados.

A utilização dos *cookies*²⁴ pode configurar-se em publicidade

¹⁹ Confere-se no CDC, art. 7º, parágrafo único, que: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”

²⁰ Confere-se no CDC, art. 25, § 1º, que: “Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.”

²¹ Preconiza o PLS nº 281/2012, art. 1º, que o art. 45-C do CDC terá a seguinte redação: “É obrigação do fornecedor que utilizar o meio eletrônico ou similar: [...] V - informar aos órgãos de defesa do consumidor e ao Ministério Público, sempre que requisitado, o nome e endereço eletrônico e demais dados que possibilitem o contato do provedor de hospedagem, bem como dos seus prestadores de serviços financeiros e de pagamento.”

²² Puffing é o exagero praticado em anúncios publicitários, podendo ser benéfico (*dolus bonus*). Se for aferível o conteúdo do anúncio, tem que se provar para não restar ilícito, o que, neste caso, seria maléfico (*dolus malus*).

²³ *Pop-up* constitui-se numa janela extra que se abre no navegador ao se visitar uma página ou acessar uma hiperligação específica. Assemelha-se ao intervalo comercial na televisão.

²⁴ *Cookie* é um arquivo de texto gravado no disco rígido do computador e utilizado pela memória RAM enquanto se navega na *web*, com o fim principal de agilizar os próximos acessos a uma página.



enganosa, pois, para que a futura navegação seja personalizada, são gravadas nestes arquivos informações oriundas de perguntas em forma de formulários, feitas em determinados sítios, que vão desde o nome do usuário a dados financeiros. Estas *despretensiosas* informações em computadores não seguros podem formar bancos de dados não desejados e causar graves prejuízos ao internauta consumidor, se invadidas ou utilizadas indevidamente. Neste caso, é de se supor que, se o internauta soubesse que determinada página estaria gravando em seu computador tais arquivos, dificilmente ele voltaria a acessá-la. Tal afirmação ratifica a enganiosidade por omissão, estampada no § 3º, art. 37 do CDC, a qual não pode ser afastada se o dado é considerado essencial a ponto de fazer o consumidor não efetivar o negócio de consumo, caso o conheça. Em consonância com o § 2º²⁵, art. 43 do mesmo diploma, pode-se considerar que, se os sítios informassem antecipadamente, por meio de avisos claros e precisos, a respeito da gravação de *cookies* no computador, descaracterizaria a enganiosidade ou, pelo menos, diminuiria o número de consumidores afetados.

Outra forma de publicidade potencialmente enganosa são os *spams*²⁶ que absorvem grande parte do tempo do destinatário a apagá-los. Como tempo é custo, cabe uma interpretação extensiva a respeito do comando prescrito no parágrafo único, art. 33²⁷ do CDC, dado que os *spams* podem ser enviados tanto por mensagem telefônica quanto por outros meios eletrônicos. Além disso, à luz do que preceitua o princípio da transparência e o § 3º do art. 37, *c/c caput* do art. 33, desde que o *spam* não traga todas as informações acerca do produto ou serviço bem como dos seus fornecedores, configura-se publicidade enganosa por omissão. O art. 45-E²⁸, proposto no PLS nº 281/2012, positivará em detalhes o que será tolerado ou não acerca do *spam*, destacando-

²⁵ Confere-se no CDC, art. 43, § 2º, que: “A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.”

²⁶ *Spam* é uma mensagem eletrônica não solicitada, em geral, indesejada e inconveniente, enviada em massa, geralmente relacionada à oferta ou publicidade de produtos ou serviços.

²⁷ Confere-se no CDC, art. 33, que: “Em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial. Parágrafo único. É proibida a publicidade de bens e serviços por telefone, quando a chamada for onerosa ao consumidor que a origina.”

²⁸ Preconiza o PLS nº 281/2012, art. 1º, que o art. 45-E do CDC terá a seguinte redação: “É vedado enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que: I - não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio em recebê-la; II - esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta; ou III - tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la. [...]”



se a vedação ao fornecedor do envio deste meio de divulgação a consumidores com os quais não possua relação anterior de consumo, ou que se recusarem diretamente ou em cadastros de bloqueio.

Repisa-se que a própria divulgação, *de per se*, dos produtos e marcas a serem comercializados em *homepages* já se constitui em publicidade, funcionando a *internet* como uma grande vitrine ou *outdoor* virtual. Desta maneira, os dispositivos do CDC analisados nesse subitem aqui também se aplicam.

É demasiado complexo aferir a enganosidade apenas pela menção ao homem médio, visto que não é somente para o cidadão regular que se dirige a mensagem publicitária, nem só é o homem comum que tem acesso a esta informação. Há de se proteger, também, a boa-fé da criança, do homem do campo, do índio, do imprudente, etc. A lealdade, a veracidade e clareza das informações, eis os alicerces da boa-fé objetiva que devem pautar as práticas publicitárias, porquanto a característica que prepondera na *web* é a democracia, o livre e fácil acesso de qualquer pessoa, inclusive, insiste-se, crianças.

Para além das sanções civis e administrativas constantes do CDC, cabe a subsunção das condutas infracionais referentes à publicidade enganosa via *internet* de acordo com os tipos penais prescritos nos arts. 66²⁹ e 67³⁰, além do art. 72-A³¹, que deverá ser incluído por meio do PLS nº 281/2012. Acrescenta-se que, no âmbito administrativo, tal publicidade sofre controle tanto do seu órgão, Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), quanto dos órgãos públicos, por força do Título I, Capítulo VII, do CDC, destacando-se a supressão e impedimento de anúncio enganoso e a imposição da contrapropaganda, sem prejuízo de qualquer questionamento na esfera jurisdicional.

²⁹ Confere-se no CDC, art. 66, que: "Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa. § 1º Incurrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta. § 2º Se o crime é culposo: Pena - Detenção de um a seis meses ou multa."

³⁰ Confere-se no CDC, art. 67, que: "Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa."

³¹ Preconiza o PLS nº 281/2012, art. 1º, que o art. 72-A do CDC terá a seguinte redação: "Veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais. Pena - Reclusão, de um a quatro anos, e multa."



5 COMENTÁRIOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PUBLICIDADE ENGANOSA VIA *INTERNET*

Passa-se a analisar a responsabilidade civil dos prestadores dos serviços de publicidade via *internet*, mais especificamente, a responsabilidade concernente à publicidade enganosa. Neste âmbito, podem-se enumerar vários sujeitos que concorrem para que o anúncio chegue ao consumidor, dentre eles os provedores, os profissionais liberais publicitários, os artistas e celebridades, as agências de propagandas e os fornecedores-anunciantes. Ressaltando-se que as agências de propaganda e seus publicitários regem-se, nas suas especificidades, pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Os fornecedores-anunciantes e as agências de publicidade respondem objetiva e solidariamente pelos danos e infrações praticadas, conforme os arts. 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, do CDC, bem como também prescreve o art. 45³², *caput*, da norma autorregulamentadora. Necessário se faz ressaltar que há divergências doutrinárias acerca da responsabilidade solidária das agências de propaganda, e até dos artistas e celebridades, conforme entendimento de Regina Tavares da Silva, citando, respectivamente, a defesa da responsabilidade objetiva, feita por Scartezzini Guimarães, e a da subjetiva, no dizer de Herman Benjamin e Rodrigues Júnior:

A questão é controvertida, mas é também respeitável o entendimento da manutenção do fundamento objetivo perante todo aquele que participa e promove a publicidade ilícita, incluindo-se os artistas e as pessoas notórias que a protagonizam (GUIMARÃES apud SILVA; POLETO, 2009, p. 437).

Há quem entenda, entretanto, que, embora sejam civilmente responsáveis, a agência e o artista responderiam subjetivamente, devendo haver prova de que agiram de forma dolosa ou culposa (BENJAMIN;

³² Confere-se no CBAP, art. 45, que: “A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao Anunciante e a sua Agência, bem como ao Veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste Artigo: [...]; e a responsabilidade do Veículo será equiparada à do Anunciante sempre que a veiculação do anúncio contrariar os termos de recomendação que lhe tenha sido comunicada oficialmente pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária-CONAR.”



RODRIGUES JÚNIOR apud SILVA; POLETTTO, 2009, p. 437).

Em relação ao veículo de divulgação, em regra, é considerado responsável solidário com os sujeitos anteriores, posto que, sem ele, sequer haveria anúncio. Todavia, pode haver excludentes de responsabilidade do veículo quanto aos anúncios: “a) que não são ilegais objetivamente considerados em si e dos quais não se extrai a enganiosidade; e b) por cuja veiculação não é possível ao veículo, por falta de condições reais, saber se eles são enganosos” (NUNES, 2011, p. 558). Para o CBAP, o veículo responde solidariamente sempre que o anúncio contrariar suas normas regulamentadoras (art. 45, e).

Já responsabilização dos profissionais, pessoas físicas, vinculadas às empresas do setor dá-se na medida de sua participação ou poder de decisão pelos danos que o anúncio causar (art. 46 do CBAP)³³, o que é irrelevante em face do art. 34³⁴ do CDC. De maneira diferente, ocorre quando o publicitário é profissional liberal independente, o qual responde subjetivamente pelo fato do serviço, como prescreve o art. 14, § 4º³⁵, do CDC.

As regras relacionadas aos veículos de divulgação, acima discutidas, podem ser aplicadas extensivamente aos provedores de *internet*, respeitadas as suas particularidades. Sobre os provedores, é interessante ao presente estudo salientar os seus tipos, que podem ser classificados em pelo menos cinco: “provedores de *backbone*, de correio eletrônico, de conteúdo, de informação e de acesso”³⁶ (LEONARDI apud DE LUCCA, 2009, p. 279).

Se o provedor, na doutrina de Newton De Lucca (2009, p. 284),

³³ Confere-se no CBAP, art. 46, que: “Os diretores e qualquer pessoa empregada numa firma, companhia ou instituição que tomem parte no planejamento, criação, execução e veiculação de um anúncio, respondem, perante as normas deste Código, na medida de seus respectivos poderes decisórios.”

³⁴ Confere-se no CDC, art. 34, que: “O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.”

³⁵ Confere-se no CDC, art. 14, § 4º, que: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

³⁶ Pode-se conferir também em Newton De Lucca (2009, p. 279) que: *backbone* é a espinha dorsal, no sentido de suporte principal, contendo as estruturas da rede que possibilita o tráfego das informações; os provedores de correio eletrônico realizam o serviço de envio, recebimento e armazenamento de mensagens eletrônicas. Quanto aos provedores de conteúdo, Newton De Lucca (2009, p. 280) informa que eles disponibilizam e armazenam, em seus sítios, as informações criadas pelos provedores de informação; os provedores de informação geram as informações a serem armazenadas nos provedores de conteúdo; e os provedores de acesso fornecem aos seus usuários a possibilidade de conexão à internet.



recebe comissão ou detém lucro sobre o valor das vendas decorrentes de sua plataforma digital e pratica ato comissivo ou omissivo capaz de levar o consumidor ao engano, responderá, solidária e objetivamente, com os demais fornecedores do produto ou serviço. Isto se assenta por força dos arts. 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, do CDC, e por se estabelecer o nexo de causalidade entre a causa e o dano provocado ao consumidor. Assim, quanto aos provedores de informação, não há de se ter dúvida acerca de sua responsabilidade. Em relação aos demais, é necessário o liame causal, que deve ser avaliado no caso concreto.

A propósito, cumpre-se analisar alguns precedentes jurisprudenciais a respeito da responsabilidade civil dos provedores. Tais decisões comprovam as teses acima expostas.

O primeiro caso, julgado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, refere-se à não entrega de mercadoria comprada pela *internet* por intermédio do provedor de compras Mercado Livre, que, nada obstante o produto ter sido adquirido de terceiro não integrante da lide, foi considerado responsável solidariamente, haja vista a remuneração para a realização do negócio.³⁷

O segundo caso trazido à apreciação diz respeito ao julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual foi ponderado que o provedor que realizou a publicidade não foi responsabilizado em virtude da não comprovação do nexo causal, provado somente perante a empresa com quem a compra foi efetuada (segunda ré). Assim, o Tribunal julgou irresponsável o provedor que intermediou o negócio por não comprovação do nexo causal da relação jurídica.³⁸

No julgamento do REsp 118.6616/MG, o STJ, de certa forma, pacificou polêmica originada nos tribunais regionais a respeito da responsabilidade dos provedores de conteúdo, ou mesmo de acesso, quando intermediam a relação jurídica de consumo, o que inclui a publicidade. Tal julgado considerou que foi premente a remuneração indireta do provedor, embora tenha sido gratuito o serviço prestado, devendo, desta forma, ser interpretado de forma ampla para enquadramento do CDC. Ademais, o provedor pode responder objetiva

³⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70025673856. Décima Câmara. Cível. Rel. Paulo Antônio Kretzmann. j. 30/10/2008. DJERS. 27/11/2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 30/10/2012.

³⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação nº 2008.001.20289. Sétima Câmara. Cível. Rel. Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva. j. 21/05/2008. DJERJ. 04/07/2008. Disponível em: <<http://webserver2.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200800120289>>. Acesso em 30/10/2012.



e solidariamente com o autor direto do dano, se, ao tomar conhecimento de conteúdo ilícito, postado pelo usuário, não retirar o material do ar imediatamente.³⁹

Destarte, observa-se que o CDC faz a opção pela *teoria do risco-proveito*⁴⁰, no que concerne à responsabilidade civil objetiva pela prática publicitária enganosa, como é ratificada por parte da doutrina e da jurisprudência analisadas, tendo em vista as várias excludentes consideradas, relativas aos seus sujeitos de divulgação na *internet*.

6 CONCLUSÕES

Do quanto acima foi exposto, depreende-se que, apesar da ausência de uma regulamentação específica relativa à publicidade via *internet*, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, por estar na vanguarda da legislação consumerista do mundo, tem sido aplicado, mesmo que implicitamente com interpretações extensivas, ou até analógicas, nas demandas atinentes à publicidade enganosa neste meio de divulgação.

Entretanto, isso não quer dizer que o Brasil prescindia de uma legislação específica para as relações de consumo via comércio eletrônico, incluindo as suas formas de publicidade, sobretudo diante do avanço tecnológico, da mobilidade social e do correspondente avanço do consumo de massa na sociedade atual. Pelo contrário, ela se faz necessária pela revisão ampla do CDC. Uma proposta de atualização, repise-se, está em andamento, constante do PLS nº 281/2012, que acrescentará a Seção VII, “Do Comércio Eletrônico”, no Título I, Capítulo V, deste diploma. Além das sanções penais originais relativas ao tema debatido, as quais não ultrapassam dois anos de

³⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1186616/MG. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. j. 23/08/2011. DJ. 31/08/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 30/10/2012.

⁴⁰ A teoria do risco-proveito apresenta que quem obtiver proveito numa determinada atividade deve se onerar com possível indenização por fatos prejudiciais decorrentes de parte desta atividade. Já na teoria do risco criado ou pura, o agente se onera por quaisquer fatos oriundos de toda a atividade, o que não é o caso do CDC, no que toca ao tema ora discutido. Verifica-se que o art. 12 do CDC não abrange a comercialização, o marketing e a prática publicitária, o que “torna-se patente que o risco aqui abordado não é o risco de toda atividade. Mas é um risco que ocorre na concepção do produto. Por isso, admite-se que o risco nesta situação é um risco-proveito” (SILVA, 2008, p. 261).



detenção e multa, será proposto nesta revisão o art. 72-A. Este inclui pena de reclusão de até quatro anos, e multa, o que, embora seja ainda insuficiente, já se configura uma motivação no sentido de punir efetivamente os infratores.

Não obstante as dificuldades para o consumidor atingido pela publicidade enganosa via *internet* e a opção do CDC, relativamente a este tema, de mitigar a responsabilidade civil objetiva e solidária por meio da teoria do risco-proveito, ao acatar algumas excludentes aqui consideradas, deve-se enaltecer a importância da responsabilização civil prescrita, a qual facilita de certa forma a defesa da parte vulnerável da relação de consumo e a subsunção do caso concreto, ainda que indireta ou de forma extensiva, pelo intérprete do direito.

REFERÊNCIAS

ARANOVICH, Natália de Campos. **Publicidade das marcas na internet e a proteção dos consumidores**. Porto Alegre, [2011]. Disponível em: <http://www.aranovich.adv.br/gomanager/arquivos/PUBLICIDADE_DAS_MARCAS_NA_INTERNET_E_A_PROTECAO_DO_CONSUMIDOR.pdf>. Acesso em: 30/05/2012.

BENJAMIN, A. Herman de Vasconcelos et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

DE LUCCA, Newton. Aspectos da responsabilidade civil no âmbito da internet. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da et al (Coords.). **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009, cap. 6, p. 265-310.

DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Formatos e classificações da publicidade eletrônica e seus controles legais: licitudes e ilicitudes. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). **Direito & Internet – Aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, cap. 3, p. 117-172, v. 2.



FRANÇA, Diego Silva. **Peculiaridades jurídicas do comércio eletrônico. Uma abordagem prática.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2027, 18 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12221>>. Acesso em: 31/05/2012.

LEINER, Barry M. et al. **Brief History of the Internet.** [S.l.], [2012]. Disponível em: <<http://www.internet-society.org/internet/internet-51/history-internet/brief-history-internet>>. Acesso em: 07/06/2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis; MENKE, Fabiano (Trad.). **Comércio eletrônico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fabio Henrique; CARAZAI, Marcos Martins. **Código de Defesa do Consumidor Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Luiz A. Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **O direito do consumidor e a publicidade.** São Paulo: MP Editora, 2008.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; POLETTTO, Carlos E. Minozzo. Responsabilidade civil pela publicidade. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da et al (Coords.). **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** São Paulo: Saraiva, 2009,



cap. 9, p. 387-450.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. **Manual de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ULHOA, Daniel da Silva. **A publicidade enganosa via Internet**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3796>>. Acesso em: 31/05/2012.

CIVIL RESPONSIBILITY FOR MISLEADING ADVERTISING INTERNET

ABSTRACT

The announcement made by the internet has a strong influence on consumer buying decision, given the high number of people with access to the web today, becoming too much exposure to its advertising, including the misleading. In this respect, the accountability of advertisers, suppliers of products or services as well as advertising agencies, their professionals, artists and internet providers by practice of misleading advertising should be applied. Individuals affected by this attitude have on hand protective standards contained in the Consumer Defense Code – CDC – and the Brazilian Advertising Self-Regulation Code. The principle character and form of civil responsibility and objective under the laws consumerist favors consumer protection on the internet. However, it appears that there is need for improvement in specific regulations for e-commerce, involving consumer protection against misleading advertising. Thus, the Senate Bill No. 281 of 2012, which provides current to the



CDC, in this context, it was also briefly examined.

Keywords: Misleading Advertising. Civil Responsibility. Internet.



Artigo Convidado

BREVES NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DA CELERIDADE- EFETIVIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO BRASILEIRO E ARGENTINO

Luiz Gomes

Diretor da ABRAT - Associação Brasileira
dos Advogados Trabalhistas

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo traçar breves considerações sobre o princípio da celeridade e da segurança jurídica, sob uma perspectiva do Direito Processual do Trabalho. Dessa maneira, propõe-se a trazer um referencial doutrinário, administrativo e jurisprudencial, especialmente, no tocante à aplicabilidade desses princípios no processo trabalhista.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Judiciário. Princípios. Segurança Jurídica. Celeridade. Efetividade. Aplicação das normas e Jurisprudência

1 INTRODUÇÃO

A partir de uma breve conceituação de princípio, pode-se extrair a enorme relevância desse alicerce à ordem jurídica e ao Estado Democrático de Direito. Princípios estão ligados a garantias e direitos fundamentais, pautados em valores sociais, e por isso devem ser utilizados e postos a favor da democracia e da realização da Justiça.

Princípios pairam no ordenamento jurídico, e por isso, mesmo que explícitos ou implicitamente no texto legal, possuem significado e influenciam

na tomada de decisões de uma sociedade. Como bem descreve Luis Carlos Moro (2012, p. 125):

Os princípios se acham pressupostos, guardados nos escaninhos ocultos do texto constitucional ou sob um véu composto de uma renda de letras e uma neblina de normas (...). Cumpre ao intérprete da Constituição desvelá-los, encontrá-los, descobri-los, iluminá-los.

E é através dessa idéia que os princípios da segurança jurídica e celeridade processual, aliados a efetividade das normas, são aqui suscitados. São eles levados a debate para um maior destaque na ordem constitucional, dando um enfoque no direito processual do trabalho.

Desta feita, ver-se-á no presente trabalho, através da doutrina, caso concreto e jurisprudência, o posicionamento e os fundamentos utilizados pela Corte brasileira e Corte argentina acerca dos referidos princípios.

Para atingir tal desiderato, será apresentada uma série de conceitos que permeiam a noção de princípios, bem como as suas funções, para, em seguida, importar tais percepções para o universo do processo trabalhista.

No terceiro capítulo, serão tecidas algumas considerações sobre o princípio da celeridade-efetividade, sob a perspectiva doutrinária, jurisprudencial e até mesmo administrativa, partindo de um marco genérico até a especificidade da seara do processo trabalhista.

Nesta mesma linha de raciocínio, no quarto capítulo, cujo termo abordado será os princípios da segurança jurídica serão tecidas considerações generalizantes sobre o princípio, até as peculiaridades e particularidades do universo do processo laboral.

Por fim, no quinto capítulo, serão apresentadas as considerações finais decorrentes de um raciocínio e exegese de correlação entre os princípios alhures mencionados e a realidade da justiça laboral.

2 BREVIÁRIO: CONCEITO E FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS

Preliminarmente, importa dizer que não existe um conceito unívoco de princípio, nem o presente trabalho tem a pretensão de exaurir as definições existentes no mundo jurídico sobre o tema, limitando-se a descrever os conceitos de maior repercussão na Ciência do Direito.

O termo princípio deriva do latim *principium* e indica o começo ou



a origem de alguma coisa, segundo DE PLÁCIDO E SILVA¹. Diniz², conceitua princípio, na linguagem jurídica, como um preceito, norma de conduta, alicerce ou base.

Destaque-se a idéia de princípio formulada por Alexy³:

Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever *prima facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Pode expressar-se isso abreviadamente, embora um pouco inexatamente, pelo fato de se designar princípios como “mandamentos de otimização”. Como mandamentos ideais, princípios exigem mais do que é possível realmente. Eles colidem com outros princípios. A forma de aplicação para eles típica, é, por isso, a ponderação. Somente a ponderação leva do dever *prima facie* ideal ao dever real e definitivo.

Observe que para Alexy⁴, um princípio não constitui um mandamento definitivo, mas é aplicável *prima facie*. Caso seja verificada numa circunstância concreta que determine a aplicação de outro princípio, não significa que o princípio preterido não pode ser aplicado e está excluído do ordenamento jurídico.

Importa também mencionar a contribuição de Dworkin⁵, para a delimitação do conceito de princípio:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou

¹ DE PLACIDO, Silva. Vocabulário Jurídico. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

² DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

³ ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Tradução: Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁴ ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Tradução: Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁵ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução: Gildo Sá Leitão Rios. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005



equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Dworkin preocupou-se em assentar a diferença entre política e princípio e princípio e regras. Conforme o autor, a política volta-se para a consecução de um objetivo a ser alcançado, seja político, econômico ou social. O princípio não pode ser confundido com um objetivo, pois consubstancia um arcabouço moral considerado justo que já existe, não constitui um objetivo, uma meta como a noção de política.

No tocante à distinção entre princípio e regra, o critério de diferenciação é de natureza lógica, posto que as regras são aplicadas conforme a lógica do tudo ou nada. Isso porque, verificado o substrato fático, a regra deve ser aplicada.

Os princípios não são aplicados na forma tudo ou nada, ou seja, se as condições da norma são satisfeitas, ter-se-á tal consequência jurídica. Os princípios não estabelecem condições, mas enunciam uma razão que pode conduzir a uma certa decisão num caso particular.

Pode-se dizer que Dworkin entende os princípios como pautas, *standards*, que são utilizados de forma diferente que as regras, como um imperativo de justiça, honestidade ou outra dimensão moral.

Ressalte-se também a contribuição de Canotilho⁶ que entende os princípios como normas jurídicas dotadas de alto grau de abstração, caracterizadas pela vagueza e indeterminabilidade, destacam também o papel dos princípios enquanto norma estruturante, fonte do Direito.

Canotilho classifica os princípios jurídicos constitucionais, ou seja, os princípios inseridos explícita ou implicitamente na Constituição em quatro categorias: a) princípios jurídicos fundamentais; b) princípios políticos constitucionalmente conformadores; c) princípios constitucionais impositivos e d) princípios-garantia.

Os princípios jurídicos fundamentais são frutos de objetivos históricos, progressivamente introduzidos na consciência jurídica como necessários, como o princípio de acesso à justiça. Os princípios políticos constitucionalmente conformadores são princípios que representam as decisões políticas fundamentais do Estado, como a forma de governo e de Estado.

⁶ CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003



Os princípios constitucionais impositivos são aqueles que impõem objetivos a serem alcançados, contemplam a realização de fins e a execução de tarefas. Por fim, os princípios-garantia visam assegurar uma garantia aos cidadãos, como o princípio do juiz natural.

Em âmbito nacional, é pertinente destacar o conceito de princípio de Mello⁷:

Princípio – já averbamos alhures – é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Percebe-se que o autor ressalta a importância do princípio no sistema jurídico, considerando-o alicerce, base. Dessa maneira, ao violar um princípio não se está transgredindo uma norma apenas, mas o sistema de comandos que derivam desse princípio.

Além disso, Grau⁸ ressalta que os princípios conferem ao sistema jurídico unidade e coerência, pois cada direito não constitui um agregado de normas, que pode ser interpretado isoladamente. É necessário suprir as aparentes antinomias do sistema jurídico e explicitar o sentido da norma a ser aplicado em um determinado caso através dos princípios.

Importa sublinhar pela clareza, inovação e contribuição à Teoria dos Princípios, o conceito de princípio do jurista Ávila⁹, que propõe:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas,

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. ver. e atual São Paulo: Malheiros Editores, 2007

⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007

⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78/79.



primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Infere-se, portanto, que os princípios podem ser identificados pelo seu caráter finalístico, ou seja, estabelecem um fim, um estado de coisas, uma situação, um conteúdo a ser atingido, estabelecendo comportamentos necessários à sua consecução, pode-se afirmar, portanto, que apenas indiretamente determinam um comportamento a ser adotado. Além disso, pode-se considerar que os princípios possuem um caráter prospectivo, pois estabelecem um estado de coisas a ser construído.

Os princípios também se caracterizam pelo seu caráter de complementaridade e parcialidade, no sentido de contribuírem para a solução da situação no caso concreto, somando-se com outras razões, para só então permitir a tomada de decisão.

Assim, a aplicação dos princípios exige uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser atingido e os efeitos da conduta tida como essencial.

Bonavides¹⁰ sintetiza as três funções dos princípios proclamadas pioneiramente pelo jurista espanhol F. de Castro, quais sejam: fundamento da ordem jurídica, função orientadora no trabalho de interpretação e fonte do direito, em caso de insuficiência da lei e do costume.

Espíndola¹¹ ressalta que a função fundamentadora do princípio ostenta uma eficácia derogatória e diretiva. Em outras palavras, as normas que se opõem a um princípio perderão a sua validade (eficácia diretiva) e/ou a sua vigência (eficácia derogatória). Observa, ainda, que os princípios cumprem o papel de oferecer uma solução jurídica ao trabalho do intérprete (função interpretativa).

Ante o exposto, resta clara a magnitude da noção de princípio, ou seja, ao se declarar, por exemplo, a razoabilidade, a dignidade da pessoa humana, a legalidade, um princípio promove-se um alargamento da concepção

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

¹¹ ESPÍNDOLA, Ruy. Conceito de Princípios Constitucionais. 2. ed. São Paulo: Editora RT 2002



de significados que o vocábulo agrega.

Numa análise perfunctória, no sentido de extrair esta noção principiológica e aplicá-la no contexto da processualística do Direito do Trabalho, pode-se extrair interessantes considerações.

Inicialmente, cumpre dizer que numa perspectiva contemporânea processo pode ser compreendido como procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre sujeitos, sob o viés e norte do contraditório a todos as partes envolvidas, conforme Cintra, Dinamarco e Grinover¹².

De modo que, conforme Alexy¹³, esses princípios tecem a legislação infraconstitucional e as regras, na direção da obtenção de um resultado positivo. Tal resultado pode ser considerado positivo se o resultado prático, for alcançado com a obediência aos princípios e regras.

Bem, se o resultado encontrado é defeituoso, negativo, houve uma violação aos princípios e regras correlatas, a qual exige dos construtores do Direito uma postura reflexiva, no sentido de verificar se determinado princípio foi aplicado, ou, o pior, foi aplicada uma regra, que invalidou um princípio, pois havia uma colisão entre esses elementos.

Por exemplo, *data venia*, há jurisprudência consolidada no Tribunal Superior do Trabalho (TST) que a falta de preparo, implica o não conhecimento de um recurso, mesmo que o valor seja irrisório.

Ora, não viola o princípio da ampla defesa, negar-se seguimento a recurso, porque por equívoco, a parte não efetuou o depósito na sua integralidade, chegando a diferença a centavos?

Enfim, nessa esteira, passa-se a abordar mais detidamente alguns princípios de índole constitucional, aplicáveis ao processo, inclusive, o processo trabalhista.

3 PRINCÍPIO DA CELERIDADE-EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

Ab initio, impende dizer que a Carta Magna Brasileira de 1988 incorporou um conjunto amplo de garantias e de direitos, originando um

¹² CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido R e GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 11. Ed. Malheiros: 1995.

¹³ Alexy, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 1. Ed. Malheiros: 2008.



fenômeno conhecido no campo jurídico como constitucionalização do Direito laboral.

Há duas maneiras pelas quais esse fenômeno se apresenta: a) a recepção pelas Constituições Federais de institutos e regras infraconstitucionais; b) uma nova interpretação dos institutos dispostos no ordenamento jurídico através dos princípios fundamentais¹⁴.

Nesse diapasão, o constituinte hospeda normas que visam à proteção de institutos, que possuem grande importância para o interesse da coletividade, principalmente, as normas constitucionais garantidoras de institutos jurídicos como o do direito do trabalho, tal qual o art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Além da proteção de institutos jurídicos, esse fenômeno manifesta-se também pelo acolhimento de regras tipicamente legais, tal como se dá, entre nós, por exemplo, por meio da previsão da irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, CF/1988).

É incontestável que, com a constitucionalização do Direito, o Poder Judiciário adquire um lugar de destaque na sociedade, possuindo a obrigação de efetivar, através da jurisdição constitucional, o objetivo social designado pela Lei Maior.

Ademais, esta posição de supremacia conferida ao Poder Judiciário no Estado Democrático é uma das razões deste existir, pois é de sua natureza social centralizar na atividade jurisdicional uma maior relevância, a qual possui a missão de proteger os fundamentos desta forma de Estado, resguardando as promessas constitucionais¹⁵.

¹⁴ Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁵ Como salienta Luís Roberto Barroso, *“os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas. Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve*



Neste contexto, está inserido o Poder Judiciário Trabalhista que, tendo em mira semelhante realidade, deve buscar estruturar-se como mecanismo hábil à plena realização das normas trabalhistas através do processo do trabalho, principalmente, em face da inscrição de vários de seus princípios nos textos constitucionais, tais como o princípio da proteção ao trabalhador, da irredutibilidade salarial e da não discriminação.

Logo, o processo do trabalho por ser a instrumentalização do direito material do trabalho serve para a materialização das promessas constitucionais, principalmente, a promessa de acesso à justiça do trabalho, por intermédios das implementações de condições para a plena realização dos direitos trabalhistas, através de uma efetiva prestação jurisdicional.

Enfim, é importante ressaltar que a constitucionalização do Direito reconhece ao Poder Judiciário o dever de tomar para si uma atitude diligente na orientação dos procedimentos, que visam concretizar os princípios dispostos na Constituição Federal, tais como, o do acesso à justiça, o da efetividade do processo ou do direito a um processo de duração razoável, permitindo que seus conteúdos axiológicos sejam expressos de forma eficaz para que se configure um processo justo.

Posto isto, faz-se necessário enfatizar que com a constitucionalização como princípio do direito a um processo de duração razoável, ocorrida em 2004 pela Emenda Constitucional nº. 45, o debate sobre o problema do tempo razoável para finalizar um processo (instauração, desenvolvimento, e término dos procedimentos) passou a ter lugar de destaque.

Passa-se a buscar uma solução para os problemas de acesso à jurisdição, neste caso a trabalhista, em função da “morosidade judicial” (não efetivação do princípio da duração razoável do processo), causada pelo aumento na demanda pelos serviços jurisdicionais e não alteração da estrutura do Judiciário, mais especificadamente, da Justiça do Trabalho.

Destarte, observa-se que são necessárias reformas visando a efetivação do direito de acesso à justiça do trabalho, direito esse fundamental garantido pela Constituição.

de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais”.



Ademais, é inconcebível que em um Estado Democrático de Direito os cidadãos fiquem dependentes de uma Justiça do Trabalho. Portanto, não é demais enfatizar que dentro deste contexto sócio-jurídico, deve-se ressaltar que a aproximação do Poder Judiciário aos cidadãos se dá através do efetivo exercício da tutela jurisdicional. Logo, com intuito de esclarecer a importância e a extensão da tutela jurisdicional do Estado, portanto, importante a noção de jurisdição de forma genérica, para em seguida explicitar e conhecer a jurisdição trabalhista.

Na Carta Magna de 1988 todos os ramos fundamentais do direito infraconstitucional foram tratados com maior ou menor relevância. Observa-se que em questão de matéria trabalhista, a Constituição possui um capítulo inteiro, no título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, para os temas mais diversos, aí incluídos salário mínimo, jornada de trabalho, direito de repouso, direito de férias, aviso prévio, licenças (paternidade e licença gestante), prazo prescricional para o ajuizamento de ações trabalhistas, bem como, greve e relações sindicais.

Após o conhecimento dos meios pelos quais a tutela jurisdicional trabalhista é exercida, tem-se a intenção de demonstrar que, com o fenômeno da constitucionalização do direito, expresso na nossa Constituição Federal, a Justiça do Trabalho tem o dever de implementar alterações na sua estrutura organizacional, que venham a permitir maior efetividade no exercício da tutela jurisdicional e, por via de consequência, aproximem mais dos clamores da sociedade por justiça.

A efetividade da ordem jurídica é essencial ao verdadeiro Estado Democrático de Direito e exige a facilitação do acesso aos meios de realização concreta do direito ameaçado ou lesado.

Para facilitar o acesso à justiça, dispõe o art. 791 da CLT que empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar o processo até o final.

No processo do trabalho brasileiro, portanto, as partes podem demandar pessoalmente, isto é, sem a assistência de advogado. A dispensa da contratação de advogado constitui técnica que o legislador adotou para facilitar o acesso à justiça. No dia 26 de abril de 2010, o Plenário do TST aprovou a Súmula nº. 425¹⁶.

¹⁶“O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado



O *ius postulandi* foi, então, é limitado aos órgãos de primeiro e segundo graus da jurisdição trabalhista, Varas do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho, respectivamente. De acordo com o ponto de vista adotado pelo TST na Súmula nº 425, empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho, mas é vedado a eles ajuizar ação rescisória, ação cautelar e mandado de segurança e interpor recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Paulo de Barros Carvalho, ao prefaciar obra de Misabel Abreu Machado Derzi (*Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009), afirma que, ao uniformizar a interpretação das leis, os tribunais superiores põem em prática as funções de:

(i) *estabilizar o sistema*, especificando o fato e a conduta regradados pela norma; (ii) *realizar a segurança jurídica*, instaurando como previsível o conteúdo da coatividade normativa; (iii) *promover a orientação jurisprudencial*, para indicar a referida compreensão aos tribunais judiciais de inferior hierarquia, bem como aos magistrados que viessem a prolatar decisões sobre a matéria, ou seja, estabilizando a jurisprudência segundo a diretriz que os Tribunais Superiores consolidaram; (iv) *operar no sentido da simplificação da atividade processual*, pois ao julgar de idêntica forma os casos semelhantes, acelera o processo decisório e garante a igualdade na prestação jurisdicional, além de reduzir, sensivelmente, o volume de processos existentes a respeito daquele objeto; e, por fim, a (v) *previsibilidade decisória*, porquanto em decorrência da uniformização dos julgados, alimenta-se a expectativa dos destinatários quanto ao desfecho das causas, tornando previsíveis os resultados.

Sob o prisma das aludidas lições doutrinárias, as orientações jurisprudenciais dos Tribunais Superiores são:

(i) para os órgãos do Poder Judiciário: criam modelos para decisões futuras relativas a casos semelhantes¹⁷,

de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”.

¹⁷ A súmula, do mesmo modo que a jurisprudência ainda não sintetizada como tal, não possui



como orientações e, em muitos casos vinculantes¹⁸;
(ii) para os consumidores dos serviços jurisdicionais: servem de parâmetro valorativo para ações futuras, asseguram a previsibilidade das decisões judiciais, garantem estabilidade às relações sociais constituídas sob a sua égide, criam expectativas legítimas de validade e eficácia dos atos praticados com esteio no paradigma que estabelecem e favorecem a realização prática do princípio da igualdade de todos perante a lei.

Frada¹⁹, depois de afirmar que a dogmática “visa principalmente a interpretação das normas do direito vigente e a operacionalização dos princípios jurídicos respectivos”, a ela atribui as seguintes funções:

a) *estabilização*: “pois permite certa fixação de soluções e, deste modo, um efeito multiplicador de decisão. Consegue-se dessa forma uma redução do risco de respostas não coincidentes para hipóteses semelhantes, conferindo realização ao princípio da igualdade de tratamento que é imposição da justiça”;
b) *simplificação*: “na medida em que, no âmbito do discurso jurídico, a dogmática possibilita reduzir as alternativas de decisão, evitando processos argumentativos longos e de acentuada, senão inacabável, complexidade. Ela torna disponíveis, no *iter* da decisão, asserções que não precisam, em princípio, de ser por sua vez questionadas e exaustivamente reexaminadas”;

Observa-se, portanto, que essas medidas de ordem administrativa,

caráter cogente, servindo apenas de orientação para as futuras decisões. Os juízes estão livres para decidir de acordo com sua convicção pessoal, mesmo que para tanto, tenha de caminhar em sentido contrário a toda a corrente dominante.

¹⁸ *Súmula vinculante. Previsão legal*: A EC n. 45/04, prevê, em seu art. 103-A, *caput*, a possibilidade de uma súmula ter eficácia vinculante sobre decisões futuras. Dado o efeito vinculativo da súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal, a autoridade judicial ou administrativa não poderá se escusar de aplicá-la ao caso concreto.

¹⁹ FRADA. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. Teoria da confiança e responsabilidade Civil. Coimbra: Almedina, 2004.



legislativa ou jurisdicionais reverberam e refletem para o sistema, o princípio da celeridade, e buscam de alguma forma alcançar a efetividade jurisdicional.

Não se pode olvidar que o artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal²⁰ assegura o direito fundamental processual à efetividade da tutela jurisdicional, assegurando a todos um processo com duração razoável, bem como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Importa trazer a baila alguns conceitos esclarecedores sobre a duração razoável do processo e sua importância, *in verbis*:

Para a *efetividade do processo*, ou seja, para a plena consecução de sua missão oficial de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos, jurídicos) e, de outro lado, superar os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade de seu produto final²¹.

O direito à duração razoável do processo exige um esforço dogmático capaz de atribuir significado ao tempo processual. A demora para a obtenção da tutela jurisdicional obviamente repercute sobre a efetividade da ação. Isso significa que a ação não pode se desligar da dimensão temporal do processo ou do problema da demora para a obtenção daquilo que através dela se almeja. A efetividade da ação não depende apenas de técnicas processuais capazes de impedir que o dano interino ao processo possa causar prejuízo ao direito material. O direito de ação exige que o tempo para a concessão da tutela jurisdicional seja razoável, mesmo que não exista qualquer perigo de dano²².

²⁰ LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. * Acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004. Art. 7º da E. C. nº 45/2004 - "Art. 7º O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional."

²¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido R e GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 11. Ed. Malheiros: 1995, p.45.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo. 2 ed. São Paulo: RT, 2007, p.52.



Verifica-se ainda que com mais intensidade o princípio da celeridade permeia o universo do processo trabalhista, pois por muitas vezes, o trabalhador tem no salário a sua única fonte de renda. Insta dizer que há inclusive expressa disposição legal neste sentido, senão vejamos:

Art. 765 Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Nessa perspectiva, Cairo²³ resume o princípio da celeridade, na seara trabalhista, afirmando que “a celeridade, na Justiça do Trabalho, é constatada não só pela existência de prazos mais exíguos nos seus procedimentos, mas também pela sua própria dimensão e a existência de recursos humanos e materiais suficientes para conferir efetividade ao comando sentencial.”

Interessante observar que a jurisprudência brasileira já aborda o princípio da celeridade, inclusive, utilizando-o como elemento de decisão de seus julgados, senão vejamos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E INTUITO MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO. 1 - A efetivação do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88) não é tarefa exclusiva dos julgadores, devendo atentar os jurisdicionados para a utilização dos meios recursais nos precisos limites estabelecidos pelas normas processuais de regência. 5º LXXVIII CF/882 - Fica configurado o intuito manifestamente protelatório (art. 538, parágrafo único, do CPC), o qual deve ser coibido pelo Poder Judiciário, quando o jurisdicionado opõe embargos de declaração contra decisão explícita, clara, coerente e fundamentada em precedentes reiterados do TST e do STF. 538 parágrafo único CPC3 - Embargos

²³ JÚNIOR CAIRO, José. Curso de Direito Processual do Trabalho: Teoria Geral, Processo de Conhecimento e Processo de Execução. 2º Ed. Salvador: 2009, p.58.



de declaração rejeitados, com a aplicação da multa de 1% do art. 538 do CPC.538CPC (646405120075060009 64640-51.2007.5.06.0009, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 03/08/2011, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/08/2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Dentro da sequência ordenada de atos que constituem o processo, oportuniza-se às partes prazos adequados para a realização dos atos que lhes competem. A sua não observância importa preclusão, o que atende aos princípios da razoável duração do processo e da celeridade na tramitação, não implicando, por óbvio, violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, consagrados no artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (116405120095030074 11640-51.2009.5.03.0074, Relator: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 30/08/2011, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/09/2011).

4 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E JURISPRUDENCIAS BRASILEIRAS E ARGENTINAS

O Princípio da Segurança Jurídica cumpre relevante destaque, sendo de suma importância para qualquer contexto jurídico social do país, até porque já na Carta Constitucional de 1988²⁴, estabelece primordialmente que *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. Assim, cabe ressaltar que o Princípio da Segurança Jurídica possui conexão direta com os direitos fundamentais e ligação com demais princípios que dão funcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como, a celeridade processual, a irretroatividade da lei, o devido processo legal, o direito adquirido, entre outros.

No mesmo sentido, a Lei de Introdução ao Código Civil afirma em seu artigo 6º que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. Em interpretação

²⁴ Constituição Federal, artigo 5º inciso XXXVI.



autêntica tem-se como ato jurídico perfeito aquele “já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (§ 1º do artigo 6º da LICC); como direito adquirido “os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (§ 2º do artigo 6º da LICC); e, coisa julgada como “a decisão judicial de que já não caiba recurso” (§ 3º do artigo 6º da LICC).

Dessa forma, o presente estudo tem em sua finalidade principal fazer uma breve análise dos principais pontos referentes ao tema em questão já que a aplicação do Princípio solidifica o ordenamento jurídico pátrio. Nesse passo, temos que o Princípio da Segurança Jurídica se encontra intensamente relacionado ao Estado Democrático de Direito, podendo ser considerado inerente e essencial ao mesmo, sendo um de seus princípios basilares que lhe dão sustentação.

Nessa perspectiva, transcreve-se decisão do Superior Tribunal de Justiça, no qual se analisou a eficácia e segurança jurídica da coisa julgada:

PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. SENTENÇA TRABALHISTA. ÍNDICES DE 26,05% (U.R.P. DE FEVEREIRO DE 1989) E DE 26,06% (IPC DE JUNHO DE 1987). EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA LEI N. 8.112/1990. ALTERAÇÃO DE SITUAÇÃO JURÍDICA. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não há ofensa à coisa julgada se a situação jurídica foi alterada por força da publicação da Lei n. 8.112, de 1990, cujo art. 243 transformou os empregos públicos em cargos públicos, submetendo os recorrentes a novo regime jurídico diferente ao da situação trabalhista a que estavam jungidos.

2. A eficácia da sentença trabalhista está adstrita à data da transformação dos empregos em cargos públicos, e consequente enquadramento no Regime Jurídico Único instituído pela Lei n. 8.112, de 1990. Agravo regimental improvido. Prossegue a execução. (Ag Rg no REsp 1265294 RN, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Humberto Martins, Julgamento em 16/02/2012, Publicação em 27/02/2012).

Por este prisma e viés doutrinário, tanto a Lei Trabalhista Brasileira quanto a Lei Trabalhista Argentina, seguem os mesmos princípios, conforme



se verifica em julgados emanados pelos Tribunais Pátrios e Argentinos, a saber:

EMENTA: COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35. IRRETROATIVIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. A coisa julgada, como corolário do princípio da segurança jurídica, apresenta-se como uma das circunstâncias que autorizam o entendimento de que a inconstitucionalidade aventada pela decisão agravada não opera efeitos retroativos. Assim, os títulos judiciais já protegidos pela autoridade da coisa julgada antes da edição da Medida Provisória 2.180-35/2001, de 24/08/2001, como no presente caso, estão fora do âmbito de incidência desse diploma. Agravo de petição conhecido e provido. ACÓRDAO Por tais fundamentos, ACORDAM os Desembargadores da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do agravo e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento, nos termos da fundamentação deste voto, a fim de acolher o pedido de reforma da decisão agravada, determinando-se, por consequência, o prosseguimento da execução. (00542-1991-001-16-25-9-AP, Ministro Relator Américo Bede Freire, Segunda Turma do Tribunal Regional da 16ª Região, Data de Julgamento: : 05/07/2011; Data de Publicação: 25/07/2011).

SALARIO. REBAJA SALARIAL. DECRETO 290/1995. PERSONAL DE LA DGI. DESPIDO INDIRECTO.GARIN, AMALIA C/ D.G.I. IRECCION GENERAL IMPOSITIVA S/ DESPIDO.Expediente: 33782, Del 29/06/2000
000000010 SALARIO. REBAJA SALARIAL. DECRETO 290/95. PERSONAL DE LA DGIDESPIDO INDIRECTO.

El trabajador que dispuso su desvinculación antes de La Publicación del dec. 398/95, basándose en el derecho conferido por el dec. 290/95 (art.4) que le posibilitaba la rescisión del contrato ante la rebaja salarial dispuesta por la última norma citada, tiene derecho a percibir las indemnizaciones por despido conforme el art. 246 LCT. Esto es así, toda vez los decretos 397/95 y 398/95 (B.O. 27/3/95) no pudieron alterar los efectos jurídicos



de los actos realizados por el demandante amparado en lo que preveía el art. 4 del dec. 290/95 ya citado ni los efectos patrimoniales que son consecuencia de tal conducta. Lo contrario importaría darle efecto retroactivo a una norma posterior sin considerar el límite impuesto por el art. 3 del C. Civil. BOUTIGUE - RUIZ DIAZ Expediente: 33782

GARIN, AMALIA C/D.G.I. DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA S/ DESPIDO, 29/06/2000 CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO Sala VII. Disponível: www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html, acesso em 23/06/2012.

Efetuada esse breve introito, com as indagações e problemas, os quais exigem a observância do princípio da segurança jurídica, faz-se mister apresentar conceito do ilustre Celso de Mello sobre o tema:

Os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público, em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos poderes ou órgãos do Estado (os Tribunais de Contas, inclusive), para que se preservem, desse modo, situações administrativas já consolidadas no passado²⁵.

Frise-se ainda a contribuição de Delgado, no sentido de apresentar a abrangência deste princípio. A segurança jurídica, para bem ser compreendida, deve ser examinada como: a) garantia de previsibilidade das decisões judiciais; b) meio de serem asseguradas as estabilidades das relações sociais; c) veículo garantidor da fundamentação das decisões; d) obstáculos ao modo inovador de

²⁵ O ministro Celso de Mello cassou acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU) que suspendiam vantagem paga a servidor público já transitada em julgado. O caso chegou ao Supremo no Mandado de Segurança (MS 25805), teve a liminar deferida pelo ministro em 2006 e agora ele confirmou a suspensão em julgamento monocrático de mérito.



pensar dos magistrados; e) entidade fortalecedora das súmulas jurisprudenciais (por convergência e por divergência), impeditiva de recursos e vinculante; f) fundamentação judicial adequada²⁶.

Nessa perspectiva, caminha a jurisprudência pátria, senão vejamos:

RECURSO DE REVISTA. APLICAÇÃO DO ART. 7º, XXIX, DA CF. ACIDENTE DE TRABALHO OCORRIDO EM 1999. DANOS MORAIS. AÇÃO AJUIZADA NA JUSTIÇA DO TRABALHO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. DIREITO INTERTEMPORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. REGRA DE TRANSIÇÃO. APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO CÍVEL. A prescrição de dois anos, para ajuizamento de ação na Justiça do Trabalho, como determina o artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, não alcançam ações cuja data da lesão já transcorreria em mais da metade pela regra da prescrição de vinte anos ou aquelas propostas antes da vigência do novo Código Civil de 2002, conforme determina seu artigo 2.028. A alteração da competência para o julgamento das ações relativas a acidente de trabalho, consoante a Emenda Constitucional nº 45/2004, não possibilita a aplicação imediata da regra de prescrição trabalhista, pois quando da redução dos prazos prescricionais (artigo 205 e inciso V do artigo 206), *estabeleceu-se a regra de transição, com o objetivo de assegurar o princípio da segurança jurídica*. Considerando que a ação foi proposta quando já havia transcorrido quase quatro anos da ciência do dano, o prazo aplicável ao caso sob exame é o de três anos, contado a partir da vigência do novo Código Civil. No caso, proposta a ação em 30 de janeiro de 2007, após a vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004, em relação à indenização decorrente de acidente de trabalho ocorrido em junho de 1999, observada a regra de transição prevista no diploma civil, tem-se que a ação ajuizada nesta Justiça do Trabalho extrapolou o prazo para postular pretensão reparatória por dano moral. Recurso de revista conhecido e não provido. (RR-651/2007-001-12-00.5,

²⁶ Delgado. José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 14 dez 2012



Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 04/09/2009). Grifos acrescidos.

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. IDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. ACIDENTE DE TRABALHO. LESÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. PRAZO BIENAL. INAPLICÁVEL. Viola o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, por má aplicação, a decisão regional que declara a prescrição bienal e extingue a reclamação trabalhista em que se busca a indenização por dano moral e material decorrente de acidente de trabalho ocorrido antes da vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004, hipótese em que deve ser observado o prazo prescricional previsto no Código Civil, *a fim de assegurar o princípio da segurança jurídica*, conforme a jurisprudência pacífica desta Corte Superior. (1430002120055020384 143000-21.2005.5.02.0384, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 29/02/2012, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/03/2012) grifos acrescidos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Constituições Federais tem formado um marco na efetiva conquista dos direitos sociais e políticos em nosso país. Importante revisar que as mudanças na Carta Magna Argentina e Brasileira, ambas precedidas de históricos com ditadura militar, ampliaram significativamente e deu força imperativa a uma imensa gama de direitos que espelham os anseios e o ideal de um estado democrático de direito fundado na justiça social.

Em razão, em grande parte, da existência de um sistema irracional de recursos previstos em no nosso ordenamento jurídico, os tribunais encontram-se abarrotados de processos, objeto de matérias muitas vezes já julgadas, e repetitivas, inclusive, resultando em edição de súmulas, alicerçaram a consolidação da celeridade e busca da efetividade da prestação jurisdicional em tempo razoável como princípio constitucional e regra para todo Poder Judiciários Nacional.

Cabe ainda destacar que a consagração do princípio da segurança jurídica vem no preâmbulo da Carta Magna, onde se anuncia que o Estado democrático de direito, de que se constitui a República Federativa do Brasil,



está destinada a garantir, entre outros direitos fundamentais, a segurança.

J. J. Gomes Canotilho, corroborando a tese de que os conceitos de segurança jurídica estão diretamente relacionados com o princípio da proteção da confiança afirma que todo cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, sempre estarão praticadas ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas.

Estes princípios apontam basicamente para que a celeridade, a efetividade, a segurança e a confiança jurídica são indissociáveis da existência do Estado de democrático de direito.

Finalizo trazendo à colação as palavras do Ministro Trabalhista Brasileiro Ives Gandra Martins Filho²⁷, quando afirma sobre o fundamento da celeridade e da Justiça efetiva: *“Um sistema processual saudável é aquele que resolve as demandas judiciais em tempo socialmente tolerável. Para isso, deve-se reduzir o número de recursos e de instâncias”*.

O processo, desde os idos tempos de nosso Patrono Rui Barbosa, vem se caracterizando como instrumento moroso, inábil à prestação de uma justiça célere e eficaz, ao ponto de repetidas vezes afirmar já à sua época, e celebrar a frase: *“A justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”*

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78/79.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**:

²⁷ Ives Gandra da Silva Martins Filho é Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e escreveu em artigo publicado na internet no endereço http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_67/Artigos/Art_Min_Ives.htm. Acessado às 20:00hs do dia 252 de janeiro de 2009.



os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2º Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido R e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 11. Ed. Malheiros: 1995, p.45.

DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 14 dez 2012.

DE PLACIDO, Silva. **Vocabulário Jurídico**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Gildo Sá Leitão Rios. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 6º Ed. São Paulo: Método, 2009, pag. 67.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. rev. e atu JÚNIOR CAIRO, José. **Curso de Direito Processual do Trabalho**: Teoria



Geral, Processo de Conhecimento e Processo de Execução. 2º Ed. Salvador: 2009, p.58. al. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo**. 2 ed. São Paulo: RT, 2007, p.52.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. ver. e atual São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de direito processual do trabalho*, 23 ed.rev., e atual, São Paulo, 2008.

BRIEF NOTES ON THE PRINCIPLE OF CELERITY-EFFECTIVENESS AND THE LEGAL CERTAINTY IN BOTH BRAZILIAN AND ARGENTINE PROCEDURAL LABOR LAW

ABSTRACT

The current paper intends to outline brief considerations on the principle of celerity and legal certainty, under the perspective of the Procedural Labor Law. Thus, it attempts to bring a doctrine, administrative and jurisprudence referential, specially when it comes to the aplicability of these principles in the Procedural Labor Law.

Keywords: Labor Law. Judiciary. Principles. Legal Certainty. Celerity. Effectiveness. Law and Jurisprudence Aplication.



Regras de Publicação para a Próxima Edição

Todas as normas que regem a publicação de artigos na trigésima quarta edição da Revista Jurídica In Verbis encontram-se disponíveis para download no site oficial do periódico – www.inverbis.com.br -, na seção “Normas”. As referidas normas consistem em Edital e Guia de Normas, este anexo àquele. Na supradita seção, há também um artigo modelo elaborado, a convite, pelo Professor Igor Alexandre Felipe de Macêdo.

