

ISSN - 1087.1627

# Revista Jurídica da UniFil



**CENTRO UNIVERSITÁRIO FILADÉLFIA**



**ENTIDADE MANTENEDORA:  
INSTITUTO FILADÉLFIA DE LONDRINA**

**Diretoria:**

Sra. Ana Maria Moraes Gomes ..... Presidente  
Sra. Edna Virgínia C. Monteiro de Mello ..... Vice-Presidente  
Sr. Edson Aparecido Moreti..... Secretário  
Sr. José Severino ..... Tesoureiro  
Dr. Osni Ferreira (Rev.) ..... Chanceler  
Dr. Eleazar Ferreira ..... Reitor



**REVISTA JURIDICA DA UNIFIL**  
ANO IX – No. 9 – 2012

**Órgão de divulgação científica do Curso de Direito da UNIFIL**  
**Centro Universitário Filadélfia**

COORDENADOR DO COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO

**Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva**

COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

**Prof. Ms. Henrique Afonso Pipolo**

PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL

**Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva**

SUPERVISOR EDITORIAL

**Prof. Ms. Antonio Carlos Lovato**

REVISORA

**Prof.<sup>a</sup> Ms. Cíntia Patrícia Romanholi**

BIBLIOTECÁRIA

**Thais Fauro Scalco**

**CONSELHO EDITORIAL**

Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares  
Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva  
Prof. Dra. Rozane da Rosa Cachapuz  
Prof. Dr. Adilson Vieira de Araújo  
Prof. Dr. Tiago Tondinelli  
Prof. Ms. Antonio Carlos Lovato  
Prof.<sup>a</sup> Ms. Ana Karina Ticianelli Möller  
Prof.<sup>a</sup> Ms. Ana Paula Seffrin Saladini  
Prof. Ms. Douglas Bonaldi Maranhão  
Prof. Ms. Henrique Afonso Pipolo  
Prof. Ms. Luciana Mendes Pereira  
Prof. Ms. Anderson de Azevedo  
Prof. Ms. Mario Sergio Lepre  
Prof. Ms. Renata Cristina Oliveira Alencar Silva  
Prof.<sup>a</sup> Ms. Cintia Patricia Romanholi  
Prof. Ms. Sandra Cristina M. N. Guilherme de Paula  
Prof. Ms. Denise Américo de Souza  
Prof. Ms. Ederson Safra  
Prof. Ms. Rodrigo Brun Silva  
Prof.<sup>a</sup> Ms. Schirley Heritt  
Prof.<sup>a</sup> Ms. Silvana Cristina Cruz e Melo

**CONSELHO CONSULTIVO**

Min. José Augusto Delgado (UFRN)  
Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC)  
Prof. Dr. Arnaldo de Moraes Godoy (UCB-DF)  
Prof. Dr. Gilberto Giacóia (UNESPAR)  
Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti (UEL)  
Prof.<sup>a</sup> Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP)  
Prof.<sup>a</sup> Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (UNIPAR)  
Prof.<sup>a</sup> Dra. Maria de Fátima Ribeiro (UNIMAR)



## CENTRO UNIVERSITÁRIO FILADÉLFIA

### REITOR

Dr. Eleazar Ferreira

### PRÓ-REITOR DE ENSINO DE GRADUAÇÃO

Prof. Ms. Lupércio Fugantti Luppi

#### COORDENADOR DE CONTROLE ACADÊMICO

Esp. Alexandra Pires Lucinger

#### COORDENADOR DE AÇÃO ACADÊMICA

Prof. Ms. Lupercio Fuganti Luppi

### PRÓ-REITORA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Prof.<sup>a</sup> Dra. Damares Tomasin Biazin

### PRÓ-REITOR DE EXTENSÃO E ASSUNTOS COMUNITÁRIOS

Prof. Dr. Mario Antônio da Silva

#### COORDENADORA DE EXTENSÃO E ASSUNTOS COMUNITÁRIOS

Prof. Dra. Valéria Maria Barreto Motta dos Santos

#### COORDENADOR DE PESQUISA E PUBLICAÇÕES CIENTÍFICAS

Prof. Dr. Fernando Pereira dos Santos

#### COORDENADORA DE PROJETOS ESPECIAIS E ASSESSORA DO REITOR

Josseane Mazzari Gabriel

#### COORDENADOR GERAL ACADÊMICO DA UNIFIL VIRTUAL

Prof. Dr. Leandro Henrique Magalhães

### COORDENADORES DE CURSOS DE GRADUAÇÃO:

Administração	Prof. <sup>a</sup> Esp. Denise Dias Santana
Agronomia	Prof. Dr. Fabio Suano de Souza
Arquitetura e Urbanismo	Prof. Ms. Ivan Prado Junior
Biomedicina	Prof. <sup>a</sup> Ms. Karina de Almeida Gualtieri
Ciências Biológicas	Prof. Dr. João Antônio Cyrino Zequi
Ciência da Computação	Prof. Ms. Sergio Akio Tanaka
Ciências Contábeis	Prof. Ms. Eduardo Nascimento da Costa
Direito	Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva
Educação Física	Prof. <sup>a</sup> Ms. Joana Elisabete Ribeiro Pinto Guedes
Enfermagem	Prof. <sup>a</sup> Ms. Rosângela Galindo de Campos
Engenharia Civil	Prof. Dr. Paulo Adeildo Lopes
Estética e Cosmética	Prof. <sup>a</sup> Esp. Mylena C. Dornellas da Costa
Farmácia	Prof. <sup>a</sup> Dra. Gabriela Gonçalves de Oliveira
Fisioterapia	Prof. Ms. Fernando Kenji Nampo
Gastronomia	Prof. <sup>a</sup> Esp. Cláudia Diana de Oliveira Hintz
Gestão Ambiental	Prof. Dr. Tiago Pellini
Logística	Prof. Esp. Pedro Antonio Semprebom
Medicina Veterinária	Prof. <sup>a</sup> Ms. Maira Salomão Fortes
Nutrição	Prof. <sup>a</sup> Ms. Elis Carolina de Souza Fatel
Pedagogia	Prof. <sup>a</sup> Ms. Ana Cláudia Cerini Trevisan
Psicologia	Prof. <sup>a</sup> Dra. Denise Hernandez Tinoco
Sistema de Informação	Prof. Dr. Rodrigo Duarte Seabra
Teologia	Prof. Dr. Mário Antônio da Silva

Rua Alagoas, 2050 • CEP 86020-430 • Fone: (43) 3375-7401 • Londrina • Paraná

[www.unifil.br](http://www.unifil.br)

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da  
Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.**

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**

Revista jurídica da UniFil / Centro Universitário  
Filadélfia. Colegiado do Curso de Direito. – v. 1 n.1 (2004) –  
Londrina : UniFil, 2012.  
1 v. : il.

Anual.  
Descrição baseada em: v. 1 n.1 (2004).  
ISSN 1087-1627

1. Direito – Pesquisa – Periódicos. 2. Pesquisa jurídica –  
Periódicos. 3. Direito – Estudo e ensino – Periódicos. I. Centro  
Universitário Filadélfia.

CDU 34(05)

## SUMÁRIO

<b>A TUTELA JURISDICIONAL E OS VALORES ÉTICOS</b> _____	13
Adilson Vieira de Araújo, Wílian Zandrini Buzingnani	
<b>RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA</b> _____	21
Aline Mara Lustoza Fedato, Flavio Rezende Neiva	
<b>DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E DO SENTIDO COMUM TEÓRICO ENTRE OS JURISTAS</b> _____	31
Ana Caroline Noronha Gonçalves Okazaki	
<b>A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE, DESENVOLVIMENTO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS</b> _____	39
Ana Karina Ticianelli Möller	
<b>A GARANTIA DE PERCEPÇÃO DE VERBAS SALARIAIS NO CASO DA INADIMPLÊNCIA DO EMPREGADOR: QUESTÃO DE DIGNIDADE</b> _____	51
Ana Paula Sefrin Saladini, Franciele Marconi Mário	
<b>A HIPOSSUFICIÊNCIA PRESUMIDA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE ADESÃO</b> _____	65
Anderson de Azevedo, Mateus Morbi da Silva	
<b>DO DIREITO À MORADIA: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DO PATRIMÔNIO MÍNIMO</b> _____	77
Eliane Aparecida Valone Esteves, Luciana Mendes Pereira	
<b>O PROCESSO E JULGAMENTO DE JESUS CRISTO</b> _____	93
Gustavo Gandolfo Scoralick	
<b>EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI): BREVES CONSIDERAÇÕES E REFLEXÕES</b> _____	109
Henrique Afonso Pipolo	
<b>CONCUBINATO, PENSÃO POR MORTE E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO</b> _____	115
João Alves Dias Filho	
<b>A REAL INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL FACE AO CRIME DE INFANTICÍDIO</b> _____	125
João Ricardo Anastácio da Silva	
<b>DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA SÚMULA Nº. 331 DO TST</b> _____	133
Letícia Grassi de Almeida, Lourival José de Oliveira	
<b>BEM DE FAMÍLIA OFERTADO: PENHORABILIDADE OU IMPENHORABILIDADE?</b> _____	149
Magno Alexandre Silveira Batista	
<b>DO ERRO DE DIAGNÓSTICO E APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO ATENDIMENTO HOSPITALAR</b> _____	169
Renato Lovato Neto	





## EDITORIAL

Praticar ciência significa trabalhar incessantemente para gerar conhecimentos. O 9º Volume da Revista Jurídica da Unifil retrata de forma precisa essa incessante busca de novos horizontes descortinados através do ensino e da aprendizagem constante.

Nessa edição tornamos públicas as inquietações próprias daqueles que não se acomodam diante do desconhecido e, em suas pesquisas desenvolvidas, revelam à comunidade jurídica todas as suas descobertas.

Não se pode falar em ensino sem que haja pesquisa, e esta não cumpre sua função se não for divulgada, socializada. Consequência dessa responsabilidade – enorme satisfação do Conselho Editorial – são as publicações, um espaço para a divulgação científica dos nossos docentes, empenhados em investigações afinadas com as linhas de pesquisa (Dogmática Jurídica, Desenvolvimento e Responsabilidade Social e Teorias do Direito, do Estado e Cidadania) e dos nossos alunos de Graduação e Pós-Graduação.

Nos congratulamos com os autores e reiteramos nosso convite para que o leitor venha fazer parte da história da Revista Jurídica da Unifil, participando do próximo volume, através da elaboração de artigos jurídicos ou resenhas críticas das obras de terceiros.

### Conselho Editorial





## MENSAGEM DA REITORIA

*Bem aventurado o homem que encontra sabedoria, e o homem que adquire conhecimento,  
Pois ela é mais proveitosa do que a prata, e dá mais lucro que o ouro.  
Mais preciosa é que os rubis; tudo o que podes desejar não se compara a ela.  
Os seus caminhos são caminhos de delícias, e todas as suas veredas são paz.  
É árvore da vida para os que a abraçam; bem aventurados são os que a retêm.  
Guarda a verdadeira sabedoria e o bom entendimento; serão vida para a tua alma.  
Então andarás seguro pelo teu caminho, e não tropeçará o teu pé;  
Quando te deitares não temerás; quando te deitares o teu sono será suave.  
Apega-te à instrução, e não a largues; guarda-a, pois ela é a tua vida<sup>2</sup>.*

O Instituto Filadelfia de Londrina - IFL, instituição mantenedora da Unifil – Centro Universitário Filadelfia, sintonizada com os valores cristãos, tem como Missão Institucional:

*V - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos, que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber por meio do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação; e*

*VI - estender sua ação aos domínios da educação moral, dos valores cristãos, fundamentando-se no respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos que lhe são essenciais.*

É com esse espírito de apego à instrução e de aquisição do conhecimento que apresentamos à comunidade acadêmica mais uma edição da Revista Jurídica da Unifil, cumprimentando o Conselho Editorial e a todos os articulistas pelos trabalhos apresentados e sempre acreditando que, com o desenvolvimento intelectual que os artigos proporcionam, poderemos contribuir para alcançarmos a dignidade da pessoa humana aqui na academia e em nossa sociedade.

Numa fria manhã do inverno do ano de 2012,

**Dr. Eleazar Ferreira**  
**Reitor**

---

<sup>2</sup> SALOMÃO. Versos dos capítulos 3 e 4 do Livro de Provérbios





## A TUTELA JURISDICIONAL E OS VALORES ÉTICOS.

*Adilson Vieira de Araújo*<sup>2</sup>

*Wilian Zandrini Buzingnani*<sup>3</sup>

### RESUMO

O presente artigo analisa o processo e o comportamento dos litigantes, buscando apontar alternativas de aplicação das normas que, preservando a sua essência, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação, ou seja, que valorizem as atitudes éticas e penalizem as condutas não éticas, imorais, amorais e/ou ilegais. Defende-se que o direito fundamental do cidadão à uma tutela jurisdicional efetiva passa, necessariamente, pela interpretação das condutas processuais através dos valores éticos cultuados pela sociedade. Busca defender uma atuação dos magistrados mais comprometida com o avanço social, na interpretação e na aplicação do direito, com a utilização de preceitos e princípios constitucionais somados aos preceitos e princípios éticos, bem como posições mais inflexíveis nas sanções aplicáveis às partes que os desrespeitem.

**PALAVRAS-CHAVE:** valores éticos; condutas processuais; interpretação; sanções; tutela jurisdicional efetiva.

### ABSTRACT

This paper analyzes the proceeding and the litigants behavior, seeking to identify alternatives to applicate the rules that, while preserving their essence, are closer to the conception of justice prevailing at the place and the time of their application, which means the rules that value ethical attitudes and penalize unethical, immoral, amoral and or illegal conducts. It is argued that the citizen's fundamental right to effective judicial protection necessarily involves the interpretation of the procedural conducts through ethical values revered by society. It also seeks to defend that the magistrates should have a more committed action to social advancement, in the law interpretation and application, with the use of ethical precepts and principles, as well as more inflexible positions on sanctions applicable to the parties that disrespect.

**KEYWORDS:** ethical values; procedural conducts; interpretation; sanctions; effective judicial protection.

### SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA COM FOCO NOS VALORES ÉTICOS. 3 OS VALORES ÉTICOS E A POSTURA DOS MAGISTRADOS. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

### 1. INTRODUÇÃO

A aplicação do direito pressupõe, por óbvio, sua anterior interpretação. Esta pode ser vista como um procedimento lógico através do qual torna-se possível a fixação do sentido e o

<sup>2</sup> Doutor em Direito (PUC-SP), Mestre em Direito (UEL-PR), professor (UNIFIL) e advogado.

<sup>3</sup> Mestre em Direito Negocial, Direito Processual Civil (UEL-PR); Mestrando em Filosofia Jurídica e Política (UEL-PR); Professor de Direito Processual Civil (PITÁGORAS), Advogado.



alcance de uma norma jurídica<sup>4</sup>. A interpretação confere aplicabilidade à norma buscando sua correspondência com o sentimento social<sup>5</sup>. Somente pode aplicar bem o direito aquele que o interpreta bem<sup>6</sup>.

Numa obra que propõe o resgate do humanismo no processo civil, HERKENHOFF<sup>7</sup> leciona que, ao desempenhar seu “papel de aplicador do Direito, o juiz pode ser um ator social a reboque da estagnação ou até mesmo do retrocesso, ou pode ser uma força a serviço do progresso.” Sustenta que o juiz pode valer-se de “uma hermenêutica comprometida com o avanço social (...) ou pode ser um sustentáculo do passado, insensível às mudanças”. E para tanto, deve, no pensar de DALLARI<sup>8</sup>, “procurar alternativas de aplicação que, preservando a essência das normas legais, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação.”

As previsões contidas nos incisos XXXV<sup>9</sup> e LXXVIII<sup>10</sup>, do art.5º da Constituição Federal, devem ser modernamente interpretadas em conjunto, de tal modo que o acesso à Justiça seja visto como o acesso a uma ordem jurídica justa<sup>11</sup>, com direito à tutela jurisdicional efetiva e prestada dentro de razoável espaço de tempo.<sup>12</sup>

Nessa linha de pensamento, WAMBIER<sup>13</sup> assevera que é “inconteste, contemporaneamente, que no rol dos direitos fundamentais da pessoa (natural ou jurídica) encontra-se o direito fundamental à efetividade da jurisdição”. Para MARINONI<sup>14</sup>, mais que isto, o “direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (...) pode ser chamado de princípio à tutela jurisdicional efetiva” e “constitui um mandato de otimização que deve ser realizado diante de todo e qualquer caso concreto”.

Não se pode, ainda, deixar de jogar luzes sobre o posicionamento de SANTOS<sup>15</sup>, que chega a afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>16</sup> também deve ser rigorosamente

4 “Interpretar é fixar o verdadeiro sentido e o alcance de uma norma jurídica”. DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 18.ed. São Paulo:Saraiva, 2002. p.63. Diferencia-se de hermenêutica pois esta “é a teoria científica da arte de interpretar.” MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.1.

5 “En todo caso de interpretación judicial hay, pues, un acto valorativo que asegura el paso de la generalidad a la individualidad sin que se desvirtúe el contenido axiológico del Derecho.” HOYOS, Fernando Londoño. El poder del juez. Bogota: Editorial Kelly, 1967. p. 78. Tradução livre: “Em todo o caso de interpretação judicial há, pois, um ato valorativo que assegura a passagem da generalidade para a individualidade sem que se desvirtue o conteúdo axiológico do Direito”.

6 “O ideal dos juristas é descobrir o que está implícito no ordenamento jurídico, reformulando-o, apresentando-o como um todo coerente e adequando-o às valorações sociais vigentes.” Diniz, Maria Helena. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p.139. Na página anterior (138), fundamenta: “A ciência jurídica exerce funções relevantes não só para o estudo do direito, mas também para a aplicação jurídica, viabilizando-o como elemento de controle do comportamento humano ao permitir a flexibilidade interpretativa das normas, autorizada pelo art. 5º da Lei de Introdução.”

7 HERKENHOFF, João Baptista. O direito processual e o resgate do humanismo. Rio de Janeiro: Thex, 2001. p. 22.

8 DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 99.

9 CF, art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

10 CF, art. 5º, 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”.

11 Com aplicação imediata: CF, art. 5º, § 1º - “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

12 Neste sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre processo*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.p.49; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.179-180; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Boa-fé e processo. Princípios éticos na repressão à litigância de má-fé. Papel do juiz*. Artigo escrito para a Academia Brasileira de Direito Processual Civil. In: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos>. Acesso em 16.05.2012. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo* [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=429](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429). Acesso em 16.05.2012; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa*. RT v.713. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 51.

13 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25.

14 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 228.

15 SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 79.

16 O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tan-



observado pelo juiz, que tem o dever de zelar para que os participantes do processo não tenham sua dignidade diminuída ou menosprezada em face de atos de quem quer que seja, afinal, por assegurar direito fundamental, a previsão constante no inciso III, do art.1º, da Constituição Federal<sup>17</sup>, trata-se de norma jurídica dotada de poder vinculante e aplicação imediata. E, certamente, em casos de improbidade processual o litigante-vítima, pode, dependendo da situação fática, ter este seu direito marginalizado.

## 2. DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA COM FOCO NOS VALORES ÉTICOS

Muito embora haja controvérsia quanto à diferenciação entre direito constitucional e garantia constitucional<sup>18</sup>, adota-se aqui o entendimento que o denominado *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva* é, ao mesmo tempo, uma *garantia constitucional à tutela jurisdicional efetiva*, pois o cidadão tem o direito a esta efetividade, estando ela garantida constitucionalmente como caráter instrumental de proteção daquele direito.

Defende-se que, através da “hermenêutica comprometida com o avanço social”, a interpretação e a aplicação das previsões contidas nas normas processuais devem ser realizadas *segundo as previsões e princípios constitucionais*, sob pena de violação da garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva. E mais que isto: como não pode haver tutela jurisdicional efetiva sem que os valores éticos da sociedade sejam igualmente considerados, impõe-se também a interpretação segundo os valores e princípios éticos.

Theodoro Junior<sup>19</sup> endossando a tese supra, afirma:

o posicionamento da Carta Magna de 1988 é de grande vinculação com os princípios éticos e com o aspecto moral em todos os atos sejam dos particulares ou do poder público, sejam da ordem econômica ou social, sejam da ordem política. O ordenamento infraconstitucional, por conseguinte, há de conformar seus preceitos a essa mesma orientação, e há de ser interpretado sob inspiração desses mesmos valores.

15

Também Fernandes<sup>20</sup> defende a interpretação das normas processuais “à luz da ordem constitucional” e de acordo com “seu espírito”:

O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos

---

to com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar. BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208> Acesso em 11.05.2012.

17 CF, Art. 1.º “A República Federativa do Brasil, Formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana;”

18 “Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias”. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. IV, *Direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra, 1988, pp. 88/89.

Para José Afonso da Silva, os direitos seriam os bens jurídicos pré-existentes à Constituição, enquanto que as garantias, surgidas no Texto Constitucional, seriam os meios de se assegurarem esse bens. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13.ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. p.183-184..

CANOTILHO observa, contudo, que: “tomadas a rigor, as clássicas garantias também são direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 520.

19 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Boa-fé e processo. Princípios éticos na repressão à litigância de má-fé*. Papel do juiz. Artigo escrito para a Academia Brasileira de Direito Processual Civil. In: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos>. Acesso em 15.05.2012.

20 FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16-17.





legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito.

Neste caminhar, defende-se que não se pode mais aceitar que o Judiciário seja benevolente, quase conivente, com atitudes de deslealdade, má-fé, fraude, ou quaisquer outras semelhantes que possam afrontar os valores constitucionais-éticos que deveriam ser o fundamento, a base, o substrato das atitudes processuais!

No mesmo caminho o entendimento de Carpena<sup>21</sup>, segundo o qual é possível afirmar atualmente “a idéia de que a postura leal na lide é uma exigência fundamental para que a prestação jurisdicional possa cumprir seu desiderato” nos moldes constantes “no art. 5º inc. XXXV, como princípio processual constitucional.” Afinal, como leciona Herkenhoff<sup>22</sup>: “não há na Constituição preceitos vazios, meramente programáticos. Cabe ao hermeneuta impor a vigência dos preceitos, mesmo os mais gerais”.

Ora, aceitar atitudes processuais que firam os valores éticos socialmente aceitos e valorizados, é prestar uma tutela jurisdicional manca!

### 3. OS VALORES ÉTICOS E A POSTURA DOS MAGISTRADOS

Amparada nos argumentos expostos, ganha força a tese segundo a qual, deixar de punir tais atitudes significa aceitá-las! Deixar o magistrado, na sentença ou numa decisão interlocutória, de analisar e valorar a atitude das partes, antes e depois da propositura da demanda, é virar as costas para os valores que serviram como inspiração para a elaboração dos preceitos constitucionais, e que são adotados pela nossa sociedade.

16

Ética e boa-fé não são valores fechados em comportas no direito material! Probidade, lealdade, retidão, honradez, decência, decoro, seriedade, também não!!!! E mais: não podem ser pensados apenas como valores fundamentais somente nas relações humanas no direito material, mas devem ser considerados como filtros interpretativos das condutas até mesmo durante o processo.

Ao comentar o art. 113, do atual Código Civil<sup>23</sup>, Reale<sup>24</sup>, considerando-o como “um artigo chave”, defende que, ao fixar o princípio da boa-fé como regra de interpretação, o disposto neste artigo cristaliza “a *eticidade* de sua hermenêutica, em função da *boa-fé*, estabelecendo diretrizes hermenêuticas válidas para todo o ordenamento jurídico”.

Saliente-se, finalmente, que a interpretação, neste contexto, ganha ainda maior importância porque o legislador utilizou, no texto dos artigos citados (artigos 16, 17, 18, do CPC) termos abertos, vagos ou indeterminados tais “boa-fé”, “má-fé”, “resistência injustificada”, “modo temerário”, “manifestamente infundados”, “intuito manifestamente protelatório”, conferindo ao magistrado uma maior liberdade e amplitude, agindo de acordo com os valores que lhe são caros e os que são venerados pela sociedade.

Atendendo ao disposto no art. 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>25</sup>,

21 CARPENA, Marcio Louzada. *Da (des)lealdade no processo civil*. Artigo publicado pela Academia Brasileira de Direito Processual. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11218>. Acesso em 04.05.2012.

22 HERKENHOFF, João Baptista. *O direito processual e o resgate do humanismo*. Rio de Janeiro: Thex, 2001. p. 23.

23 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

24 REALE, Miguel. *Um artigo-chave do código civil*. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm> Acesso em 21.05.2012.

25 Decreto-Lei N°4.657/1942, com a redação dada pela Lei 12.376/ 2010.



“na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Se esta regra se aplica de forma generalizada, ainda maior força ganha nas hipóteses em que se está diante de conceitos indeterminados. E este raciocínio parece inafastável!

Nesses casos, conforme Diniz<sup>26</sup>, “o aplicador pode decidir mediante avaliações próprias”, pois, ao que tudo indica, o próprio legislador lhe atribuiu competência para “preencher o conteúdo estimativo de certos conceitos utilizados pela norma, atendo-se, (...) à valoração positiva vigente na sociedade.”

Ao propor ao jurista, especialmente ao juiz, esta nova postura interpretativa<sup>27</sup> e mais firmeza nas sanções, não se deseja, nem se prega, que o juiz imponha em suas sentenças ou decisões interlocutórias um critério pessoal de Justiça. O que se propõe é que o magistrado, na interpretação e na aplicação do direito, utilize, inicialmente, os preceitos e princípios constitucionais<sup>28</sup>, e, ato contínuo, uma visão ética dos fatos e da norma<sup>29</sup>, aplicando um filtro valorativo e sendo inflexível com os atos processuais que firmam o princípio da probidade processual, em especial os que transgridam o dever de veracidade.

A conduta das partes na relação de direito material antes da propositura da lide sempre foi objeto de análise nas decisões interlocutórias e sentenças. E sempre foram vistas de acordo com os valores éticos socialmente aceitos. Não se pode aceitar que estes mesmos valores não sejam utilizados para análise das condutas havidas quando a lide já está submetida ao Estado.

Esta postura, além de um “endurecimento” das sanções a serem aplicadas, traria um efeito pedagógico muitíssimo interessante, estabelecendo paradigmas de comportamento, aproximando a justiça do cidadão e de seus valores, ou, pelo menos, dos valores que deveriam ser por ele cultuados.

#### 4. CONCLUSÃO

17

Conclui-se que deve o magistrado, através de uma hermenêutica comprometida com o avanço social, na interpretação e na aplicação do direito, utilizar os preceitos e princípios constitucionais somados aos preceitos e princípios éticos, numa visão ético-sistemático-teleológica dos fatos e da norma legal; e se rigoroso e inflexível com todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo e atuam, em qualquer momento processual, no sentido de transgredir o dever de probidade processual, em especial os que violam o dever de veracidade.

O positivismo não encerra o Direito, não o aprisiona. Apenas o torna mais facilmente perceptível, mas a ele já preexistia. Os valores éticos fazem parte deste universo: podem ser representados na lei, mas nela não residem, nem a ela estão presos ou são por ela limitados.

A sociedade moderna, assim como o Direito atual, estão carentes de decisões judiciais que busquem valorizar os preceitos éticos mais nobres; e de exemplos de aplicações exemplares

26 DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.141.

27 Não se propõe uma nova espécie ou modalidade de interpretação (normalmente indicadas como: interpretação gramatical; interpretação histórico-evolutiva, interpretação lógico-sistemática e interpretação teleológica. In: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2002. p. 277-290) mas apenas uma nova postura na interpretação. Tal postura poderia ser denominada de “postura interpretativa ético-sistemático-teleológica”, mediante a qual se buscaria realizar uma interpretação sistemático-teleológica através dos valores ético-morais que inspiraram o legislador, e que são considerados fundamentais pela sociedade.

28 “[...] a ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionar como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão consistência geral ao sistema”. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. II, *Constituição*, Coimbra: Coimbra, 1983. p. 199.

29 “O sentido não está, univocamente, no texto. O sentido será dado, necessariamente, pelo intérprete.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Verdade e Significado*. Artigo publicado pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil. In: [www.abdpc.org.br/textos/artigos](http://www.abdpc.org.br/textos/artigos). Acesso em 22.04.2012.



de sanções àqueles que pensam que tudo podem, e que tais valores devem ser submetidos aos seus interesses particulares.

A sociedade clama por um processo essencialmente ético, sem o que a credibilidade da tutela jurisdicional jamais será a almejada.

No processo, o comportamento ético deve ser reflexo dos valores cultuados e desejados pelo cidadão, sendo, se necessário, imposto pelo Judiciário, que tem o dever de impor tal postura ao cidadão-litigante, em respeito aos preceitos constitucionais e legais, gerando, a partir daí um efeito pedagógico virtuoso.

O Judiciário não pode mais aceitar práticas indevidas, ilegais, imorais, amorais... sob pena de ver-se desprestigiado, desvalorizado, e até mesmo contaminado; e de negar ao cidadão o seu direito constitucional a uma tutela jurisdicional realmente efetiva!

## REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Verdade e Significado*. Artigo publicado pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil. In: [www.abdpc.org.br/textos/artigos](http://www.abdpc.org.br/textos/artigos). Acesso em 22.04.2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em 11.05.2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre processo*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2001

18 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993

CARPENA, Marcio Louzada. *Da (des)lealdade no processo civil*. Artigo publicado pela Academia Brasileira de Direito Processual. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11218>. Acesso em 04.05.2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 18.ed. São Paulo:Saraiva, 2002

\_\_\_\_\_. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo* [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=429](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429). Acesso em 16.05.2012

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa*. RT v.713. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

HERKENHOFF, João Baptista. *O direito processual e o resgate do humanismo*. Rio de Janeiro: Thex, 2001

HOYOS, Fernando Londoño. *El poder del juez*. Bogota: Editorial Kelly, 1967

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994



MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. II, *Constituição*, Coimbra: Coimbra, 1983

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*, t. IV, *Direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra, 1988

REALE, Miguel. *Um artigo-chave do código civil*. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>. Acesso em 21.05.2012.

\_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos, 1999

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13.ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Boa-fé e processo. Princípios éticos na repressão à litigância de má-fé. Papel do juiz*. Artigo escrito para a Academia Brasileira de Direito Processual Civil. In: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos>. Acesso em 16.05.2012

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.





**RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA***Aline Mara Lustoza Fedato*<sup>30</sup>*Flavio Rezende Neiva*<sup>31</sup>**RESUMO**

O presente artigo analisa os aspectos relacionados à responsabilidade penal da pessoa jurídica na atualidade, considerando as mudanças enfrentadas, decorrentes da elaboração de anteprojeto que altera algumas disposições do Código Penal acerca do tema proposto. Traz discussões anteriores àquelas presentes no anteprojeto do novo Código Penal, que atribui responsabilidade penal da pessoa jurídica somente no âmbito ambiental de forma a garantir o disposto na Constituição Federal e lei específica. Também apresenta algumas visões de doutrinadores contrárias e favoráveis a tais mudanças. Analisa o ordenamento jurídico brasileiro como um sistema em constante modificação, a fim de concluir pela necessidade da responsabilização da pessoa jurídica não só na esfera ambiental, a fim de, com isso, atender às mudanças sociais e os costumes populares.

**PALAVRAS-CHAVE:** responsabilidade penal; pessoa jurídica; crime ambiental; crime econômico e financeiro; novo Código Penal.

**ABSTRACT**

This article analyzes aspects of the criminal liability of legal entities of current form, since the Brazilian criminal law is in a transition phase and changes to the committee that drew up the draft of the new Penal Code, several changes and discussions are present and to come, is one of this article, that brings discussion that already existed in the light of current planning, leaving aside the concept and guidelines on the subject. Course brings discussions prior to today, and those present in the new draft Criminal Code, as the criminal responsibility of legal entities only in the environmental sphere to ensure the provisions of the constitution and the law specifies. It also presents some views of scholars and cons in favor of changes in this regard. It analyzes the Brazilian judicial system being aware of a change in land at the expense of social change and popular customs, in addition to seeking an understanding of accountability only for environmental crimes.

**KEYWORDS:** criminal liability; legal entity; environmental crime; economic and financial crime; the new Penal Code.

**SUMÁRIO**

**1** INTRODUÇÃO. **2** FUNDAMENTO DE CONSTITUCIONALIDADE. **3** IMPUTABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. **3.1** Princípios Históricos e Atuais Contra a Responsabilização Penal. **3.2** Da Necessidade de Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica. **4** POSICIONAMENTO ATUAL SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. **5** A JURISPRUDÊNCIA EM CASO DE RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. **6** CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

30 Especialista em Direito Processual (Complexo IELF de Ensino); Especialista em Direito e Processo Penal (UEL); Professora de Direito Penal (UniFil); Advogada.

31 Graduado em Gestão de Logística (Fatec); Graduando em Direito (UniFil).



## 1. INTRODUÇÃO

Desde sua criação, a pessoa jurídica é instituto de grande utilidade jurídica e social, conhecida em todas as suas formas, nomes e objetivos. Mas o que, há tempos, se discute é se ela é ou não passível de responsabilização penal.

A pessoa jurídica no âmbito econômico (artigo 173 §5º da CF), ambiental (artigo 3º da Lei 9605/98), civil (artigo 186, 187 e 927 do CC), entre outros, responde por danos a terceiros ficando, para tanto, responsável por seu eventual ressarcimento, de modo que, em todas essas esferas, fica evidente o acolhimento do princípio jurídico geral do “*alterum nom laedere*”, que determina que ninguém poderá lesar a outrem.

Não obstante aos princípios informadores do Direito penal – intervenção mínima, fragmentariedade e *ultima Ratio* – certo é que, que sua função é proteger bens jurídicos que sejam essenciais à harmoniosa convivência social, de sorte que, se a pessoa jurídica tem, segundo outras esferas do direito, responsabilidade por todos os atos que pratica, há também que ser responsabilizada do âmbito penal, quando sua conduta causar lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos penalmente relevantes.

Não é de hoje a discussão acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica quando da prática de crimes ambientais, de modo que, em que pesem algumas posições favoráveis sobre o tema, (a saber, os professores Salomão Shecaira e João Marcello), outros doutrinadores (René Ariel Dotti e Cezar Roberto Bittencourt) entendem que, nesta hipótese, haveria uma dupla imputação, posto que, a teor do quanto dispõe o artigo 3º, Parágrafo único, da lei 9605/98: “A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato”.

22

Assim, o objetivo maior deste artigo é discutir os argumentos lançados pelos doutrinadores sobre o tema proposto, considerando, ainda, as mudanças já aprovadas pela comissão que elabora o anteprojeto do novo Código Penal Brasileiro, no que se refere às formas de responsabilização penal da pessoa jurídica.

## 2. FUNDAMENTO DE CONSTITUCIONALIDADE

Há no ordenamento jurídico alguns dispositivos que bem demonstram a intenção do legislador em responsabilizar a pessoa jurídica, pelos atos que venha a praticar, conforme se depreende do artigo 173 §5º da CF:

A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-as às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular,

e artigo 225 §3º da CF:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O Código Civil, por sua vez, no artigo 186, ao estabelecer a responsabilidade do sujeito de direito à reparação por ato ilícito, certamente não exclui a pessoa jurídica deste encargo.

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou



imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

É certo que, quando o legislador se utilizou da expressão “aquele” buscou referir-se a todos – pessoa física ou jurídica – que, porventura, causasse dano, de modo que, ao ampliar a possibilidade de responsabilização, permitiu a conclusão de que a pessoa jurídica é responsável pela reparação de todo e qualquer dano que decorra de ato ilícito seu.

Diante destes fatos, surgiram várias discussões acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, de modo que a grande controvérsia existente é no sentido de se interpretar as disposições do artigo 3º. Da Lei 9.605/98, a fim de se concluir ser, ou não, possível sua responsabilização, independentemente, da responsabilidade penal de outros agentes – pessoas físicas – em co-autoria.

### 3. IMPUTABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A responsabilidade penal da pessoa jurídica não é entendimento uniforme em todos os ordenamentos jurídicos. Países que seguem os preceitos do direito romano-germânico reconhecem o princípio do *Societas Delinquere Non Potest* (A sociedade não pode delinquir.), a fim de reconhecer a responsabilização da pessoa jurídica, somente no âmbito civil e administrativo. Já os países anglo-saxões e os que seguem seus preceitos ou receberam suas influências, são regidos pelo princípio do *common law* (“direito comum”), de modo que reconhecem a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Vale ressaltar que alguns países como França, Dinamarca e Holanda, por exemplo, são do sistema romano-germânico, mas adotam a imputabilidade penal da pessoa jurídica como no *common law*.

Alguns países, como é o caso da Alemanha, adotam uma teoria intermediária, onde as infrações econômicas, por exemplo, ao invés de serem punidas com multa penal, o são com uma multa administrativa.

23

#### 3.1. Princípios Históricos e Atuais Contra a Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica

Desde sua criação, o sistema jurídico fundamentou-se no princípio do direito Romano *Societas Delinquere Non Potest*, que sustenta que a pessoa jurídica não pode delinquir em virtude de sua ausência de consciência, vontade e finalidade, ausência de culpabilidade, ausência de capacidade de pena e ausência de justificativa para a imposição da pena. Já no século XVIII, Savigny, sustentou que pessoa jurídica é uma simples ficção, criada por um artificialismo legal para atender necessidades jurídicas de diferenciação, além de direitos e deveres entre pessoas físicas e jurídicas (teoria da ficção). Assim, em sendo a pessoa jurídica, uma mera ficção, faz-se necessário, que pessoas físicas integrem seus quadros constitutivos, de modo que, por tal razão, seriam elas as verdadeiras responsáveis pelos ilícitos.

Miguel Reale Júnior (2001, p. 138), tomando como base o princípio da individualização da pena, afirma faltar à pessoa jurídica capacidade criminal, bastando-lhe, por tal razão, a punição por via administrativa.

A doutrina aponta, ainda, como fundamento à não responsabilização penal da pessoa jurídica, o “princípio da personalidade das penas”, pelo qual só se pune o autor material do ato criminoso, o “princípio da individualidade da responsabilidade criminal”, em que responsabilidade criminal é atribuída, única e individualmente, aos autores das infrações, e o “princípio da intransmissibilidade da pena e da culpa”, que impede que as penas se extrapolem,





atingindo pessoas que não os praticantes da conduta criminosa.

Assim, segundo René Ariel Dotti (1995, p. 201) considera que os crimes ou delitos e as contravenções não possam ser praticadas pelas pessoas jurídicas, uma vez que a imputabilidade penal só é aplicável aos seres humanos.

Seguindo a mesma linha, Duek Marques (1998, p. 7) admite que aos entes coletivos só se possam atribuir sanções civil ou administrativa, pois a responsabilidade desses entes deriva da vontade de seus representantes, a quem devem ser imputadas as infrações penais.<sup>32</sup>

### 3.2. Da Necessidade de Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica

É certo que, enquanto instrumento de pacificação social, o direito encontra-se em constante mutação, assim, não raras vezes, vê-se obrigado a instituir novos mecanismos que melhor atendam aos anseios da sociedade.

Partindo dessa premissa é que discute a necessidade de se criar normas que permitam a responsabilização penal da pessoa jurídica, por ato ilícito que porventura, esta venha a praticar.

Considerando a relevância dos bens jurídicos em jogo e, a fim de que não haja a banalização do sistema penal, dado seu caráter fragmentário, faz-se imprescindível que este intervenha na resolução da lide, apenas e tão somente, quando nenhum outro ramo do direito for capaz de resolvê-la.

Esse posicionamento é compartilhado por Gianpaolo Poggio Smanio (2000, p. 121) que entende:

24

[...] que as medidas especiais, de caráter ordenatório, administrativo ou civil, podem ser utilizadas para a prevenção dos ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas, mas são insuficientes para responder à realidade criminal econômica e ambiental de nossos dias, devendo ser aplicadas juntamente com medidas de caráter penal, fazendo parte de um sistema jurídico-penal novo, apto a atuar de forma eficaz no combate à criminalidade contemporânea, à lavagem de dinheiro, à criminalidade organizada etc.

Por conta do entendimento de que o direito penal deve ser a última razão para a resolução de um conflito, certo é que, diante de um grave ataque a um bem jurídico penalmente relevante, este deverá incidir.

Luiz Regis Prado (1998, p. 17) afirma que:

a sanção penal é a ultima ratio do ordenamento jurídico, devendo ser utilizada tão somente para as hipóteses de atentados graves ao bem jurídico ambiente. O direito Penal nesse campo cinge-se, em princípio, a uma função subsidiária, auxiliar ou de garantia de preceitos administrativos, o que não exclui sua intervenção de forma direta e independente, em razão da gravidade do ataque.

É importante salientar que a responsabilização penal da pessoa jurídica seja talvez

32 Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. Lucia Reiko Sakae. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 45-57, 2004.



dispensável, quando for possível aferir o real sujeito ativo da infração penal. Contudo, caso o autor não seja encontrado, ou não tenham provas suficientes da autoria delitiva, a pessoa jurídica deverá responder pelo crime.

Conforme a teoria da realidade ou da personalidade real de Otto Gierke, a pessoa jurídica possui vontade própria, personalidade real, razão pela qual, é capaz de, por si só, praticar atos jurídicos. Sendo assim, caso venha a praticar qualquer ato ilícito, deverá responder por ele, cível e penalmente.

Para a doutrina francesa, a pessoa jurídica, ao longo de sua “vida”, tem os atos ditados por meio de decisões de seus membros, seja coletiva ou individualmente. Estes atos, são passíveis de deliberação por parte de seus sócios, associados, acionistas, administradores, etc. Assim, todos os elementos de uma decisão, seja por meio de discussão ou votação, são de conhecimento de todos os membros que integram a pessoa jurídica, em que pese seja esta a executá-los.

Assim, suponha-se que um dos sócios da empresa, embora vencido pela decisão da maioria, favorável à realização de determinado ato ilícito por intermédio da pessoa jurídica, não impeça sua ocorrência. Caso a pessoa jurídica venha a ser punida, por exemplo, com a perda de capitais, o sócio vencido, sofrerá reflexos de tal condenação, em decorrência de sua omissão.

#### 4. POSICIONAMENTO ATUAL SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.

Neste ano de 2012, o sistema jurídico brasileiro, passa por uma importante mudança, onde se discute uma possível reforma ao atual Código Penal.

25

É importante salientar que, atualmente, conforme decisão assentada pelo Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é admitida somente para crimes ambientais, de modo a não ser obrigatória a responsabilização individual das pessoas físicas que ajam em sem nome, em que pese a possibilidade de imputação conjunta destas.

Ao comentar a decisão proferida em outubro de 2011, no Agravo Regimental interposto no Recurso Extraordinário n. 628582/RS, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica independentemente da responsabilização de seus sócios, o Professor Silvio Maciel (2011, p.1), assim se posicionou.

O que se percebe é que no assunto, responsabilidade penal da pessoa jurídica, tudo é válido. Ignoram-se preceitos constitucionais, ignoram-se as bases ontológicas da teoria do crime existente em nosso ordenamento, faz-se interpretação a qualquer custo para punir penalmente os entes morais.<sup>33</sup>

Em que pesem alguns argumentos contrários, em 11 de maio de 2012, a comissão que elabora o anteprojeto do novo Código Penal, aprovou a proposta que cria a responsabilização penal da pessoa jurídica, por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, bem como pelas condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente e à administração pública, e tal aprovação foi, por outros, considerada verdadeiro avanço do sistema penal brasileiro.<sup>34</sup>

33 MACIEL, Silvio. STF admite responsabilização penal da pessoa jurídica independentemente da responsabilização da pessoa física. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/silviomaciel/2011/10/17/stf-admite-responsabilizacao-penal-da-pessoa-juridica-independente-da-responsabilizacao-da-pessoa-fisica/>. Acesso em: 24 maio 2012.

34 Coordenadoria de Editoria e Imprensa do STJ. Novo CP: juristas aprovam responsabilidade penal de empresas e tipificam atos



## 5. A JURISPRUDÊNCIA EM CASO DE RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.

Conforme se denota pelos julgados abaixo transcritos, bem assim, consoante se esclareceu no decorrer do presente artigo, o Superior Tribunal de Justiça já reconhece (atualmente apenas em crimes ambientais), a possibilidade de responsabilização exclusiva da pessoa jurídica, quando essa for sujeito ativo do delito.

EMENTA:

”RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA.

1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a actio poenalis, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pela estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do nullum crimen sine actio humana.

2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor.

3. Recurso provido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício.”

REsp. 16696/PR, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO (1112), Órgão julgador - T.6 – Sexta Turma, data do julgamento 09/02/2006, P. DJU 13/03/2006.

EMENTA: “HABEAS CORPUS. CRIMES AMBIENTAIS. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. EXAME DE PROVAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CABIMENTO. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DO “SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST”. RESPONSABILIDADE SOCIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 225, §3º, DA CF/88 E DO ART. 3º DA LEI 9.608/98. POSSIBILIDADE DO AJUSTAMENTO DAS SANÇÕES PENAS A SEREM APLICADAS À PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE MAIOR PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.

Descabe acoimar de inepta denúncia que enseja a adequação típica, descrevendo suficientemente os fatos com todos os

elementos indispensáveis, em consonância com os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

A alegação de negativa de autoria do delito em questão não pode ser apreciada e decidida na via do habeas corpus, por demandar exame aprofundado de provas, providência incompatível com a via eleita.

Ordem denegada.

Hc. 43751/ES, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106), T5 – Quinta Turma, Data do julgamento 15/09/2005, DJU – 17/10/2005, pág. 324.

116247528 – HABEAS CORPUS – CRIMES AMBIENTAIS – INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA – EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE – EXAME DE PROVAS – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA – CABIMENTO – MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DO “SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST”. RESPONSABILIDADE SOCIAL – VIOLAÇÃO DO ART. 225, §3º, DA CF/88 E DO ART. 3º DA LEI 9.605/98 – POSSIBILIDADE DO AJUSTAMENTO DAS SANÇÕES PENAS A SEREM APLICADAS À PESSOA JURÍDICA – NECESSIDADE DE MAIOR PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE – Descabe acoiar de inepta denúncia que enseja a adequação típica, descrevendo suficientemente os fatos com todos os elementos indispensáveis, em consonância com os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. A alegação de negativa de autoria do delito em questão não pode ser apreciada e decidida na via do habeas corpus, por demandar exame aprofundado de provas, providência incompatível com a via eleita. Ordem denegada. (STJ – HC 200500708416 – (43751 ES) – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 17.10.2005 – p. 00324) JCF.225 JCF.225.3 JCPP.41

27

213611 – CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE – EXTRAÇÃO DE PRODUTO MINERAL SEM AUTORIZAÇÃO – DEGRADAÇÃO DA FLORA NATIVA – ARTS. 48 E 55 DA LEI Nº 9.605/98 – CONDUTAS TÍPICAS – RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA – CABIMENTO – NULIDADES – INOCORRÊNCIA – PROVA – MATERIALIDADE E AUTORIA – SENTENÇA MANTIDA – 1. Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, a Constituição Federal (art. 225, § 3º) bem como a Lei nº 9.605/98 (art. 3º) inovaram o ordenamento penal pátrio, tornando possível a responsabilização criminal da pessoa



jurídica. 2. Nos termos do art. 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo, se dele não resultar prejuízo à defesa (pas de nullité sans grief). 3. Na hipótese em tela, restou evidenciada a prática de extrair minerais sem autorização do DNPM, nem licença ambiental da fatma, impedindo a regeneração da vegetação nativa do local. 4. Apelo desprovido. (TRF 4ª R. – ACr 2001.72.04.002225-0 – SC – 8ª T. – Rel. Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro – DJU 20.08.2003 – p. 801)JCF.225 JCF.225.3 JCPP.563”.<sup>35</sup>

## 6. CONCLUSÃO

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é tema que sempre gerou inúmeras discussões entre os operadores do Direito e está longe de terminar, especialmente neste momento de possível transição, em que há a possibilidade de alteração das atuais disposições do Código Penal Brasileiro.

Para alguns doutrinadores, poderá ser excluída a responsabilidade penal da pessoa jurídica caso os verdadeiros autores do crime, pessoas naturais, possam ser identificados. Contudo, caso isso não seja possível, a fim de se evitar qualquer sorte de impunidade, passa a ser necessária a responsabilização da pessoa jurídica pela prática do delito, desde que haja certeza de sua ocorrência.

De sua vez, outros juristas entendem que tal posicionamento não seria de boa técnica, na medida em que, nesta busca por uma punição a qualquer custo, elege-se, conforme a conveniência do julgador, qualquer pessoa – física ou jurídica – como sujeito ativo do crime, na intenção de que, ao menos assim, alguém seja punido pela prática do delito.

Portanto, faz-se necessária uma análise substancial de todas as teorias e sistemas acerca deste instituto, a fim de que se alcance uma conclusão responsável sobre a possibilidade, formas e limites para responsabilização penal da pessoa jurídica.

## REFERÊNCIAS

- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: estudo crítico*. Curitiba: Juruá, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o Meio Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 17.
- SAKAE, Lucia Reiko. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Cad. de Pós-Graduação em Dir. Político e Econômico, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 45-57, 2004. Disponível em: <[http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos\\_Graduacao/Mestrado/Direito\\_Politico\\_e\\_Economico/Cadernos\\_Direito/Volume\\_4/04.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/04.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2012.
- ZAMPROGNA, Mariana Döering. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica na lei n. 9.605/98*. Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/setores/comissoes/jovemadv/revista/mariana23102.pdf>. Acesso em: 23 maio 2012.
- BEZERRA, Carlos Vitor Andrade. *A teoria da dupla imputação e a responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de*

35 BAHIA, Kleber Morais, A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Realidade ou Sonho?. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=202](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=202)>. Acesso em: 25 maio 2012.



*Justiça*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3092, 19 dez. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20659>>. Acesso em: 22 maio 2012.

MACIEL, Silvio. *STF admite responsabilização penal da pessoa jurídica independentemente da responsabilização da pessoa física*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/silviomaciel/2011/10/17/stf-admite-responsabilizacao-penal-da-pessoa-juridica-independentemente-da-responsabilizacao-da-pessoa-fisica/>. Acesso em: 24 maio 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2001. p. 137-139.

BAHIA, Kleber Morais, *A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Realidade ou Sonho?*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=202](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=202)>. Acesso em: 25 maio 2012.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.





## DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E DO SENTIDO COMUM TEÓRICO ENTRE OS JURISTAS

Ana Caroline Noronha Gonçalves Okazaki<sup>36</sup>

### RESUMO

Da presente análise foi verificado no que consiste a hermenêutica e a hermenêutica jurídica, de modo que, há contradições entre pesquisadores se, a hermenêutica jurídica funda-se no mesmo que interpretação jurídica. Quanto a tal, constatou-se ser desnecessária a busca de uma resposta acertada sobre tal contradição visto que, a finalidade da hermenêutica jurídica consiste principalmente em fornecer os meios adequados à interpretação, ou seja, a busca pelo sentido e assim, a integração para preenchimento das lacunas tanto das leis, como do direito de modo abrangente. Noutro diapasão, analisou-se o sentido comum teórico, que, para determinados pesquisadores se encontra em crise, isto porque, este aduz expressão de saberes e com isto, consiste numa atividade conformada com os elementos fáticos e lógicos de modo que o profissional do direito apenas o aplica, sem questioná-lo ou explicá-lo, ou seja, apenas o reproduz, o que, sem dúvidas é contrária a hermenêutica e a interpretação que, busca o sentido das coisas, não apenas sua repetição. Para tanto é utilizado o método dedutivo, pois, realiza-se uma extração discursiva do conhecimento partindo de premissas gerais, qual seja a hermenêutica, até encontrar o específico, o sentido comum teórico e as lacunas existentes no âmbito jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** hermenêutica; interpretação; sentido comum teórico; lacunas no direito.

### ABSTRACT

From this analysis it was verified that consists in hermeneutics and legal interpretation, so that there are contradictions between researchers, the legal interpretation is based on the same as legal interpretation. As such, it was found to be unnecessary to search for a right answer on this contradiction, since the purpose of legal interpretation consists mainly of providing appropriate means of interpretation, that is, the search for meaning and thus to complete the integration the shortcomings of both the law as the law comprehensively. In another vein, we analyzed the common sense theory, that for some researchers is in crisis, because, this adds an expression of knowledge and with it, is an activity conformed with the factual and logical elements so that the professional right only applies without questioning it or explain it, or just the play, which is undoubtedly contrary hermeneutics and interpretation, seek the meaning of things, not just its repetition. For both the deductive method is used because it holds a discursive knowledge extraction starting from general assumptions, namely hermeneutics, to find the specific, common sense and theoretical gaps in the legal sense.

**KEYWORDS:** hermeneutics; interpretation; common sense theory.

### SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA E O SENTIDO COMUM TEÓRICO. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

<sup>36</sup> Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL, Londrina, Paraná. Email: anacarolinenoronha@yahoo.com.br





## 1. INTRODUÇÃO

Conforme se abstrai das palavras de Herkenhoff (1986, p. 6) a hermenêutica consiste no estudo de compreender, compreender o mundo e suas relações, e assim, descobrir através da linguagem, o discurso.

Já no que consiste a Hermenêutica Jurídica, há contradições sobre sua noção, de forma que, consiste numa expressão sinônima de interpretação jurídica, ou, há diferença entre hermenêutica e interpretação jurídica? Isto porque, há quem diga que a hermenêutica é de cunho teórico e estabelece diretrizes, sendo diversa da interpretação, pois, é de cunho prático, visto que, aplica os ensinamentos da hermenêutica.

Ocorre que, independente das diferenciações existentes sobre os conceitos destas, o que importa é que ambas buscam soluções para os problemas resultantes nas lacunas existentes no direito por meio da integração. E assim, disciplinam a convivência das pessoas, com o fim de que esta se torne mais justa e razoável possível.

Diante disto, a questão se encontra na forma que devem agir os operadores do direito diante das problematizações existentes no âmbito jurídico, pois, a lei escrita é a fundamental fonte a ser considerada, no entanto, o que fazer o profissional do direito quando a lei escrita subsumir o caso? Então, a solução advém no contexto da interpretação jurídica e, na integração, como será possível verificar adiante.

Noutro sentido, será aduzido na presente pesquisa as crenças, valores e justificativas denominadas de paradigma, que, são aduzidos por Warat como sentido comum teórico dos juristas e que, se encontram em crise. Não obstante, traduz-se tal expressão em saberes que, são demonstradas pelas práticas jurídicas, institucionais advindas de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares e que, são aceitos pelos juristas e aplicados em suas atividades.

Ocorre que, tal modelo é criticado pelo fato de traduzir a atividade do profissional do direito em algo conformado com os elementos fáticos, lógicos, científicos (...) que lhe são fornecidos, acarretando com isso, numa reprodução, sem explicação, que, é contrário ao que busca a hermenêutica e a interpretação.

## 2. A HERMENÊUTICA JURÍDICA E O SENTIDO COMUM TEÓRICO

Para início desta pesquisa mister aduzir o que vem a ser hermenêutica. Sérgio Alves Gomes (2002, p. 27) menciona em sua obra o colacionado por Barreto (1999, p.369), que, tal vocábulo detém origem do latim *“hermeneuticus”*, decorrente do grego *“hermeneuein”*. De modo que, encontra-se ligada à mitologia helênica, especificamente ao deus Hermes que, nesta conjuntura, “servia de comunicação entre os demais deuses, reunidos no Olimpo e os homens, transmitindo a estes as mensagens e a vontade daqueles (Gomes, 2002, p. 28 *In* Barreto, 1999, p. 370).

Não obstante, Heidegger aduzindo as palavras de Herkenhoff, coteja a Hermenêutica como sendo (Gomes, 2002, p. 28 *In* Herkenhoff, 1986, p. 6):

O estudo de compreender. Compreender significa compreender a significação do mundo. O mundo consiste numa rede de relações, é a possibilidade de relações. Pode-se organizar o mundo matematicamente; pode-se conceber o mundo teologicamente; pode-se interpretar o mundo como linguagem, que é o que interessa ao hermeneuta. Então o

mundo se torna dizível, o mundo é convertido na linguagem que nós utilizamos.

A Hermenêutica é sempre uma compreensão de sentido: buscar o ser que me fala e o mundo a partir do qual ele me fala; descobrir atrás da linguagem o sentido radical, ou seja o discurso.

No que tange ao conceito de “*Hermenêutica Jurídica*”, há pesquisadores que trazem noções contraditórias sobre tal, de modo que, consiste numa expressão sinônima de “*Interpretação Jurídica*”, ou, existe diferença entre hermenêutica e interpretação do direito (Gomes, 2002, p. 28)?

Das palavras de Paulo Nader (Gomes, 2002, p. 28 *In* Nader, 1994, p. 281) verifica-se que este estabelece distinção ao mencionar que: “enquanto que a hermenêutica é teórica e visa estabelecer princípios, critérios, métodos, orientação geral, a interpretação é de cunho prático, aplicando os ensinamentos da hermenêutica”. Já Miguel Reale (Gomes, 2002, p. 28 *In* Reale, 1996, p. 273) e Paulino Jacques (Gomes, 2002, p. 29 *In* Herkenhoff, 1986, p. 8) mencionam serem idênticas tais expressões. Carlos Maximiliano (Gomes, 2002, p. 29 *In* Maximiliano, 1981, p. 1) em menção antônima dos conceitos leciona que hermenêutica jurídica “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito”, de modo que, interpretação jurídica insta na “aplicação” da hermenêutica.

Diante de tais disparatos, compreende-se que tais autores preocupam-se em expor os processos e os métodos de interpretação do direito ao exporem sobre as consequências da utilização destes no ato interpretativo, diante da solução dos atos concretos. Ademais, tais análises visam o encontro de solução para os problemas constante nas “lacunas” do direito, por meio da “integração” (Gomes, 2002, p. 29).

33

Assim, não se vê importância em analisar a hermenêutica jurídica em apartado da interpretação. Pois, a hermenêutica concebe os meios para a realização perfeita da interpretação, que, também não se exaure em si, visto que, ganha razão quando encontra espaço para a “aplicação” efetiva das normas jurídicas em situações concretas e práticas das relações, tendo como base a prática do direito. Assim, “este deve estar sempre voltado ao disciplinamento da convivência das pessoas, em um contexto social, a fim de que esta seja a mais *justa e razoável possível*” (Gomes, 2002, p. 29).

Sérgio Alves Gomes (2002, p. 30) ao aludir as menções de Luiz Fernando Coelho (1981, p. 178-179) indica ainda um conjunto de problemas e soluções que podem ser encontradas por meio da hermenêutica jurídica, quais sejam:

- a) Qual é o sentido da lei?
- b) De que maneira se pode inferir, de uma norma geral, a norma particular para a regulamentação de um caso particular?
- c) Qual é a lei que o intérprete deve eleger, quando mais de uma é aplicável à mesma situação particular e concreta?
- d) Que solução deve ser dada, quando a lei possibilita mais de uma?
- e) Que solução deve ser dada, quando a aplicação de uma norma a um caso concreto, a qual parece inequivocamente regulá-lo, produz efeitos contrários aos visados por ela?



f) Quando a aplicação da norma ao caso concreto produz resultados que o juiz, em sua consciência, reputa injustos, ainda que visados pela norma, que critérios deve prevalecer, o respeito à norma ou o sentimento do juiz?

g) Em outras palavras, o que é mais importante, preservar a norma em nome da segurança e estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica, ou promover a justiça de situações particulares, em nome da equidade e do sentimento do “justo”?

Diante de tais questionamentos verifica-se a importância da hermenêutica jurídica, visto que, esta busca a resposta para tais. Assim, compreende-se que a “finalidade” da hermenêutica jurídica consiste precipuamente “em fornecer os meios adequados à interpretação – busca o sentido – e integração – preenchimento de lacunas – das leis e do direito”. Desse modo, como consequência, esta se apresenta diversa da interpretação, porém, não consiste numa separação (Gomes, 2002, p. 30).

Mister aludir que, para a compreensão de situações relacionadas ao fenômeno jurídico e ante a influência que o positivismo jurídico tradicionalmente desempenhou neste, diversas “técnicas de interpretação de leis” foram estabelecidas:

Assim através dos tempos os juristas construíram uma grande variedade técnicas de interpretação. Tais são o método gramatical ou literal, o método exegético, o método sistemático, o método dogmático, o método comparativo de Jhering, da segunda fase, método científico de Gény e Planiol, o método do positivismo sociológico de Duguit e da escola do direito livre de Ehrlich e Kantorowicz, o teleologismo de Jhering, a jurisprudência dos interesses, que tem em Jhering seu principal precursor, o método egológico de Carlos Cossio, o método tópico-retórico de Theodor Viehweg, o método do “logos de lo razonable” ou “de lo humano”, de Luis Recaséns Siches, a nova retórica de Chaim Perelman, o círculo hermenêutico de Karl Larenz, o método transcendental dialético de tipo crítico-histórico, de Miguel Reale, que culmina numa hermenêutica jurídica estrutural ou globalizante etc (Andrade, 1992, 22).

Não obstante, na construção dos métodos, as *Escolas Hermenêuticas* em razão de sua pluralidade evidenciam as diversas concepções sobre o significado e o papel do *direito*. Assim, a questão reside em como devem agir os operadores do direito em face das problematizações existentes no âmbito jurídico. Pois, no sistema jurídico “Civil Law” ou romanístico, em que provem o ordenamento jurídico brasileiro, a lei escrita é a fundamental fonte a ser considerada “em razão de sua proeminência, como fonte formal do direito”. Desse modo, diante de um caso concreto, tal lei deve ser interpretada para ser aplicada corretamente. Sobre tal, Sérgio Alves Gomes (2002, p. 31 - 32) ainda acrescenta:

Quando inexistente a lei, ocorre a denominada “lacuna” da lei, ou do direito, segundo alguns, devendo o operador jurídico colmatar a aludida lacuna com os meios de integração: costume, analogia, princípios gerais do direito, equidade... Como interpretará a lei? De que recursos lançará mão o profissional do direito ao inexistir lei escrita à qual possa

subsumir o caso? A primeira questão é resolvida no âmbito da *interpretação* jurídica; a segunda, no terreno da *integração*. O trato de tais problemas tem variado em razão da interferência de fatores políticos, jurídicos e ideológicos, oriundos do meio social, em cada momento histórico, bem como do estágio de desenvolvimento do *saber jurídico*, o qual tende a se enriquecer como influências advindas de outras esferas das ciências humanas. Neste sentido, severas críticas têm sido feitas ao conhecimento jurídico que se funda estritamente na denominada Dogmática Jurídica (Azevedo, 1989, p. 29), a qual, se, por um lado, apresenta inclusive uma função social relevante (Ferraz Jr, 1998), não é suficiente para englobar toda a pesquisa possível e necessária em relação ao fenômeno jurídico e, nem mesmo, basta a um sólido embasamento da interpretação do direito.

Noutro diapasão, insta salientar a crise de paradigma que é sustentada em um emaranhado de “crenças, fetiches, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, aduzido por Warat como “sentido comum teórico dos juristas”, legitimados mediante discursos prolatados por órgãos institucionais, como os “parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública”. De modo que, tais conceitos traduzem-se num complexo de saberes, demonstrados pelas práticas jurídicas institucionais, exprimindo, um modelo de representações funcionais advindas de “conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares”, aceitos pelos juristas em suas atividades por mediação da dogmática jurídica (Streck, 2004, p. 69 *In* Warat, 1994, p. 57).

35

Assim sendo, constata-se que o “sentido comum teórico *coisifica* o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. De forma que:

Interioriza – ideologicamente – convenções linguísticas acerca do Direito e da sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à *consumação* das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciaram, despercebidamente, os operadores do Direito. Traduz-se em uma *para-linguagem*”, situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a *realidade* jurídica dominante. *É o local dos “segredos”*. (Streck, 2004, p. 69 *In* Rocha, 1990, p.372).

Portanto, o sentido comum teórico consiste no conhecimento encontrado na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito. Ademais, “institui uma espécie de *habitus* (Bourdieu), ou seja, predisposições compartilhadas, no âmbito do imaginário dos juristas” (Streck, 2004, p. 69 – 70 *In* Faria, 1991, p. 91).

Não obstante, Warat (Streck, 2004, p. 70 *In* Warat, 1994) aduz existir quatro funções do “sentido comum teórico dos juristas”, sendo elas: função *normativa*, da qual os juristas atribuem significação aos textos legais, estabelecendo critérios redefinitórios e disciplinando a ação institucional dos próprios juristas. Função *ideológica*, uma vez que o *sentido comum teórico* perfaz importante tarefa de “socialização, homogeneizando valores sociais e jurídicos, de silenciamento do papel social e histórico do Direito, de projeção e de legitimação axiológica, ao apresentar como ética e socialmente necessários os deveres jurídicos”. Função



*retórica* que, completa a função ideológica, visto que sua missão é efetivá-la. Ou seja, funciona como condição retórica de sentido, proporcionando argumentos para o raciocínio jurídico. Por último, há a função *política*, derivada das demais, pois, se expressa pela tendência do saber acrescido em reassegurar as relações de poder.

Diante de tais premissas verifica-se que a “realidade do cotidiano dos juristas – a sua relação com a lei (texto normativo) e o Direito – *por si só não é significativa*”. Daí é onde se verifica sua conexão com o *sentido comum teórico* no ato de conhecer. Pois, o que determina a significação da realidade é toda a “faculdade cognoscitiva, institucionalmente conformada com todos os seus elementos fáticos, lógicos, científicos, epistemológicos, éticos e de qualquer outra índole ou espécie”. E, a significação que é fornecida ou construída via *sentido comum teórico* contém um conhecimento axiológico que reproduz valores, sem, porém, explicá-los. Assim, essa disseminação (*inautêntica dos pré-juízos, no sentido de Gadamer*) conduz a uma forma de conformismo dos operadores jurídicos (Streck, 2004, p. 70 *In* Warat, 1994).

No entanto, o sentido comum teórico tolhe as possibilidades interpretativas. Pois, “quando submetido à pressão do novo (re)age institucionalizando a crítica. Para tanto, abre possibilidades de dissidências apenas possíveis (delimitadas previamente)”. Ou seja, intrinsecamente do sentido comum teórico, permite-se apenas o debate periférico, junto a elaboração de respostas vinculadas ao “teto hermenêutico” prefixado (horizonte do sentido) (Streck, 2004, p. 70-71).

Diante disto, há a dificuldade em obter determinadas respostas que exsurtem de perguntas do modo “o que significa o dispositivo constitucional *da igualdade de todos perante a lei* para a maioria da população brasileira?” “O que significa *pacta sunt servanda* em um conflito sociojurídico entre incluídos e excluídos (socialmente)?” Neste diapasão, é possível dizer que os paradoxos originários da sociedade cheia de conflitos e contradições, tornam-se, diluídos no interior do denominado *sentido comum teórico do saber jurídico* (Streck, 2004, p. 71).

36

Warat menciona que o *sentido comum teórico* é instrumentalizado por uma racionalidade positiva, que atua como objeto de razão cotidiana, além de deter uma atuação mediadora dos conflitos sociais. Assim, diante de tais características é que os operadores do Direito determinam uma instância de julgamento e censura – uma espécie de “superego da cultura jurídica” (Warat, 1994, p. 82) – “que os impede de produzir decisões autônomas em relação a esse nível de censor”. Ou seja, não conseguem se dar conta do *fumus* ideológico que, se encontra por detrás de cada interpretação da lei, de cada sentença, de cada discurso relacionado ao Direito (Warat, 1994, p. 82).

Ocorre que, o jurista tradicional que é inserido neste modelo de *habitat* não percebe tal problemática. No entanto, ao Judiciário e as Instituições encarregadas de aplicar e administrar a Justiça, a ela não escapam. Assim, constata-se a necessidade de operadores do Direito inseridos, e que compreendam a precisão da hermenêutica e da interpretação em cada ato realizado interligado ao Direito e à Justiça, pois somente quando mergulhados em tais sentidos, será possível a concretização de uma justiça certa, eficaz e realizadora da ordem jurídica justa.

### 3. CONCLUSÃO

Da presente análise foi possível constatar as características, consistências, peculiaridades e distinções entre a hermenêutica jurídica e o sentido comum teórico explanado por Warat.

Percebeu-se desde o início que há determinada contradição entre os pesquisadores sobre o real conceito de hermenêutica jurídica, visto que, alguns a englobam com o



conceito de interpretação jurídica, e outros, mencionam haver distinção entre tais. Todavia, independentemente do conceito arrolado para tais, precipuamente importa saber que a hermenêutica jurídica busca soluções e recursos para os problemas existentes no âmbito jurídico, especificamente quando o operador do direito se depara com lacunas em detrimento de um conflito que busca uma resposta e um fim pacificador. Ou seja, a hermenêutica por meio da integração, pesquisa de novos meios e aplicação destes, supre tais lacunas e ainda disciplina a convivência das pessoas com o fim de que esta se torne mais harmoniosa e justa possível.

Ocorre que, em sendo a lei escrita a principal fonte e aparato regedor da vida e da forma de trilhar dos humanos, diante de problematizações existentes no âmbito jurídico alheias ao disposto em tais normatizações, qual a forma que o profissional do direito deve escolher para compor tais lides e assim trazer soluções? Diante de tal indagação constatou-se na presente análise surgir dois caminhos, sendo eles, da hermenêutica, interpretação e integração jurídica e, o sentido comum teórico colacionado por Warat.

Quanto ao primeiro caminho, verificou-se que este é que o busca novos conceitos por meio da pesquisas, buscas e análises, para que assim, haja uma constante aplicação de novos fundamentos e indicadores que, contribuirão para o aprimoramento através do descobrimento de soluções mais viáveis em cada caso concreto. Já quanto ao segundo, ou seja, quanto ao sentido comum teórico, constatou-se que este consiste na busca de crenças, valores e justificativas denominadas de paradigmas que, baseados em conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, simplesmente são aceitos pelos profissionais do direito e juristas e assim, aplicados em suas atividades, conseqüentemente na resolução de conflitos.

Diante disto, percebeu-se haver críticas sobre o último modo de integração e solução de conflitos, pois, este, ao contrário da hermenêutica, simplesmente baseia-se em conceitos prontos e já utilizados para resolver novas problemáticas surgidas no âmbito do direito, seja em casos abstratos, seja em casos concretos.

Assim, possível concluir que, diante dos novos impactos, pretensões e conflitos que são surgidos na sociedade pelos mais variados problemas e ordens, é preciso que o jurista e o profissional do direito não fique adstrito a formas de resolução já existente e já utilizadas em seu meio, pois, mister que faça uso da hermenêutica e da interpretação jurídica para que assim, novos modelos de resolução surjam e então, pacifiquem conflitos de forma mais acertada e completa, como é necessário que ocorra, não apenas reproduzindo conceituações anteriormente levantadas.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BARRETO, Vicete de Paulo. *Da Interpretação à hermenêutica constitucional*. In: 1988 – 1998: *Um década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito*. São Paulo: RT, 1991.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.



GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado de direito democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. Sens commun théorique des juristes. *In: Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. André-Jean Arnaud (org). Paris, LGDJ – UNB, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma explosão hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

## A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE, DESENVOLVIMENTO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS

Ana Karina Ticianelli Möller<sup>37</sup>

### RESUMO

A presente pesquisa trata-se da relação do meio ambiente com o desenvolvimento, bem como sobre a necessidade de sua proteção jurídica. Analisa importantes princípios que norteiam o direito ambiental. Ressalta a preocupação recorrente em relação a políticas públicas em favor do processo de desenvolvimento com utilização racional dos recursos naturais e melhoria do índice de desenvolvimento humano.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito ambiental; desenvolvimento; princípios ambientais.

### ABSTRACT

This research deals with the relationship to the environment with development, as well as on the need for their legal protection. Analyze important principles that guide environmental law. Highlights the recurring concern in relation to public policies in favor of the development process with rational use of natural resources and improving the human development index.

**KEYWORDS:** environmental law; environmental principles; sustainable development.

### SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE. 3 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL. 4 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS. 4.1 Princípio Do Desenvolvimento Sustentável. 4.2 Princípio Da Precaução. 4.3 Princípio Da Prevenção. 4.4 Princípio Do Poluidor-Pagador. 5 MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

39

### 1. INTRODUÇÃO

A partir do Século XX, com o aumento significativo das tragédias ambientais, o meio ambiente passou a ser reconhecido como um valor autônomo no meio jurídico, acabando com a visão utilitarista das normas ambientais antigas, para passar a considerar a proteção ao meio ambiente um direito de todos.

O direito ambiental surgiu como um novo paradigma do direito a partir do momento em que desapareceu a concepção de que o planeta teria absoluta capacidade de resiliência em face da ação do ser humano na natureza.

Uma preocupação recorrente é em relação a políticas públicas em favor do processo de desenvolvimento com utilização racional dos recursos naturais e melhoria do índice de desenvolvimento humano.

A preocupação ambiental passou a constituir fonte de questionamento dos modelos tradicionais de desenvolvimento. O desejo de compatibilização entre proteção ambiental e social, aliadas a ganho econômico, torna-se um referencial importante nas diretrizes da

<sup>37</sup> Advogada, Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Professora de Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional no Centro Universitário Filadélfia, Londrina, Paraná, Brasil – anakticianelli@yahoo.com.br.





construção de normas jurídicas, quer internacionais, quer nacionais, como a própria Constituição da República Federativa do Brasil.

Os princípios ambientais presentes na Constituição de 1988 são muito importantes e relevantes, pois, de acordo com Paulo de Bessa Antunes (2005, p. 24), “é a partir deles que as matérias que ainda não foram objeto de legislação específica podem ser tratadas pelo Poder Judiciário”.

Porém o recurso aos princípios jurídicos é uma tarefa árdua, pois não há consenso doutrinário acerca dos reconhecidos pelo Direito Ambiental, assim como há divergência entre o significado de cada um deles.

## 2. DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE

A crescente intensidade de desastres ecológicos despertou na sociedade a preocupação e uma consciência ecológica, chamando a atenção das autoridades para o problema da degradação e destruição do meio ambiente.

Segundo José Afonso da Silva (2004, p. 33):

Daí proveio a necessidade da proteção jurídica do meio ambiente, com o combate pela lei de todas as formas de perturbação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, de onde foi surgindo uma legislação ambiental em todos os países.

40

As questões ambientais passaram a ser reguladas, uma vez que somente a preocupação com o meio ambiente não conseguiria frear o desenvolvimento industrial com degradação ambiental, e conseqüentemente com danos à saúde humana e animal. A preocupação e a necessidade de regulamentação atingiram a comunidade internacional.

O campo de estudo do tema ambiental é vasto e o direito se consolida como uma das áreas cujo interesse vem aumentando de forma gradativa. Seu marco normativo compreende uma construção em termo de direito internacional e uma correspondente em cada direito interno. De acordo com Guido Fernando Silva Soares (2002, p. 407):

A proteção do meio ambiente, mediante normas jurídicas, seja nos ordenamentos internos, seja no Direito Internacional, é um assunto recentíssimo. O meio ambiente, entendido como um complexo dinâmico composto de elementos vivos e não vivos, os quais sofrem substanciais modificações pela ação do homem, passou a interessar ao Direito, somente à medida que foi necessário disciplinar a ação humana e suas conseqüências prejudiciais à natureza e, por reflexo, à existência do próprio ser humano [...].

O direito ambiental surgiu como um novo paradigma do direito a partir do momento em que desapareceu a concepção de que o planeta teria absoluta capacidade de resiliência em face da ação do ser humano na natureza. A partir do século XIX, com o incremento da produção e aceleração do processo de entropia<sup>38</sup> global, foi criado este novo direito (BARRAL; PIMENTEL, 2006).

Como “Ciência jurídica que estuda os princípios e normas relativas ao meio ambiente,

38 A entropia aqui se refere a medida de desordem de um sistema, como a tendência que o planeta tem de caminhar em direção a um contínuo processo de deterioração (BARRAL, 2006).



especialmente naquilo que diz respeito a sua interação com o homem” (TRENNEPOHL, 2007, p. 35), o direito ambiental apresenta-se como instrumento de adequação das políticas de crescimento, promovendo um ajustamento dos custos privados aos custos públicos e sociais. Certamente esse ramo do direito também representa objetivos econômicos, mas que não podem ser distanciados da preservação, compelindo o desenvolvimento a uma atitude mais racional e controlada de insumos naturais (CARNEIRO, 2001, p. 10).

No entendimento de Edis Milaré (2004, p. 126) o “Direito do Ambiente é na realidade um direito adulto”. Conta ele com princípios próprios, com assento constitucional e com um regramento infraconstitucional complexo e moderno. Além disso, tem a seu dispor toda uma estrutura administrativa especializada e instrumentos eficazes de implementação.

Diferentemente das áreas tradicionais jurídicas, o direito ambiental é dotado de fortíssima característica transdisciplinar, pois não reconhece fronteiras entre os diferentes campos do saber humano. “Sua base fática é constituída, fundamentalmente, por uma enorme gama de áreas de conhecimento” (ANTUNES, 2005, p. 31).

### 3. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Se por muito tempo o meio ambiente foi visto como algo dissociado dos direitos humanos, a partir do Século XX, com o aumento significativo das tragédias ambientais, ele passou a ser reconhecido como um valor autônomo no meio jurídico, acabando com a visão utilitarista das normas ambientais antigas, para passar a considerar a proteção ao meio ambiente um direito de todos.

Como destaca Guido Fernando da Silva Soares (2003, p. 173), as normas de proteção ao meio ambiente “têm sido consideradas como um complemento aos direitos do homem, em particular o direito à vida e à saúde humana”.

Finda a Segunda Guerra Mundial, essa preocupação torna-se questão de natureza internacional, ao inserir o tema no art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ao dispor sobre o direito a um nível de vida adequado. No que pese a referência ter sido indireta, ficou reconhecido que o direito a uma vida digna está intrinsecamente ligado a um meio ambiente sadio e equilibrado. Para Antônio Augusto Cançado Trindade (1993, p. 84), “parecia aberto o caminho para o reconhecimento futuro do direito a um meio ambiente sadio”.

O direito fundamental à preservação do meio ambiente e o direito à vida foram reconhecidos pela Declaração do Meio Ambiente, adotada na Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em 1972, que assegurou a “*correlação de dois direitos fundamentais do homem: o direito ao desenvolvimento e o direito a uma vida saudável*” (SILVA, 2004, p. 41). Ficou declarado que o ser humano tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e a uma vida com condições adequadas de sobrevivência, num meio ambiente que permita usufruir de uma vida digna, ou seja, com qualidade de vida, com a finalidade, também, de preservar e melhorar o meio ambiente, para as gerações atuais e futuras<sup>39</sup>.

O direito a uma ordem nacional e internacional, em que os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração Universal possam ser plenamente realizados, passa a ser

39 “Princípio 1 - O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras [...]” “Princípio 2 – Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservadas em benefício de gerações atuais e futuras [...]”



integrado pelo direito internacional do meio ambiente. É com a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado que os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração de 1948 podem ser plenamente realizados (MAZZUOLI, 2005, p. 100).

O meio ambiente, passou, portanto, a ser considerado essencial para que o ser humano possa gozar dos direitos humanos fundamentais, dentre eles, o próprio direito à vida. Esse princípio deve ser considerado como o primeiro e mais importante, e dele sucedem todos os demais princípios (ANTUNES, 2005, p. 25). Decorre de texto expresso na Constituição Federal, no caput do artigo 225:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se o Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O reconhecimento internacional deste princípio pode ser observado, além da Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo, também em outros documentos, como o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como Protocolo de San Salvador, de 1988; Convenção sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça nas Questões Ambientais, conhecida como Convenção de Aarhus, de 25 de junho de 1988; Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989; Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, de dezembro de 2000, entre outros.

#### 4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS

42

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Para Robert Alexy (in LENZA, 2012, p. 148) são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Os princípios podem ser implícitos e explícitos. Estes são os claramente escritos nos textos legais e, fundamentalmente, na Constituição Federal, aqueles são os que decorrem do sistema constitucional, ainda que não se encontrem escritos (ANTUNES, 2005, p. 25). O mesmo autor ainda ressalta que ambos são dotados de positividade e devem ser levados em conta na aplicação da ordem jurídica.

Como dito, são inúmeros os princípios do Direito Ambiental e grande é a correlação entre eles, sendo que não há unanimidade entre os autores quanto à sua abordagem. Vladimir de Passos Freitas (2001, p. 43) menciona como principais os seguintes princípios: a) do dever dos Estados de proteger o meio ambiente; b) da obrigatoriedade de intercâmbio de informações; c) da consulta prévia; d) da precaução; e) do aproveitamento equitativo, ótimo e razoável dos recursos naturais; f) do poluidor-pagador; e, g) da igualdade. Edis Milaré (2004, p. 136) menciona outros, como: a) do ambiente ecologicamente equilibrado como fundamento da pessoa humana; b) da natureza pública da proteção ambiental; c) do controle do poluidor pelo poder público; d) da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento; e) da participação comunitária; f) do poluidor-pagador; g) da prevenção; h) da função sócio-ambiental da propriedade; i) do direito ao desenvolvimento sustentável; e j) da cooperação entre os povos.

Por vezes, a mesma fundamentação enseja denominações diferentes, fazendo com que sua



aplicação seja tarefa árdua, pois não há consenso doutrinário acerca dos reconhecidos pelo Direito Ambiental, assim como há divergência entre o significado de cada um deles.

#### 4.1. Princípio Do Desenvolvimento Sustentável

O conceito de desenvolvimento sustentável foi introduzido no âmbito do direito internacional, em 1992, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, que o fez constar em vários dos princípios contidos na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, reforçando a idéia de que o desenvolvimento e a preservação do meio ambiente são possíveis ao mesmo tempo.

Segundo relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente da ONU, publicado em 1987, e conhecido como “Nosso Futuro Comum”, “é sustentável o desenvolvimento tal que permite satisfazer nossas necessidades atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as suas”<sup>40</sup>. Nesse sentido, a idéia de um desenvolvimento sustentável diz respeito à exploração de recursos naturais no presente sem comprometer os recursos naturais à disposição das gerações futuras (DERANI, 2001, p. 126), o que implica na necessidade de conciliação entre os interesses econômicos e a preservação do meio ambiente.

No entanto, o conceito de desenvolvimento sustentável envolve outras facetas. Uma delas é o aspecto social, daí o termo “desenvolvimento”, que aponta para a necessidade de superação da pobreza e exclusão nos países em desenvolvimento, num cenário de degradação ambiental. Não há como separar a preocupação com o meio ambiente do aspecto social. Ações dirigidas a um destes temas refletem diretamente no outro, tendo em vista que o desequilíbrio do meio ambiente acarreta inúmeros prejuízos à sociedade, assim como o desequilíbrio das sociedades causa danos ambientais.

Nesse contexto, a idéia de sustentabilidade, relaciona-se à preservação e valorização da diversidade étnica e cultural e estimula formas diferenciadas de utilização de biodiversidade e dos recursos naturais (COUTINHO, 2004, p. 3389).

A discussão acerca do conceito de desenvolvimento sustentável aponta para a necessidade de sua operacionalização a partir de mecanismos e instrumentos de políticas públicas e de normas jurídicas que definam deveres de preservação ambiental e incentivos para o desenvolvimento de padrões de produção sustentáveis.

Para tanto, discussões a partir de temas concretos de possibilidades de desenvolvimento econômico e necessidade de preservação ambiental são muito importantes, além da necessidade de implementação de técnicas de exploração ambientalmente sadias, ou ao menos de menor danosidade em comparação com os paradigmas predominantes (NUSDEO, 2002, p. 147).

O direito soberano dos Estados sobre seus recursos naturais deve ser respeitado, porém estes têm o dever e a responsabilidade de evitar qualquer tipo de dano ambiental, respeitando os soberanos vizinhos, protegendo a geração presente e a futura, lutando contra a pobreza e investindo no desenvolvimento.

Nessa perspectiva, atuações visando ao desenvolvimento sustentável, por meio do equilíbrio

40 Estudo preparado na Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU. O relatório, publicado no Brasil pela Fundação Getúlio Vargas, gerou a Eco-92, realizada no Rio de Janeiro, cinco anos depois. Este relatório inaugurou o conceito de “desenvolvimento sustentável” e prevê exatamente o que o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas – IPCC alertou recentemente sobre desastres ambientais. O documento ficou conhecido como relatório Brundtland, já que a Comissão era presidida por Gro Harlem Brundtland, então primeira-ministra da Noruega. No relatório consta que a definição de desenvolvimento sustentável conte em si dois conceitos-chaves, que são o de necessidades, ligado especialmente às necessidades essenciais das populações carente, às quais afirma dar total prioridade, e a noção de limitações, as quais são impostas pelo estado da tecnologia e da organização social sobre a capacidade do meio ambiente em atender às necessidades.



entre proteção ambiental, inserção social e crescimento econômico, ganham cada vez mais força nas sociedades contemporâneas e representam, no entendimento de Paulo Roberto Pereira de Souza (1997) o grande “desafio” da humanidade neste início de Século.

#### 4.2. Princípio Da Precaução

Princípio dos mais debatidos, na visão de Cristiane Derani (2001, p. 169), é “aquele que corresponde à essência do direito ambiental”. Justamente pelo direito ambiental ser constituído por uma enorme gama de áreas de conhecimento, que, não raras as vezes, guarda pouca ou nenhuma relação entre si, gerando dificuldades interpretativas e comunicacionais, este princípio gera amplas discussões (ANTUNES, 2005, p. 31).

Em muitos casos, as situações concretas que se apresentam estão na fronteira da investigação científica. Porém, nem sempre a ciência pode oferecer ao direito uma certeza quanto à tomada de determinadas medidas que possam evitar consequências danosas ao meio ambiente. O que hoje é inócuo, amanhã poderá ser considerado nocivo, e vice-versa. Para tanto recorre-se à experimentação e pesquisa continuada, executada dentro dos protocolos internacionais reconhecidos como sérios e seguros. Mesmo assim, corre-se o risco de determinado produto ou procedimento causarem danos à sociedade.

Na verdade, é uma precaução contra o risco, que objetiva prevenir já uma suspeição de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo. Hoppe e Beckmann remarcam o que é pacífico entre os doutrinadores. Segundo eles, este princípio é de tal importância que é considerado como o ponto direcionador central para a formação do direito ambiental (DERANI, 2001, p. 169).

44

O princípio da precaução é o que lida com situações nas quais o meio ambiente venha a sofrer impactos causados por novos produtos ou tecnologias que ainda não possuem histórico de informações suficiente que assegure que as consequências advindas não causarão danos ao meio ambiente. Considera-se, nesses casos, a prudência como melhor caminho, sendo esta, inclusive, adotada na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) pela comunidade internacional, que no Princípio 15 dispõe que:

Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os estados devem aplicar amplamente o critério de precaução conforme as suas capacidades. Quando haja perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes em função do custo para impedir a degradação do meio ambiente.

No que pese a previsão internacional, explica Paulo de Bessa Antunes (2005, p. 33) que este princípio se materializa na ordem interna de cada Estado, na exata medida das suas capacidades.

O princípio da precaução deixa claro que, devido à dimensão temporal (relacionada com o futuro) e à complexidade da proteção ambiental, não é suficiente que se pratique apenas uma “intervenção periférica”. Isto é, com base neste princípio, a política ambiental desenvolve-se não em normas rigidamente divididas numa denominada ordem do direito ambiental. Precaução ambiental é necessariamente modificação do modo de desenvolvimento da atividade econômica (DERANI, 2001, p. 170).

A aplicação deste princípio deve levar em conta o conjunto de recursos disponíveis, em cada um dos Estados, para a proteção ambiental, considerando as particularidades locais.



### 4.3. Princípio Da Prevenção

Também conhecido por muitos autores como princípio da atuação preventiva, entende-se como prevenção a noção de que, caso haja perigo comprovado, este deve ser eliminado imediatamente. Como precaução, entende que ações positivas, em favor do ambiente, devem ser tomadas mesmo na falta da certeza científica. Em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o ambiente sobre qualquer atividade que represente risco, mesmo sem certeza de prova científica sobre a causalidade dos fatos (BARRAL; FERREIRA, 2006).

O princípio da prevenção é contemplado pela legislação brasileira. Paulo Affonso Leme Machado (2004, p. 55) lembra que,

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente no Brasil (Lei 6.938, de 31.8.1981) inseriu como objetivos dessa política pública a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico e a preservação dos recursos ambientais, com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente (art. 4º, I e VI). Entre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente colocou-se a “avaliação dos impactos ambientais” (art. 9º, III). A prevenção passa a ter fundamento no Direito Positivo nessa lei pioneira na América Latina. Incontestável tornou-se a obrigação de prevenir ou evitar o dano ambiental quando o mesmo pudesse ser detectado antecipadamente.

O mesmo autor explica que sem informação organizada e sem pesquisa não há prevenção, dividindo em cinco itens a aplicação do princípio da prevenção: a) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação das fontes contaminantes das águas e do mar, quanto ao controle da poluição; b) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; c) planejamentos ambiental e econômico integrados; d) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão; e) Estudo de Impacto Ambiental (MACHADO, 2004, p. 74).

Muitos autores defendem que os princípios da prevenção e da precaução são, na realidade, o mesmo. Paulo de Bessa Antunes (2005, p. 35) diferencia de forma simples e didática a diferença entre os princípios, explicando que o da prevenção é um princípio muito próximo ao da precaução, embora não se confunda com aquele. Assim,

O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para identificação dos impactos futuros mais prováveis. Com base no princípio da prevenção que o licenciamento ambiental e, até mesmo, os estudos de impacto ambiental podem ser realizados e são solicitados pelas autoridades públicas.

O Poder Judiciário tem decidido matérias que são claramente a aplicação do princípio da prevenção, embora tratando com o nome *iuris* de princípio da precaução, justificando que a própria doutrina nacional ainda não se estabilizou no sentido de reconhecer a diferença entre ambos os princípios (ANTUNES, 2005, p. 36).



#### 4.4. Princípio Do Poluidor-Pagador

Embora a prevenção seja sempre objetivada, uma vez ocorrido o dano, a degradação, a poluição, cabe ao causador arcar com o ônus da sua atividade danosa. Cada Estado tem a obrigação de adotar medidas legais que levem os poluidores a pagar por esses custos. Assim, utiliza-se de recurso econômico para que o poluidor arque com os custos da atividade poluidora, que confirma que os Estados desenvolvidos são os maiores causadores e responsáveis pelo efeito estufa no Planeta Terra, sendo de sua responsabilidade tomar medidas para combater os desgastes ambientais.

O princípio poluidor-pagador não é um princípio de compensação dos danos causados pela poluição, pois seu alcance é mais amplo, incluídos todos os custos da proteção ambiental, quaisquer que eles sejam, abarcando, a nosso ver, os custos de prevenção, de reparação e de repressão do dano ambiental.

O princípio do poluidor-pagador parte da constatação de que os recursos ambientais são escassos e que seu uso na produção e no consumo acarretam a sua redução e degradação, sendo que “o custo a ser imputado ao poluidor não está exclusivamente vinculado à imediata reparação do dano, o verdadeiro custo está numa ação preventiva” (DERANI, 2001, p. 297).

Na lição de Paulo de Bessa Antunes (2005, p. 39):

O reconhecimento de que o mercado não atua tão livremente como está teoricamente estruturado, principalmente pela ampla utilização de subsídios ambientais, a saber, por práticas econômicas que são utilizadas em detrimento da qualidade ambiental e que, em função disto, diminuem artificialmente preços de produtos e serviços, fez com que se estabelecesse o Princípio do Poluidor Pagador, que foi introduzido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, mediante a adoção, aos 26 de maio de 1972, da Recomendação C(72)128, do Conselho Diretor que trata dos princípios dos aspectos econômicos das políticas ambientais.

Sempre que acontece a degradação dos recursos ambientais, sejam da água, do solo ou do ar, existe um custo público para sua recuperação, suportado por toda a sociedade, subsidiando indiretamente o poluidor. Este princípio busca exatamente que o custo econômico volte especificamente ao utilizador dos recursos ambientais, e não da coletividade, procurando eliminar ou reduzir o subsídio a valores diminutos.

Para Paulo Affonso Leme Machado (2004, p. 53),

O uso gratuito dos recursos naturais tem representado um enriquecimento ilegítimo do usuário, pois a comunidade que não usa do recurso ou que o utiliza em menor escala fica onerada. O poluidor que usa gratuitamente o meio ambiente para nele lançar os poluentes invade a propriedade pessoal de todos os outros que não poluem, confiscando o direito de propriedade alheia.

Com muita acuidade, Cristiane Derani (2001, p. 162) ensina que, durante o processo produtivo, são produzidas “externalidades negativas” que, embora sejam resultantes da produção, são recebidas pela coletividade, enquanto o lucro restringe-se somente ao produtor. Diante desse cenário, fica evidente a necessidade de internalização dessas externalidades. Ao

arcar com esses custos é natural estes serem repassados, em última análise, ao consumidor final, que arcará com o custo de utilização do produto que não degrade o meio ambiente.

## 5. MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO

No direito ambiental, como já abrangido no princípio do desenvolvimento sustentável, uma preocupação recorrente é em relação a políticas públicas em favor do processo de desenvolvimento com utilização racional dos recursos naturais e melhoria do índice de desenvolvimento humano.

A preocupação ambiental passou a constituir fonte de questionamento dos modelos tradicionais de desenvolvimento. O desejo de compatibilização entre proteção ambiental e social, aliadas a ganho econômico, torna-se um referencial importante nas diretrizes da construção de normas jurídicas, quer internacionais, quer nacionais, como a própria Constituição da República Federativa do Brasil.

De acordo com Daniel Rocha Corrêa (2006, p. 199), o Brasil é reconhecido como um dos países com uma das legislações mais avançadas em relação à proteção do meio ambiente, porém é preciso buscar novos meios para colocá-la em prática e intensificar os meios já existentes. A propósito, o Brasil é signatário da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento<sup>41</sup>, que dispõe no §1º do artigo 1º:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

47

O §2º completa o disposto no anterior, dispondo que a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento. Importante a compreensão de que a idéia de desenvolvimento difere da de mero crescimento da economia. Segundo Joseph A. Schumpeter (*apud* CORRÊA, 2006, p.120), o desenvolvimento é processo qualitativo, a partir do emprego diferente dos modos de produção existentes, ou seja, de inovação, enquanto crescimento é mera mudança de dados, como a riqueza.

Como o desenvolvimento se expressa por mudanças mais amplas e profundas, limitá-lo ao aumento de riqueza não é apropriado na realidade brasileira, uma vez que esta é marcada por profundas desigualdades sociais e regionais, próprias de um Estado ainda em desenvolvimento.

O desenvolvimento deve ser visto como um estado de equilíbrio entre a geração e no consumo de riquezas em todo o território nacional. Deve ser harmônico, sem que se perpetuem bolsões de miséria em determinadas regiões, fomentando as atividades econômicas que conjuguem preservação ambiental, respeito ao consumidor e concretização de valores socialmente relevantes. Segundo Fábio Nusdeo (2002, p. 11), "no desenvolvimento estão inseridos elementos fundamentais como a estabilidade da economia, a ecologia, o controle da balança de pagamentos, o pleno emprego e a distribuição de renda".

O Brasil vive um grave problema de desigualdade social entre as diferentes regiões do país. Enquanto algumas concentram a maior parte da riqueza nacional, outras enfrentam difíceis problemas de subdesenvolvimento, pobreza, de difícil acesso a educação, saúde, justiça,

41 Adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.





emprego e outros fatores determinantes para o bem-estar social.

Nesse contexto, o Estado Federal tem o dever de promover as políticas públicas necessárias para promover as mudanças que promovam o encurtamento da distância entre os mais carentes e aqueles que detêm maior poder de riqueza. O tratamento dado a essa questão deve ser prioritário, sob pena de comprometer todo o processo desenvolvimentista do país.

Para Paulo de Bessa Antunes (2005, p. 26),

A proteção jurídica do meio ambiente brasileiro está fadada ao insucesso se não houver um acréscimo nos níveis de renda da população brasileira e uma melhora substancial na sua distribuição. Qualquer análise que se faça do estado do meio ambiente no Brasil demonstrará que os principais problemas ambientais se encontram nas áreas mais pobres e que as maiores vítimas do descontrole ambiental são os chamados setores vulneráveis da sociedade. De fato, há uma relação perversa entre condições ambientais e pobreza. Assim, parece óbvio que as condições ambientais somente poderão ser melhoradas com uma adequada distribuição de renda entre os membros de nossa sociedade.

O debate sobre o desenvolvimento torna-se muito importante à medida que, justamente nos Estados em desenvolvimento, o crescimento econômico foi, e ainda é, buscado a qualquer custo, ocasionando um grande endividamento, devastação ambiental, bem como aumento da poluição atmosférica, das águas, de resíduos sólidos, entre outros.

48

A introdução da questão ambiental nas discussões relacionadas ao desenvolvimento coube, de acordo com Marcelo Dias Varela (2004), aos países ricos do norte, que mais contribuíram negativamente com o equilíbrio ambiental. O autor ressalta que essa força do norte levou à mudança do conteúdo das normas jurídicas em grande parte dos Estados, com grande repercussão na ordem jurídica internacional, dando início ao Direito Internacional do Meio Ambiente.

Alguns países desenvolvidos atribuem aos países em desenvolvimento o ônus da preservação ambiental, mas somente após terem alcançado um grau de desenvolvimento ao preço de grave e irrecuperável degradação. Todo o enriquecimento e conforto que esses países alcançaram não constituíram qualidade de vida suficiente, devido ao estágio de degradação ambiental causada, que repercute diretamente na vida de seus habitantes.

Para José Afonso da Silva (2004, p. 25), os modelos de desenvolvimento, aplicados no Brasil, foram responsáveis por diversas alterações negativas introduzidas na natureza, algumas resultando em danos irreparáveis, como o desaparecimento de espécies e vegetais, não raro, únicas em todo o mundo. “Modelos de desenvolvimento importados de países com características físicas e humanas diferentes das do Brasil, aqui aplicados sem levar em consideração as diferenças físicas, biológicas e sócio-culturais”.

Lembra o mesmo autor que esses modelos de desenvolvimento, adotados anteriormente, além dos danos ambientais, causaram também profundos desequilíbrios sociais, pois privilegiaram determinadas formas de produção em detrimento de outras, ocasionando uma intensificação na descaracterização das peculiaridades físicas, econômicas e sócio-culturais das diferentes regiões brasileiras.

As polêmicas, envolvendo crescimento econômico e proteção ambiental, ficaram mais acirradas na preparação da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, em



1972, na Suécia. Sob o pretexto de conter o avanço da poluição mundial, os países ricos e desenvolvidos tentaram impor aos países em desenvolvimento a idéia de que estes não deveriam se desenvolver, sob pena de aumento da degradação ambiental. O Brasil não aceitou essa teoria, posicionando-se contra qualquer colocação que limitasse o acesso dos países em desenvolvimento a um estágio de sociedade industrializada, mesmo que às custas da degradação ambiental.

As autoridades governamentais brasileiras daquela época declaravam que o Estado Brasileiro ainda tinha muito a poluir, e que os países em desenvolvimento não deveriam investir em proteção ambiental (SILVA, 2004, p 25).

Hodiernamente, a linha de condução de desenvolvimento do Estado Brasileiro é bastante distinta, pois o meio ambiente é tutelado constitucionalmente, e onde a exploração dos recursos naturais, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão de acordo com as necessidades atuais e futuras (TRENNEPOHL, 2007, p. 26), na busca da promoção do desenvolvimento sustentável.

## 6. CONCLUSÃO

Numa dimensão global, percebe-se que a grandiosidade e a gravidade dos problemas sociais e ambientais enfrentados pelas sociedades contemporâneas desencadearam uma extraordinária força geradora e propulsora de mudanças na realidade brasileira. Este início de século revela uma imensa crise socioambiental, desafiando a sociedade humana enfrentar difícil tarefa de criar uma nova relação do homem com a natureza.

Pela Constituição, o desenvolvimento econômico deve ocorrer de forma integrada ao meio ambiente. Mesmo que nas políticas de desenvolvimento econômico não esteja explícita a necessidade de proteção ambiental, os empreendimentos criados, quaisquer que sejam, terão que obedecer ao arcabouço legal de proteção do meio ambiente.

Conclui-se que os modelos tradicionais de desenvolvimento já não são mais toleráveis e o objetivo é caminhar em direção a um desenvolvimento que integre interesses sociais e econômicos com as possibilidades e os limites que a natureza define.

A discussão acerca do conceito de desenvolvimento sustentável aponta para a necessidade de sua operacionalização a partir de mecanismos e instrumentos de políticas públicas e de normas jurídicas que definam deveres de preservação ambiental e incentivos para o desenvolvimento de padrões de produção sustentáveis.

Ao se constatar que os efeitos ambientais são transfronteiriços, torna-se ainda maior a responsabilidade global pelo empenho em proporcionar qualidade de vida e ambiente sadio, a toda a população mundial.

Crescer dentro de um novo modelo ambiental é um estimulante desafio não somente para o Brasil, mas para o mundo. O desafio posto é o de buscar as soluções que sejam economicamente adequadas, socialmente aceitáveis e ambientalmente sustentáveis.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- BARRAL, Welber; FERREIRA, Gustavo. *Direito ambiental e desenvolvimento*. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.



CARNEIRO, Ricardo. *Direito Ambiental. Uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CORRÊA, Daniel Rocha Corrêa. *A certificação ambiental como barreira à entrada*. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

COUTINHO, Sonia Maria V. *Produção e Consumo Sustentável na Agenda 21*. Revista de Direitos Difusos. Adcoa/Ibap, ano V, vol. 24, p. 3369-3.378, mar-abr, 2004.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Crimes contra a natureza*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Direito internacional do meio ambiente*. Revista de Direito Ambiental. v. 34, p. 97 a 123. São Paulo: RT, 2005.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUSDEO, Fábio. *Desenvolvimento econômico: Um retrospecto e algumas perspectivas*. In: *Regulação e Desenvolvimento*. Calixto Salomão Filho. (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

50 SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri: SP: Manole, 2003.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *O direito ambiental e a construção da sociedade sustentável*. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/comissoes/coda/files/artigos/{2FCF3577-28EA-45A8-96D0-EF6C446B8CEB}\\_construSociedadesustentavel.pdf](http://www.oab.org.br/comissoes/coda/files/artigos/{2FCF3577-28EA-45A8-96D0-EF6C446B8CEB}_construSociedadesustentavel.pdf)> Acesso em: 01 set. 2007.

TRENNENPOHL, Terence Dornelles. *Fundamentos de Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Podium, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado . *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação* (ensaios, 1976-2001). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



## A GARANTIA DE PERCEPÇÃO DE VERBAS SALARIAIS NO CASO DA INADIMPLÊNCIA DO EMPREGADOR: QUESTÃO DE DIGNIDADE

Ana Paula Sefrin Saladini<sup>42</sup>

Franciele Marconi Mário<sup>43</sup>

### RESUMO

A proteção especial do crédito salarial trabalhista atende ao princípio da dignidade humana, encontrando fundamento no âmbito do direito nacional e também em normas de âmbito internacional. A EC 45/2004 determinou a criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhista (FGET), remetendo a regulamentação ao âmbito infraconstitucional. Sua implementação legal vai permitir uma melhor proteção da dignidade do trabalhador e possibilitar que o Brasil ratifique a Convenção 173 da OIT, que prevê o pagamento dos créditos trabalhistas no caso de insolvência do empregador mediante uma instituição financeira garantidora.

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos humanos; parcelas salariais inadimplidas; fundo de garantia das execuções trabalhistas.

### ABSTRACT

The special protection of the labor wage claim meets the principle of human dignity, finding grounds under national law and in international standards. The CE 45/2004 mandated the creation of the Guarantee Fund of Execution Labor (FGET), referring to the regulations under infra. Its implementation will allow for better legal protection of the dignity of workers and allow Brazil to ratify Convention 173 of ILO, which provides for payment of workers' claims in the insolvency of their employer by a financial guarantor.

**KEYWORDS:** human rights; wages defaulted; the guarantee fund for labor executions.

51

### SUMÁRIO

1 BREVE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO DO CRÉDITO DO TRABALHADOR. 2 NATUREZA ALIMENTAR DIANTE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ÂMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL. 3 O PROBLEMA DA INSOLVÊNCIA. 4 O FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA) E A PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA DAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS (FGET) – PL 6.541/06. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

### ABSTRACT

The special protection of the labor wage claim meets the principle of human dignity, finding grounds under national law and in international standards. The CE 45/2004 mandated the creation of the Guarantee Fund of Execution Labor (FGET), referring to the regulations under infra. Its implementation will allow for better legal protection of the dignity of workers

42 Ana Paula Sefrin Saladini é Juíza do Trabalho, titular da Vara do Trabalho de Apucarana-PR; professora de Direito Processual do Trabalho e de Direitos Humanos no Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL, em Londrina; especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UEL – Universidade Estadual de Londrina e em Direito do Trabalho pela UNIBRASIL – Curitiba; Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP – Jacarezinho.

43 Franciele Marconi Mário é graduada em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL, em Londrina; assistente jurídico na Prefeitura Municipal de Arapongas-PR.



and allow Brazil to ratify Convention 173 of ILO, which provides for payment of workers' claims in the insolvency of their employer by a financial guarantor.

**Keywords:** Human rights. Wages defaulted. The Guarantee Fund for Labor Executions.

## 1. BREVE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO DO CRÉDITO DO TRABALHADOR

O crédito trabalhista é considerado superprivilegiado em relação a outras espécies de débito, superando mesmo a preferência do crédito tributário. Isso se dá em razão de sua natureza alimentar. Entretanto, não se trata de entendimento recente. A superproteção que o crédito trabalhista possui no ordenamento jurídico brasileiro já tem previsão de longa data no direito brasileiro.

O Código Comercial de 1850, em seus artigos 470, I e 475, já previa a proteção salarial. O primeiro artigo citado referia-se ao privilégio dos salários prestados ao navio onde se ocorresse a transferência de sua propriedade, estabelecendo que a responsabilidade pelos créditos trabalhistas incumbia também ao alienante; e o segundo previa que em caso de quebra ou insolvência do armador do navio os salários dos trabalhadores teriam preferência sobre o preço do navio a outros credores da massa<sup>44</sup>.

O Código Civil de 1916 protegia os salários dos trabalhadores agrícolas através do artigo 759, parágrafo único, que estabelecia que, no caso de excussão do bem hipotecado ou empenhado, deveriam ser pagos, precipuamente a quaisquer outros créditos, os trabalhadores pelo produto da colheita para a qual houvessem concorrido com o seu trabalho.

A CLT, de 1943, veio confirmar a superproteção do crédito trabalhista em caso de falência ou dissolução da empresa, estatuinto no artigo 449, §1º que nessas hipóteses a totalidade dos salários e das indenizações devidas aos empregados constituiria crédito privilegiado.

A antiga Lei de Falências de 1945 (Decreto-lei 7.661/45) estabelecia essa preferência em seu artigo 102, ao afirmar a preferência dos créditos dos empregados por salários e indenizações trabalhistas sobre cuja legitimidade não houvesse dúvida, ou, quando houvesse, em conformidade com a decisão que fosse proferida pela Justiça do Trabalho.

A atual Lei de Recuperação Judicial e Falências (Lei nº 11.101/2005), em seus artigos 83, I e 151 mantém o privilégio dos créditos dos trabalhadores da empresa falida que devem ser quitados antes dos demais. Limita a preferência, entretanto, ao valor de 150 salários mínimos.

## 2. NATUREZA ALIMENTAR DIANTE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ÂMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL

Essa superproteção concedida ao salário dos empregados é devida principalmente a dois fatores: sua natureza alimentar e em atenção ao princípio da dignidade humana.

O artigo 457 da CLT considera salário a contraprestação do serviço devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude da relação de emprego.

A noção de natureza alimentar parte da premissa de que a pessoa que vive essencialmente de seu trabalho subordinado, ou seja, depende do ganho salarial, tem nessa remuneração a fonte exclusiva para prover suas necessidades básicas de indivíduo e de membro de uma comunidade familiar (alimentação, moradia, educação, saúde, transporte, etc.), tendo assim, uma noção de natureza alimentar simbólica.

<sup>44</sup> Disponível em <http://blogdovalmir.blogspot.com/2008/08/o-privilegio-do-credito-trabalhista-e.html>, acessado em 04/05/2011.



É pela natureza alimentar do salário que há um conjunto de garantias especiais que a ordem jurídica defere à parcela – impenhorabilidade, inclusive. A Constituição de 1988, em seu artigo 100, caput, ampliou ainda mais essas garantias, ao instituir que, nos precatórios judiciais, os créditos de natureza alimentícia terão prevalência sobre os demais, formando apenas entre eles uma especial e privilegiada ordem cronológica de apresentação.

A alimentação é uma dimensão necessária da vida, e da vida com dignidade. E deve-se salientar que a Constituição Federal estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, como se vê de seu artigo 1º, III: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

Alexandre de Moraes<sup>45</sup> conceitua o princípio da dignidade humana da seguinte forma:

A dignidade da pessoa humana 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 em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas 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 respeito desse princípio Nelson Nery<sup>46</sup> assevera que:

É o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro. O Min. Celso de Mello, em decisão ao HC 85988-PA/ STJ – 10.06.2005, defende ser a dignidade humana o princípio central de nosso ordenamento jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforme e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, além de base para a fundamentação da ordem republicana e democrática.

53

O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, e deverá prevalecer sempre sobre qualquer outro valor ou princípio.

Desde os tempos primórdios, o instituto da dignidade da pessoa humana estava implícito na sociedade primitiva, embora carecendo de uma proteção formal. Assim, desde o início dos tempos a incolumidade moral do ser humano era preservada. Essa afirmação pode ser constatada com o Código de Hamurabi, ou a Lei de Talião, que previa que uma conduta que afligisse a dignidade (patrimônio) de outrem era passível de ser punida com a mesma pena a que fora submetido a “vítima”, fazendo valer dessa forma uma espécie de garantia dos valores de quem sofrera ataque a seus valores patrimoniais ou morais, através de sanção imposta ao autor da conduta proibitiva.

45 MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, pag. 128.

46 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



Perlustrando pela história, filosofia e teologia, esse princípio também pode ser encontrado implicitamente na Lei Divina. Segundo relata a história do cristianismo, Deus enviou o seu filho Jesus para morrer para que todos fossem iguais perante a sociedade e ELE. Cumpre salientar que o cristianismo primitivo pregava uma mensagem de libertação e igualdade entre os povos, anteriormente separados pela Lei Mosaica como Judeus (povo escolhido de Jeová) e Gentios (restante da humanidade). Desta forma o Cristianismo veio para afirmar sobre a *dignidade eminente da pessoa humana*, porque o homem é uma criatura formada à imagem de Deus, e esta dignidade pertence a todos os homens sem distinção, o que indica uma *igualdade fundamental de natureza entre eles*.

Segundo José Afonso da Silva<sup>47</sup>, durante os séculos XVII e XVIII a *doutrina do direito natural*, de natureza racionalista, fundada assim na natureza racional do homem, faz descer a este o fundamento do poder político e também o direito em contraposição à “divinização” que sustentava o regime absolutista vigente. Esta doutrina puramente instrumental e lógica, como concepção do mundo, do Estado e da sociedade, destinada a substituir a se opor coerentemente à vigente, como forma a sustentar as transformações sociais que as condições materiais impunham, sustentando dessa maneira direitos inatos, em que encontrou base para o reconhecimento de um conjunto de direitos tidos como inerentes à pessoa humana. E o surgimento do *pensamento iluminista*, com suas ideias sobre a ordem natural, sua exaltação e crenças nos valores individuais dos homens acima dos valores sociais, firmou o individualismo que exala dessas primeiras declarações de direitos do homem.

Todos esses fundamentos foram sendo superados pelo processo histórico-dialético das condições econômicas, que deram origem às novas relações objetivas com o desenvolvimento industrial e o aparecimento de um proletariado amplo sujeito ao domínio da burguesia capitalista. Contudo, essas novas condições materiais da sociedade teriam que fundamentar a origem de outros direitos fundamentais (sociais e econômicos) e concomitantemente resultando na transformação do conteúdo dos que serviam na época a burguesia em sua constante luta contra o absolutismo. Destarte, surgiram novas doutrinas sociais, postulando a transformação da sociedade no sentido da realização ampla e concreta desses direitos, passando o princípio da dignidade da pessoa humana a figurar dessa forma como o direito fundamental mais importante da relação do indivíduo na sociedade, norteando todo o sistema jurídico nacional e internacional.

Mauricio Godinho Delgado<sup>48</sup> faz a seguinte consideração a respeito do tema aqui esboçado:

Realmente, considera este princípio jurídico maior e mais abrangente que o trabalho é importante meio de realização e afirmação do ser humano, sendo salário a contrapartida econômica dessa afirmação e realização. É claro que o reconhecimento social pelo trabalho não se resume ao salário, já que envolve dimensões muito ampla, ligadas à ética, à cultura, às múltiplas faces do poder, ao prestígio comunitário, etc.; mas é o salário, sem dúvida, a mais relevante contrapartida econômica pelo trabalho empregatício. Nesse quadro, garantir-se juridicamente o salário em contextos de contraposição de outros interesses e valores é harmonizar o Direito do Trabalho à realização do próprio princípio da dignidade do ser humano.

A superproteção conferida ao salário juntamente com o devido respeito ao princípio da

47 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

48 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, pag. 189.



dignidade da pessoa humana não são questões inseridas apenas no âmbito nacional, mas também previstas em normas de âmbito internacional.

Com o final da Primeira Guerra Mundial foi firmado o Tratado de Versalhes, que, dentre outras coisas, pôs fim a I Guerra Mundial e criou a Organização Internacional do Trabalho (1919), como parte das Sociedades das Nações. O seu preâmbulo estabelecia que:

[...] a sociedade das Nações tem por objetivo estabelecer a paz universal, que não pode ser fundada senão sobre a base da justiça social;

[...] existem condições de trabalho que implicam para um grande número de pessoas em injustiça, miséria e privações;

[...] a não-adoção por uma nação qualquer de um regime de trabalho realmente humanitário é um obstáculo aos esforços dos demais, desejosos de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios países.

Destarte, pouco a pouco a OIT conquistou sua autonomia e sua independência jurídico-institucional, deixando de ser parte da Sociedade das Nações e passando a ser Associação de Estados.

Em junho de 1998, a Organização Internacional do Trabalho, em sua 86ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, aprovou a Declaração relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho. Dentre os importantes preceitos trazidos no referido documento, destacam-se que: a) a criação da OIT procede da convicção de que a justiça social é essencial para garantir uma paz universal e permanente; b) o crescimento econômico é essencial, mas insuficiente, para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza, o que confirma a necessidade de que a OIT promova políticas sociais sólidas, justiça e instituições burocráticas; c) a OIT deve mobilizar o conjunto de seus meios de ação normativa, de cooperação técnica e de investigação em todos os âmbitos de sua competência, e em particular no âmbito do emprego, a formação profissional e as condições de trabalho, a fim de que no âmbito de uma estratégia global de desenvolvimento econômico e social as políticas econômicas e sociais se reforcem mutuamente com vistas à criação de um desenvolvimento sustentável de ampla base; d) a OIT deve prestar especial atenção aos problemas de pessoas com necessidades sociais especiais, em particular os desempregados e os trabalhadores migrantes, mobilizar e estimular os esforços nacionais, regionais e internacionais encaminhados à solução de seus problemas, e promover políticas eficazes destinadas à criação de emprego; e) com o objetivo de manter o vínculo entre progresso social e crescimento econômico, a garantia dos princípios e direitos fundamentais no trabalho se reveste de importância e significado especiais ao assegurar aos próprios interessados a possibilidade de reivindicar livremente e em igualdade de oportunidades uma participação justa nas riquezas a cuja criação tem contribuído, assim como a de desenvolver plenamente seu potencial humano; f) a OIT é a organização internacional e o órgão competente para estabelecer normas internacionais do trabalho, gozando de apoio e reconhecimento universais na promoção dos direitos fundamentais no trabalho como expressão de seus princípios constitucionais; g) em uma situação de crescente interdependência econômica, é urgente reafirmar a natureza imutável dos princípios e direitos fundamentais contidos na Constituição da Organização, assim como promover sua aplicação universal<sup>49</sup>.

Também ficou estabelecido que as convenções dessa entidade deveriam versar sobre:

49 Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=356>, acessado em 07/05/2011.





a) direitos humanos do trabalhador, considerado *lato sensu*; b) política de emprego e desenvolvimento dos recursos humanos; c) igualdade de direitos e migração; d) populações indígenas e tribais; e) relações coletivas de trabalho; f) contrato individual de trabalho e condições gerais de emprego; g) condições especiais de trabalho; h) segurança, higiene e meio ambiente do trabalho; i) seguridade social; j) administração do trabalho<sup>50</sup>.

O Brasil ratificou várias convenções da OIT, que, a partir da ratificação, foram internalizadas no direito nacional. A partir da redação dada pela EC n. 45/2004 ao art. 5º, § 3º, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e que fossem ratificados pelo Brasil com quórum específico terão equivalência de emenda constitucional.

Dentre as convenções ratificadas a que mais interessa ao presente tema é a Convenção n. 95, que trata sobre a Proteção do Salário, e foi aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra 1949). Essa Convenção entrou em vigor no plano internacional em 24.9.1952 e no plano nacional em 25.4.1958. O seu artigo 11 estabelece que:

1. Em caso de falência ou de liquidação judiciária de uma empresa, os trabalhadores seus empregados serão tratados como credores privilegiados, seja pelos salários, que lhes são devidos a título de serviços prestados no decorrer de período anterior à falência ou à liquidação e que será prescrito pela legislação nacional, seja pelos salários que não ultrapassem limite prescrito pela legislação nacional.
2. O salário que constitua crédito privilegiado será pago integralmente antes que os credores comuns possam reivindicar sua parte.
3. A ordem de prioridade do crédito privilegiado constituído pelo salário, em relação aos outros créditos privilegiados, deve ser determinada pela legislação nacional.

Outra convenção importante é a Convenção n. 173 que trata da Proteção dos Créditos Trabalhistas na Insolvência do Empregador. Essa convenção ainda não foi ratificada pelo Brasil, o que é passível de crítica: não há nada que impeça sua ratificação, pois os princípios que guiam o nosso sistema trabalhista estão em concordância com essa norma, que também merece ratificação em razão da relevância da dignidade da pessoa humana.

O artigo 8º da Convenção 173 guarda ligação entre a proteção conferida pela norma internacional e a já existente em nosso ordenamento, ao prescrever:

1. A legislação nacional deverá atribuir aos créditos trabalhistas uma categoria de privilégios superior ao da maioria dos demais créditos privilegiados e, em particular, aos do Estado e da Seguridade Social.
2. Sem dúvida, quando os créditos trabalhistas estiverem amparados por uma instituição de garantia, de conformidade com a parte II da presente Convenção, poderá atribuir-se aos créditos assim amparados a uma categoria de privilégio menos elevado que a dos créditos do Estado e da Seguridade Social.

Essa Convenção ainda prevê em seu artigo 9 a criação de uma instituição de garantia para

50 SUSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT. São Paulo: LTr, 1994, pag. 31.



a proteção dos créditos trabalhistas, ao estabelecer que o pagamento dos créditos devidos aos trabalhadores por seus empregadores em virtude de seu emprego deverá ser garantido por uma instituição de garantia, quando não possa ser efetuado pelo empregador, devido à sua insolvência.

O artigo 11 estabelece que as modalidades de organização, gestão, funcionamento e financiamento das instituições deverão ser determinadas por via legislativa ou por qualquer outro meio, conforme a prática nacional.

Já o artigo 12 traz as garantias que os créditos trabalhistas terão quanto à sua cobertura no caso de serem amparados pela Convenção:

Art.12 – Os créditos trabalhistas amparados em virtude desta parte da Convenção deverão cobrir, pelo menos:

- a) os salários correspondentes a um período estabelecido, que não deverá ser inferior a oito semanas, precedentes à insolvência ou ao término da relação e trabalho;
- b) as somas devidas relativas às férias remuneradas correspondentes ao trabalho efetuado em um período estabelecido, que não deverá ser inferior a seis meses, precedentes à insolvência ou ao término da relação de trabalho;
- c) as somas devidas relativas a outras ausências remuneradas correspondentes a um período estabelecido, que não deverá ser inferior a oito semanas, precedentes à insolvência ou ao término da relação de trabalho; e
- d) as indenizações relativas aos serviços prestados devidas aos trabalhadores por motivo do término de sua relação de trabalho.

57

Da análise dessa Convenção pode-se concluir pela importância de sua ratificação para o direito do trabalho brasileiro, na medida em que prevê a implementação de uma entidade garantidora que terá a função de assegurar aos trabalhadores vítimas de empregadores inadimplentes o recebimento dos salários em atraso, salários que são essenciais à manutenção das famílias com dignidade.

### 3. O PROBLEMA DA INSOLVÊNCIA

Conforme mencionado acima, a Convenção 95 da OIT estabelece que, em caso de falência ou liquidação judicial da empresa, os empregados serão credores privilegiados dos salários que não ultrapassem os limites previstos na legislação nacional. A CLT também estabelece essa preferência em seu artigo 499, *caput*, acima mencionado, que estabelece que na falência constituem créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tivesse direito.

O artigo 83 da Lei de Falências estabelece uma nova classificação dos créditos na falência, obedecendo à seguinte ordem, e limitando a proteção legal dos salários:

- I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;
- II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem



gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; [...].

Os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do *caput* do artigo 83 hoje são considerados como meros créditos quirografários, ou seja, sem qualquer privilégio. Esta limitação, embora esteja em consonância com a possibilidade prevista na Convenção 93 da OIT, menospreza o preceito constitucional, fundamental, de “proteção do salário”, ordenada no artigo 7º, inciso X, da CF/1988.

Ainda da Lei 11.101/2005 merece destaque a seguinte disposição:

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

II – quantias fornecidas à massa pelos credores;

III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;

IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

58

Cabe fazer menção, ainda, ao disposto no artigo 151 da Lei 11.101/2005, que estabelece que os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.

Toda essa proteção conferida ao crédito trabalhista, muitas vezes, não é suficiente à concretização de seu direito. O trabalhador que tem seus direitos trabalhistas violados, ao ingressar com uma reclamação na Justiça do Trabalho buscando receber aquilo que é seu por direito, mesmo tendo seu direito reconhecido pelo Poder Judiciário, muitas vezes não consegue satisfazer sua pretensão. Isso acontece em situações em que se constata o “desaparecimento” da empresa, porque seu patrimônio foi dilapidado ou simplesmente esvaiu-se, porque foi encerrada de maneira irregular e os sócios se evadiram, ou ainda nas hipóteses de insolvência do devedor ou de decretação de falência.

A ratificação da Convenção 173 poderia auxiliar na solução desse problema, mediante a criação de mecanismos de garantir para que o trabalhador recebesse seus créditos trabalhistas mesmo nos casos de insolvência do empregador. Isso porque a Convenção 173 da OIT estabelece que o pagamento dos créditos devidos aos trabalhadores, nas hipóteses de insolvência do empregador, deverá ser satisfeito por uma instituição de garantia.



Esta Convenção até o momento só recebeu a adesão de dezoito países, e como dito acima, o Brasil ainda não a ratificou. No entanto, a Emenda Constitucional 45/2004 veio indicar a possibilidade de concretização da adesão do Brasil a esta ideia, uma vez que estabeleceu, em seu artigo 3º, que a lei deveria criar o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas.

Essa alteração constitucional tem clara inspiração na Convenção 173, e sua implantação poderia seguir o modelo espanhol. A respeito desse modelo, esclarece Waldraff que o Estatuto de los Trabajadores (Ley nº 08, de 10 de março de 1980) é bastante evoluído em termos de proteção de crédito trabalhista, quando aborda a questão referente à insolvência do empregador. O direito espanhol, segundo ele, conta com

[...] uma peculiaridade única e sempre evidenciada quando se estuda a execução trabalhista no âmbito do Direito Comparado. Trata-se do chamado Fondo de Garantia Salarial, o FOGASA: “Fogasa es un Organismo Autónomo adscrito al Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales que garantiza a los trabajadores la percepción de salarios, así como las indemnizaciones por despido o extinción de la relación laboral, pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario”. Assim, o FOGASA apresenta-se como um organismo autônomo, ligado ao Ministério do Trabalho, que garante aos trabalhadores, no caso de insolvência do empregador, a percepção de salários e de indenizações decorrentes da extinção do contrato de trabalho<sup>51</sup>.

Como ressalta Sérgio Pinto Martins<sup>52</sup>, tal fundo é:

[...] um organismo autônomo, dependente do Ministério do Trabalho e Seguridad Social, tendo personalidade jurídica e capacidade para o cumprimento de seus fins. Serve para abonar o trabalhador dos salários pendentes de pagamento em virtude de insolvência, suspensão de pagamento, quebra ou concurso de credores dos empresários. É regido pelo artigo 33 do Estatuto dos Trabajadores de 14 de março de 1980, com a redação dada pelo Real decreto Legislativo nº 1 de 24/3/1995.

Guiado no exemplo espanhol, o FGET (Fundo de Garantia de Execuções Trabalhistas) seria de extrema utilidade, num momento em que a Justiça do Trabalho está atravancada de dezenas de milhares de execuções em que não se consegue satisfazer o crédito dos empregados.

Ocorre que, como revela o próprio artigo 3º da EC 45, o FGET necessita de regulamentação por lei ordinária, adotando a norma constitucional, assim, eficácia contida.

Tramitam pelo menos três proposições destinadas a emprestar regulamentação ao FGET no Congresso Nacional. No Senado, o Projeto de Lei nº 246/2005, de autoria da Senadora Ana Júlia Carepa. Na Câmara, o Projeto de Lei nº 4597/2004, de autoria do Deputado Federal Maurício Rands, que foi apresentado em 08.12.2004, no mesmo dia da aprovação da Emenda Constitucional nº 45 pelo Senado Federal. Finalmente, o Projeto de Lei nº 6541/2006, encaminhado à Câmara dos Deputados pela Comissão Mista do Congresso

51 WALDRAFF, Célio Horst. O tratamento jurídico do empregador insolvente e a (nova) lei de falência. Curitiba: Genesis Editora, 2003, pag. 142-143.

52 MARTINS, Sérgio Pinto in “Perspectivas da Justiça do Trabalho”, Suplemento LTr 176/99, pag. 923.



Nacional, constituída para apresentar as proposições destinadas a regulamentar a Emenda Constitucional n° 45 (art. 7°). Por despacho da Mesa Diretora da Câmara Federal, tal proposta legislativa foi apensada ao aludido PL n° 4597/2004.

#### 4. O FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) E A PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA DAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS (FGET) – PL 6.541/06

Como dito acima, o FGET tem clara inspiração no sistema espanhol do FOGASA (Fondo de Garantía Salarial), sendo que no sistema espanhol o salário também possui proteção e privilégio sobre os demais créditos no caso de falência do empregador.

É de se ressaltar que a Convenção da OIT n° 95, que trata da Proteção do Salário, foi ratificada pela Espanha em 1959, muito antes da sua atual Constituição ser promulgada, estabelecendo como escopo jurídico que os trabalhadores deveriam ser tratados como credores privilegiados em relação aos demais credores do empregador.

Em relação à natureza jurídica desse Fundo, Edward Yemen e Arturo S. Bronstein<sup>53</sup> argumentam que:

The legal nature of the protection afforded by the FOGASA is an important theoretical to which only brief reference will be made here. It prompts the question whether the Fund is yet another social security measure or an insurance treated as the insurance of a claim. The majority opinion is that whilst the FOGASA undoubtedly resembles a social security technique, the two are not absolutely identical because the Fund is not a social security institution and its assets and resources are not part of the economic and financial basis of social security. Also, unlike the social security system, the FOGASA has since it was reformed by Act No. 32 of 1984 levied contributions not only on employers whose subsequent bankruptcy could lead to payments by the Fund, but also on employers who cannot legally be declared insolvent because they are public institutions with a special legal status precluding such a declaration, whose employees could therefore never receive benefits from the Fund ...”.

Em uma tradução livre, temos que na maioria dos autores consideram que a natureza jurídica do Fundo se assemelha a uma técnica de segurança social, porém não é uma instituição de segurança social, pois seus bens e recursos não fazem parte da base econômica e financeira da segurança social. Ademais, o FOGASA incide tanto sobre as contribuições dos empregadores cuja posterior falência poderia levar ao pagamento pelo Fundo quanto as dos empregadores que não podem ser legalmente declarados insolventes por serem instituições públicas com um estatuto jurídico especial.

A manutenção do FOGASA é feita mediante contribuição dos empregadores paga juntamente com as contribuições de segurança social, a fim de racionalizar e simplificar o procedimento de coleta.

O montante dos salários que serão suportados pelo Fundo tem que ser reconhecido por

53 YEMIN, Edward. BRONSTEIN, Arturo S., *The Protection of workers' claims in the event of the employer's insolvency*. Geneva: International Labour Office, 1991, pag. 93



uma decisão judicial ou ato de composição, perante um juiz ou perante a Administração do Trabalho, que assumiu as funções do extinto Instituto de Mediação, Arbitragem e Conciliação.

Já o FGET será constituído, de acordo com a proposta do PL 6541/06 por: I – dotações orçamentárias específicas; II – receitas decorrentes de multas administrativas provenientes de fiscalização trabalhista; III – receitas decorrentes de multas por descumprimento de acordos trabalhistas; homologados em juízo ou por multas oriundas em conduta de descumprimento de ordem judicial; IV – sub-rogação de créditos dos trabalhadores pagos com os recursos do FGET; V – receitas decorrentes de investimentos realizados pelo FGET; dentre outras fontes.

Diz a proposta, em seu artigo 13º:

Poderão receber recursos do FGET todos os trabalhadores urbanos e rurais, com ou sem vínculo empregatício, que tenham sofrido lesões de direitos referentes a salários, rendimentos ou comissões, ou relativos a indenizações decorrentes de sentenças trabalhistas condenatórias ou homologatórias de acordo, líquidas, transitadas em julgado [...].

O pagamento somente será disponibilizado em execuções definitivas, isto é, naquelas decisões já transitadas em julgado, condicionada a que a penhora seja frustrada ou insuficiente. Portanto, para as hipóteses onde há garantia plena da execução, o FGET não poderá ser acionado.

Quando o pagamento da indenização trabalhista for feito pelo FGET, o Fundo estará sub-rogado na qualidade de credor, mantendo-se a natureza privilegiada do crédito, passando então ele a figurar como o exequente do crédito do trabalhador, conforme reza o artigo 17 da proposta. O numerário necessário para bancar a liquidação dos passivos trabalhistas virá dos cofres públicos, sendo que, ao menos de início, a principal fonte de financiamento será o Orçamento da União. Mas o novo fundo será reforçado por multas administrativas impostas pela fiscalização do trabalho, multas cobradas em conciliações homologadas pela Justiça do Trabalho e pelo resultado da aplicação no mercado financeiro do dinheiro do próprio FGET, sendo que, eventualmente, contando também com a sub-rogação dos créditos, poderá chegar à autossuficiência.

O artigo 15 do projeto estabelece ainda a proposta do limite de 40 (quarenta) salários mínimos para a indenização, e compreende o pagamento de salários, rendimentos, comissões e indenizações inadimplidas reconhecidas em ação trabalhista. A exemplo do que ocorre com o FGTS, a proposta é que Caixa Econômica Federal seja o agente financeiro do FGET. O fundo será gerido pelo CODEFGET (Conselho Deliberativo do Fundo de Garantia de Execuções Trabalhistas), também criado pelo projeto. O conselho será composto por representantes de trabalhadores e de empregadores – três de cada categoria, e terá também um representante de cada uma das seguintes instituições: Justiça do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Ministério do Trabalho, CEF, BNDES e Banco Central.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da dignidade da pessoa humana tem como função proteger o homem em diversos os aspectos da sua vida em sociedade. Esse princípio também incide sobre as relações de trabalho, mormente porque o trabalhador, hipossuficiente, precisa de proteção especial em relação à sua fonte de renda e de sobrevivência.

É exatamente em razão da natureza alimentar dos salários e em atenção ao princípio da dignidade humana que não se deve admitir que trabalhadores que têm seus direitos trabalhistas



violados, ao ingressar com uma reclamação na Justiça do Trabalho buscando receber aquilo que é seu por direito, mesmo tendo seu direito reconhecido pelo Poder Judiciário, não consiga satisfazer sua pretensão, ante situações em que se constata o “desaparecimento” da empresa, porque seu patrimônio foi dilapidado ou simplesmente esvaiu-se, porque foi encerrada de maneira irregular e os sócios se evadiram, ou ainda nas hipóteses de insolvência do devedor ou de decretação de falência.

A Emenda Constitucional 45/2004 veio indicar a possibilidade de concretização, no Brasil, da idéia preconizada pela Convenção 173 da OIT, ainda não ratificada no âmbito nacional, que prevê a criação de mecanismos de garantia para que o trabalhador receba seus créditos trabalhistas mesmo nos casos de insolvência do empregador. Esta Emenda estabeleceu, em seu artigo 3º, que a lei deveria criar o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (FGET), integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas. O FGET tem clara inspiração no sistema espanhol do FOGASA (Fondo de Garantía Salarial), e sua implementação viria a calhar num momento em que a Justiça do Trabalho está atravancada de dezenas de milhares de execuções em que não se consegue satisfazer o crédito dos empregados.

Não garantir a percepção dos frutos do trabalho implica evidente violação da dignidade do trabalhador, compelindo-a à miséria, não obstante já tenha despendido seu labor em favor da empresa. A implementação efetiva do Fundo de Garantia de das Execuções Trabalhistas vai possibilitar ao trabalhador que ele efetivamente receba seus salários não adimplidos pelo empregador, o que é uma questão de direitos humanos, vez que verbas de natureza alimentar.

## REFERÊNCIAS

62

- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 4 ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Perspectivas da Justiça do Trabalho*. Suplemento LTr 176/99.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOTA, Valmir. *O privilégio do crédito trabalhista e a responsabilidade tributária relativa aos bens expropriados*. Disponível em: <http://blogdovalmir.blogspot.com/2008/08/o-privilegio-do-credito-trabalhista-e.html>. Acesso em 12.5.2011.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=356>. Acesso em 12.5.2011.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros: 2000.
- SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- WALDRAFF, Célio Horst. *O tratamento jurídico do empregador insolvente e a (nova) lei de falência*. Curitiba: Genesis Editora, 2003.



YEMIN, Edward. BRONSTEIN, Arturo S., *The Protection of workers' claims in the event of the employer's insolvency*. Geneva: International Labour Office, 1991.







## A HIPOSSUFICIÊNCIA PRESUMIDA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE ADESÃO

*Anderson de Azevedo*<sup>54</sup>

*Mateus Morbi da Silva*<sup>55</sup>

### RESUMO

O surgimento da sociedade de massas fez com que os ordenamentos jurídicos, até então fundamentados em uma concepção liberal, cedessem diante da pressão das transformações sociais que promoveram o desenvolvimento de novas formas de proteção dos indivíduos. O Direito do Consumidor surgiu, no século XX, com o propósito de defender o sujeito mais fragilizado da relação jurídica contratual, ofertando instrumentos legais que pudessem garantir a efetivação de seus direitos. Considerado sempre como vulnerável, ou seja, como a parte vulnerável da relação de consumo, o consumidor pode, por circunstâncias de caráter pessoal, ser considerado ainda mais debilitado e, portanto, estar mais suscetível de abusos no mercado de consumo. É a hipossuficiência, uma vulnerabilidade acentuada, que permite a utilização de instrumentos ainda mais contundentes de defesa do consumidor. O contrato de adesão é um modelo de instrumento que não permite a participação do consumidor na formação das regras da relação jurídica. O consumidor tem apenas a opção de aceitar ou rejeitar os termos da contratação. Assim, pelo simples fato de ser parte em um contrato de adesão, o consumidor deve ser considerado como hipossuficiente, justificando a aplicação de diversos benefícios previstos no Código de Defesa do Consumidor.

**PALAVRAS-CHAVE:** consumidor; contrato de adesão; hipossuficiência.

65

### ABSTRACT

The emergence of mass society has made the legal system, so far based on a liberal conception, yielded under the pressure of social changes that promoted the development of new forms of protection of individuals. The Consumer Law emerged in the twentieth century, with the purpose of defending the more fragile subject of a legal contract, offering legal instruments that could guarantee the realization of their rights. Always felt vulnerable, that is, as the vulnerable part of the consumption, the consumer may, for personal circumstances, be considered further weakened and thus be more susceptible to abuses in the consumer market. It is the hipossuficiência, accentuated a vulnerability, which allows the use of instruments even stronger consumer protection. The membership contract is an instrument model that does not allow consumer participation in shaping the rules of the legal relationship. O consumidor tem apenas a opção de aceitar ou rejeitar os termos da contratação. Assim, pelo simples fato de ser parte em um contrato de adesão, o consumidor deve ser considerado como hipossuficiente, justificando a aplicação de diversos benefícios previstos no Código de Defesa do Consumidor.

**KEYWORDS:** consumer; user agreement; hipossuficiência.

### SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. JUSTIFICATIVA E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA. 3.

54 Advogado, Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Professor de História do Direito e Direito das Relações de Consumo no Centro Universitário Filadélfia, Londrina, Paraná, Brasil – azevedo@advogadospr.com.br.

55 Advogado, Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina – morbi@advogadospr.com.br.



O SISTEMA DE TUTELA DOS VULNERÁVEIS E O DIREITO DO CONSUMIDOR. 4. A DISTINÇÃO ENTRE A “VULNERABILIDADE” E A “HIPOSSUFICIÊNCIA” DO CONSUMIDOR. 5. A CLÁUSULA DE ADESÃO E A HIPOSSUFICIÊNCIA PRESUMIDA DO CONSUMIDOR. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos mecanismos mais comuns de contratação hoje, no âmbito das relações de consumo, é o contrato de adesão. Esse modelo de uniformização de relações jurídicas é o resultado, no plano contratual, de uma aguda transformação social, iniciada no século XX, e que ainda continua produzindo seus efeitos em tempos atuais.

O primeiro ordenamento jurídico brasileiro que tratou especificamente do contrato de adesão foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). O art. 54 foi dedicado exclusivamente a essa espécie de instrumento de relacionamento obrigacional, trazendo o conceito do contrato de adesão e algumas regras de caráter geral sobre o instituto.

Contudo, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não apenas inovou conceitualmente, mas introduziu uma nova teoria contratual, relativizando os princípios gerais contratuais erigidos ao tempo do positivismo novecentista.

Considerando o consumidor presumivelmente vulnerável, o CDC previu a possibilidade de uma forte intervenção de organismos estatais e paraestatais no sentido de tentar garantir um eventual (mas indispensável) reequilíbrio da relação contratual, notadamente porque os consumidores se apresentam fragilizados e desprotegidos em face de fornecedores de produtos e serviços.

66

Dessa situação desproporcional (do ponto de vista fático, econômico, técnico e informativo) surgiram as noções de vulnerabilidade e hipossuficiência: a primeira, um atributo de caráter universal (próprio da condição de consumidor); a segunda, uma condição de maior vulnerabilidade, evidenciada por particularidades concretas do consumidor, em vista de sua idade, saúde, parco conhecimento ou condição social.

Dessa distinção, surgem situações ainda mais favoráveis ao consumidor, como o direito básico à revisão contratual (Art. 6º, inciso V), a automaticidade da inversão do ônus da prova em favor do consumidor (Art. 6º, inciso VIII, CDC), a desconsideração da personalidade jurídica (Art. 28), maior facilidade para o reconhecimento de práticas comerciais abusivas (Art. 39, inciso IV), e a própria nulidade de cláusulas desfavoráveis quando restritiva de direitos (Art. 51, inciso IV e Art. 54, §4º).

Esse estudo objetiva demonstrar que o contrato de adesão, quando se propõe a regulamentar uma relação jurídica de consumo, acaba tornando o consumidor presumivelmente hipossuficiente, não por sua condição pessoal concreta, mas pelo simples fato de ser parte de uma relação jurídica contratual a qual simplesmente aderiu. Se o consumidor não exerceu papel algum na formação do contrato, nas regras que determinaram direitos e deveres entre as partes, deve, pois, ser compensado com a presunção de sua hipossuficiência, a justificar a aplicação, em seu favor, dos mais eficientes instrumentos de combate a abusos no mercado de consumo.

## 2. JUSTIFICATIVA E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

O Direito, como um produto cultural, acompanha o desenvolvimento da sociedade. O desenvolvimento do sistema político e econômico capitalista, em escala mais agressiva a partir



do século XX, consolidou a massificação da produção de bens de consumo, a concentração urbana populacional com a formação de megalópoles, a virtualização das relações humanas pelo acesso à internet, a exploração desmedida dos recursos naturais, o agigantamento das desigualdades sociais, dentre outras significativas transformações sociais<sup>56</sup>.

O surgimento do fenômeno da sociedade de massas que fez com que os ordenamentos jurídicos, até então fundamentados em uma concepção individualista e liberal, cedessem diante da pressão das transformações sociais que promoveram o desenvolvimento de novas formas de tutelas. Essa nova realidade jurídica exigiu do direito civil e do processo civil uma nova postura, para propiciar tutela a interesses que, por serem derivados de relações jurídicas concebidas no ambiente da sociedade de massas, contavam com pouca ou nenhuma proteção. Tornou-se imprescindível, então, que fossem repensados os pilares de teorias clássicas.

Segundo Cláudia Lima Marques (1992, p. 23) “(...) acreditava-se, na época, que o contrato traria em si uma natural equidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual”. E acrescenta Marques (1992, p. 23):

A doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual e não a autoridade da lei. Sendo assim, é a vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva. A doutrina da autonomia da vontade terá também outras consequências jurídicas importantes como a necessidade do direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou de defeitos, nascendo aí a teoria dos vícios do consentimento. Acima de tudo o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da *liberdade contratual*.

67

O Direito e, portanto, o Estado deveria respeitar a força criadora da livre vontade manifestada. A igualdade e liberdade propugnadas nos textos constitucionais e transmitidas aos códigos civis e comerciais na seara política da democracia (mas, na violenta e perversa arena econômica do capitalismo liberal) contribuiu consideravelmente para a desigualdade social, e promoveu, juntamente com outros elementos sociais e econômicos, a formação das classes sociais<sup>57</sup>.

No plano das relações jurídicas intersubjetivas, e mais especificamente no âmbito das obrigações e dos contratos, a doutrina do liberalismo econômico, baseada na livre movimentação de riquezas na sociedade, tinha como pressuposto a *liberdade contratual*, como forma de concretizar os seus desideratos e manter a sua força econômica no mercado.

56 Comentando os sistemas político, econômico, social, cultural e jurídico da atualidade, no Brasil, Campilongo (2011, p. 52) registra: “O sistema social passa por um processo de desintegração muito acentuado. A migração do campo para as cidades e a transformação de uma sociedade agrícola em industrial já são suficientes para romper vínculos, esgarçar identidades e enfraquecer os mecanismos informais de controle social.”

57 De acordo com Feijó (2007, p. 116) “o conceito de classe reveste-se de grande importância conceitual em diversas áreas do conhecimento científico, em especial para a história e a sociologia. A classe é um agrupamento social de pessoas com mesma posição na sociedade. (...) A polarização da sociedade nesses dois agrupamentos certamente tem importante uso analítico para diversos esquemas explicativos. Na análise histórica, ajuda a desvendar o significado do processo histórico, por exemplo, os conflitos trabalhistas da Inglaterra do século XIX, que chamaram a atenção de Marx. Na sociologia, a identificação de classes permite reconhecer valores e padrões de comportamento inerentes a determinados estratos sociais”.



Mas essa mesma liberdade de contratar gerou, como efeito colateral, o distanciamento social e econômico entre aqueles que forneciam e aqueles que adquiriam, de modo que a referida *liberdade* passou a ser considerada apenas no plano formal. De fato, ela desapareceu. Essa antítese é registrada por Paulo Bonavides (2004, p. 188), com as seguintes palavras:

O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial da ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política, como liberdade restritiva era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens.

É nesse novo cenário político e econômico, que surgem os movimentos de defesa de interesses daqueles que se apresentaram como os sujeitos mais vulneráveis, desfavorecidos, fragilizados, incapacitados antes às superestruturais empresárias que se formaram no século XIX e XX, fruto da consolidação do modelo capitalista de produção. Iniciou-se, então, um processo de construção de engenhosos monumentos legislativos de tutelas específicas que possibilitaram, ao menos em tese, a intervenção do próprio Estado em favor desses “vulneráveis”, como forma de promover uma igualdade formal, à vista do manifesto descompasso econômico, técnico informativo e jurídico. Assim o foi também no âmbito contratual e, mais especificamente, nas relações de consumo.

### 3. O SISTEMA DE TUTELA DOS VULNERÁVEIS E O DIREITO DO CONSUMIDOR

68

Os movimentos sociais, principalmente, a partir do século XIX, começaram a exigir a maior participação do Estado nas relações de índole privada. Até então pouco intervencionista e apenas preocupado em constituir as estruturas políticas fundantes da organização social, o ente estatal modelado pela política e economia liberais não se incumbiu de realizar no plano fenomênico a igualdade material prevista nos textos constitucionais e códigos, assolando o indivíduo no contexto do processo instituído pelo capitalismo.

A nova antítese política e econômica, derivada do enfrentamento doutrinário entre liberalismo e socialismo, produziu o Estado Social<sup>58</sup>, com uma significativa redução do espaço da autonomia da vontade e da liberdade de estipulação. Junto às primeiras luzes do século XX, movimentos de reformas econômicas e políticas (alguns revolucionários) se proliferaram principalmente na Europa, com uma proposta de ação intervencionista ou dirigista do legislador, instituindo a possibilidade do Estado atuar incisivamente para recompor o desequilíbrio que marcou definitivamente o enfrentamento das classes do século antecedente.

Surgiram, portanto, a partir desse paradigma definido pelo Estado Social, “novos direitos”, com autonomia científica e formulações principiológicas destacadas, a exemplo, do direito do trabalho, do direito previdenciário, do direito agrário, do direito das águas, do direito imobiliário, dentre outros. As relações jurídicas que eram inerentes ao direito civil, de índole eminentemente privada desde as concepções clássicas romanas, passaram a sofrer reformulações<sup>59</sup> e, extraídas de legislações privatistas, passaram a compor microsistemas

58 Para Nelson Saldanha (1987, pp. 67 e 68): “(...) o termo ‘social’ corresponde ao conteúdo e ao alcance da ação estatal, mais extensa do que a do Estado liberal. Uma ação expressa através de programas e de planejamentos que implicavam – vimo-la – uma inconfundível ampliação do governo e do Poder Executivo, tanto nos regimes reconhecidamente ditatoriais quanto em certas democracias onde o capitalismo persiste, mas remodelado pelo intervencionismo governamental.”

59 Sob essa perspectiva, institutos como propriedade, obrigações, contratos, família, abandonaram o vínculo puramente associativo, de marcante soberania da vontade individual, e passaram a ser concebidos segundo as limitações de suas correspondentes funções sociais. As



jurídicos. Conforme leciona Azevedo (2009, p. 35)

A origem do direito do consumidor está associada, assim, à necessidade de se corrigir os desequilíbrios existentes na sociedade de produção e consumo massificados. Com efeito, o sistema de produção em série está baseado no planejamento dessa produção pelos fornecedores, o que torna estes sujeitos mais fortes do que os consumidores, pois, além do poder econômico, detém ainda os dados (as informações) a respeito dos bens que produzem e comercializam.

Em verdade, nesse momento histórico percebeu-se a existência de uma relação jurídica de consumo, distinta da relação jurídica de índole eminentemente civil, e ainda diferente da relação jurídica mercantil. Uma relação em que há um perene desequilíbrio econômico-jurídico e técnico-informativo entre os agentes participantes do vínculo associativo (fornecedor e consumidor). Percebeu-se, ainda, que esse disparate acentuou-se enormemente com a consolidação da massificação do processo produtivo e a consolidação da sociedade de massas

É, pois, em busca dessa “reumanização”, em um cenário econômico e sócio-tecnológico de “maquinização”, que surge o direito das relações de consumo, a partir da década de 60, do século XX, com a concepção de um indivíduo, sujeito de direitos e deveres, denominado consumidor, e outro, igualmente sujeito de direitos e deveres, denominado fornecedor. Esse sujeito, fenomenicamente hiperssuficiente, tecnicamente mais informado, economicamente mais avantajado, juridicamente mais preparado, deveria ser contido em seus excessos, por intermédio de mecanismos legais, de ações políticas, ou seja, da participação do próprio Estado.

O Estado passou a atuar entre os contratantes, portanto, legislando preventivamente para garantir uma harmonia nas relações jurídicas materiais concretas e atuando judiciariamente para compor os naturais, recorrentes e excessivamente numerosos conflitos decorrentes da dinâmica das relações de consumo. Através de seus organismos, os entes públicos passaram a tentar promover a equivalência, a equiparação, o reequilíbrio formal entre os sujeitos, em face de relações jurídicas em que as partes se posicionavam em desigualdade manifesta. De um lado o consumidor, presumivelmente fragilizado; de outro o fornecedor, hiperssuficiente.

A Organização das Nações Unidas (ONU), já em 1.969, indicava a sua pretensão em regulamentar as relações de consumo quando, na Declaração das Nações Unidas sobre o Progresso e o Desenvolvimento Social (Resolução 2.542/69), dispondo expressamente sobre a necessidade de proteção do consumidor. E com o propósito específico de orientar os países membros, a ONU, posteriormente, aprovou a Resolução 39/248, em 16 de abril de 1.985, reconhecendo expressamente que os consumidores se encontram em situação de significativo desequilíbrio em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo.

Acudindo a essa orientação, o Brasil introduziu em seu ordenamento jurídico, em 1.988, as primeiras disposições legais voltadas à proteção e defesa do consumidor. Três dispositivos foram inseridos na Constituição Federal: o art. 5º, inciso XXXII; o art. 24, inciso VIII; e o art. 170, inciso V. O primeiro revela a índole garantista da proteção constitucional; o segundo, denota uma perspectiva federalista do sistema de proteção ao consumidor; e o terceiro, transpassa a importância econômica dessa modalidade de tutela.

O art. 5º, da Constituição Federal, que se constitui na declaração brasileira de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, determinou, em seu inciso XXXII (Brasil,

relações intersubjetivas desses segmentos jurídicos passaram a contar, portanto, com a supervisão e com a chancela estatal, a expurgar os excessos derivados da liberdade das estipulações e autonomia das vontades.



2011), que “o Estado promoverá, na forma da lei, a proteção do consumidor”. Foi um posicionamento decisivo, tanto do ponto de vista normativo quanto político<sup>60</sup>.

Finalmente, em 11 de setembro de 1.990 foi promulgada a Lei 8.078/90, conhecida como o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Aliás, a ementa da Lei Federal 8.078/90 (que realça o objeto da espécie normativa) está assim registrada: “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”<sup>61</sup>. Ou seja, o legislador foi enfático em determinar a tutela do sujeito mais vulnerável da relação jurídica.

A tutela do Estado não se volta, pois, à proteção de todos os sujeitos da relação jurídica, ou à própria relação jurídica. A tutela é personalizada; a proteção é específica à pessoa do consumidor, considerado vulnerável do ponto de vista técnico, informativo, econômico e jurídico. Isto é, o Estado se posicionou ideologicamente afirmando textualmente que o Código deve servir de instrumento para o combate contra os abusos praticados no mercado de consumo, em prejuízo desse referido sujeito.

#### 4. A DISTINÇÃO ENTRE A “VULNERABILIDADE” E A “HIPOSSUFICIÊNCIA” DO CONSUMIDOR

O inciso I, do artigo 4º do Código de defesa do consumidor estabelece como um dos princípios orientadores o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Por tal fato a vulnerabilidade do consumidor é uma norma cogente que deve ser observada nas relações de consumo.

Há que considerar que vulnerabilidade não pode ser confundida com hipossuficiência, isso porque a primeira é mais ampla que a segunda, pode-se dizer que enquanto vulnerabilidade é gênero hipossuficiência é espécie.

70

A vulnerabilidade pode deve ser entendida com uma característica universal a todos os consumidores, quer sejam ricos, pobres, educados, ignorantes, crédulos ou todos aqueles que se enquadram na condição de consumidores, são vulneráveis, sendo que tal fato é o que justifica inclusive a existência do próprio Código de Defesa do Consumidor.

A doutrina estabelece diversas subdivisões da vulnerabilidade, das quais podem se elencar quatro espécies quais sejam técnica, jurídica, fática e informacional. A vulnerabilidade técnica diz respeito ao fato de o consumidor não possuir conhecimento específico acerca do processo produtivo; o consumidor não possui os conhecimentos sobre os meios que são utilizados para a produção de bens ou fornecimento de serviços. Tal condição acarreta na possibilidade de o consumidor poder ser facilmente enganado no que tange a especificidade e utilidade do produto ou serviço colocados à sua disposição nomercado.

A vulnerabilidade jurídica resulta da carência de conhecimento jurídico do consumidor, a falta de informação acerca de seus direitos, inclusive no que tange á reclamar ou a quem recorrer, falta de assistência jurídica, tanto em juízo quanto fora dele, bem como a dificuldade de acesso à justiça e a impossibilidade de poder aguardar o demorado trâmite de um processo judicial. Isto é, os fornecedores passaram a controlar setores jurídicos, dificultando ainda mais ainda a condição do consumidor em eventual disputa.

A vulnerabilidade fática, também chamada de socioeconômica, decorre da discrepância

60 O legislador constituinte brasileiro inseriu a determinação do Estado de proteger o consumidor no núcleo intangível da Carta Maior; insculpiu uma norma princípio, e alicerçou solidamente o sistema de proteção do sujeito vulnerável na base estrutural da Constituição Federal de 1988, promovendo o próprio Estado como o seu primeiro e mais forte defensor.

61 O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu artigo 48, dispôs expressamente que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. A ordem constitucional foi cumprida. Em parte. O Código foi promulgado, mas com atraso de aproximadamente dois anos.



entre a capacidade econômica do consumidor e do fornecedor de modo que resta caracterizada a superioridade do fornecedor sobre o consumidor.

Por fim, resta a vulnerabilidade informacional, sendo que está se dá em razão do fornecer ser o mantenedor das informações acerca do produto ou serviço frente ao consumidor.

O grande ponto, a saber, sobre a vulnerabilidade é, ao mesmo tempo, uma constatação e afirmação legal. Basta ser consumidor para ser vulnerável. Diferentemente da vulnerabilidade, que trata de uma condição ampla, a hipossuficiência trata de uma situação específica, sendo que para a sua caracterização é necessária a indicação de uma situação de superioridade do fornecedor que venha a reduzir ainda mais a capacidade de informação, de participação, e de conhecimentos técnicos ou recursos econômicos do consumidor.

Em síntese, o que deve se atentar é para a diferenciação existente entre a vulnerabilidade e hipossuficiência. A primeira é uma condição existente a todos os consumidores pelo simples fato de se enquadrar na condição de consumidor. Já a segunda não pode ser generalizada devendo ser analisada em cada caso concreto e somente deve ser aplicada quando houver uma superioridade entre o fornecedor e o consumidor.

Costuma-se relacionar a condição de hipossuficiência do consumidor apenas em razão da sua condição econômica ser fraca ou por não ter conhecimento sobre a validade das cláusulas, por não ser autossuficiente, contudo tal atribuição restritiva não condiz com a realidade. Isso decorre do fato de que ao se considerar a hipossuficiência do consumidor apenas pelo fato de este ser economicamente inferior frente ao fornecedor. Esse posicionamento é bastante restritivo, já que não é incomum encontrar consumidores com capacidade econômica superior ao fornecedor. Conforme se extrai do pensamento de José Geraldo Brito Filomeno (2004, p.149):

A noção de hipossuficiência, por outro lado, é-nos dada pelo parágrafo único do art. 2 da Lei nº 1.060, de 5.2.50, como sinonímia de necessidade, a saber: ‘Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.’”

71

Ora, o desconhecimento do conteúdo de cláusulas contratuais é também um fator de desqualificação do consumidor. Se um contrato se encontra permeado de irregularidades, impondo ao consumidor excessivo ônus da relação jurídica, sem o seu conhecimento, é óbvio que tal situação o coloca em uma posição de excessiva vulnerabilidade. Basta questionar: se o consumidor efetivamente soubesse de seus deveres, ainda assim, contrataria? Se a resposta for negativa, se percebe, claramente, o flagrante desequilíbrio da relação contratual.

Por este motivo não se pode fazer uma análise meramente restritiva da condição de hipossuficiência do consumidor, mas essa qualificação (na verdade, desqualificação) deve ser analisada sob um enfoque genérico, de o consumidor que se encontra concretamente, em uma posição de manifesta inferioridade frente ao fornecedor. Enfim, a análise de hipossuficiência do consumidor não pode apenas se basear na condição financeira do consumidor, mas da posição de inferioridade que a relação de consumo o tenha colocado ante o fornecedor.

Em regra, a hipossuficiência somente pode ser aferida ante uma relação de consumo concreta em que se configure uma situação de flagrante desequilíbrio em detrimento do consumidor. São as circunstâncias pessoais do consumidor que atribuem ao consumidor a condição de vulnerabilidade acentuada. A declaração de hipossuficiência do consumidor nada mais é do que assegurar o direito à isonomia, previsto na Constituição Federal de 1988,





como forma de reequilibrar, do ponto de vista jurídico e material, a relação entre fornecedor-consumidor.

Contudo, as essa situação pessoal nem precisa ser cotejada, porque o próprio *modus operandi* do fornecedor quando cria as relações jurídicas contratuais por adesão, revelam, presumivelmente, o seu excesso de poder quando comparado ao consumidor. É dizer, nos contratos de adesão a condição de hipossuficiência do consumidor é presumida, não em face de suas particularidades pessoais, mas em face da própria maneira como a relação jurídica contratual se constitui e se deflagra.

## 5. A CLÁUSULA DE ADESÃO E A HIPOSSUFICIÊNCIA PRESUMIDA DO CONSUMIDOR

A modernização dos processos de industrialização de produtos e de serviços promoveu também a massificação das relações contratuais. Antes desse momento histórico, a concepção do vínculo contratual entre as partes estava centrada na livre vontade das partes como o elemento formador da relação entre as partes, de maneira que tal elemento era tido como fonte única de legitimação para o nascimento dos direitos e obrigações na relação contratual.

Ocorre que a relativização da livre vontade das partes e a massificação das relações contratuais desencadearam uma crise na antiga teoria contratual, pois esta já não se enquadrava mais à celeridade exigida pela sociedade de consumo: surgiram os contratos de adesão.

Por esta modalidade contratual todo o conteúdo das cláusulas passou a ser preestabelecido por uma das partes (fornecedor), cumprindo à outra parte (consumidor), tão somente, aceitar ou não o que lhe está sendo ditado como regra de comportamento, sem qualquer possibilidade de modificação das cláusulas. Na melhor das hipóteses, ao consumidor é dado o direito de recusar o contrato e procurar outro fornecedor.

Dentre muitas definições sobre essa modalidade de instrumento de contratação, se destaca a apresentada pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, no art. 54, segundo o qual contrato de adesão “é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Comentando o termo “adesão” Rizzatto Nunes (2009, p. 619) leciona:

O produto e/ou serviço são oferecidos acompanhados do contrato. Com isso, o consumidor, para estabelecer a relação jurídica com o fornecedor, tem de assiná-lo, aderindo a seu conteúdo. Daí se falar em contrato de adesão.(...) o uso do termo adesão não significa manifestação de vontade ou decisão que implique concordância com o conteúdo das cláusulas contratuais. No contrato de adesão não se discutem cláusulas e não há que falar em *pacta sunt servanda*. É uma contradição falar em *pacta sunt servanda* na adesão. Não há acerto prévio entre as partes, discussão de cláusulas e redação de comum acordo. O que se dá é o fenômeno puro e simples da adesão ao contrato pensado e decidido unilateralmente pelo fornecedor (...).

Há que se fazer uma diferenciação entre contratos de adesão e contratos que são condições gerais, isso porque os segundos também são pré elaborados, mas a lista das cláusulas a que ele está sujeito não estão inseridas no contrato; isso se deve ao fato de que as condições gerais

de determinado fornecedor podem estar afixadas no seu estabelecimento, constituírem um anexo ao instrumento, ou em razão de o contrato ter sido verbal. Como exemplo de contratos submetidos às condições gerais, pode-se citar os contratos de transporte, em que as condições gerais estão afixados no estabelecimento do fornecedor e também nos veículos, de modo que o consumidor ao entrar no veículo tem ciência das condições gerais a que esta se sujeitando.

Os contrato submetidos à condições gerais exemplificados no entendimento de Cláudia Lima Marques (2011):

Entende-se como contratos submetidos a condições gerais aqueles contratos, escritos ou não escritos, em que o comprador aceita tácita ou expressamente, que cláusulas, pré-elaboradas pelo fornecedor, unilateral e uniformemente para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico.”

Portanto, nos contratos com condições gerais, ainda que as cláusulas já tenham sido anteriormente elaboradas pelo fornecedor, cabe ao consumidor delimitar quais delas que farão parte de seu contrato. Diferentemente, no contrato de adesão não existe qualquer brecha para negociações restando apenas uma escolha, aceitar ou não as condições impostas.

No atual mercado de consumo em que o prevalece é a celeridade, estas novas técnicas de negociação são indispensáveis para a manutenção da efetividade deste sistema, de maneira que não há como retroceder este processo e eliminar esse modelo de contratação, porque trazem evidentes vantagens para os fornecedores em razão da celeridade que a ausência de negociação impõe ao mercado de consumo.

Contudo, não se pode esquecer que tais contratos, apesar de serem essenciais no atual mercado de consumo, trazem insegurança aos consumidores, por serem extremamente técnicos e complexos, o que dificulta tanto o entendimento das cláusulas contratuais como também a manifestação livre e consciente da vontade do consumidor. Em que pese o art. 54, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, predizer que “os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”, a linguagem técnica e prolixa desses instrumentos contratuais favorecem a sua não compreensão.

E é exatamente nesse momento que se materializa a condição de vulnerabilidade do consumidor. A impossibilidade do consumidor ter a exata compreensão das disposições contratuais e, portanto, ter ciência das regras que nortearão a futura relação jurídica de consumo, já previamente estabelecidas pelo fornecedor a partir de sua experiência negocial, faz com que a condição de vulnerabilidade do consumidor se acentue ainda mais, qualificando-o como “hipossuficiente”.

E, conforme já exposto anteriormente, não se mostra possível considerar a noção de hipossuficiência apenas em razão do caráter econômico, uma vez que em algumas hipóteses há de se verificar consumidores com capacidade econômica até superior ao próprio fornecedor, mas tecnicamente, informalmente e juridicamente alienados em relação à relação jurídica contratual descrita no instrumento que se lhe apresenta.

O consumidor que se apresenta em frente a um contrato previamente elaborado, e que não tem a oportunidade de negociar qualquer tipo de cláusula ou condição, apenas aceitar ou não os termos que estão lhe sendo impostos, está em óbvia situação de fragilidade, independentemente do poder econômico que possui.

A situação de superioridade do fornecedor se revela pelo conhecimento que possui dos



bens e serviços que está inserindo no mercado de consumo, pela sua experiência no mercado de consumo, que influenciaram determinantemente a constituição daquelas regras.

A posição que o fornecedor se apresenta frente ao consumidor é de entregar em suas mãos um contrato imutável ofertar duas opções: aceitar ou não aceitar. Independentemente de o consumidor ser rico ou pobre a imposição é mesma, as opções são as mesmas, as regras idênticas. Considerar hipossuficiente apenas aquele consumidor considerável pobre, coloca em cheque toda a Política Nacional das Relações de Consumo, pois nenhuma diferença há entre o consumidor pobre e o consumidor tido como rico, no plano relacional, pois frente a um contrato de adesão todos estarão fragilizados em relação ao fornecedor, já que não podem realizar qualquer alteração nos textos dos contratos que lhe são apresentados.

Estando diante de um contrato de adesão a hipossuficiência do consumidor não se dá em razão de falta de conhecimento técnico, jurídico, poder aquisitivo ou pelo monopólio de informações sobre o produto/serviço pelo fornecedor, mas pelo simples fato de que o consumidor não poder exercer a sua livre manifestação de vontade. Não há liberdade para contratar, senão apenas a de se dizer *sim* ou *não*.

E o efeito prático da qualificação do consumidor como hipossuficiente presumível será a possibilidade de uma atuação ainda mais interventiva dos organismos de proteção e defesa do consumidor e do próprio Estado. Ora, o reconhecimento dessa fragilidade acentuada do consumidor, por si só autoriza:

- a) a revisão contratual em favor do consumidor, em face da presumida desproporcionalidade das cláusulas contratuais, conforme previsto como direito básico, constante do Art. 6º, inciso V, do CDC;
- b) a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, obrigando o fornecedor a desconstituir em juízo as simples alegações do consumidor acerca da violação de seus direitos, conforme previsto no Art. 6º, inciso VIII, do CDC;
- c) a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor, em face do excesso de poder que presumivelmente exerceu em detrimento do consumidor, quando do momento da elaboração do contrato e da inserção de cláusulas que o prejudicaram durante a vigência da relação jurídica (Art. 28, caput, do CDC);
- d) a possibilidade do reconhecimento de que, eventuais obrigações ou renúncias de direitos do consumidor constantes do contrato de adesão constituem-se prática abusivas, e podem ser desconsideradas em favor do hipossuficiente, no momento de um conflito judicial, com fundamento no Art. 39, inciso IV, do CDC;
- e) a possibilidade de declaração ex officio pelo magistrado da nulidade de cláusulas gerais e abstratas que prevejam obrigações desproporcionais constantes do contrato de adesão, e que estejam influenciando de modo determinante a relação jurídica originariamente estabelecida entre as partes (Art. 51, inciso IV, do CDC).
- f) a possibilidade de declaração de nulidade de cláusulas que

não forem redigidas com destaque e ostensividade e, ao mesmo tempo, implicarem em limitação de direito do consumidor, como está disposto expressamente no Art. 54, parágrafo 4º, do CDC.

## 6. CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor é, sem dúvida alguma, um dos mais importantes instrumentos de tutela de vulneráveis do ordenamento jurídico brasileiro. Mas algumas de suas mais eficientes armas só podem ser usadas quando, no caso concreto, o consumidor se apresenta ainda mais fragilizado, em razão de deficiências pessoais que o coloquem na condição de uma vulnerabilidade acentuada.

O contrato de adesão, justamente por não ofertar ao consumidor a opção de participar da formação das regras da relação jurídica obrigacional, faz presumir a sua hipossuficiência e o promove à condição de maior fragilidade, exigindo uma intervenção mais aguda e favorável do Estado em seu favor.

Essa proposta visa atender ao comando constitucional de que o Estado promoverá a defesa do consumidor (Art. 5º, inciso XXXII, C/88), e do próprio Código, quando preceitua que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, a proteção de seus interesses econômicos, com a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo (Art. 4º, *caput* e inciso VI, do CDC).

Enfim, é mais uma forma de concretização de um projeto muito mais abrangente, tutelar, interventivo, que nasceu das próprias transformações sociais, políticas e econômicas vividas nas últimas décadas, e que precisar se confirmar fenomenicamente para justificar a isonomia material, indispensável à teoria dos contratos em todo o mundo.

75

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Fernando Costa de. *Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor*. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 69. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- BENJAMIN, Antonio Herman. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- FEIJÓ, Ricardo. *Desenvolvimento econômico: modelos, evidências, opções políticas e o caso brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes*. In: MARQUES, Claudia



Lima; MIRAGEM, Bruno. *Doutrinas essenciais de direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Volume 2, p. 431-461.

\_\_\_\_\_. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Comentário ao código de defesa do consumidor*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação dos poderes*. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

SANTOS, Ernani Fidelis dos. *O ônus da prova no Código do Consumidor*. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Doutrinas essenciais de direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Volume 6, p. 515-526.

## DO DIREITO À MORADIA: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DO PATRIMÔNIO MÍNIMO

*Eliane Aparecida Valone Esteves*

*Luciana Mendes Pereira*<sup>62</sup>

### RESUMO

Verifica o entendimento doutrinário, o rol de direitos fundamentais sociais e as disposições substanciais referentes ao direito à moradia da Constituição Federal de 1988. Realiza uma breve exposição histórica da positivação destes direitos e em que momento foram consolidados. Discorre sobre o direito social à moradia, patrimônio mínimo e mínimo existencial, abordando essas questões como direito fundamental, da pessoa humana como condição a uma vida com dignidade. Aborda sobre o patrimônio mínimo como mínimo existencial para que o indivíduo tenha uma vida digna e a possibilidade desses direitos serem efetivados pelo Poder Judiciário diante da omissão estatal.

**PALAVRAS-CHAVE:** constituição; direitos sociais; moradia; patrimônio mínimo; mínimo existencial.

### ABSTRACT

Check the doctrinal understanding, of the role of fundamental social rights and substantially in terms of housing rights, established by the Constitution of 1988. Performed a brief history of these rights and positivation when they were consolidated. Discusses the social right to housing, minimum net worth and existential minimum, approaching these issues as a fundamental right, as a condition of the human person to a life with dignity. Addresses on the existential minimum net worth at a minimum so that the individual has a life of dignity and the possibility of rights being effected by the judiciary in the face of state failure.

**KEYWORDS:** constitution; social rights; housing; minimum equity; existential minimum.

### SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2.1 Conceito e Breve Histórico. 2.2 Direitos Fundamentais Sociais. 3 DIREITO SOCIAL À MORADIA. 4 PATRIMÔNIO MÍNIMO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 4.1 Reserva do Possível e o Mínimo Existencial. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

### 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 contempla como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a “dignidade da pessoa humana”, em seu Art. 1º, III. Da mesma forma no Art. 3º, I, II, III, IV, elenca os objetivos do Estado Democrático de Direito, que são “construir uma sociedade livre justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, “promover o bem de todos sem preconceitos de raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

62 Advogada, Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Professora de Direito Civil no Centro Universitário Filadélfia, Londrina, Paraná, Brasil – .



Os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal têm por objetivo garantir a liberdade dos cidadãos contra o abuso do poder estatal, bem como, a garantia de melhores condições de vida, o bem estar geral e em consequência a promoção da dignidade da pessoa humana estabelecida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Os direitos sociais ou de segunda geração, que foram reconhecidos no século XX, surgiram como resultado do processo de industrialização e de problemas sociais e econômicos ocorridos no século XIX. São direitos de dimensão positiva ou direitos a proteção, porque se espera do Estado uma ação, no sentido da implementação de políticas públicas que proporcionem melhoria de vida para os menos favorecidos, promovendo assim maior igualdade e em consequência mais justiça social para possibilitar aos cidadãos uma vida digna.

Os direitos sociais, como direitos de segunda geração estão previstos no Texto Constitucional de 1988, Art. 6º, que os estabelece: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Ter um lugar onde morar, é condição essencial à dignidade da pessoa humana, sua moradia deve ser no mínimo digna, para que possa servir como referência, garantia de dignidade e cidadania. No Brasil contemporâneo, há um número significativo de pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza, como indigentes, nas ruas, embaixo de pontes, em barracos, nas favelas, em ocupações ilegais, tornando pública a intimidade e ferindo a integridade humana. As tragédias pessoais, a cada dia são mais e mais estampadas pelo descaso do poder estatal que não garante sequer, aos cidadãos, uma moradia minimamente justa.

78

A realidade, no tocante ao direito fundamental social à moradia, demonstra um contexto pouco condizente com os objetivos traçados pelo Estado Democrático de Direito. É crescente e assustador, o número de pessoas que sequer possuem um “teto” digno, onde possam morar, em virtude de que o Estado se desincumbe das responsabilidades para com os seus cidadãos quando não efetiva suas políticas públicas.

É fato que a atividade estatal é limitada em seus recursos e não consegue viabilizar o pleno exercício de todos os direitos fundamentais sociais estabelecidos na Constituição Federal para dar o devido tratamento às situações, por ela mesma estabelecidas em consequência da não efetivação de políticas públicas.

A presente pesquisa será direcionada para verificação do entendimento doutrinário do rol de direitos fundamentais sociais. Particularmente no que se refere ao direito social à moradia, a verificação da esfera do patrimônio mínimo, que não se confunde com o direito à propriedade privada, mas sim com o mínimo necessário à existência digna, bem como ao atendimento das necessidades básicas do ser humano.

O presente trabalho encontra sua relevância no sentido de que, apesar de os direitos sociais estarem positivados na Constituição Federal, estes, não raras vezes, têm sido desrespeitados pelo Estado, que deveria dar-lhes a garantia do efetivo exercício, comprometendo assim sua eficácia e aplicabilidade, a fim da realização de necessidades fundamentais.

## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1. Conceito e Breve Histórico

Os direitos fundamentais podem ser definidos como direitos do homem garantidos pela Constituição Federal, direitos que vigoram numa determinada sociedade, num determinado tempo e espaço, que têm por finalidade proteger as pessoas contra os arbítrios do poder



estatal. O Estado tem o dever de garantir condições mínimas para que o homem, titular desses direitos, tenha assegurada a sua dignidade.

Para José Afonso da Silva, a expressão “direitos fundamentais do homem” é mais adequada para esta análise. Assim:

Além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA, 2003, p.182).

Alexandre de Moraes define os direitos fundamentais como:

[...] uma fusão de várias fontes das diversas civilizações, [...] que tem como ponto fundamental em comum [...] a necessidade de limitação e controle dos abusos do poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e de legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo. (MORAES, 2003, p. 19).

Ingo Sarlet (2004, p. 35-36) define os direitos fundamentais como “[...] aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado estado [...]”. Desta forma, distingue os direitos fundamentais dos direitos humanos por referir-se à estes como “[...] àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, [...]”.

Ingo Sarlet (2004, p. 52), ainda afirma que “[...] a contribuição francesa, foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX.” Assegura ainda o fato de que a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais “[...] culminou com a afirmação do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais [...]”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 286) aduz ainda que “[...] desde a Revolução de 1789, o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais [...]”, o objetivo do governo era o estabelecimento de uma esfera de atuação autônoma em favor do indivíduo, delimitando de certa forma a interferência do Estado. Tendo como guardiã a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 no Art. 16 que condicionou à proteção dos direitos individuais a própria existência da Constituição Federal.

Ainda conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 86) com o passar dos tempos houve modificações na forma de tratar as relações travadas entre Estado e cidadãos, de forma que, um novo rol de direitos passou a ser reconhecidos, e o Estado estaria convocado a prover em prol do indivíduo.





É didática e esclarecedora a conceituação criada por Sarlet, quando enfatiza que o “[...] termo (direitos fundamentais) se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecido e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado [...]” (SARLET, 2004, p. 65).

Nesta seara, colaboram os ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos (1999, p.138), quando afirma que o Estado liberal pode ser também chamado de Estado constitucional, pois irá buscar atingir a liberdade através do não-constrangimento pessoal, pelo “[...] coroamento de toda a luta do indivíduo contra a tirania do Estado”. O Estado brasileiro a partir da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, adotou o modelo de Estado Liberal, com uma estrutura oposta à estrutura que vigorava no Império. Foi adotado o sistema republicano, a forma presidencialista de governo, a forma federativa de Estado e o funcionamento de uma Suprema Corte em condições de decretar atos de poder considerados inconstitucionais. (BONAVIDES, 2000, p. 331).

Neste sentido, pode-se extrair dos ensinamentos de Ingo Sarlet (2004, p. 42), que:

É necessário frisar que a perspectiva histórica assume relevo principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem juntamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder.

80

Foi com o surgimento do Estado constitucional e com o advento do liberalismo que surgiram os direitos fundamentais individuais e coletivos. Estes podem ser denominados como direitos de defesa, pois exige do Estado um não agir. Tais direitos foram consagrados na Constituição Federal em vigor na época e fundamentados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e por esse motivo passaram a figurar como direitos fundamentais individuais e coletivos positivados desde então.

Mais especificamente na Inglaterra do século XIII (Idade Média), surgiu o principal documento que faz menção aos Direitos Humanos, trata-se da “Magna Charta Libertatum”, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses, servindo apenas para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, portanto não estavam preocupados com a população, mas ela serviu como referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos.

Em virtude de diversas crises econômicas, surgiu a necessidade de intervenção estatal nos campos econômico, social, previdenciário, dentre outros, pois ficou demonstrado “[...] ser os mecanismos auto-reguladores da economia insuficiente para promover harmonicamente o desenvolvimento da riqueza nacional.” Diante disto a necessidade premente da presença do Estado para ajustar os enormes desequilíbrios nos quais se encontrava a sociedade (BASTOS, 1999, p. 142).

Neste sentido, Ingo Sarlet (2004, p. 55-56) ensina que surgiram muitos movimentos que reivindicavam o reconhecimento de direitos, exigindo do Estado uma participação ativa na realização da justiça social. Esclarece que:

A nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, uma



vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Não se cuida mais, portanto de liberdade do e perante o Estado, e sim liberdade por intermédio do Estado. Esses direitos fundamentais, [...], caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc.

O autor acima citado entende que é no século XX, principalmente nas Constituições Federais surgidas após a Segunda Guerra Mundial, que houve a consagração dos direitos fundamentais em um grande número de Constituições, além de serem focos de tratados internacionais. Esses direitos diferentemente dos direitos a liberdade, surgiram cingidos ao princípio da igualdade, esta entendida num sentido material.

No entanto, observa-se historicamente que a ordem social, assim como a econômica, adquiriu “status” jurídico a partir do momento que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que ocorreu a partir da Constituição Mexicana de 1917 (SILVA, 2003, p. 284).

No Brasil, a Revolução de 1930 acabou com a Primeira República e enfraqueceu o coronelismo. Desta forma e com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, veio à tona a questão social com a criação do Ministério do Trabalho. Neste contexto, o Estado Liberal cedeu lugar ao Estado Social, influenciado pela Constituição alemã de Weimar de 1919, com o chamado constitucionalismo do Estado Social da Alemanha, que teve origem em decorrência de uma revolução ideológica que deu origem aos novos princípios na Constituinte de 1933-1934 (SILVA, 2003, p. 80-81).

Para Paulo Bonavides (2000, p. 333):

Em 1934 a inspiração do constitucionalismo alemão Weimariano é decisiva para a formulação precoce da forma de Estado social que o constituinte brasileiro estabeleceu em bases formais, num passo criativo dos mais importantes, capaz de autenticar a significação e a autonomia doutrinária do terceiro ciclo ou época constitucional, em cujos espaços o regime ainda se move em busca de consistência, legitimidade e consolidação definitiva das instituições fundamentais.

A princípio, conforme ensina Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 142), o Estado passou a regular o campo das atividades econômicas privadas, em seguida começou a alavancar sua própria atividade econômica inclusive participando com empresas privadas. Tornou-se por consequência um grande empregador, no entanto cresceu em complexidade transformando-se em um estado extremamente burocrático.

Diante disto, a participação estatal firmou-se na vida em sociedade. No entanto, as dimensões do estado devem ser amplas o suficiente para atender as necessidades da sociedade, mas não tão amplas ao ponto de, segundo Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 142-143), “[...] asfixiar a iniciativa e a criatividade da empresa privada”.

A esse modelo se dá o nome de Estado social, com isso significando a convivência de um Estado provedor em muitos aspectos, mas ainda assim não castrador do dinamismo da sociedade. A partir dele sabe-se que o desenvolvimento social



não se pode dar com as costas voltadas para o estado nem se estabelecer a pureza da sociedade. A organização dessa passa necessariamente pelo Estado (BASTOS, 1999, p.143).

A Constituição Brasileira de 1934 foi a primeira a “[...] inscrever um título sobre a ordem econômica e social [...]”, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, continuando desta forma nas constituições posteriores (SILVA, 2003, p.284). A Constituição de Weimar fez brotar um Estado Social, que segundo Paulo Bonavides (2000, p. 334) é um Estado “[...] atado politicamente a formas democráticas, em que a sociedade e o homem-pessoa – não o homem-indivíduo são os valores supremos”. Acrescidos a um Estado que tem como referência a democracia e que privilegia e proporciona a liberdade e a igualdade.

Portanto, é possível concluir que a partir deste momento os direitos sociais e econômicos iniciaram sua trajetória de positivação das constituições brasileiras, foram inseridos no Texto Constitucional de 1934 e posteriormente nas demais Constituições Federais, inclusive na de 1988.

Os direitos fundamentais encontram-se estabelecidos na Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu Título II, estes se subdividem em direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Os direitos fundamentais, segundo Ingo Sarlet (2004, p. 52-53), sofreram várias modificações desde que foram reconhecidos pelas primeiras Constituições. Transformações tanto no seu conteúdo, quanto no que tange à sua titularidade e também quanto à sua eficácia e efetivação. Isto se deu por meio de um processo cumulativo, em que as várias gerações de direitos foram sendo perfilhadas ao longo da evolução constitucional pela qual passou o Estado brasileiro.

82

O autor acima citado completa, afirmando que:

Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

Verifica-se, portanto que os direitos fundamentais passaram por várias modificações ao longo da história da humanidade desde que foram reconhecidos. Conforme evolui a sociedade há uma pujante necessidade de que os direitos fundamentais também passem por um processo de evolução, para que possa dar efetividade aos direitos sociais.

## 2.2. Direitos Fundamentais Sociais

Os direitos sociais do homem são aqueles que exigem do Estado uma atuação de caráter prático, a fim de encontrar a estabilização social entre os hipossuficientes. Tais direitos buscam efetivar a dignidade humana através de fundamentos do qual faz parte o homem em sua condição natural, são direitos que todos possuem devido às características intrínsecas do homem. São prestações objetivas do Estado e subjetivas do homem, garantidas constitucionalmente e que apresentam pequenas limitações diante da necessidade de organizar o estado com base em tais direitos.

Desta forma, deve o Estado prestar a quem não possui condições, meios capazes de igualá-



lo aos demais membros da sociedade. Fazendo com que todos tenham condições mínimas de garantir o maior de todos os bens, a vida, e que seja ela garantida, e alicerçada na igualdade e na dignidade da pessoa humana.

Os direitos sociais são denominados como direitos de segunda geração, estão previstos na Constituição Federal de 1988 em seu Art. 6º que assim os estabelece: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança aos desamparados, na forma desta Constituição”. Estes direitos, diferentemente dos direitos de primeira geração, quais sejam: direitos individuais, das liberdades ou civis e políticos, são direitos de dimensão positiva, ou seja, não se espera mais do Estado que se abstenha em sua atividade para preservar a esfera da liberdade dos indivíduos, mas sim, uma ação, no sentido de contrapor serviços à sociedade como por exemplo, assistência social, saúde, educação, trabalho, dentre outros (SARLET, 2004, p. 55-56).

De acordo com os ensinamentos de Ingo Sarlet (2004, p. 55-56), os direitos sociais são frutos do impacto da industrialização e dos problemas sociais e econômicos surgidos no decorrer do século XIX, em que a liberdade e a igualdade consagradas formalmente nas Constituições deste período, não significavam a garantia de seu efetivo exercício. Diante disso, surgiram movimentos reivindicando o reconhecimento de determinados direitos, que atribuíam ao Estado comportamentos ativos com o intuito da promoção da justiça social.

Alexandre de Moraes (2003, p. 43) caracteriza os direitos sociais como:

[...] verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV.

83

Ingo Sarlet (2004, p. 56) esclarece que os direitos de segunda dimensão ou direitos sociais:

[...] podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

Os direitos sociais são denominado por Ingo Sarlet (2004, p. 278) de “direitos sociais de natureza positiva (prestacional)” pelo fato de terem como objetivo a realização da igualdade material, “[...] no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais”.

Pode-se concluir que, os direitos sociais ou de segunda dimensão podem também ser chamados de direitos prestacionais. Pois exigem do Estado a implementação de políticas públicas que proporcionem melhoria de vida para os mais desfavorecidos, promovendo assim a redução das desigualdades sociais bem como a promoção da justiça social e também a concretização de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Vale lembrar que os direitos sociais, como direitos fundamentais de segunda geração, são aqueles que exigem uma contrapartida do Estado como concretizador das políticas públicas, e também garantidor dos direitos fundamentais sociais como forma de minorar as



desigualdades sociais. Na mesma seara, Alexandre de Moraes (2003, p. 43), ensina que os direitos sociais são fundamentais ao homem, de observância obrigatória de um Estado Social de Direito, cuja finalidade é a melhoria nas condições de vida aos hipossuficientes, com o objetivo à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamento do Estado Democrático de Direito, pelo Art. 1º, IV da Constituição Federal (trabalho e livre iniciativa).

### 3. DIREITO SOCIAL À MORADIA

A questão da moradia é um problema que perpassa gerações e gerações. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em Assembléia Geral das Organização das Nações Unida, consagrou que:

[...] todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Ingo Sarlet (2002, p. 147) salienta que foi na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, que pela primeira vez, foram albergados pela ordem internacional os reconhecimentos dos assim chamados direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito à moradia. Ainda, como mostra o Art. XXV, § 1º da referida Declaração:

[...] toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Ainda, conforme Ingo Sarlet, a partir da declaração do citado dispositivo, o direito à moradia passou a ser objeto de reconhecimento expresso em diversos tratados e documentos internacionais, destacando-se o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966. Também ratificados e incorporados ao direito interno brasileiro em seu Art. 11, consta que:

[...] os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida.

Não obstante, a Constituição Federal vigente incorporou em seu texto - Art. 6º - o direito à moradia, na condição de direito fundamental social expresso somente com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 2000.

Já na Constituição Federal de 1988 havia menção expressa à moradia em alguns dispositivos, seja quando dispunha sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de promover programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais, nos termos do Art. 23, IX, ou do Art. 7º, IV, quando definiu o salário mínimo como o capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, como a moradia. Assim também, a vinculação social

da propriedade no Art. 5º, XXIII, e Art. 170, III e Art. 182, § 2º que trata da propriedade enquanto função social (SARLET, 2002, p. 150).

Assevera Rômulo Russo Júnior (2003, p. 126) que não se pode confundir a função social da propriedade com o financiamento da política urbana, embora seja possível que haja um ponto de ligação entre elas. Cumpre observar, que a função social da propriedade (Art. 5º, XXIII), tem um papel histórico, o qual necessita ser materializado conforme as diversas realidades das cidades brasileiras, respeitando-se o pluralismo do pensamento nacional, de forma a preponderar o interesse coletivo.

Nesta seara, Luiz Edson Fachin (apud Júnior, 2003, p. 127) assinala que “[...] o uso da propriedade deve servir ao bem da coletividade”, diante disto:

A função social da posse situa-se em plano distinto, pois preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que, mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico da propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade o que há de eliminável.

Sobretudo, é importante enfatizar, que a função social da propriedade apresenta-se como princípio vetor. Deve entrosar-se com o interesse comum, tradutor dessa função social. Neste momento vale lembrar que a precariedade (material e/ ou jurídica) da habitação é, lamentavelmente, um dos problemas, mais graves da sociedade brasileira, para além dos dramas pessoais e familiares, o pior é constatar que não são casos isolados.

85

A moradia representa um dos custos mais caros nas sociedades contemporâneas submetidas ao sistema capitalista. Em um país com população predominantemente pobre e com capacidade comprometida para investimentos públicos, a habitação popular usualmente apresenta soluções temerárias, não raro improvisadas, muito ruins do ponto de vista da habitabilidade. (GOMES, 2005, p. 1-2).

Marcos Pinto Gomes lembra que dados divulgados pela Folha de São Paulo em 04/06/2000, esclarece que metade da população do Município de São Paulo, cerca de cinco milhões e quinhentos mil habitantes, mora em loteamentos ilegais, cortiços e favelas, a maioria sem infra-estrutura básica. Segundo noticiado no Jornal O Globo em 16/05/2004, no Município do Rio de Janeiro, somente nas favelas, havia no ano 2000, cerca de um milhão e cem mil habitantes, o que corresponde a 19% da população.

Diante do exposto,

Não há como construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. O mais comum é que o quadro produzido seja o de segregação espacial, agravamento da miséria e da desigualdade social. Tudo isso requer intensamente a atuação direta do Estado, por se tratar de uma questão vital para a população [...].

O direito à moradia é um direito essencial, consubstanciado na Constituição Federal, o que deveria proporcionar, no mínimo, a facilitação da exigência de sua concretização. A doutrina vigente tem avançado no conceito ao direito à moradia, fundamentada no princípio de que as



normas constitucionais devem ser interpretadas de modo a conferir-lhes a máxima efetividade possível.

Conforme Afirma Saule Junior:

Nas normas definidoras do direito à moradia a aplicação é imediata o que faz com que sua eficácia seja plena. Ou seja de imediato, o Estado brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria. Essa obrigação não significa, de forma alguma, prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim construir políticas públicas que garanta o acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e situação indigna de vida. Nelson Saule Junior (apud Gomes, 2005, p. 4).

Os direitos e garantias individuais não são apenas aqueles previstos no Art. 5º da Constituição Federal, cujo rol é meramente exemplificativo. O Supremo Tribunal Federal já considerou o princípio da anterioridade tributária como garantia constitucional assegurada aos contribuintes e, por via de consequência, cláusula pétrea. Na mesma oportunidade o Ministro Carlos Velloso referiu-se aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis, enquanto o Ministro Marco Aurélio afirmou a relação de continência dos direitos sociais dentre os direitos individuais previstos no Art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

86

#### 4. PATRIMÔNIO MÍNIMO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para que a dignidade da pessoa humana seja preservada, deve-se garantir a todos um mínimo de recursos, o denominado mínimo existencial, considerado essencial e sem os quais o indivíduo viveria abaixo do limite da dignidade tolerável. Neste sentido, o estatuto do patrimônio mínimo e o princípio da dignidade da pessoa humana são duas realidades juridicamente ligadas, na medida em que se procura preservar esta por intermédio de proteção daquela.

A tese do patrimônio mínimo, para Luiz Edson Fachin, “[...] é no sentido segundo o qual o ordenamento jurídico deve sempre garantir um mínimo de patrimônio ao indivíduo para que tenha garantida a sua dignidade”.

Os bens patrimoniais à luz desta teoria, não podem mais ser interpretados sob o prisma da mera patrimonialidade. A doutrina brasileira se orienta no sentido do reconhecimento do direito a um patrimônio mínimo da pessoa, como um aspecto essencial para o reconhecimento da sua dignidade (FARIAS, 2004, p. 316).

A impenhorabilidade tratada na Lei nº. 8.009/90 é relativa ao bem de família, que é protegido caso o devedor nele more com sua família. (STJ. 4ª Turma, Resp 132131, Rel. Aldir Passarinho Junior, decisão: 08/02/2000, DJ 03/04/2000, p. 152). Fachin (2006, p. 144).

Quando a lei faz referência ao imóvel da família, é importante salientar que nos termos da



lei, família não é somente um grupo de pessoas, com ou sem filhos, está agasalhada também a pessoa que mora em imóvel próprio e sem família, a impenhorabilidade abrange também, o imóvel em que vivem apenas os irmãos ou uma pessoa solteira sozinha, como exemplos.

O termo família passou, assim, a ter maior abrangência, compreendendo qualquer espécie de família, inserida a união estável no Direito de Família, a entidade familiar iguala-se à família oriunda de casamento para todos os efeitos legais. (MARMITT, 1995, p. 26-27).

Ainda, nos termos do Art. 5º, XXVI, da Constituição Federal:

[...] a propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, também não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

No entendimento de Luiz Edson Fachin, a impenhorabilidade concedida pela Constituição Federal, não obriga o devedor a morar na propriedade rural, está, no entanto, se sobrepondo à impenhorabilidade da Lei nº. 8.009/90, ao exigir que a família more na propriedade rural.

São também impenhoráveis, segundo o Art. 1º, Parágrafo único da Lei nº. 8.009/90, os equipamentos de qualquer natureza e os móveis quitados que guarnecem a casa, na medida em que são necessários à vida digna do devedor. A referida lei tem caráter de excepcionalidade à responsabilidade patrimonial dos devedores, de forma que deve ser interpretado restritivamente. Todavia, deve atentar, antes de tudo, para o princípio da proteção à família do devedor. (FACHIN, 2006, p. 150 – 153).

Para Paulo Luiz Netto Lôbo (1999, p. 99):

[...] o direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o lócus normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal.

87

Diante da constitucionalização do Direito Civil, a proteção do patrimônio mínimo não é mais uma particularidade do indivíduo, pois na contemporaneidade há uma preocupação e respeito sociais nos termos do Art. 170 da Constituição Federal, que determina que a ordem econômica assegure a todos os indivíduos uma existência digna, na busca da justiça social.

A Constituição Federal como “[...] lei suprema do país; contra sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer atos diplomáticos” (Carlos Maximiliano apud Fachin, 2006, p. 182).

Neste sentido não se confunde propriedade com patrimônio, tão pouco identifica propriedade apenas como propriedade privada. A tese do patrimônio mínimo trabalha com dois momentos fundamentais: na descrição crítica do Direito Civil no conceito de patrimônio e na busca de uma nova concepção de patrimônio, que juridicamente preserva os valores personalíssimos do indivíduo e sua dignidade.

Neste sentido, os bens patrimoniais reafirmam-se como objetos de direito, que nos termos da teoria do patrimônio mínimo, tem uma conotação de despatrimonialização e repersonalização das relações jurídicas, antes voltadas para a satisfação dos interesses econômicos e patrimoniais do indivíduo, mas que hoje tem por finalidade a proteção do ser





humano em si, e de sua dignidade.

Para Fachin, a tese do patrimônio mínimo:

[...] defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores.

A proteção de um patrimônio mínimo, à luz da Constituição Federal, é o novo sentido a ser dado ao patrimônio sob a perspectiva de um Direito Civil constitucionalizado, que só tem legitimidade no momento em que observa valores primordiais à existência do indivíduo, que já estão positivados constitucionalmente.

A garantia de um patrimônio mínimo a todos os indivíduos está na constitucionalização do Direito Civil, juntamente com os demais institutos civilistas, caminhando rumo à repersonalização, devido à despatrimonialização operada pela Constituição Federal, que é base dos princípios fundamentais do atual ordenamento jurídico brasileiro. (FACHIN, 2006, p. 249).

Neste sentido, é essencial a intervenção estatal, em face das desigualdades, com o intuito da redução dos desníveis econômicos, mediante a interferência nas relações de trabalho e produção para que se busque a igualdade de todos no acesso aos bens materiais e espirituais disponíveis. Gustavo Tepedino (apud Fachin, 2006, p. 251).

88

O Estado não pode abster-se diante das desigualdades sociais, pois a Constituição Federal tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

Nas palavras de Nogueira (apud Fachin 2006, p.286), a casa é o abrigo da família e tem permanecido como um verdadeiro santuário agregado a cada um de seus membros. Entretanto, é salutar lembrar que mesmo vivendo em um Estado Democrático de Direito, onde todos deveriam ter a sua dignidade respeitada, no Brasil ainda há um grande número de famílias que aglomeram-se em grandes cidades, vivendo em barracos de favelas, quartos de cortiços, embaixo de viadutos e pontilhões, sonhando com a casa própria.

#### 4.1. Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.

É sabido que os direitos fundamentais sociais dentre eles o direito à moradia, demandam não uma abstenção do Estado, mas uma ação, o que lhes dá a característica de direitos prestacionais positivos, ensejando uma atuação do Estado no campo material. Ingo Sarlet (apud Barin, 2006, p. 107) comenta o entendimento de que inexistente diferença entre o regime jurídico dos direitos e garantias individuais e dos direitos sociais, ao sustentar que, a princípio, as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis, salvo duas exceções:

a) quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo, por exemplo, que apenas será exercido na forma da lei; b) quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar a aplicabilidade, no sentido de que não possui a normatividade



suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária a assunção, pelo Judiciário, da posição reservada ao legislador.

José Gomes Canotilho (apud Barin, 2006, p. 108) entende que qualquer posição que questione a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, afronta não apenas a interpretação literal do Art. 5º, § 1º da Constituição Federal, mas, principalmente, todo processo hermenêutico que a ela deve ser dispensado. Ao se refutar a aplicabilidade imediata, só tende a retardar o já arrastado e lento processo de efetivação dos direitos sociais, buscando justificativas para o que é injustificável.

Para Ana Paula de Barcelos (2002, p. 236) a efetivação dos direitos sociais perpassa pelo fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas. O fenômeno da “reserva do possível” significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado, e da sociedade, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Para José Gomes Canotilho (apud Barcelos, 2002, p. 237)

[...] pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.

No entendimento de José Gomes Canotilho (apud Barin, 2006, p. 108) a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, dentro de uma “reserva do possível”, aponta à dependência de recursos econômicos. Sua realização estará sempre condicionada pelo volume de recursos suscetíveis de serem mobilizados para esse feito. A partir dessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

A partir deste contexto surge a tese de que apenas o “mínimo existencial” poderia ser garantido. O “mínimo existencial” representa um conjunto formado para a seleção dos direitos sociais, econômicos e culturais, considerados mais relevantes, integrantes do núcleo da dignidade da pessoa.

Para Ingo Sarlet (2004, p. 155) o “mínimo existencial” compreende o conjunto de prestações materiais que assegurem a cada indivíduo, uma vida com dignidade, saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos.

Ana Paula de Barcelos (apud Esteves, 2007, p. 64-65) entende que seja exigível diante do Poder Judiciário a possibilidade de atendimento a um “mínimo existencial”. A autora, com seu entendimento de que o “mínimo existencial” guarda correspondência com a “dignidade da pessoa humana”, reconhece nesse princípio a condição subjetiva para que se pleiteiem juridicamente direitos sociais não efetivados pelo legislador ou pelo administrador.

É fato que a ausência de recursos materiais constitui uma dificuldade ou até mesmo uma impossibilidade para a efetivação dos direitos sociais. Portanto é sabido que para a efetivação de quaisquer direitos, sejam eles individual, social ou coletivo, demanda por parte do Poder Estatal a existência de meios financeiros necessários para tal fim.

Ingo Sarlet (apud Esteves, 2007, p. 65) deixa claro que:

[...] não convencem os argumentos comuns da falta de verbas e da falta da competência do Judiciário” para decidir sobre a aplicação dos recursos públicos, adere ainda à tese da



necessidade da ponderação de bens como forma de possibilitar o reconhecimento de um direito subjetivo a um “mínimo existencial.

Ana Paula de Barcelos (2002, p. 305) compreende que os elementos materiais da dignidade são compostos pelo mínimo existencial, consistente em um conjunto de prestações materiais mínimas, e que sem esse mínimo pode-se concluir que o indivíduo estará em situação de indignidade.

É fato que a ausência de recursos materiais constitui uma dificuldade ou até mesmo uma impossibilidade para a efetivação dos direitos sociais. Portanto é sabido que para a efetivação de quaisquer direitos, demanda por parte do Poder Estatal a existência de meios financeiros para tal fim.

Portanto, esses dois princípios podem servir de parâmetro para delimitar a concretização, pelo Estado, de determinado direito social, no que se refere à precariedade ou ausência de recursos materiais.

## 5. CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito brasileiro tem por um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, bem como o propósito de construir uma sociedade livre justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

90

Como pôde ser verificado, a República Federativa do Brasil, mesmo sendo um Estado Democrático de Direito, ainda encontra-se muito alheia à efetivação dos direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal de 1988, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais dispostos no seu Art. 6º.

A partir do estudo realizado, pode-se observar a existência de uma garantia patrimonial mínima a toda pessoa, que trata-se de um mínimo indispensável a uma vida digna, cabendo ao Estado, face das desigualdades sociais, garantir aos seus pátrios o mínimo para uma existência com dignidade.

A doutrina estudada entende que no Brasil a consolidação da cidadania social é uma tarefa que ainda está por vir. No entanto, reconhecem que os direitos foram positivados pelos constituintes, porém, ainda precisam ser efetivados em razão da inércia e da omissão estatal acabando por impedir a consolidação dos direitos fundamentais sociais. Os direitos sociais são plenos no que diz respeito à sua eficácia e aplicabilidade imediata, ou seja, podem ser exercidos pelos seus titulares mesmos que estes tenham que buscar o Poder Judiciário, passando a incumbir a ele a tarefa de possibilitar a efetividade dos direitos sociais e a realização da cidadania social.

No que se refere ao patrimônio mínimo, o indivíduo deve ter sempre resguardado um direito ao patrimônio mínimo como meio de promover a sua dignidade, deve-se garantir a todos um mínimo de recursos, o mínimo existencial, considerado como núcleo dos direitos fundamentais sem o qual o indivíduo viveria abaixo do limite da dignidade tolerável.

Porém, para que essas políticas sejam efetivadas, é necessária a intervenção do Poder Judiciário, que ainda se mostra muito conservador, pois ainda não tomou consciência da sua fundamental importância na tarefa de proteger os cidadãos contra a arbitrariedade do poder estatal. Portanto, cabe ao Poder Judiciário garantir o pleno exercício e possibilitar a efetivação



dos direitos fundamentais sociais, promovendo a justiça social, restando tão somente a possibilidade de ver respeitada a dignidade do indivíduo enquanto pessoa.

## REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002
- BARIN, Érico Fernando. *A Efetivação do Direito Social-Constitucional à Moradia como Pressuposto à Dignidade da Pessoa Humana (Fundamento do Estado democrático de Direito)*. Dissertação de Mestrado. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. – São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. – 35. ed. – São Paulo: Saraiva, 2005. – (Coleção Saraiva de legislação).
- ESTEVES, João Luiz Martins. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Prof. Gilmar Mendes; 5).
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIAS, Cristiano. *A família pós-modernidade: em busca da dignidade perdida*. In Revista Persona, Revista Eletrônica de Derechos Existenciales, Argentina, n. 9, set. 2004, disponível em [HTTP://www.revistapersona.com.ar.htm](http://www.revistapersona.com.ar.htm); acesso em 04-01-2003.
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Constitucional*. 34. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.
- GOMES, Marcos Pinto Correia. *O Direito Social à Moradia e os Municípios Brasileiros*. Teresina, ano 10, n. 900, p. 4. 2005. [www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/14110623.htm](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/14110623.htm). Acesso em 04 de Abr. 2007.
- JÚNIOR, Rômulo Russo. *Direito Real de Uso-Transferência do Direito de Construir no Estatuto da Cidade, Direito à Terra Urbana, o Aparecimento das Favelas, Função Social da Propriedade, a Med. Prov. 20220/2001, a Desafetação e a Ordem Urbanística*. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo: ano 26, n. 55, p. 126-127, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigência e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MARMITT, Arnaldo. *Bem de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.





**O PROCESSO E JULGAMENTO DE JESUS CRISTO***Gustavo Gandolfo Scoralick*<sup>63</sup>**RESUMO**

O presente artigo busca avaliar o processo de julgamento de Jesus Cristo, analisando o contexto histórico e a esfera jurídica vigente na época, englobando o Direito Hebraico e o Direito Romano. No decorrer da pesquisa, serão demonstradas as irregularidades e as nulidades cometidas no julgamento, condenação e execução da pena no processo mais afamado da história. O julgamento será comparado entre o Direito Hebraico e o Direito Romano, concluindo que a aplicação dos dois ordenamentos jurídicos foram falhas acerca do processo de Jesus de Nazaré, afirmando que apesar de ordenamentos jurídicos rígidos e respeitados, estas organizações foram substituídas por interesses políticos e pessoais, sendo aplicados de maneira errônea, culminando na pena de morte de um réu inocente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jesus Cristo; processo de julgamento. direito romano. direito hebraico.

**ABSTRACT**

This article seeks to evaluate the process of trial of Jesus Christ, analyzing the history and current legal sphere at the time, encompassing the Hebrew law and Roman law. During the research, will be demonstrated irregularities and nullities committed in the trial, conviction and execution of the sentence in the case of the most famous story. The trial will be compared between Hebrew law and Roman law, concluding that the application of two legal systems were failures on the trial of Jesus of Nazareth, saying that despite strict legal and respected, these organizations have been replaced by political interests and personal being applied erroneously, culminating in the death penalty for a defendant not guilty.

**KEYWORDS:** Jesus Christ; judging process. roman law. hebrew law.

93

**SUMÁRIO**

**1** INTRODUÇÃO. **2** IMPÉRIO ROMANO: ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS. **3** O DOMÍNIO ROMANO SOBRE OS JUDEUS. **4** O PROCESSO DE JULGAMENTO, CONDENAÇÃO E EXECUÇÃO. **5** CONCLUSÃO. **6** REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

**1. INTRODUÇÃO**

Jesus Cristo nasceu e viveu em uma época em que o Império Romano tinha domínio sobre a região da Palestina, mas apesar disso, os romanos acatavam os costumes dos povos que eram submissos ao seu governo. Portanto, os judeus tinham autonomia para organizar a sua sociedade conforme os seus costumes.

Mesmo com a autonomia de que os judeus gozavam, quando se tratava de pena de morte os judeus deveriam ter a autorização do Império Romano para executá-la, por este motivo Jesus foi levado à Pôncio Pilatos, que na época era prefeito da província romana da Judeia. Jesus Cristo foi condenado e julgado perante os judeus, segundo as suas leis e costumes. Posteriormente, esta sentença foi ratificada pelo poder de Roma, com acusações que infringiam

<sup>63</sup> Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL).



tanto as leis judaicas como as leis romanas.

As fontes históricas acerca do tempo da era Cristá são diversas, contudo o assunto será abordado também com base nos evangelhos de Mateus, Marcos, Lucas e João, por narrarem detalhadamente os acontecimentos do processo abordado. Tais escritos, entretanto, serão utilizados como fontes históricas literárias, não como profissão de fé. Relatam os evangelhos que os maiores e os mais poderosos homens da época sentiram-se ameaçados pela doutrina de Jesus Cristo e por este motivo planejavam a tempo entregá-lo à morte. Após diversas tentativas frustradas, notando a crescente fama do Nazareno, decidiram matá-lo de qualquer modo. Todas as acusações contra Jesus perante o Direito Hebraico se resumiam em apenas uma: Blasfêmia.

Apesar de Jesus não se defender, o Sumo Sacerdote o condenou como culpado. Após esse episódio, levaram o réu para Pôncio Pilatos, para que fosse ratificada a pena de morte. Ficando Jesus diante de Pilatos, este o interrogou e declarou: Não encontro nele culpa alguma. Tal afirmação se fundamentou no Direito Romano que não considerava como criminosas as imputações dirigidas contra Cristo. Aqueles que o acusavam ficaram preocupados do plano ser mais uma vez frustrado. Foi então que se aproveitaram daquela ocasião para o acusarem de mais três crimes, entretanto, essas novas acusações foram com base no Direito Romano: I – induzir o povo ao não pagamento dos impostos ao Imperador Romano; II – se autodenominar rei; III – praticar rebelião com o povo.

Historiadores da época afirmam que o governo de Pilatos estava com baixa popularidade, por este motivo Pilatos acabou cedendo ao clamor popular, entregando Jesus para ser crucificado. Não obstante, Pilatos tinha deveres políticos e devia manter a ordem social, sendo de sua alçada cuidar daqueles que eram uma ameaça ao Império Romano.

94

Levando em consideração o ordenamento jurídico utilizado na época, importante é expor que algumas nulidades ocorreram no processo de julgamento e na condenação de Jesus de Nazaré, tanto na esfera do Direito Hebraico como na esfera do Direito Romano.

Nesse sentido, será utilizado o método comparativo para o desenvolvimento desta pesquisa, pois será comparado, a todo tempo, o Direito Hebraico com o Direito Romano, concluindo que as aplicações dos dois ordenamentos jurídicos foram manipuladas no processo de julgamento do Nazareno, afirmando que apesar de ordenamentos jurídicos rígidos e respeitados, pelos interesses pessoais e políticos das autoridades da época, estes ordenamentos foram anulados, resultando na morte de um réu que não teve os seus direitos respeitados.

## 2. IMPÉRIO ROMANO: ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS

O Direito Romano foi um dos ordenamentos jurídicos mais sólidos e mais importantes da humanidade. É base de vários ordenamentos jurídicos do mundo, inclusive do Direito Brasileiro. A sua estrutura começou desde a antiguidade, se fortalecendo até se tornar o ordenamento conhecido nos dias atuais. Roberto Victor Pereira Ribeiro leciona:

É o Direito que figurou em Roma desde a sua fundação até a morte do imperador que ordenou a sua codificação. O Direito Romano possui fundamentos teóricos divididos entre Filosofia e História, e questionamento práticos baseados nas instituições jurídicas, no vocabulário jurídico, nos processos legislativos e na hermenêutica jurídica. Os estudiosos do Direito Romano enumeram três notáveis características para o ordenamento legal: o positivismo, o conservadorismo e o



individualismo [...] (RIBEIRO, 2010, p. 86).

No princípio da formação do Direito Romano, seus princípios eram norteados pelo fas, que era o direito ditado pelos deuses romanos e pelo jus, direito criado pelo homem e ambos os direitos deveriam estar em harmonia, como assevera Luiz Antonio Rolim:

Nos primeiros tempos de Roma, o direito era um misto de direito divino (jus divinum) e direito humano (jus humanum). O jus era o direito criado pelo homem e o fas, o direito ditado pelos deuses. Ambos se confundiam na sociedade romana. O jus devia sempre estar em consonância com o fas e, assim, qualquer decisão, ato ou negócio, quer no âmbito público, que no privado, devia sempre ser antecedido de uma consulta aos auspícios, ou seja, à vontade dos deuses [...] (ROLIM, 2000, p. 130).

Apesar desta harmonia entre o direito dos deuses e o direito dos homens, quando havia um conflito entre as normas, era o direito dos deuses que prevalecia, através da consulta aos auspícios, estes eram os que consultavam os deuses. Onley Queiroz Assis e Vitor Frederico Kämpel, relata:

Em Roma, a força coercitiva da autoridade está intimamente ligada à força coercitiva dos auspícios, que revela a aprovação ou desaprovação divina das decisões tomadas pelos homens. Na convivência dos deuses com os homens, aqueles têm, sobre estes, mais autoridade do que poder, uma vez que não os guiam nem se impõem, mas apenas aprovam ou desaprovam as ações humanas. Os exemplos e os feitos dos antepassados e o costume desenvolvido a partir deles são sempre coercitivos, de modo que os acontecimentos adquirem o status de uma auctoritas maiorum, significando um exemplo autorizador dos antepassados, isto é, um modelo autoritário adequado ao comportamento efetivo e aos padrões políticos, jurídicos e morais (ASSIS; KUMPEL, 2009, p. 19 e 20).

95

Roma estava no período do Império, que marca o momento histórico de maior expansionismo, militarismo e conseqüentemente, da imposição ao poder da civilização romana sobre as demais comunidades subrogadas a ela. Cristiano Carrilho Silveira de Medeiros descreve:

Iniciando-se com Augusto em 27 a.C., a Época do Principado representa o apogeu do poder romano, que se estende por um período superior a trezentos anos. A expansão romana acentuou-se. Nessa época, a concentração de poderes nas mãos do soberano diminuiu a importância das demais instituições romanas (MEDEIROS, 2009, p. 78).

Nessa época, os denominados príncipes reuniam os poderes do Estado, ou seja, o Príncipe é a pessoa e órgão supremo deste período, obtendo e exercendo poderes sobre a sociedade da época, ensina José Cretella Júnior:

A pessoa do príncipe – primeiro magistrado – é sagrada, inviolável. Reúne o príncipe em suas mãos poderes quase ilimitados. Em virtude do *imperium* proconsular, que recebe





do exército e do senado, é o chefe supremo das forças armadas, pode fazer nomeações para cargos civis e militares, tem o direito de declarar guerra e celebrar a paz. Mediante seu poder tribunício, recebido do povo, ao ser coroado (*lex regia* do império), sua autoridade é máxima. Interfere em tudo, administrando inclusive as províncias imperiais e zelando pelo *fiscus*, tesouro privado (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 38).

Na era Cristã, com o domínio romano sobre a Judeia, os poderes exercidos pelo Príncipe eram ainda mais fortes, pois em Roma, apesar de ser o cidadão mais importante do Império, ele respeitava as instituições políticas, porém nas províncias dominadas por Roma, os seus poderes eram arbitrários, instrui José Carlos Moreira Alves:

O principado apresenta dupla faceta: em Roma, é ele monarquia mitigada, pois o príncipe é apenas o primeiro cidadão, que respeita as instituições políticas da república; nas províncias imperiais, é verdadeira monarquia absoluta, porque o príncipe tem, aí, poderes discricionários (ALVES, 2000, p. 30).

Na época de Cristo, o príncipe era o próprio Imperador, Tibério, como narra Jerónimo Cardoso “[...] Tibério, cujo nome completo, depois de ser adotado pelo Imperador, passou a ser Tibério Júlio César Augusto, sucedeu-lhe o principado [...]” (CARDOSO, 2009, p. 329). Desta forma, além de governar Roma e de forma indireta as suas províncias, Tibério também detinha poderes além dos delegados ao Imperador.

96

Roberto Victor Pereira Ribeiro, explica que com base no Direito Penal Romano da época, as infrações foram divididas em públicas e privadas:

Na esfera específica do Direito Penal, após a época primitiva de caráter essencialmente religioso, houve uma preocupação de laicizar o sistema coativo, punindo o infrator com respaldo no interesse individual ou público. As infrações passaram a ser divididas em crimes públicos (*crimina publica*) e privados (*delicta privata*) (RIBEIRO, 2010, p. 89 e 90).

Dessa maneira, este ordenamento vinha tomando formas. Ainda acerca desta classificação, complementa José Cretella Junior lecionando especificamente sobre o tema:

*Delitos privados* são os que atingem a pessoa ou os bens de um particular, dando como consequência um processo diante das jurisdições civis ordinárias. A indenização deverá ser pleiteada pela vítima. São os *judicia privata*. A vítima tem direito a uma multa paga pelo infrator. *Delitos públicos* são os que atingem a cidade, o Estado, como, por exemplo, o *sacrificio*, dando como consequência um processo penal, diante de tribunais especiais, as *questiones perpetuae*. Qualquer cidadão poderá dar início ao processo. São os *judicia publica*. Acarretam penas *corporais* (morte, exílio) ou *pecuniárias*, revertendo estas ao Estado não à vítima (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 212).

Além dessa divisão, Roberto Victor Pereira Ribeiro, complementa afirmando que os crimes eram denominados em delitos e quase delitos, o primeiro era punido por meio da vingança privada desde os primórdios de Roma, após esse período, o infrator era punido com uma



indenização pecuniária ao ofendido:

Os crimes na prescrição romana variam entre delitos e quase-delitos. Os delitos começaram a ser punidos no início da história romana por meio da vingança privada; o Estado não punia o infrator, pois quem assim o fazia era um membro da família do ofendido. Após esse período semisselvagem a punição passou a ser efetuada pela Composição Voluntária, que era o ressarcimento do mal por meio de indenização pecuniária. O ofendido possuía faculdade de escolher entre a indenização ou a Lei de Talião (olho por olho, dente por dente) (RIBEIRO, 2010, p. 93).

Roberto Victor Pereira Ribeiro detalha que o Direito Romano é baseado na legislação escrita e não escrita, esta última com base nos costumes da sociedade romana, e ainda, ensina sobre a formulação das leis escritas:

Na organização do Direito Romano inclui-se a legislação escrita e a *Jus non scriptum*, baseada em costumes. A codificação escrita abrange: as leis propostas pelo magistrado ou sancionadas pelo senado, os plebiscitos, os éditos preparados pelos magistrados, as decisões dos senadores e as constituições imperiais da época (RIBEIRO, 2010, p. 87).

José Cretella Junior ensina que “os modos de formação do direito romano no alto império são: o *costume*, a *lei*, os *senatosconsultos*, os *editos dos magistrados*, as *constituições imperiais* e as *respostas dos prudentes*” (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 31). Entretanto, Luiz Antonio Rolim, afirma que “o costume passou a ser considerado uma fonte secundária do direito na época do Principado, tendo em vista a concentração de poderes nas mãos do príncipe” (ROLIM, 2000, p. 73).

97

Antonio Baptista Gonçalves (2008, p. 6) sobre a Lei das XII Tábuas explana que “também denominada *Lex* ou *Legis XII Tabularum* ou *Lex Decenviralis*, essa lei é responsável por toda a codificação do que seria o Império Romano, pois foi a primeira normatização do Direito Romano”. Roberto Victor Pereira Ribeiro (2010, p. 93) assegura que “o Estado vislumbrou descontrolar nas punições e tomou o controle das repressões, passando a ser o interventor de aplicação das penas. Com a Lei das XII Tábuas houve uma fixação das penas para cada delito”.

Esta lei foi o primeiro código do Direito Romano, passando a vigorar por séculos na sociedade romana, inclusive seus princípios estiveram presentes no julgamento de Cristo, e inclusive, muitos deles foram ignorados.

Dessa maneira, com diversos preceitos, o direito penal material em Roma estava se estruturando. Além do direito penal material romano, para a sua aplicação perante os casos concretos, havia a sua instrumentalização por meio do Direito Processual Penal Romano, Roberto Victor Pereira Ribeiro, elucida esta questão:

O Direito Penal Romano possuía um instrumento para viabilizar suas demandas. Trata-se do Direito Processual Penal Romano, um verdadeiro instrumento de veiculação do Direito Material Penal. Neste aspecto o Direito Processual estabelecia fundamentos: Havia proibição de intentar duas ações ao mesmo tempo. Impedimentos ao testemunho de parentes cognatos ou afins. Exigência de designação do lugar e da hora



do crime. Em alguns casos, prisão preventiva ou cautelar. Este último dispositivo servia para garantir a veracidade das acusações. O procedimento era público, contraditório e oral. (RIBEIRO, 2010, p. 95 e 96).

Diante do exposto, fica clara a importância do Direito para os romanos, pois é uma ciência que desde o princípio de sua sociedade vem sendo moldada até se tornar no ilustre Direito Romano conhecido mundialmente. Destarte, diversos ordenamentos jurídicos adotaram como base os seus princípios, entretanto, mesmo sendo um direito organizado e estruturado, deu-se lugar a interesses pessoais e políticos no presente processo.

### 3. O DOMÍNIO ROMANO SOBRE OS JUDEUS

Na época em que Jesus nasceu quem reinava a então denominada Palestina era Herodes. Após o domínio do Império Romano sobre esta região, os atos dos governantes eram subordinados às vontades do imperador. Neste período do nascimento do Nazareno era Augusto, foi o primeiro imperador romano, só mais tarde Tibério seria nomeado Imperador. Roberto Victor Pereira Ribeiro relata:

Quem governava era Herodes, um monarca totalmente subordinado ao clientelismo do Império Romano, porém muito articulador. Fundou uma dinastia que dominou a política da Palestina, por além do primeiro século da Era cristã. Foi o responsável pela matança dos recém-nascidos e infantes menores de dois anos, citados nos primeiros capítulos do Novo Testamento. Seu alvo era o “messias”, pequeno Jesus, filho de José e Maria. Após sua morte, o reino foi dividido por Roma em quatro regiões, três governadas por filhos de Herodes (Filipe, Arquelau e Herodes Antipas) e outra governada por um tribuno nomeado pelo império romano. Esse regime permaneceu até a eliminação do domínio romano (RIBEIRO, 2010, p. 43).

Neste cenário nasceu Jesus, em uma região dominada por tiranos subordinados aos líderes do Império Romano. Porém, mesmo com o domínio romano, os judeus tinham os seus costumes resguardados, é o que menciona Júlio dos Santos:

[...] Os romanos respeitavam os costumes dos povos conquistados, principalmente no que se referia aos seus costumes religiosos. Além do mais, a alta direção religiosa judia se harmonizava com os romanos, considerando que, sabiamente, os conquistadores nomeavam o Sumo Sacerdote e outros dignitários superiores do povo judeu. Havia a política de interesses e de vaidades na condução dos caminhos do povo conquistado. Por isso, nem sempre convinha aos Altos Dignitários judeus entrar em atritos diretos contra os Romanos [...] (SANTOS, 1997, p. 15 e 16).

No panorama do julgamento de Jesus os nomes mudam, mas a situação é a mesma. O imperador desta época era Tibério, e quem governava a província da Judeia era Pôncio Pilatos. Nesse sentido, João Luís Rodrigues Gonçalves esclarece que “na época em que Cristo foi julgado Roma era governada pelo imperador Tibério, tido por alguns historiadores como

‘tirano, pérfido e sanguinário’. Foi este quem nomeou Pôncio Pilatos prefeito da Província da Judeia, no ano 26 d.C.” (GONÇALVES, 2002, p. 13).

O domínio romano sobre o povo judeu no primeiro século da nossa era foi um tempo de paz para Roma, especificamente na Palestina, onde as tradições dos judeus eram respeitadas. Entretanto, sempre existiu o controle do imperialismo romano com os seus soldados e demais agentes que integravam a sociedade judaica, relata Betto et al:

O primeiro século da nossa era representou para o povo judeu um tempo inicial de “*Pax Romana*” – com a imposição do Império Romano sobre a grande instabilidade de reinos e governos locais, sempre submetidos ao imperialismo estrangeiro [...] Culturalmente conviviam na Palestina a tradição do judaísmo, dividida em diversos partidos (fariseus, saduceus, essênios, zelotes etc.), um helenismo mais ou menos sincrético (cf. At 17, 16-34; Sb 7,22-8,1) e o domínio romano nos impostos, na presença maciça de militares (soldados, centuriões, cortes, legiões) e na organização política (cônsules, tribunos, governadores com seus funcionários, etc.) (BETTO et al, 2002, p. 168).

No que diz respeito aos costumes religiosos, o Templo de Jerusalém era o centro do poder da comunidade judaica, porém, apesar de sua autonomia perante essa sociedade, era submisso ao Império Romano, como afirma Frei Betto et al.:

Do ponto de vista da organização religiosa, o centro de poder e difusão ideológica era o Templo de Jerusalém, onde se concentrava a classe sacerdotal, rica e submissa ao Império de César (Jo 19, 15). Fora de Jerusalém, as comunidades religiosas se reuniam nas sinagogas, centros de culto e educação na lei, espalhadas por todas as cidades onde houvesse habitantes judeus tanto na Palestina como no exterior (BETTO et al, 2002, p. 168 e 169).

99

Apesar deste período de paz, os judeus, assim como os outros povos dominados pelos romanos, não estavam satisfeitos com esta situação, mesmo porque, a despeito do respeito aos costumes dos judeus, os romanos obtinham o poder e caso eles se sentissem ameaçados, logo intervinham nesses costumes. Milagro Nadal descreve:

A Palestina estava sob o poder de Roma. O país se beneficiava da paz que o imperador Augusto havia difundido por todo o mundo romano. Mas nem Jerusalém nem a maior parte dos judeus estavam contentes com o domínio romano, ou com o reinado de Herodes, amigo de Roma, que era quem mantinha o poder, juntamente com o terror e a violência com que esmagava qualquer sublevação (NADAL, 1998, p. 116).

Não obstante, o povo judeu sempre fiel à sua religião, costumes e leis, se restabeleceram até ser declarado o Estado de Israel, acerca dessa conservação de costumes Weil et al. assevera:

Os judeus se instalaram em vários pontos do Império Romano e mesmo além de seu domínio, e tiveram poucas restrições ao seu culto. A religião judaica se conservou com suas tradições em pleno Império Romano. Línguas e costume foram modificados



de acordo com as regiões onde as comunidades judaicas se instalaram, a integração com os povos autóctones se deu com maior ou menor intensidade, e as tradições, sobretudo aquelas intimamente ligadas à religião, mantiveram-se por quase dois mil anos, possibilitando o restabelecimento do reino da Judeia como Estado de Israel (WEIL et al, 1993, p. 103).

Deste modo, esta liberalidade quanto aos costumes religiosos começaram a ser reprimidas a tal ponto que posteriormente foram determinadas violentas perseguições contra os judeus e os cristãos, fazendo com que se espalhassem pelas regiões circunvizinhas. Leneide Duarte e Leila Duarte descreve:

Poucas vezes os imperadores proibiram os cultos politeístas das regiões dominadas. No tempo dos imperadores Augusto (27 a.C. a 14 d.C.) e Tibério (14 d.C. a 37 d.C.), esses cultos foram reprimidos, mas seus sucessores os liberaram e até estimularam. Essa liberalidade não aconteceu quanto ao judaísmo e ao cristianismo, as duas religiões monoteístas com as quais o Império Romano tomou contato, quando dominou a Palestina. Inicialmente toleradas, elas foram depois reprimidas e alvo de violentas perseguições (DUARTE; DUARTE, 1999, p. 78).

Retornando para os dias de Cristo, a Judeia passou a ser reorganizada com o domínio do Império Romano, fazendo com que as províncias dominadas fossem governadas por procuradores, Raymond P. Scheindlin narra esse momento:

100

Nesta época, as relações entre a Judeia e o Império Romano entraram numa longa deterioração que levaria à explosão da revolta judaica em 66 d.C. O primeiro passo foi a reorganização da Judeia, em 6 d.C., como uma província romana sob uma série de governantes estrangeiros, conhecidos como procuradores. A maioria deles era de incompetentes corruptos que agravaram as tensões entre a população judaica e a administração romana. O mais conhecido foi Pôncio Pilatos, em cuja procuradoria – 26 a 36 d.C. – aconteceu a execução de Jesus (SCHEINDLIN, 2004, p. 77).

Embora o Império Romano respeitasse os costumes dos judeus, sendo estes autônomos em seus julgamentos, utilizando a sua própria lei, quando se tratava de um crime que tinha como sentença a pena de morte os judeus dependiam da aceitação dos romanos. Mais uma vez ganha relevância a descrição de João Luís Rodrigues Gonçalves que ensina:

A morte era pena que apenas podia ser promulgada pelo magistrado romano (praefectus), motivo porque Cristo foi presente a Pilatos. [...] Em matéria estritamente religiosa o Sinédrio tinha também poderes de condenar à morte. [...] De qualquer modo, os poderes de condenação à morte pelo Sinédrio em matéria religiosa só eram admitidos desde que o tribunal tivesse sido convocado para o efeito, e com conhecimento do Governador (ou do Praefectus) Romano (GONÇALVES, 2002, p. 17).

O Direito Romano é um dos ordenamentos jurídicos mais respeitados em todo o mundo.



Roberto Victor Pereira Ribeiro manifesta seu entendimento quando narra:

O império romano até os dias atuais é cultuado como uma das mais belas organizações sociais que já existiram no mundo. [...] é notório que o povo de *Judah* tenha nos dado a religião, que o povo da Grécia ofertou as artes, mas o romano nos presenteou com as leis e o modelo de perfeição jurídica. Os grandes causídicos eram romanos. Os grandes juízes eram romanos. Os grandes tribunos também romanos (RIBEIRO, 2010, p. 81).

Portanto, Jesus Cristo foi processado e julgado perante o Direito Hebraico que o sentenciou em pena de morte, conseqüentemente, foi colocado perante a autoridade romana da época, Pilatos, o qual ratificou essa sentença aceitando a pena de morte imposta pelo Sumo Sacerdote, o qual será tratado especificamente no capítulo posterior.

#### 4 OS ENSINOS DE JESUS CRISTO E A “PRÁTICA CRIMINOSA”

Jesus Cristo era um homem diferente de todos os profetas conhecidos pelos judeus. Os seus ensinamentos prendiam a atenção daquele povo que se aglomerava para ouvi-lo. São inúmeras as passagens nos evangelhos que demonstram como as multidões se maravilhavam com doutrina de Jesus:

[...] Mateus 7:28 - Concluindo Jesus de proferir estas palavras, as multidões se admiraram da sua doutrina; [...] (BÍBLIA, 2007, p. 877).

[...] Marcos 1:22 - Maravilharam-se da sua doutrina, porque os ensinava como tendo autoridade, e não como os escribas. [...] (BÍBLIA, 2007, p. 905).

[...] João 4.41,42 - E por causa das suas palavras, muitos mais creram nele. E diziam à mulher: Já não é pelo teu dito que nós cremos; agora nós mesmos o ouvimos falar, e sabemos que este é verdadeiramente o Salvador do mundo [...] (BÍBLIA, 2007, p. 966).

Flávio Josefo foi um dos maiores historiadores da humanidade, além de relatar ricamente grande parte da história do povo hebreu, este homem trouxe grandes descrições do período do ano 70 d.C. É este historiador respeitado mundialmente que também se admira com Jesus ao registrar em sua obra:

Nesse mesmo tempo, apareceu JESUS, que era um homem sábio, se é que podemos considerá-lo simplesmente um homem, tão admiráveis eram suas obras. Ele ensinava os que tinham prazer em ser instruídos na verdade e foi seguido não somente por muitos judeus, mas também por muitos gentios. Ele era o CRISTO. Os mais ilustres dentre os de nossa nação acusaram-no perante Pilatos, e este ordenou que o crucificasse. Os que o haviam amado durante a sua vida não o abandonaram depois da morte. Ele lhes apareceu ressuscitado e vivo no terceiro dia, como os santos profetas haviam predito, dizendo também que ele faria muitos outros milagres. É dele que os cristãos, os quais vemos ainda hoje, tiraram o seu nome (JOSEFO, 2005, p. 832).

101



Jesus Cristo pregava sobre a Doutrina da Salvação. Seus ensinamentos tinham como base o arrependimento dos pecados e o crer em Cristo como Filho de Deus. Jesus pregava o viver uma nova vida. Para que isso fosse possível, as pessoas deveriam se arrepender dos seus pecados, para que pudessem estar purificadas diante de Deus, onde o único caminho para chegar até Deus era Jesus Cristo que como Filho de Deus estava disposto e tinha a competência para perdoar os pecados dos arrependidos e levá-los até Deus, conquistando assim a Salvação, que consistia na Vida Eterna.

Os judeus estavam vivendo em desacordo com a palavra de Deus e Jesus apresenta uma nova doutrina propondo renovar aquele povo através de seus ensinamentos. Portanto, Jesus vem para dar o exemplo de como cumprir e viver conforme a palavra de Deus, e conseqüentemente, a cumprir a lei.

Diante do alvoroço causado por Jesus, os líderes políticos começaram a temer que este homem tão maravilhoso pudesse continuar crescendo e conseguindo mais seguidores dessa nova doutrina. Por este motivo, estes líderes procuraram encontrar algum crime cometido Jesus para que pudessem condená-lo a morte. Para tanto, como Jesus afirmava ser Filho de Deus, eles o acusaram de se comparar com Deus, além disso, Jesus afirmava ter a capacidade de perdoar pecados e somente Deus deveria ter esse poder, sendo assim, mais uma vez acusaram-no de se fazer Deus.

Além desses motivos, Jesus curava e ensinava as pessoas no sábado. O sábado era o dia em que nenhum judeu poderia trabalhar, estava estabelecido na lei mosaica como o dia do descanso, mas Jesus afirmou ser o Senhor do sábado. Por estes atos cometidos por Cristo e por outros atos, acusaram-no de violar as normas judaicas. Portanto, todos esses atos se resumiam em apenas uma prática criminosa para os judeus, a blasfêmia, é o que explica Júlio dos Santos:

102

Perante a legislação judaica Jesus era um criminoso e como tal foi condenado à pena de morte. [...] Todos os atos que praticou, configuram crimes sob um único título: Blasfêmia. Esta palavra utilizada tanto no grego quanto em latim, que dizer: palavra ultrajante contra a Divindade e a religião (SANTOS, 1997, p. 43).

Este crime está tipificado na lei mosaica em Levítico capítulo 24, versículo 16: “aquele que blasfemar o nome do Senhor, certamente será morto. Toda a congregação o apedrejará. Quer seja estrangeiro, quer natural, blasfemando o nome do Senhor, será morto” (BÍBLIA, 2007, p. 114).

Os fariseus, os saduceus e os escribas eram os que mais tentavam contra Jesus. Deste modo, Jesus foi acusado de blasfemar contra Deus. Tudo isso ocorreu para que este homem pudesse ser morto, sendo assim, os líderes da época se livrariam daquele homem que estava ganhando mais seguidores a cada dia. Foi um golpe meramente político. Aqueles que o acusavam ficaram preocupados do plano ser mais uma vez frustrado, foi então que se aproveitaram daquela ocasião para o acusarem de mais três crimes, entretanto, essas novas acusações foram com base no Direito Romano: I – induzir o povo ao não pagamento dos impostos devidos a César; II – se autodenominar rei; III – praticar rebelião com o povo.

#### 4. O PROCESSO DE JULGAMENTO, CONDENAÇÃO E EXECUÇÃO

Jesus Cristo foi julgado primeiramente pelo Direito Hebraico, representado pelo Sumo Sacerdote Caifás, o qual o sentenciou em pena de morte, entretanto, para que a sua condenação pudesse ser executada, o réu foi levado para ser julgado pelo Direito Romano, representado



pela autoridade da época, Pôncio Pilatos, o qual ratificou a sentença proferida.

Contudo, este processo de julgamento, condenação e execução da pena foi marcado por diversas nulidades que culminaram em um dos julgamentos mais injustos de toda a humanidade. Independente da crença, os estudiosos, doutrinadores e até mesmo juristas são unânimes no que diz respeito aos erros encontrados do processo de Jesus. Corroborando o assunto, Roberto Victor Pereira Ribeiro entende:

É lamentável saber que Jesus foi sumariamente julgado e condenado por crimes que não cometeu e, ainda assim, foi totalmente esbulhado da legitimidade de defesa. As acusações ministradas contra Jesus são inescrupulosas e vãs, revoltando os defensores ferrenhos do Estado de Direito e da bandeira da Justiça. Todas as acusações foram representadas e orquestradas por Anás e Caifás (RIBEIRO, 2010, p. 143).

Apesar dos judeus se submeterem aos regimes políticos de Roma, havia um grande respeito à religião judaica, pois os judeus eram extremamente fiéis ao seu Deus e aos seus costumes religiosos. Por esta razão, os líderes políticos romanos se preocuparam em dar atenção ao Sumo Sacerdote (presidente) do Grande Conselho denominado Sinédrio. O Sinédrio era o órgão de máxima importância para os judeus. Deste modo, os romanos tinham certa influência sobre o Sumo Sacerdote e conseqüentemente no povo judeu, Roberto Victor Pereira Ribeiro elucida:

O governo central romano derrama especiais atenções ao presidente do Grande Conselho (Sinédrio), o Sumo Sacerdote, Caifás. O cargo de Sumo Sacerdote era nomeado pelo Império Romano que também possuía poderes para demitir o Supremo Sacerdote. As vestimentas suntuosas que o Sumo Sacerdote usava eram de propriedade romana e ficavam na fortaleza Antônia, sede do governo romano e casa do governador. Entretanto, é altamente respeitado o sentimento religioso dos judeus. Tanto que não se via nenhuma efígie do imperador em terras judaicas, e os que tentaram violar isso foram devidamente responsabilizados (RIBEIRO, 2010, p. 85).

103

A questão da ratificação da sentença por Pilatos foi também puramente de interesse política, assim observa João Luís Rodrigues Gonçalves: “Quando surgiu o ‘processo de Cristo’, a carreira política de Pilatos estava por um fio. Pilatos necessitava urgentemente de ganhar a confiança do povo da Judeia” (GONÇALVES, 2002, p. 13). Nesse mesmo sentido Júlio dos Santos elucida:

No caso de Jesus, não há dúvidas de que este Galileu tinha causado até mesmo boa impressão a Pilatos. Por isso a sua insistência a que os líderes religiosos judeus ponderassem melhor quanto a pena de morte que lhe haviam aplicado. Mas, embora governando aquele povo, viu-se ameaçado pelo excesso de liberdade que lhes dava o Imperador. Se os contrariasse, soltando Jesus, seria acusado de “inimigo de César” e aí sua própria vida correria perigo. [...] Embora sendo um homem inflexível, nesse momento optou por não correr risco em sua carreira (SANTOS, 1997, p. 75).

Após todo esse processo deu-se início a execução das penas. Primeiramente, Cristo recebeu





a pena da flagelação, tentativa frustrada de Pilatos de tentar substituir a pena de morte por outro castigo. Adverte-se que a flagelação só era imposta a escravos, por se tratar de uma pena muito pesada. A flagelação era uma cena horrenda, onde o encarregado de aplicar a pena carregava um chicote com tiras de couro onde em suas pontas havia pedaços de metais e ossos e aquilo literalmente rasgava a pele e os músculos daquele que sofria a pena. Em alguns casos de flagelação, os golpes eram tantos que os órgãos do condenado saíam do corpo e este acabava morrendo por estes golpes. Em um segundo momento, Jesus foi esbofeteado, cuspidado, caçoado, entre outras crueldades. Após estes atos Jesus foi levado para ser crucificado. As penas aplicadas a Cristo foram abusivas, até mesmo para o maior criminoso eram injustas.

Portanto, partindo deste contexto, ressaltam-se, primeiramente, as nulidades do processo aplicado pelo Direito Hebraico, seguindo as explicações de Roberto Victor Pereira Ribeiro (2010) e Durvalina Maria de Araújo (2011). Dentre elas, destacam-se cinco:

I – Prisão. A prisão de Jesus foi realizada à noite, estudos históricos afirmam que os atos judiciais não poderiam ser praticados dessa maneira. Outra irregularidade encontrada na prisão de Cristo era que o Direito Hebraico não previa qualquer tipo de prisão preventiva ou provisória. Nesse sentido, os guardas que prenderam Jesus além de não terem um mandado de prisão não tinham motivo para prender Jesus, pois este não apresentava ameaça alguma à sociedade.

II – Julgamento. Jesus Cristo foi julgado no período noturno, pelo que descreve os evangelhos foi levado para a casa do sumo sacerdote antes de ser levado ao Sinédrio. Sendo irregular tal julgamento, pois não poderiam ser realizados julgamentos à noite. Na mesma dimensão, as leis judaicas determinavam que os julgamentos de pena de morte deveriam ser feitos em locais públicos e durante o dia. Era também expressamente proibido realizar julgamentos na véspera de festas e o julgamento ocorreu na véspera da Páscoa<sup>64</sup>. Por derradeiro, a sentença só poderia ser proclamada um dia após o julgamento, e nesse caso a sentença foi proferida no mesmo instante.

III – Falso testemunho. As falsas testemunhas encontradas por aqueles que queriam incriminar Jesus foram contraditórias em seus depoimentos e mesmo assim seus depoimentos foram aceitos como verdadeiros. A questão das testemunhas na sociedade judaica era de relevante importância, pois as leis mosaicas determinavam a pena de morte também para aqueles que praticassem o falso testemunho, portanto esse é uma irregularidade absurda que ocorreu no julgamento.

IV – Condenação. Jesus foi condenado de forma unânime pelos seus julgadores presentes no Sinédrio, por esta razão deveria ser absolvido. Parece ser contraditório, mas esse era um princípio trazido da lei hebraica onde os julgadores deveriam proteger o acusado, para tanto, pelo menos um julgador deveria proteger o acusado e quando isso não acontecia significava que o acusado não possuiu defesa e por isso era absolvido da sentença condenatória. Mais um ponto importante a ressaltar é sobre a defesa de Jesus, pois o mesmo não possuiu nenhum defensor e nem mesmo ele se defendeu, foi totalmente privado seu direito de defesa pelos sacerdotes.

V – Culpabilidade. A acusação contra Jesus era o crime denominado blasfêmia, portanto é de extremo valor esclarecer que para que o crime de blasfêmia fosse consumado, deveria ser proferida a palavra “Deus”. Em momento algum foi pronunciada a palavra Deus nas afirmações e ocasiões em que foram baseadas as acusações contra o Nazareno. Ou seja, Cristo não cometeu nenhum crime, sendo assim ausente a culpabilidade e extinta a punibilidade.

64 A *Pessach* (páscoa) era a festa mais importante para os judeus, pois era celebrada a libertação do povo de Israel, o qual era escravo de Faraó, no Egito.



No que diz respeito às nulidades do processo de julgamento e condenação de Jesus dentro da esfera do Direito Romano, foram omissos todos os atos processuais determinados nas leis romanas, inclusive o próprio Pilatos se omitiu e entregou a vida de Cristo ao clamor popular. Pilatos não tinha a intenção de matá-lo, por esse motivo afirmou várias vezes não encontrar alguma culpa e, como já exposto, tentou livrá-lo da pena de morte aplicando-lhe outra pena, a flagelação. Sendo frustrada esta tentativa de livrá-lo da cruz, Pilatos lavou as suas mãos e o entregou aos judeus para a sua morte.

Destarte, todo processo dentro do Direito Romano foi nulo, pois, seguindo a explicação de Roberto Victor Pereira Ribeiro (2010), a ação penal iniciava-se primeiramente com a acusação.

De forma geral era feita por qualquer cidadão romano, em alguns casos somente pelo ofendido, através de uma peça processual denominada libelo. Nesta peça, o acusador narrava por meio de juramento ao juízo, todo o ocorrido, bem como o delito praticado. Ao receber a denúncia, o órgão julgador colocava o nome do acusado no rol de culpados. Após este procedimento, o acusado deveria se apresentar sem barbas e cabelos incultos em um período de um ano, caso não se apresentasse nesse período, todos os seus bens eram confiscados.

Após se apresentar, este era interrogado sobre as acusações. No caso do réu confessar os delitos, o processo penal terminava naquele momento. Caso não houvesse a confissão, o acusado e o acusador retornavam em dia designado, geralmente no prazo de 30 dias. Nesta segunda audiência compunha-se o órgão julgador, a primeira fala sempre do acusador e em seguida a defesa do acusado. Em seguida, havia a apresentação das provas que poderiam ser: documentais, testemunhais, e as demais provas admitidas em juízo, como a confissão.

Posteriormente a produção de provas, o presidente do órgão julgador sem manifestar sua opinião se reunia com os demais julgadores para votar na absolvição, condenação ou no alargamento da instrução (caso em que eram colhidas e produzidas mais provas para o convencimento dos julgadores). Por fim, após o voto, seguia com a execução do julgado, cabendo apelação da sentença proferida.

Nota-se, portanto, que esses atos processuais não foram praticados no processo do Nazareno, onde o mesmo foi levado de maneira arbitrária para o líder romano que não praticou os atos necessários para a formalização do processo. Roberto Victor Pereira Ribeiro especifica sete lesões praticadas por Pilatos às leis romanas:

As lesões praticadas à *Lex Romana* por Pilatos foram: 1. Não houve proposta de acusação por escrito, tal formalidade era indispensável. 2. Não existiu a apresentação do libelo, contendo a *delatio criminis*. 3. Acolhida a acusação, Pilatos mandava o libelo ser guardado por trinta dias no erário público para apreciação. 4. Não foi respeitada a formação do júri. 5. O Direito Romano previa a existência de um defensor. 6. O Direito prescrevia a apelação, e caso o juiz não a acolhesse com efeito suspensivo da condenação era julgado por homicídio. 7. Nos casos envolvendo judeus exigiam-se um alargamento da instrução (RIBEIRO, 2010, p. 112).

Sobre a possibilidade de recorrer da sentença (apelação), elencada no item 5, anterior, vale ressaltar a afirmação de João Luís Rodrigues Gonçalves, onde o mesmo explica que somente poderiam recorrer da sentença os cidadãos romanos, e como Jesus não era cidadão, não pode recorrer de sua sentença:



No Império Romano apenas podiam reclamar da sentença para o Imperador Romano os condenados à morte que detinham o estatuto de “cidadão romano” [...] Jesus Cristo não detinha o estatuto de cidadão romano, por isso não podia reclamar da sentença de Pilatos (GONÇALVES, 2002, p.24).

Mesmo diante de tantas irregularidades os interesses políticos prevaleceram sobre as leis e sobre a razão, levando assim o réu a morte sem qualquer tipo de defesa ou manifestação da parte. Por derradeiro, cumpre dizer que atualmente muitas questões políticas e interesses pessoais levam pessoas a julgamentos injustos, até mesmo condenando essas pessoas à morte, sucumbindo a justiça, dando espaço a méritos particulares. Nesse sentido, Durvalina Maria de Araújo sustenta:

Por fim, diante de toda a análise, o que se pode absorver é que a Lei Mosaica era tida como imparcial e meticulosa e acaso tivessem seguido os preceitos nela contidos, não teria havido condenação, pois o que houve na realidade foi interesse político-jurídico, o que não difere muito do direito contemporâneo, com suas peculiaridades (ARAÚJO, 2011, p. 6).

Por fim, cabe reforçar que desde a antiguidade as questões políticas eram levadas a sério. Portanto, apesar de toda organização jurídica da sociedade judaica e todo respeito pelo Direito Romano, Jesus Cristo teve um julgamento marcado por máculas e nulidades que acabaram condenando a morte um réu inocente, tudo isso baseado em interesses políticos dos grandes líderes da época.

## 5. CONCLUSÃO

Na época do nascimento de Jesus de Nazaré, Roma mantinha seu domínio sobre a Palestina. O Nazareno viveu debaixo das leis hebraicas, seguindo os costumes dos judeus e respeitando suas tradições. Seus ensinamentos começaram a ganhar fama naquelas regiões circunvizinhas, trazendo forte temor aos líderes políticos da época que se sentiram ameaçados.

Aquela nova doutrina deixou os judeus maravilhados, sendo que muitos deles se converteram e passaram a seguir Jesus. Foi nesse momento que as autoridades judaicas passaram a persegui-lo, tentando achar motivos para acusá-lo de cometer algum delito contra suas leis.

Após diversas tentativas de fazer com que Cristo praticasse algum delito, os principais sacerdotes, preocupados com sua crescente popularidade se propuseram a iniciar uma conspiração contra Jesus, com o objetivo de matá-lo, exterminando seu problema de uma vez por todas. Posteriormente, passaram a construir um cenário, com a finalidade de acusá-lo de praticar o maior delito já tipificado na lei judaica, a Blasfêmia.

Jesus foi acusado de crimes tanto perante o Direito Hebraico, como perante o Direito Romano. Contra o Direito Hebraico Jesus, como já afirmado, foi acusado de blasfemar. Contra o Direito Romano, Jesus foi acusado de incitar o povo judeu, proibindo-o de pagar impostos a César; se autodeterminar rei; e de agitar o povo.

Foi concretizado o plano da deliberação dos sacerdotes. Jesus foi preso e colocado perante o Tribunal dos judeus, o Sinédrio, onde foi pressionado até que acabou confessando uma das acusações e foi prontamente encaminhado ao Tribunal Romano para a ratificação da sentença. Apesar de Jesus ter confessado uma das acusações, o julgamento perante o Sinédrio foi marcado por diversas máculas que poderiam anular a sentença.



Em seguida, o Nazareno passou a ser interrogado perante Pilatos, autoridade romana. Pilatos não encontrou culpa alguma em Jesus e estava disposto a perdoá-lo, pelo que entregou a sua decisão ao clamor popular, que decidiu por manter a decisão do Sinédrio, condenando Jesus a morte. Importante ressaltar que Pilatos estava em uma situação política complicada, tanto perante a sociedade romana quanto diante dos judeus. Nesse sentido, optou por fazer a vontade do povo, deixando os interesses políticos ultrapassarem as leis romanas e a justiça.

São notórios os erros e nulidades cometidos no processo de Cristo, Pilatos teve a possibilidade de reformar a sentença, prevalecendo os princípios e leis do Direito, mas optou por não decepcionar a população que clamava pela crucificação. Para tanto, restou clara a evidência de que o poder político de uma sociedade é extremamente forte, podendo prevalecer sobre todas as coisas.

Por fim, cabe esclarecer que Jesus sabia de todas essas coisas, mantendo sua postura desde o início do processo, quando foi preso. Em momento algum se rebelou ou resistiu contra todas essas acusações, pois entendia o objetivo de todos aqueles acontecimentos.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARAÚJO, Durvalina Maria de. *Julgamento de Cristo*, irregularidades e atrocidades. Disponível em: <[www.viajuridica.com.br/download/71\\_file.doc](http://www.viajuridica.com.br/download/71_file.doc)> Acesso em 14 de julho de 2011.
- ASSIS, Onley Queiroz e KUMPEL, Vitor Frederico. *História da cultura jurídica: o direito em Roma*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2009.
- Bíblia de referência Thompson*: com versículos em cadeia temática; Antigo e Novo Testamento / compilado e redigido por Frank Charles Thompson; tradução João Ferreira de Almeida. São Paulo: Vida, 2007.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. Rev. e Aum. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DUARTE, Leneide e DUARTE, Leila. *O apocalipse e a volta do Messias: a promessa de um novo céu e uma nova terra*. Rio de Janeiro: Muad, 1999
- GONÇALVES, João Luis Rodrigues. *Julgamento de Jesus Cristo, análise jurídica*. Faro, Portugal. 2ª ed., 2002.
- JOSEFO, Flávio. *História dos Hebreus*. São Paulo: CPAD, 2005.
- MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. *Manual de história dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. *O julgamento de Jesus Cristo sob a luz do direito*. São Paulo: Pillares, 2010.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- SANTOS, Júlio dos Santos. *O Processo de Jesus Visto por um Juiz*. Campinas: Pontes, 1997.
- THOMAS, Gordon. *O julgamento de Jesus: um relato jornalístico sobre a vida e a inevitável crucificação de Jesus Cristo*. Rio de Janeiro: Thomas Nelson, Brasil, 2007.





## EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI): BREVES CONSIDERAÇÕES E REFLEXÕES

*Henrique Afonso Pipolo*<sup>65</sup>

### RESUMO

O presente estudo objetiva realizar uma análise das principais características da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) foi instituída em nosso ordenamento jurídico com a entrada em vigência da Lei n. 12.441/2011, ocorrida em 9 de janeiro de 2012, ante a *vacatio legis* de 180 dias. De fato, ao modificar três artigos do Código Civil, referido texto normativo criou uma nova figura jurídica que poderá auxiliar e incentivar pessoas no exercício de atividades econômicas de forma regular. Houve inclusão de um inciso VI no art. 44 do Código Civil, trazendo a empresa individual de responsabilidade limitada como espécie do gênero das pessoas jurídicas de direito privado; foi acrescentado o art. 980-A, que regulamenta a EIRELI, estabelecendo que “a empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País”; e por fim foi alterado o parágrafo único do art. 1.033, de forma a trazer uma exceção à dissolução da sociedade decorrente da falta da pluralidade de sócios, permitindo ao sócio remanescente implementar a transformação da sociedade para empresário individual ou empresa individual de responsabilidade limitada.

**PALAVRAS-CHAVE:** empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI); lei n. 12.441/2011; características; requisitos; constituição.

109

### ABSTRACT

This study aims to perform an analysis of the main features of the individual limited liability company (EIRELI) was established in our legal system with the entry into force of Law no. 12.441/2011, which occurred on January 9, 2012, compared to 180 days of *vacatio legis*. In fact, by modifying three articles of the Civil Code, legal text that created a new legal concept that can help and encourage people in the exercise of economic activities on a regular basis. There was inclusion of a clause in Article VI. 44 of the Civil Code, bringing the individual limited liability company as a species of the genus of legal persons of private law; was added to art. 980-A, which regulates EIRELI, stating that “the individual limited liability company shall consist of a single person holding the entire share capital, fully paid, will not be less than 100 (one hundred) times the highest minimum wage in effect the country. “, and finally changed the sole paragraph of art. 1033, to bring about an exception to the dissolution of the company resulting from the lack of plurality of shareholders, allowing the remaining partner to implement the transformation of society to the individual entrepreneur or sole proprietorship with limited liability.

**KEY-WORDS:** individual limited liability company (EIRELI); law no. 12.441/2011; features; requirements; constitution.

### SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 NATUREZA JURÍDICA. 3 REQUISITOS. 4 RESPONSABILIDADE

<sup>65</sup> Mestre em Direito Negocial pela UEL. Professos de Direito Empresarial da UniFil e de Prática em Direito Civil e Processo Civil da UEL. Advogado em Londrina.



DOS TITULARES. 5 NOME EMPRESARIAL. 6 EIRELI RESULTANTE DE CONCENTRAÇÃO DE QUOTAS DE OUTRA SOCIEDADE. 7 EIRELI E ATIVIDADES ECONÔMICAS POSSÍVEIS. 8 NORMAS SUBSIDIÁRIAS. 9 REGIME JURÍDICO TRIBUTÁRIO. 10 CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) foi instituída em nosso ordenamento jurídico com a entrada em vigência da Lei n. 12.441/2011, ocorrida em 9 de janeiro de 2012, ante a *vacatio legis* de 180 dias. De fato, ao modificar três artigos do Código Civil, referido texto normativo criou uma nova figura jurídica que poderá auxiliar e incentivar pessoas no exercício de atividades econômicas de forma regular.

No art. 44 houve a inclusão de um inciso VI, trazendo a empresa individual de responsabilidade limitada como espécie do gênero das pessoas jurídicas de direito privado; foi acrescentado o art. 980-A, que regulamenta a EIRELI, estabelecendo que “a empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País”; e por fim foi alterado o parágrafo único do art. 1.033, de forma a trazer uma exceção à dissolução da sociedade decorrente da falta da pluralidade de sócios, permitindo ao sócio remanescente implementar a transformação da sociedade para empresário individual ou empresa individual de responsabilidade limitada.

Antes da referida lei, as pessoas físicas encontravam algumas dificuldades pois, se de um lado pois não encontravam sócios disponíveis e com o perfil procurado para constituição de uma sociedade (e passar a ter a proteção da legislação societária), de outro ficavam receosos em iniciar ou manter sua atividade sob a forma de firma individual, notadamente pela responsabilidade pessoal e ilimitada que tal figura acarreta aos seus titulares em relação as obrigações contraídas no desempenho da atividade econômica.

Tais situações acarretavam duas distorções sérias e cotidianamente encontradas: sociedades sendo constituídas com a presença de sócios de fachada (comumente denominados no meio jurídico de “laranjas”), que não tinham qualquer expressão social, inclusive com participação societária ínfima (sempre inferior a 5%); pessoas físicas exercendo atividades econômicas na informalidade, ante as responsabilidades anotadas anteriormente.

Diante de tal realidade e adotando posição de outros países, notadamente europeus, o legislador pátrio instituiu a EIRELI como forma de amenizar a problemática e incentivar o exercício de atividade econômica de forma regular, diminuindo a informalidade e com um grau de responsabilidade do seu titular limitada ao valor do capital investido, como trataremos mais adiante.

Portanto, o presente artigo visa contribuir com o esclarecimento sobre tal novidade jurídica, trazendo algumas reflexões sem contudo esgotar o tema.

## 2. NATUREZA JURÍDICA

O Art. 44 do Código Civil, que elenca em seus incisos os tipos de pessoas jurídicas de direito privado, sofreu um acréscimo, de forma que foi instituído um inciso VI que incluiu a EIRELI como uma espécie de pessoa jurídica.

Realizando uma interpretação literal do referido dispositivo, chega-se a conclusão de que a EIRELI tem natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado. Entretanto, algumas



ponderações ecoam na doutrina nacional, notadamente no que se refere a condição ou não da EIRELI ser caracterizada como sociedade empresária ou não.

Gladston Mamede afirma que

a empresa individual de responsabilidade é uma sociedade unipessoal (sociedade de um só sócio), particularidade que justificou seu tratamento em separado, por meio do inciso VI, deixando claro que a ele se submetem os princípios que são próprios das pessoas jurídicas: personalidade jurídica distinta da pessoa de seu sócio (o empresário), patrimônio distinto da pessoa do empresário e existência distinta da pessoa do empresário.<sup>66</sup>

Oscar Valente Cardoso assim se posiciona sobre o tema: “Apesar de ser uma pessoa jurídica, a EIRELI não é uma sociedade empresária, mas sim uma forma diferenciada de constituição de empresário individual (que, ao contrário daquela, é pessoa natural)”.<sup>67</sup>

Não há posicionamento unânime ou majoritário caracterizado na doutrina, mas entendemos que a EIRELI é uma espécie de empresário individual que foi elevado a categoria de pessoa jurídica para efeitos legais.

### 3. REQUISITOS

A lei 12.441/2011 estabeleceu alguns requisitos para que a EIRELI possa ser constituída.

a) **Unipessoal:** a titularidade da pessoa jurídica que vai exercer a atividade econômica somente pode ser de uma única pessoa, sendo que esta também será a única titular do capital registrado.

b) **Titularidade de pessoa natural (física, humana) e capaz.** Em que pese o art. 980-A do Código Civil não estabelecer qualquer restrição em relação a titularidade da EIRELI (dando margem a se imaginar que tanto pessoa física como jurídica poderiam ser titular), uma interpretação mais apurada consolida o entendimento de que apenas pessoas físicas podem se beneficiar.

Gladston Mamede ensina que “a interpretação sistemática, bem como a *mens legislatoris* (intenção do legislador) atestam que a figura foi criada para albergar a titularidade do capital por pessoa natural exclusivamente”.<sup>68</sup>

Ainda, há que se ressaltar que o titular deve ser plenamente capaz e não ter qualquer impedimento legal para ser titular da EIRELI.

a) **Capital registrado mínimo:** 100 (cem) salários mínimos vigente no País. Referido valor é o mínimo aceitável para que a EIRELI possa ser constituída, devendo estar devidamente integralizado no ato do registro. Isto quer dizer que eventuais aumentos do salário mínimo não acarretam a necessidade de se complementar o valor já integralizado. De mais a mais, o valor do salário mínimo é o nacional, sendo que em nada influencia o piso de cada Estado

<sup>66</sup> Mamede, Gladston. Manual de direito empresarial, 6. ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 22.

<sup>67</sup> Oscar Valente Cardoso, texto publicado no Jus Navigandi, <http://jus.com.br/revista/texto/21285/empresa-individual-de-responsabilidade-limitada-eireli-caracteristicas-aspectos-controvertidos-e-lacunas-legais#ixzz1wesiz8GG>, consultado em 2/06/2012.

<sup>68</sup> Mamede, Gladston. Ob. Cit. p. 23.





pois o Código Civil é lei federal.

Entretanto, algumas críticas são anotadas em relação a este mínimo exigido. Isto porque uma das finalidades da nova lei é justamente permitir a formalização de atividades que se encontram na informalidade.

Ao se exigir valor mínimo de 100 (cem salários mínimos), o legislador cria um obstáculo para que pessoas que não tenham necessidade de tanto capital permaneçam na informalidade. Ora, se em sociedade limitadas não há qualquer valor mínimo para suas constituições, também não poderia haver na EIRELI.

#### 4. RESPONSABILIDADE DOS TITULARES

Conforme já anotado anteriormente, a EIRELI terá personalidade jurídica própria após seu registro no órgão competente. Tal situação acarreta uma separação de responsabilidades, ou seja, as obrigações da EIRELI não se confundem com as de seu titular. A responsabilidade do titular de EIRELI é limitada ao valor do capital integralizado.

Ao se limitar a responsabilidade do titular ao valor do capital integralizado, o legislador permitiu uma maior segurança patrimonial da pessoa física, ao contrário da firma individual que traz uma responsabilidade solidária e ilimitada do seu titular.

#### 5. NOME EMPRESARIAL

112

O §1º do art. 980-A do Código Civil estabelece que “o nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada”. Assim, conclui-se que o nome da EIRELI pode ser sob a forma de firma ou denominação e desde que acrescentado da expressão caracterizadora do novo modelo. Note-se que a expressão deve ser incluída no final do nome e se utilizar a forma de denominação, o objeto deve ser contemplado.

Gladston Mamede ensina que “empresa constituída por Armindo Castro, um bar na hospitaleira Cuiabá, pode chamar-se Armindo Castro EIRELI (firma) ou Bar Chips & Choppes EIRELI (denominação)”.<sup>69</sup>

Portanto, a EIRELI comporta as duas espécies de nome empresarial, ou seja, firma ou denominação social.

#### 6. EIRELI RESULTANTE DE CONCENTRAÇÃO DE QUOTAS DE OUTRA SOCIEDADE

A EIRELI pode ser constituída de forma originária (com a integralização do capital registrado pelo titular) ou de forma derivada (resultante da concentração das quotas de outra modalidade societária em um único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração, conforme o permissivo do §3º do art. 980-A do Código Civil. Segundo tal dispositivo, “a empresa individual poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração”.

Assim, para que ocorra a segunda hipótese (forma derivada), há necessidade que um único sócio remanescente de uma sociedade, no prazo de 180 dias estabelecido pelo art.

<sup>69</sup> Mamede, Gladston, ob. Cit. p. 23.



1033, IV, do Código Civil faça requerimento de transformação ao Registro Público das Empresas Mercantis (Junta Comercial) para uma firma individual ou empresa individual de responsabilidade limitada.

Inclusive, tal possibilidade resta contemplada pelo parágrafo único do art. 1033, do Código Civil e que foi inserido pela Lei 12.441/2011. Tal possibilidade vem a sanar a problemática que antes existia quando do falecimento ou saída de um sócio. Isto porque quando tais fatos ocorriam, o sócio remanescente não tinha outra opção senão a recomposição da pluralidade de sócios no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de dissolução da sociedade.

E como já anotado anteriormente, a escolha de novo sócio e a sua aceitação para integrar a sociedade não é matéria simples, sendo que em muitas vezes se recorriam aos mencionados “laranjas” para a recomposição da sociedade ou, em muitas vezes, a sociedade era dissolvida. Atualmente, permite-se a transformação em uma EIRELI, mantendo-se o exercício da atividade econômica e com limitação de responsabilidades, fator esse de extrema relevância no meio empresarial.

Há que se ressaltar, por fim, que a transformação acima mencionada deve seguir as regras estabelecidas nos artigos 1.113 a 1.115 do Código Civil.

## 7. EIRELI E ATIVIDADES ECONÔMICAS POSSÍVEIS

Questão relevante a ser enfrentada diz respeito a quais atividades econômicas podem ser desenvolvidas pela EIRELI. Considerando que se trata de pessoa jurídica e que tem finalidade econômica, pode-se concluir que todas as atividades de produção ou circulação de bens ou de serviços podem ser contempladas.

De fato, não há qualquer impedimento para que o empresário seja constituído sob a forma de EIRELI (atividades constantes do art. 966 do Código Civil).

O §5º do art. 980-A do Código Civil explicitou mais ainda o tema e estabeleceu, inclusive, que

poderá ser atribuída á empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

Portanto, a EIRELI pode atuar nas diferentes atividades da economia.

## 8. NORMAS SUBSIDIÁRIAS

Há que se ressaltar que a EIRELI foi inserida recentemente em nosso ordenamento jurídico, de forma que surgirão situação em que as disposições constantes do art. 980-A e seus parágrafos do Código civil não serão suficientes para resolver a questão.

Assim, consoante o permissivo do § 6º do Art. 980-A do Código Civil, pode-se aplicar à EIRELI, no que couber e não houve conflito, as regras previstas para as sociedades limitadas.

## 9. REGIME JURIDICO TRIBUTÁRIO

Considerando a EIRELI como pessoa jurídica e que exercerá atividade econômica



empresária, há que se observar o regime jurídico tributário a que será submetida. Nos termos da lei, poderá ser enquadrada no lucro real, lucro presumido ou Simples Nacional, não havendo qualquer restrição para a escolha dos tipos mencionados.

Não se pode olvidar que a Lei Complementar nº 139, de 10/11/2011 implementou algumas alterações no estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte de forma a adaptá-lo às inovações da Lei nº 12.441/2011 (EIRELI).

Como consequência, o art. 3º, *caput*, da Lei Complementar nº 123/2006 (que regulamente as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte) passou a prever de forma expressa que a empresa individual de responsabilidade limitada pode ser enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, bem como estabeleceu novos limites para a receita bruta anual.

## 10. CONCLUSÕES

Com a recente produção legislativa no Brasil que instituiu a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI algumas situações distorcidas do dia a dia empresarial podem ser solucionadas. Informalidade, busca por sócios não efetivos (laranjas ou fictícios), encerramento de sociedades pela falta de pluralidade de sócios são exemplos característicos.

O incentivo para que a EIRELI seja constituída está na responsabilidade limitada de seu titular que, ao contrário do titular de firma individual (que possui responsabilidade solidária e ilimitada), pode restringir sua responsabilidade financeira ao valor do capital integralizado por eventuais dívidas não pagas pela pessoa jurídica. Há que se ressaltar que a limitação mencionada não é absoluta, pois comporta exceções nos termos da lei ou do contrato.

114

Há críticas em alguns aspectos, como por exemplo o valor inicial do capital (100 salários mínimos) e que deve estar devidamente integralizado quando da constituição. Poderá tal requisito ser um empecilho para que os indivíduos constituam a EIRELI, pois há atividades econômicas que não precisam do referido valor inicialmente para o desempenho de suas atividades, bem como o fato de que em sociedades limitadas não haver obrigatoriedade de valor mínimo.

Em que pese as discussões e algumas críticas, a EIRELI teve grande receptividade no meio empresarial e tem boas condições de se consolidar como novo modelo de pessoa jurídica e de empresário.

## REFERÊNCIAS

MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARDOSO, Oscar Valente. Texto publicado no Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21285/empresa-individual-de-responsabilidade-limitada-eireli-caracteristicas-aspectos-controvertidos-e-lacunas-legais#ixzz1wesiz8GG>>. Acesso em 02 jun. 2012.



**CONCUBINATO, PENSÃO POR MORTE E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO.***João Alves Dias Filho*<sup>70</sup>**RESUMO**

O presente estudo analisou os efeitos do concubinato, para o fim de obter o benefício previdenciário da pensão por morte junto à Previdência Social. Verificou também a questão do dependente para a legislação previdenciária. Por fim, fez uma análise da divisão da prestação previdenciária entre a concubina e a esposa.

**PALAVRAS-CHAVE:** concubinato; dependente; pensão por morte; benefício; casamento; união estável.

**ABSTRACT**

The present study analyzed the effects of the concubinage, to the end of obtaining death benefit from the Public Welfare. It also analyzed the issue of the dependent to the pensions law. All in all, it has provided an analysis of the division of the welfare pension between the concubine and the wife.

**KEYWORDS:** concubinage; dependent; death benefit; benefit; marriage; steady union.

**SUMÁRIO**

**1 INTRODUÇÃO. 2 PENSÃO POR MORTE. 3 CONCUBINATO. 3.1** Efeitos na Pensão por Morte. **3.2** Da Não Divisão do Benefício. **3.3** Da Divisão do Benefício. **4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

115

**1. INTRODUÇÃO**

Busca-se no presente estudo a possibilidade do reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro do rateio do benefício previdenciário da pensão por morte entre a viúva (o) e a concubina (o).

Quando se fala em Previdência Social, refere-se à proteção social à pessoa humana, seja em situação de doença, invalidez, acidente, envelhecimento, privação da liberdade ou morte.

Em outras palavras, a cada risco social, a legislação previdenciária assegura um benefício correspondente de acordo com a seletividade e a distributividade previamente escolhida pelo legislador visando atingir o maior número de pessoas.

De acordo com MIGUEL HORVATH JÚNIOR:

Beneficiário é toda pessoa protegida pelo sistema previdenciário, seja na qualidade de segurado ou dependente. Os beneficiários são os sujeitos ativos das prestações previdenciárias. Os segurados são as pessoas que mantêm vínculo com a Previdência Social, decorrendo destes vínculos direitos e deveres. Os direitos são representados pela entrega da prestação previdenciária sempre que constatada a ocorrência do risco/contingência social protegida. Os deveres são representados pela obrigação de

<sup>70</sup> Professor (UNIFIL). Especialista em Direito Aplicado (EMAP). Pós-graduado em Direito Empresarial (UEL). Pós-graduando em Direito Previdenciário (UEL). Advogado.



pagamento das contribuições previdenciárias<sup>71</sup>.

Diante disso, a Previdência Social visa proteger o ser humano diante das necessidades que possam atingi-lo para poder sobreviver.

O presente artigo irá abordar questões do dependente para a legislação previdenciária, o benefício da pensão por morte e a possibilidade ou não de ser considerado o concubino (a) como beneficiário dos efeitos previdenciários.

## 2. PENSÃO POR MORTE

A Lei nº. 8.213/91, conhecida como “Lei de Benefício”, trata da pensão por morte a partir do art. 74 e seguintes. Por sua vez, a Constituição Federal conta com a previsão no art. 201, inciso I, assegurando que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, à cobertura da pensão por morte, entre outros.

No Regime Geral da Previdência Social (RGPS), a pensão por morte é um benefício dos dependentes dos segurados:

a morte do segurado faz cessar a fonte de rendimentos daqueles que dele dependiam economicamente. O segurado, com o seu trabalho, sustenta a si e os seus dependentes econômicos. Com a sua morte, esses dependentes perdem a sua fonte de subsistência. Para fazer face a essa contingência social, é deferida a proteção previdenciária na modalidade pensão por morte<sup>72</sup>.

116

Conforme exposto acima, a pensão por morte é um benefício pago de forma contínua aos dependentes do segurado. “Pensão por morte é o benefício previdenciário de prestação continuada, isento de carência, devido aos dependentes (presumidos ou comprovados) do segurado que falecer, aposentado ou não”.<sup>73</sup>

No mesmo sentido:

A pensão é o benefício devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido – a chamada família previdenciária – no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substituto, destinada a suprir, ou pelo menos minimizar, a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes.<sup>74</sup>

De acordo com a Lei nº. 8.213/91, os dependentes são listados no art. 16 sendo divididos em três classes, ou seja, os de classe I (o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente), os de classe II (os pais) e os de classe III (o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente).

71 HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. 8. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pág. 156.

72 DIAS, Eduardo Rocha. Curso de Direito Previdenciário. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010, pág. 273.

73 LAZZARI, João Batista. Curso Modular de Direito Previdenciário. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, pág. 383.

74 LAZZARI, João Batista. Curso Modular de Direito Previdenciário. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, pág. 384.



Vale lembrar as principais regras sobre os dependentes, isto é, os dependentes da classe I são preferenciais e possuem dependência econômica presumida; a existência de um dependente de hierarquia superior exclui o direito dos dependentes inferiores; a existência de mais de um dependente na mesma classe decreta o rateio da prestação previdenciária entre eles.

Sobre essas regras, leciona IVAN KERTZMAN:

A relação dos dependentes é definida pela legislação previdenciária, que a subdivide em três classes, não cabendo ao segurado a livre indicação dos seus dependentes. Note-se que os dependentes dos segurados não efetuam inscrição prévia ao Instituto Nacional do Seguro Social, devendo dirigir-se às agências da Previdência Social, com esta finalidade, apenas no momento do requerimento do benefício a que tiver direito. Os dependentes arrolados na primeira classe terão prioridade na inscrição, seguidos pelos da segunda e, por último, os da terceira classe.<sup>75</sup>

A pensão por morte tem caráter familiar, assegurando, já na classe I, a proteção do casamento e da união estável.

### 3. CONCUBINATO

#### 3.1. Efeitos na Pensão por Morte.

O Código Civil (CC) separa as figuras da união estável e do concubinato. A união estável confere aos companheiros direitos e deveres equivalentes aos do marido ou da mulher: a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil, na forma do art. 1726. Por sua vez, a Constituição prega que, para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Já o Decreto nº. 3.048/99, no art. 16, § 6º, dispõe que: “considera-se união estável aquela configurada na convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com intenção de constituição de família, observado o § 1º do art. 1.723 do Código Civil, instituído pela Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002”.

Daí a diferenciação com o concubinato,<sup>76</sup> no sentido de relação impedida e que não pode ser considerada como entidade familiar. Ou seja, relação não eventual entre o homem e a mulher, impedidos de casar (art. 1727, CC).

O presente trabalho tenta esclarecer se, na relação de concubinato, há direito à participação no benefício da pensão por morte; se pessoas impedidas de se casarem podem receber o benefício previdenciário e, conseqüentemente, terem o benefício partilhado entre os dependentes, ou seja, divisão da pensão entre a esposa e a concubina ou divisão entre a companheira e a concubina.

75 KERTZMAN, Ivan. Curso Prático de Direito Previdenciário. Salvador: Editora Juspodivm, 7. Ed., 2010, pág. 331.

76 “Enquanto a união estável tem a pretensão de tornar-se casamento, o concubinato visa exatamente a pôr fim ao mesmo” (RE 397.762/BA).



### 3.2. Da Não Divisão do Benefício.

A Lei nº. 8.213/91 fixou que o cônjuge é dependente para a legislação previdenciária. Também assegurou que a companheira (o) é considerada dependente para a previdência social, inclusive, trouxe a interpretação autêntica do conceito de companheira (o), no parágrafo 3º, do art. 16 da mencionada norma.

Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Assim, não há união estável quando há impedimento ao casado, ou seja, é para pessoa “sem ser casada”.

Com isso, a legislação protegeu o casamento estabelecendo que é dependente o “cônjuge” e também a união estável com a proteção à “companheira (o)”. Consequentemente deixou de fora o concubinato, a chamada “amante” ou “entidade familiar paralela”.

Os que defendem que a concubina (o) não tem direito à participação no benefício de pensão por morte são firmes no sentido de que o concubinato não se iguala à união estável.

Nessa linha encontramos os seguintes julgados:

PENSÃO - CONCUBINATO IMPURO E CASAMENTO DE DIREITO. Companheira é a mulher que une seu destino ao do homem solteiro, viúvo, separado de direito, sem impedimento para o casamento. Sua característica está na convivência de fato como se casados fossem aos olhos de quantos se relacionem com os companheiros de tal união. No conceito pesam as exigências de exclusividade, fidelidade, vida em comum sob o mesmo teto com durabilidade. (...). Concubina é “a amante, a mulher dos encontros velados, frequentada pelo homem casado, que convive ao mesmo tempo com sua esposa legítima” – RE 83.930-SP, Rel. Min. Antonio Neder. RTJ 82/933. Na expressão do contexto probatório, na luta entre o certo e o errado, o direito e o avesso, o justo e o injusto, quedou-se vencido nesta demanda, afinal, o concubinato impuro ante a força pujante do casamento de direito à luz da Constituição, da Lei, da doutrina e jurisprudência pátria. (TJ-RJ - Ap. Civ. 2004.001.24186 – Acórdão COAD 116822 – 9ª Câmara. Civ. – Julg. em 17-11-2005).

RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO - PEDIDO COM FUNDAMENTO NA UNIÃO ESTÁVEL - CONCUBINO CASADO – (...) - PREVIDÊNCIA SOCIAL - PEDIDO IMPROCEDENTE - Não se pode reconhecer o direito de uma pessoa casada vincular-se com status marital à concubina, por via de reconhecimento de união estável, sob pena de admissão de que alguém possa desfrutar, ao mesmo tempo, de vinculação a duas entidades familiares, em situação equivalente à de bigamia. (TJ-MG - Ap. Civ. 1.0000.00.252082-3/000 – 2ª Câmara. Civ. – Rel. Des. Brandão Teixeira – Publ. em 5-4-2002).

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - PARTILHA DA PENSÃO ENTRE A VIÚVA E A CONCUBINA - COEXISTÊNCIA DE VÍNCULO CONJUGAL E A NÃO SEPARAÇÃO DE FATO DA ESPOSA - CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO. As relações de caráter meramente afetivo não configuram união estável, simples relações sexuais, ainda que repetidas por largo espaço de tempo, não constituem união estável. A união estável é manifestação aparente de casamento, tem formação monogâmica e caracteriza-se pela comunhão de vidas, no sentido material e imaterial, isto é, pela constituição de uma família. Portanto, relações adulterinas, mesmo que de longa duração, não configuram união estável. Desprovisionamento do Recurso. (TJ-RJ – Ap. Civ. 2006.001.46251 4ª Câ. Civ. – Rel. Des. Edson Scisínio Dias – Julg. em 27-6-2007).

Argumentam os defensores que o Estado não pode proteger essas situações em prejuízo ao instituto do casamento, em detrimento da família. O concubinato é possível no mundo dos fatos, ou seja, relações extraconjugais e uniões concomitantes, mas isso não garante a proteção do Direito Previdenciário.

Não se mostra conveniente, sob o ponto de vista da segurança jurídica, inviolabilidade da intimidade, vida privada e da dignidade da pessoa humana, abrir as portas para questionamento acerca da quebra da *affectio familiae*, com vistas ao reconhecimento de uniões estáveis paralelas a casamento válido<sup>77</sup>.

119

Nesse sentido já há decisão inclusive do Supremo Tribunal Federal – STF:

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (STF, RE 590779, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, 10.02.2009).

Expõem que, caso essas situações sejam admitidas, estar-se-ia permitindo a poligamia no Estado Brasileiro. De mais a mais, o rol do art. 16, da Lei nº. 8.213/91, é taxativo, ao indicar quem são os dependentes para a previdência social, sendo certo que não consta a concubina (o) entre os selecionados pela legislação.

<sup>77</sup> Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-29/concubinatos-nao-reconhecidos-uniao-estavel-turma-stf>





### 3.3. Da Divisão do Benefício.

Os defensores do entendimento de que, havendo comprovação da relação denominada concubinato (relação afetiva com pessoa casada de direito e de fato<sup>78</sup>, ou seja, relacionamento amoroso sem o rompimento do casamento ou da união estável, o que a doutrina passou a chamar de concubinato impuro), o benefício previdenciário da pensão por morte deve ser dividido entre os dependentes, argumentam que, quando ocorrem essas situações, a entidade familiar já fracassou, o lar conjugal já faliu, e que o Direito não pode fechar os olhos a essa realidade.

O Direito não pode fugir, se esconder do mundo real. A realidade social tem demonstrado a existência paralela de duas entidades familiares. Ademais, a Constituição Federal tem entre seus objetivos promover o bem de todos, sem preconceitos, na forma do art. 3º, inciso IV.

Diz, assim, FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM:

É certo que o direito não pode e não deve afastar-se, por completo, de aspectos culturais, os quais, inevitavelmente, regem, em alguma medida, a vida em sociedade. Um ideal abstrato de liberdade não pode ser subsumido a toda e qualquer sociedade, pois cada uma apresenta valores e histórias diversas, que devem ser sopesadas pelo Direito. Ainda que alguns setores da sociedade brasileira vejam com naturalidade as relações poligâmicas, é certo que a moral dominante é a monogamia. O direito não recusa isso, mas ignorar a existência da poligamia e, pior, excluir prestações previdenciárias a tais situações, é injusto e mesmo inconstitucional<sup>79</sup>.

120

No âmbito da doutrina encontramos interessantes conceitos:

Portanto, já de há muito, não podia o sociólogo ou o jurista ignorar a figura do concubinato, como não devia o legislador ter-se mostrado tão tímido em editar regras que disciplinassem as relações entre concubinos [...]. Todavia, em maior ou menor quantidade, as ligações fora do casamento sempre existirão.<sup>80</sup>

Não há sociedade perfeita. Embora o Estado proteja por excelência a família matrimonial, por uma série de questões, são cada vez mais presentes outras espécies de famílias.<sup>81</sup>

Para fins estritamente previdenciários, pouco importa se a união estável visa ao casamento e o concubinato não; irrelevante para o sistema se a pessoa agiu de boa ou má-fé na nova união, mas, sim, o singelo fato de que uma nova sociedade familiar foi

78 Tratando-se de divórcio, separação judicial ou separação de fato, se não provar a dependência econômica não faz jus ao benefício, na forma do art. 76 da Lei n.º 8.213/91. Nesse sentido: “só constituem presunção absoluta de dependência do cônjuge que recebia pensão alimentícia, caso em que concorrerá em igualdade de condições com os dependentes da 1. classe, ou seja, não precisará provar sua dependência econômica. A *contrario sensu*, se o cônjuge separado de fato ou judicialmente ou divorciado não recebia pensão alimentícia, não terá a seu favor a presunção absoluta de dependência econômica”. SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito Previdenciário Esquemático. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 294. “Nos termos do art. 76, § 2º, da Lei n.º 8.213/91, o cônjuge divorciado ou separado judicialmente, ou de fato, como regra, faz jus à pensão previdenciária se recebesse pensão alimentícia do falecido segurado. Do contrário, o cônjuge divorciado, separado judicialmente ou de fato, tem a presunção de dependência afastada, e deixam de integrar o inciso I do art. 16 da Lei n.º 8.213/91”. ALENCAR, Hermes Arrais. Direito Previdenciário para Concursos Públicos – São Paulo: Atlas, 2011, pág. 136.

79 IBRAHIM, Fábio Zambitte. O Concubinato na Previdência Social. Revista de Previdência Social – RPS, ano XXXIV, n.º 361, dezembro, 2010, São Paulo, pág. 1048.

80 RODRIGUES, Silvío. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 6, Direito de Família, pág. 252.

81 RAMALHO, Marcos de Queiroz. A Pensão por Morte no Regime Geral da Previdência Social. São Paulo: LTr, 2010, pág. 54.



formada, ainda que oficiosamente, e não pode a lei pretender desconstituir os fatos, sob pena de ineficácia social.<sup>82</sup>

Sobre a divisão da pensão por morte entre a esposa e a concubina ou a divisão entre a companheira e a concubina, diz a doutrina:

[...] a Constituição não restringiu o direito à pensão apenas aos companheiros que vivam em uma situação tal que se amolde ao conceito de união estável. Interpretando-se o dispositivo legal que estabelece o direito à pensão entre companheiros à luz da Constituição, ainda que haja uma causa impeditiva ao reconhecimento da união estável, existirá o direito ao benefício, como na hipótese do segurado casado que possui também uma companheira que dele depende.<sup>83</sup>

Existindo o concubinato, há que se prestigiar a situação jurídica da companheira, ainda que a sua relação com o segurado fosse estabelecida sem a ruptura do vínculo conjugal. Aliás, em se tratando de ramo autônomo, o direito previdenciário deve ser lido à luz dos seus princípios, não se possibilitando que o direito civil ou penal, por exemplo, imponham as suas regras no âmbito do primeiro – que é dotado de instituto e princípios que lhe são inerentes e que devem nortear a sua interpretação, como no caso presente.<sup>84</sup>

Em pesquisa jurisprudencial, encontraram-se os seguintes julgados versando sobre o tema e, na ementa do R.AC 2000.04.010376495/RS<sup>85</sup>, Rel. Des. Federal Néfi Cordeiro, se lê:

Mantinha o falecido, ao mesmo tempo, a esposa e a concubina. O conjunto probatório nos autos demonstra que a autora viveu e dependeu do segurado até o falecimento deste. Restou demonstrada a situação de concubinato, que merece ser reconhecida para os pretendidos fins previdenciários, não sendo impedimento para tanto a existência simultânea de esposa. Diante das novas orientações constitucionais, que fazem emergir a isonomia entre o casamento e a união estável, é de se reconhecer os efeitos que gera o concubinato, mesmo impuro, no âmbito previdenciário.

121

Por fim, deve-se lembrar que o Direito Previdenciário possui autonomia em relação ao Direito Civil. Assim, a interpretação previdenciária para a concessão do benefício deve ser no sentido da necessidade, solidariedade e dependência e não necessariamente a interpretação dada pela legislação civilista. Cabe, ainda, registrar que, de acordo com as súmulas de número 380 e 382 do STF, para caracterizar o concubinato, é até mesmo dispensável a vida em

82 IBRAHIM, Fábio Zambitte. O Concubinato na Previdência Social. Revista de Previdência Social – RPS, ano XXXIV, nº. 361, dezembro, 2010, São Paulo, pág. 1049.

83 LAZZARI, João Batista. Curso Modular de Direito Previdenciário. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, pág. 398.

84 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Curso de Direito da Seguridade Social. Marcus Orione Gonçalves Correia, Érica Paula Barcha Correia. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 324/325

85 TRF 4. R.AC 2000.04.010376495/RS. 6ª. Turma. DJU 25.09.2002, p. 751. No mesmo sentido: “constatada a convivência adúltera longevidária apurada em procedimento administrativo e judicial de justificação, é de se ratear a pensão entre a esposa e a concubina, pela dependência econômica de ambas para com o *de cujus*” (TRF-3ª. Região, 1ª. T., Ap. Cív. 89.03.003164-4, DJ, 14-5-1996, p.30660). Também encontramos decisões aduzindo que: “comprovada a convivência com a companheira, mesmo que adúltera a relação, a ela também se estende a presunção de dependência econômica para efeito de percepção de pensão por morte. – Cabendo à concubina e à esposa legítima o direito ao benefício previdenciário, este deverá ser rateado à razão de 50% de seu valor para cada uma”. (TRF-3ª. Região, 5ª. T., Ap. Cív. 57454, DJU, 12-9-2000, p.896).



comum sob o mesmo teto, assim como a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum é um direito.

#### 4. CONCLUSÃO

Em conclusão, verifica-se que a pensão por morte é um benefício previdenciário pago aos dependentes do segurado falecido.

Entretanto, em que pese a Lei nº. 8.213/91, no art. 16, proteger como dependente, na classe I, o casamento (cônjuge) e a união estável (companheira), o Direito não pode e não deve fugir da realidade social. O Direito não pode simplesmente ignorar a “família ilegítima”, legitimando somente aquilo que a sociedade civil entende como casamento, precisa olhar também os efeitos amorosos, econômicos e psicológicos entre os casais que mantiveram esses relacionamentos, mesmo impedidos. Inclusive, o próprio legislador já resolveu problemas derivados dessas uniões v.g, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento.

A bem da verdade, deve-se analisar o caso concreto para fim de se verificar se a concubina (o) de fato conviveu com o segurado falecido e, provado esse relacionamento, justo é a divisão da pensão por morte.

Em virtude da importância do tema, seja do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, recentemente o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral sobre o assunto (RE 669465, RE 590779 e ARE 656298).

Portanto, até que o Guardião da Constituição Federal não decida de forma definitiva, entende-se que, comprovado o concubinato à época do óbito do segurado, o benefício da pensão por morte deve ser dividido entre a viúva (o) e a concubina (o) ou entre a companheira (o) e a concubina (o).

122

#### REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Hermes Arrais. *Direito Previdenciário para Concursos Públicos*. São Paulo: Atlas, 2011.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj>>.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/webstj>>.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de Direito da Seguridade Social*. Marcus Orione Gonçalves Correia, Érica Paula Barcha Correia. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- DIAS, Eduardo Rocha. *Curso de Direito Previdenciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.
- HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *O Concubinato na Previdência Social*. Revista de Previdência Social – RPS, ano XXXIV, n. 361, dezembro, 2010, São Paulo.
- KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.
- LAZZARI, João Batista. *Curso Modular de Direito Previdenciário*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- RAMALHO, Marcos de Queiroz. *A Pensão por Morte no Regime Geral da Previdência Social*.



São Paulo: LTr, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 6, *Direito de Família*.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.





## A REAL INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL FACE AO CRIME DE INFANTICÍDIO

*João Ricardo Anastácio da Silva*<sup>86</sup>

### RESUMO

Estudiosos do Direito Penal buscam delimitar a real influência do estado puerperal no delito de Infanticídio, descrito no artigo 123, do Código Penal Brasileiro. Neste contexto, analisa-se o entendimento doutrinário a cerca da matéria que forma o divisor de águas entre o crime de homicídio, tipificado no art. 121 do mesmo Codex, delito este de maiores proporções e sanções penais.

**PALAVRAS-CHAVE:** infanticídio; estado puerperal; doutrina.

### ABSTRACT

Criminal law scholars seek to define the actual influence of the puerperal state crime of infanticide, described in Article 123 of the Brazilian Penal Code. In this context, analyzes the doctrinal understanding about the matter that forms the watershed between the crime of murder defined in art. Codex 121 of the same, this crime of major proportions and criminal penalties.

**KEYWORDS:** infanticide; puerperal state; doctrine.

### SUMÁRIO

**1 SUMÁRIO. 2 PUERPÉRIO E ESTADO PUERPERAL. 3 A IMPORTÂNCIA DA PROVA PERICIAL. 4 DESPENALIZAÇÃO DA CONDUTA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

125

### 1. INTRODUÇÃO

O delito do Infanticídio é uma espécie de ilícito autônomo, um *delictum sui generis*, privilegiado por envolver alterações fisiológicas que se refletem como incapacidade do executor em avaliar a intensidade do delito que se está cometendo, caracterizando, portanto, o Estado Puerperal.

O crime de Infanticídio está previsto no art. 123 do Código Penal que prevê a conduta delitativa da seguinte forma:

Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

Mesmo estando previsto no rol dos crimes contra vida, sendo um dos quatro crimes que são atualmente submetidos ao rito do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro, trata-se de uma espécie delitativa privilegiada, o que poderia se tornar inclusive uma modalidade de homicídio privilegiado dentro da própria ramificação do art. 121 do Código Penal, e diante desta condição limítrofe se encontra o estado puerperal como condição elementar do tipo.

86 Advogado e Professor Universitário. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, Pós-graduado pela Escola do Ministério Público – Londrina, Paraná e foi aluno especial do Mestrado em Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá.



De acordo com o dicionário de Língua Portuguesa Aurélio, infanticídio significa: “<sup>87</sup>. Assassinio de recém-nascido ou de criança. 2. Jur. Morte do próprio filho, sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo depois”, vindo a derivar da expressão em latim, *infans e coedere*, que significa “o que mata uma criança”.

Magalhães Noronha<sup>88</sup> afirma: “O infanticídio é o crime da genitora, da puérpera. É, portanto, a mãe que se acha sob a influência do estado puerperal e atua contra vida de seu filho”.

Assim sendo, são circunstâncias elementares do tipo de Infanticídio o sujeito ativo (mãe), o sujeito passivo (filho), a conduta (matar), o objeto material (vida), a elementar normativa (estado puerperal) e a elementar normativa temporal (durante o parto ou logo após).

O Estado Puerperal, elemento normativo do tipo, origina um transtorno psíquico e/ou físico sobre a genitora fazendo com que a mesma aja com consciência e vontade contra a vida de seu próprio filho dentro do período do Puerpério.

Para a constatação de tal estado se faz necessário lançar mão de perícia técnica, muito embora os Tribunais pátrios tenham entendido de forma pacificada que no tocante a este estado a presunção deve ser *iuris tantum*, ou seja, dispensa-se a prova pericial por presunção.

Porém, diante desta perspectiva, surge a insegurança jurídica e com ela faz-se nascer margens absurdas para a impunidade de condutas onde tal perturbação, elemento fisiopsicológico do tipo, se encontra ausente, pois os juristas não possuem a devida propriedade para presumir que uma mãe possa estar em estado puerperal apenas por estar dentro do “puerpério”, estado este normal e corriqueiro de toda gestante.

126

Para se chegar a tal conclusão, não se pode desprezar a prova pericial por ser considerada como crucial para a comprovação do estado puerperal, pois mesmo com a perícia técnica pode-se chegar a um laudo sujeito a falhas.

Portanto, o objetivo deste estudo é levar a tona a dificuldade em se compreender a influência que exerce ou possa exercer o Estado Puerperal na psique da parturiente.

## 2. PUERPÉRIO E ESTADO PUERPERAL

É de suma importância ressaltar as diferenças entre Puerpério e Estado Puerperal, para que se possa entender a dimensão de sua real influência como elementos estruturantes do delito de infanticídio.

O Puerpério vem de *puer*, que significa “criança”, acrescida da expressão *parere*, que significa “parir”, sendo, portanto, o período durante o qual os órgãos da parturiente se preparam para a expulsão do feto, já formado, rumo à vida autônoma, isto é, sem dependência física de sua genitora, tendo início com a expulsão da placenta até a volta do organismo materno às condições anteriores à gravidez.

Dentro deste lapso temporal a doutrina busca definir e classificar este estado podendo ser considerado como “puerpério imediato” até dez dias após o parto, podendo haver o “puerpério tardio” até quarenta e cinco dias e finalmente o “puerpério remoto” de quarenta e cinco dias em diante.

O Dr. Eduardo Roberto Alcantara Del Campo<sup>89</sup> define este importante estado da seguinte forma:

87 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. “Dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro, 1993,

88 NORONHA, Magalhães E. “Direito Penal”. São Paulo: Saraiva, 1991, v.2 p. 40 e 41

89 DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. Medicina legal. São Paulo: Saraiva, 2005.



O parto, ainda que possa produzir pequenos transtornos psicológicos, como emotividade exacerbada e depressão pós-parto, não deve induzir transtornos de gravidade. O puerpério é um quadro fisiológico que atinge todas as mulheres que dão à luz, sendo raras as alterações de cunho psicológico graves como a psicose puerperal.

Portanto, do puerpério pode sobrevir uma perturbação mental da parturiente, dando origem então ao Estado Puerperal, que pode se basear em dois motivos: psicológico (*impetus honoris*), que visa, por exemplo, ocultar a desonra de uma gravidez ilegítima; e o físico-psíquico (*impetus doloris*), que representam as alterações emocionais, cognitivas e comportamentais geradas pelos desgastes físicos causados pelo parto (dores, sangramentos, medo, fadiga, súbita queda de níveis hormonais, alterações bioquímicas (no sistema nervoso central).

O professor Damásio de Jesus<sup>90</sup> difere os dois conceitos da seguinte forma:

Tomando como premissa básica à idéia de estado puerperal, como conjunto de reações físicas e psíquicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto, este difere de puerpério, ou melhor, também é composto por ele.

Durante a gestação a mulher pode apresentar sinais clínicos que caracterizam o puerpério, que por si só, gera uma série de perturbações psíquicas e fisiológicas à mulher, podendo levá-la ou não a cometer o tipo previsto no art. 123 do Código Penal, e para que se possa entender realmente a influência do estado puerperal no Infanticídio é imprescindível o breve conhecimento destas alterações sofridas pela parturiente.

O puerpério exige da parturiente um esforço incontável, podendo acarretar palidez, alterações hormonais, calafrios, esgotamento mental e muscular, hipotensão arterial, sudorese, entre outros sintomas.

127

Portanto, muitas são as consequências físicas e emocionais decorrentes do puerpério que geram stress, devido à situação desconfortável na qual a genitora se encontra, sendo que o que vai definir a presença do Estado Puerperal no período do Puerpério é a forma que cada parturiente reage diante destas alterações, pois o estado que a puérpera atinge depende muito de sua resistência que pode ou não ser abalada por estas condições excepcionais ocasionadas pelo puerpério.

O professor Damásio E. de Jesus<sup>91</sup>, conceitua o estado puerperal de uma forma sintética e precisa como sendo “o conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto”.

Quando o ilustre professor destaca o termo “fenômeno do parto”, o mesmo está se referindo ao Puerpério, portando, desta forma fazendo constar que o Estado Puerperal deriva do período do Puerpério, onde todas as gestantes estão sujeitas a diversos tipos de transformações físicas e psíquicas.

No Brasil, a Medicina Legal se encontra pacificada com relação ao fato de que a influencia do estado puerperal pode ocorrer com gestantes aparentemente normais, física e mentalmente, mas que, estressadas pelo momento do parto, podem descarregar este estado desenvolvido contra o seu próprio filho criando um sentimento de culpa com relação ao mesmo.

Estudos internacionais demonstram que a psicose puerperal é o transtorno mental mais

90 JESUS, Damásio E. de. Direito Penal: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: 1997. pag.178

91 JESUS, Damásio E. de. Direito Penal: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 25ª ed. , São Paulo: Atual, 2003, p.107.





grave que pode ocorrer durante o puerpério, tendo prevalência de 0,1 a 0,2% - sendo este percentual maior em casos de mulheres bipolares<sup>92</sup> - , usualmente de início rápido e com sintomas que se instalam já nos primeiros dias até duas semanas do pós-parto<sup>93</sup>.

Os sintomas iniciais são euforia, humor irritável, agitação e insônia<sup>94</sup>. Posteriormente, podem aparecer: delírios, idéias persecutórias, alucinações e comportamento desorganizado, desorientação, confusão mental, perplexidade e despersonalização.

O quadro psicótico no pós-parto é uma situação de risco para a ocorrência de infanticídio<sup>95</sup>, pois segundo um estudo feito na Índia com mulheres internadas com quadros psicóticos no pós-parto, 43% delas tinham idéias infanticidas<sup>96</sup>.

O infanticídio geralmente ocorre quando as idéias delirantes envolvem o bebê, como idéias de que o mesmo é defeituoso ou está morrendo, de que tem poderes especiais ou de que o bebê é um Deus ou um demônio<sup>97</sup>.

Entre os fatores de risco para psicose puerperal, estão a primiparidade, complicações obstétricas<sup>98,99</sup> e antecedentes pessoais ou familiares de transtornos psiquiátricos, sobretudo outros transtornos psicóticos<sup>100</sup>.

No Brasil, a psicose puerperal é um quadro mais raro, sendo que a incidência constatada foi entre 1,1 e 4 para cada 1.000 nascimentos. Observou-se que as mulheres iniciaram “sintomatologia”, ou seja, presença de delírios, alucinações, estado confusional e comportamento desorganizado que envolvem seus filhos, com pensamentos de lhes provocar algum tipo de dano, nas duas primeiras semanas após o nascimento<sup>101</sup>.

A Medicina Legal reconhece como alterações psíquicas que constituem o estado puerperal atenção falha, percepção sensorial diferente, memória de fixação e evocação escassas, dificuldade em diferenciar o subjetivo do objetivo, juízo crítico concreto e abstrato enfraquecidos, discernimento inibido implicando na incapacidade de avaliação entre o ilícito e o lícito, inadaptação temporária e desorientação afetivo-emocional.

Assim sendo, diante da inaptidão do magistrado para julgar questões psíquico-físicas de extrema complexidade desprezando a prova pericial se revestindo pura e simplesmente da presunção legal relativa, se faz necessário ressaltar que estudos neurocientíficos recentes sustentam a hipótese de que a mulher portadora de psicose puerperal que comete infanticídio necessita muito mais de tratamento e reabilitação específicos do que de punição legal, a fim de se evitarem outras fatalidades decorrentes da gravidade do quadro, hipótese que atualmente

92 Chaudron LH, Pies RW. The relationship between postpartum psychosis and bipolar disorder: a review. *J Clin Psychiatry*. 2003;64(11):1284-92.

93 Sit D, Rothschild AJ, Wisner KL. A review of postpartum psychosis. *J Women's Health*. 2006;15(4):352-66.

94 Heron J, McGuinness M, Blackmore ER, Craddock N, Jones I. Early postpartum symptoms in puerperal psychosis. *BJOG*. 2008;115(3):348-53.

95 Resnick PL. Child murder by parents: a psychiatric review of filicide. *Am J Psychiatry*. 1969;126:325-34.

96 Prabha CS, Gabesan V, Tinku T. Infanticide ideas and infanticidal behavior in Indian women with severe postpartum psychiatric disorders. *J Nerv Ment Dis*. 2002;90(7):457-61.

97 Brockington I, Cernik A, Schofield E, Downing AR, Francis AF, Keelan C. Puerperal psychosis, phenomena and diagnosis. *Arch Gen Psychiatry*. 1981;38:829.

98 Nager A, Sundquist K, Ramirez-Leoon V, Johansson M. Obstetric complications and postpartum psychosis: a follow-up study of 1.1 million first-time mothers between 1975 and 2003 in Sweden. *Acta Psychiatr Scand*. 2008;117(1):12-9.

99 Blackmore EM, Jones I, Monica D, Sayeed H, Roger H, Brockington I, et al. Obstetric variables associated with bipolar affective puerperal psychosis. *Br J Psychiatry*. 2006;188(1):32-6.

100 Chaudron LH, Pies RW. The relationship between postpartum psychosis and bipolar disorder: a review. *J Clin Psychiatry*. 2003;64:1284-92.

101 Camacho, R.S. et AL. - Transtornos psiquiátricos na gestação e no puerpério: classificação, diagnóstico e tratamento. *Rev. Psiq. Clín.*, 2006; 33 (2); 92-102.



já é defendida por alguns países, sendo que a educação familiar também estaria presente nesse tipo de intervenção.<sup>102</sup>

### 3. A IMPORTÂNCIA DA PROVA PERICIAL

Uma importante questão deve ser levantada a cerca do Estado Puerperal, sendo este estado por si só uma alteração psíquica capaz de levar a mulher a cometer o Infanticídio ou já estaria tal estado pré-existente no momento do crime sendo proveniente de uma alteração instalada e não percebida anteriormente?

Segundo o criminólogo Ramos Maranhão:<sup>103</sup>

As psicoses que se instalam pós-parto são erradamente chamadas de puerperais, pois não constituem entidade autônoma, antes trata-se de esquizofrenia, psicose maniaco-depressiva, estado confusional, etc. Essas manifestações psicopatológicas, com quadros clínicos bem definidos, encontram no puerpério condições propícias para sua instalação, como a exaustão, as alterações hormonais, tensão emocional, que se associam para precipitar um surto ou episódio psicótico.

Flaminio Fávero<sup>104</sup> admite “a possibilidade de um estado puerperal puro, ou seja, gerado unicamente pelo parto, sem nenhum antecedente”.

Ainda reforçando esta posição, compartilham da mesma posição os juristas Médici Filho, Aníbal Bruno, Gomes Neto, entre outros.

Por ser muito difícil e controverso o entendimento da psicose puerperal na doutrina surgiu a necessidade da realização da perícia médica para se determinar o delito de Infanticídio.

O primeiro passo no exame pericial é se determinar se o filho nasceu com vida ou não através do exame de docimasia, quando, uma vez constatado que o feto nasceu com vida, necessário se faz identificar a causa que o levou a falecer (**morte natural** – decorrentes de alterações fisiológicas; **morte acidental** – hemorragias, descolamento prematuro de placenta, circular de cordão umbilical; ou **morte criminosa** – compressão, contusão, ação de objetos perfuro-cortantes, esganadura, estrangulamento).

129

Em um segundo momento, ou mesmo simultaneamente, será realizado o exame médico-legal do estado mental da infanticida que deverá apurar: 1) a existência do parto e se é recente; 2) se o parto transcorreu de forma angustiante ou dolorosa; 3) se a parturiente, após o crime, escondeu ou não o cadáver do filho; 4) se ela lembra ou não do ocorrido; 5) se é portadora de antecedentes psicóticos ou se suas consequências surgiram no decorrer da gestação, do parto ou do puerpério; 6) se há vestígios de outra perturbação mental cuja eclosão, durante ou logo após o parto, foi capaz de levá-la a cometer o delito.

Somente após esta análise técnica apurada é que se poderá chegar a uma conclusão e a necessária fundamentação para comprovar a materialidade do Infanticídio.

Na prática observa-se que a comprovação do Infanticídio, diante de sua complexidade, necessita precipuamente da intervenção técnica do perito no processo para a aproximação da maior precisão possível em relação a circunstância elementar do tipo, sendo que, e só assim, em caso de permanência de dúvida através do parecer técnico, deve-se sempre decidir a favor

102 SPINELLI, M.G. - Maternal infanticide associated with mental illness: prevention and the promise of saved lives. *Am J Psychiatry* 161 (9): 1548-1557, 2004.

103 MARANHÃO, Odon Ramos. Curso básico de medicina legal. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

104 FAVERO, Flaminio. Medicina Legal: Introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia. 12ª Ed., Rio de Janeiro: Reunidas, 1991.



da existência do Estado Puerperal.

#### 4. DESPENALIZAÇÃO DA CONDUTA

A dimensão da influência do estado puerperal sobre o sujeito ativo do delito pode acarretar circunstâncias de elevado descontrole mental a ponto de haver em casos específicos até mesmo a completa anulação do discernimento sobre o ato praticado pela genitora contra seu próprio filho, mesmo que tal estado seja momentâneo, trazendo a tona a possível excludente de sua culpabilidade no caso concreto.

Nesse mesmo sentido, ao tratar do delito em questão e traçando o paralelo entre excludentes de ilicitude e de culpabilidade no crime de infanticídio Teles<sup>105</sup>, expressa sua posição:

Penso que há incompatibilidade entre o Infanticídio e uma causa de exclusão da ilicitude. A legítima defesa é absolutamente incompatível. O estado de necessidade, igualmente seria impensável, a não ser numa situação de perigo, como num incêndio na maternidade, em que a mãe venha a abandonar o recém-nascido, salvando sua própria vida. Essa excludente incidiria independentemente de estar ou não a mãe sob influência do Estado Puerperal, aplicando-se, pois tanto na hipótese de homicídio quanto na de Infanticídio, ou de qualquer outro crime. A culpabilidade, entretanto, deve ser bem examinada pelo julgador. Considerando, imputável a mãe, pode ocorrer que ela venha a atuar sem a consciência da ilicitude ou que não possa, em determinadas circunstâncias dela exigir outra conduta.

130

Dessa forma, se a psicose puerperal for constatada pela perícia técnica, este especial estado passará então a fazer parte do rol das moléstias que compreendem as doenças mentais capazes de afetar a capacidade de entendimento podendo caracterizar a inimizabilidade.

Se for considerado por laudo pericial que o sujeito ativo que pratica a conduta típica do infanticídio ao tempo de sua ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado inimputável, conforme prevê o caput do art. 26 do Código Penal, por não haver liberdade de escolha no caso concreto, despenalizando a conduta e submetendo o agente a medida de segurança, determinando o magistrado a sua internação que será por tempo indeterminado, tendo como prazo mínimo de 1 (um) e 3 (três) anos, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade, conforme estabelece o art. 97, § 1º do Código Penal.

O Código Penal Brasileiro adota o critério Biopsicológico quando há inimputabilidade, portanto conclui-se que a presença dos fatores decorrentes desse critério de forma incontestada no Estado Puerperal, não se pode negar estar o agente do delito de Infanticídio, tendo sua conduta amoldada a conduta de um inimputável, conseqüentemente isentando o mesmo de pena, o que é mais correto, pois lançar uma gestante na “cova dos leões” implantados no precário sistema carcerário brasileiro não seria a melhor medida para cessar sua periculosidade tão somente causada por um estado fisiopsicológico transitório.

105 TELES, Ney Moura. Direito Penal: parte especial, p.169.



## 5. CONCLUSÃO

O Estado Puerperal é um fenômeno de difícil especificação, que não deixa sequelas e pode ser confundido com problemas mentais, o que muitas vezes leva os doutrinadores a negar sua existência, justificando não passar de um distúrbio psíquico pré-existente na parturiente.

O Infanticídio constitui um dos maiores desafios para os médicos legistas, pois se a perícia considerada a “*crucis peritorum*”, ou seja, a cruz do perito, não for realizada logo após o crime, se tornará praticamente impossível saber se a mãe estava ou não sob o Estado Puerperal.

Como é possível perceber, a discussão a cerca da real influencia do Estado Puerperal no Infanticídio talvez não se finde tão cedo, pois há uma tentativa de primeiro punir a genitora, pela frieza do delito, mas por outro lado, existe também o respeito aos distúrbios que podem ocorrer com a mulher diante do parto.

Diante dessas considerações, percebe-se que a simples interpretação do texto legal não traduz a real solução do problema, sendo fundamental aceitar as diversidades individuais, assegurando a intimidade e a identidade do ser humano para que não se torne objeto de ingerências indevidas, fazendo da dignidade da pessoa humana mero objeto de arbítrio e injustiças.

## REFERÊNCIAS

- BLACKMORE E.M, et al. *Obstetric variables associated with bipolar affective puerperal psychosis*. Br J Psychiatry. 2006;188(1):32-6.
- BROCKINGTON I, et al. *Puerperal psychosis, phenomena and diagnosis*. Arch Gen Psychiatry. 1981;38:829.
- CAMACHO, R.S. et al. - *Transtornos psiquiátricos na gestação e no puerpério: classificação, diagnóstico e tratamento*. Rev. Psiq. Clín., 2006; 33 (2); 92-102.
- CHAUDRON L.H, PIES R.W. *The relationship between postpartum psychosis and bipolar disorder: a review*. J Clin Psychiatry. 2003;64(11):1284-92.
- DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. *Medicina legal*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FAVERO, Flaminio. *Medicina Legal: Introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia*. 12ª Ed., Rio de Janeiro: Reunidas, 1991.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro, 1993, editora: Nova Fronteira.
- HERON J, et al. *Early postpartum symptoms in puerperal psychosis*. BJOG. 2008;115(3):348-53.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*. 25ª ed., São Paulo: 1997. pag.178
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*. 25ª ed., São Paulo: Atual, 2003, p.107.
- JESUS, Damásio E., Nelson Hungria. *O concurso de pessoas no crime de infanticídio*. In: [www.damasio.com.br](http://www.damasio.com.br), dez. 2000. Disponível em: <[http://www.damasio.com.br/novo/html/artigos/art\\_54.htm](http://www.damasio.com.br/novo/html/artigos/art_54.htm)>.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.



MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. volume 1. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.90.

NAGER A, et al. *Obstetric complications and postpartum psychosis: a follow-up study of 1.1 milion first-time mothers between 1975 and 2003 in Sweden*. Acta Psychiatr Scand. 2008;117(1):12-9.

NORONHA, Magalhães E. *"Direito Penal "*. São Paulo: Saraiva, 1991, v.2 p. 40 e 41.

PRABHA C.S, GABESAN V, TINKU T. *Infanticide ideas and infanticidal behavior in Indian women with severe postpartum psychiatric disorders*. J Nerv Ment Dis. 2002;90(7):457-61.

RESNICK P.L. *Child murder by parents: a psychiatric review of filicide*. Am J Psychiatry. 1969;126:325-34.

SIT D, ROTHSCHILD A.J, WISNER K.L. *A review of postpartum psychosis*. J Women's Health. 2006;15(4):352-66.

SPINELLI, M.G. - *Maternal infanticide associated with mental illness: prevention and the promise of saved lives*. Am J Psychiatry, 2004; 161 (9): 1548-1557.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte especial*, p.169.

WISNER K, PEINDL K, HANUSA B. *Symptomatology os affective and psychosis illnesses related to childbearing*. J Affective Disord. 1994;30:77-87.

## DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA SÚMULA Nº. 331 DO TST

*Letícia Grassi de Almeida*<sup>106</sup>

*Lourival José de Oliveira*<sup>107</sup>

### RESUMO

O presente trabalho desenvolveu o tema da imputação de responsabilidade à Administração Pública, nos casos de utilização do instituto da terceirização em que o ente estatal figure como tomador dos serviços terceirizados. Ademais, analisou as recentes alterações promovidas pelo Tribunal Superior do Trabalho à Súmula nº. 331, as quais trouxeram importantes consequências à maneira de se responsabilizar o ente público e a garantia dos direitos dos trabalhadores terceirizados. Além disso, demonstrou que as alterações à citada Súmula decorreram do atual posicionamento do Superior Tribunal Federal ao realizar o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade que possuiu como objeto a análise ao §1º, do artigo 71 da Lei de Licitações, o qual isenta a Administração Pública de qualquer responsabilização advinda de encargos trabalhistas. Desse modo, focou a alteração do antigo inciso IV que responsabilizava tanto o tomador particular como o ente público de maneira subsidiária quando houvesse a inadimplência do prestador de serviços terceirizados pelas verbas trabalhistas, bem como o acréscimo do inciso V que estabelece que a Administração Pública só poderá ser responsabilizada subsidiariamente quando ficar comprovado que agiu de forma culposa no seu dever licitatório e fiscalizatório diante da atividade terceirizada. Por fim, demonstrou que o inciso V da Súmula nº. 331 estabeleceu a inversão do ônus da prova, fazendo com que o trabalhador tenha que provar a ação culposa da Administração para que possa ter direito a vê-la responsabilizada subsidiariamente.

133

**PALAVRAS-CHAVE:** administração pública; responsabilidade; súmula; terceirização.

### ABSTRACT

This study addressed the issue of attribution of responsibility to Public Administration, in cases of use of the Institute of outsourcing in which the entity as a state figure maker of outsourced services. In addition, examined the recent changes introduced by the Superior Labor Court to Precedent 331, which brought important consequences to the way you hold the public entity and ensuring the rights of contract workers. Moreover, it showed that changes to the Precedent arose from the current position of the Federal Supreme Court in the trial of the Declaratory Action of Constitutionality, which has as object the analysis of § 1 of article 71 of the Bidding Law, which exempts the Public Administration any liability arising from labor charges. Thus, focused on changing the old item IV that blamed both the private borrower as a subsidiary of Public Administration when there was a default by the provider of outsourced labour funds, as well as the addition of item V which states that the Public Administration only may be secondarily liable when it is proved that acted negligent in their duty to bid and oversee the outsourcing contract. Finally, demonstrated that the item V of Statement no. 331 established the reversal of the burden of proof, so that the worker has to prove the culpable action of the Administration in order to have the right to see it secondarily

106 Acadêmica do 5º ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail para contato: <le\_grassi@hotmail.com>

107 Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); docente do Programa de Mestrado em Direito Negocial e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina; Docente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília; Coordenador do Curso de Direito da FACCAR; advogado. Lourival.oliveira40@hotmail.com



liable.

**KEYWORDS:** public administration; responsibility; precedent; outsourcing.

## SUMÁRIO

**1** SUMÁRIO. **2** Responsabilidade da administração pública E A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST. **3** DOS PREJUÍZOS CAUSADOS AO EMPREGADO DA EMPRESA DE TERCEIRIZAÇÃO. **4** CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo do instituto da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, mais especificamente em relação à utilização deste instituto pela Administração Pública, uma vez que o referido fenômeno desperta, cada vez mais, o interesse de operadores do Direito, empresários, sindicalistas e até mesmo economistas, tendo em vista as mudanças significativas que vem ocorrendo no que se refere à relação de trabalho.

Ademais, convém o estudo da terceirização devido ao fato deste instituto encontra-se presente em quase todos os países e difundido ao redor do mundo que busca, incessantemente, reduzir os custos operacionais para superar a concorrência e alcançar demasiados lucros.

Desse modo, a terceirização é um reflexo da tendência mundial de especialização de tarefas, o que faz com que aspectos empresariais se reestruturem, ficando as empresas apenas com as atividades em que se aprimoraram, deixando para terceiros os serviços em que não são especialistas e os quais não fazem parte de seu objetivo principal. .

134

Nesse contexto, a própria Administração Pública aderiu à prática terceirizante e, por consequência, passou a enfrentar a questão da responsabilização do tomador de serviços terceirizados quando há a inadimplência por parte da empresa prestadora de serviços em relação às verbas trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados.

Sendo assim, este trabalho focaliza a análise de se imputar responsabilidade à Administração Pública, quando esta figura como tomador de serviços terceirizados, uma vez que recentemente ocorreram importantes inovações no posicionamento do Superior Tribunal Federal, advindas do julgamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade do §1º, do artigo 71 da Lei de Licitações.

Em suma, o Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista compatibilizar seu entendimento com o posicionamento atual do STF, promoveu importantes alterações na Súmula nº. 331, as quais modificaram a maneira de se imputar responsabilidade ao ente público.

Entretanto, será que a forma escolhida pelo TST para dar atendimento à recente decisão de constitucionalidade decretada pelo STF se coaduna com o contido no artigo 37, parágrafo 6º da C.F.? E em relação aos princípios norteadores do Direito do Trabalho, em especial, no que se refere à proteção dos créditos trabalhistas?

Medidas, como por exemplo, a edição da Lei nº 12.440, de 07 de julho de 2011, que criou a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), incluindo o inciso IV ao artigo 27 da Lei 8.666/93 será suficiente para resgatar alguma garantia ao trabalhador?



## 2. Responsabilidade da administração pública E A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST

A questão posta em discussão é no sentido de se responsabilizar a outrem que não o real empregador pelos créditos trabalhistas advindos da utilização da terceirização, especificamente quando este for a Administração Pública.

Como se sabe, a temática de se imputar responsabilidade ao tomador de serviços terceirizados encontra-se disposta na Súmula nº. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Faz-se mister destacar que recentemente, mais precisamente no dia 24 de maio de 2011, o TST alterou a redação do texto sumulado em tela, o qual contava com apenas quatro incisos – e não seis incisos como aparece na disposição atual – *in verbis*:

Súmula 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V- Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Importante salientar que a alteração na Súmula supracitada, a qual é a base regulamentadora do instituto da terceirização no Brasil, não ocorreu por acaso e trouxe consequências que merecem uma análise mais aprofundada tanto dos motivos que a impulsionaram, quanto de como isso influenciará a utilização do instituto.

Diante da nova redação da Súmula nº. 331 do TST faz-se possível perceber que a alteração





mais importante ocorreu em relação ao inciso IV, o qual deixou de incluir a Administração Pública como tomador de serviços que possa ser responsabilizado subsidiariamente, ao contrário de sua antiga redação, como se pode ver a seguir:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, **inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista**, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (grifos da autora).

Desse modo, ao analisar a antiga redação do inciso IV da referida Súmula, percebe-se que a responsabilidade subsidiária nos casos de utilização de atividades terceirizadas era prevista também nos casos em que a Administração Pública atuasse como tomador do serviço terceirizado.

Nesse contexto assim explanava Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O quarto item da Súmula prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, **inclusive dos entes da Administração Pública**, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. Esse item foi objeto de alteração pela Resolução nº. 96/2000, do TST, **exatamente para deixar claro que se aplica mesmo que o tomador de serviços seja a Administração Pública.**<sup>108</sup> (grifos da autora).

136

Portanto, era possível afirmar que a empresa prestadora de serviços respondia, inicialmente, pelas verbas decorrentes da relação de emprego; porém, o ente estatal tomador dos serviços terceirizados respondia de forma subsidiária pelas referidas verbas.

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado:

O empregador formal (entidade terceirizante) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias. **Iria responder, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços, na linha já autorizada pela Súmula 331, IV do TST.** Tudo sem afronta à essencial (e democrática) vedação do art. 37, *caput*, II e § 2º, CF/88, e sem negativa de eficácia ao também essencial e democrático princípio isonômico incorporado na Carta de 1988.<sup>109</sup> (grifos da autora).

Ocorre que, o antigo inciso IV da Súmula nº. 331 do TST, ao prever a responsabilidade subsidiária também para as entidades públicas, encontrava-se em posição contrária ao conteúdo disposto no § 1º do artigo 71 da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, mais conhecida como Lei de Licitações, *in verbis*:

A inadimplência do contratado com referência aos encargos

108 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 346.

109 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 432.



trabalhistas, fiscais e comerciais **não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento**, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis. (grifos da autora).

Nesse sentido, comentava Mauricio Godinho Delgado: “Contudo, o texto da Lei de Licitações aparentemente pretendeu excluir tais entidades do vínculo responsabilizatório examinado”.<sup>110</sup>

Com base nesse dispositivo a Administração Pública, por intermédio de seus procuradores judiciais, passou a sustentar perante os tribunais que não possuía responsabilidade subsidiária em relação aos créditos trabalhistas devidos aos empregados da empresa contratada por licitação.<sup>111</sup>

Fundamentando-se na Lei de Licitações, alegavam os procuradores que o § 1º, do artigo 71 da referida Lei estabelece que o ente público contratante não possui qualquer responsabilidade em relação aos encargos dos empregados das empresas terceirizantes.

Neste diapasão, posicionavam-se Márcio Túlio Viana, Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim:

Para os adeptos dessa terceira corrente, o § 1º do art. 71 da Lei nº. 8666/93 isenta a Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, de qualquer responsabilidade trabalhista, em razão da inadimplência do contratado, sob o fundamento de que ela observou as regras da licitação, o que impossibilita que seja posteriormente penalizada por culpa alheia.<sup>112</sup>

137

Diante da controvérsia em que se encontravam as normas contidas no antigo inciso IV da Súmula nº. 331 do TST, o qual estabelecia a responsabilidade subsidiária ao ente público, diante do § 1º do artigo 71 da Lei nº. 8.666/93, o qual isenta a Administração Pública de qualquer responsabilidade trabalhista, o Governador do Distrito Federal ajuizou, em 7 de março de 2007, Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A ADC nº. 16/2007 possuiu como fundamento de seu autor o fato do § 1º, do artigo 71 da Lei de Licitações sofrer ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, por negar vigência ao comando normativo expresso no artigo em comendo, materializado na Súmula 331, responsabilizando subsidiariamente a Administração Pública direta e indireta, nos casos em que atua como tomadora de serviços terceirizados.<sup>113</sup>

Nesse liame, pontua Renato Saraiva: “O objetivo desta ação, sem dúvida, é tornar sem efeito o item IV da Súmula 331 do TST, excluindo a Administração Pública de qualquer responsabilidade pelo adimplemento das obrigações trabalhistas não honradas pela empresa contratada”.<sup>114</sup>

Ocorre que, aos 24 de novembro de 2010 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da supracitada ADC, pronunciou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº. 8.666/93,

110 Ibidem, p. 440.

111 SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho para concursos públicos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 328.

112 VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos Gerais. A Última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, Porto Alegre, n. 40, p.5-35, 2011. p. 23.

113 SARAIVA, op. cit. p. 329.

114 Op. cit. p. 330.



vedando à Justiça do Trabalho a aplicação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública de forma automática, pelo só fato do inadimplemento dos direitos trabalhistas, tal como se extraía da literalidade da antiga redação do inciso IV da Súmula nº. 331 do TST.

A constitucionalidade do dispositivo em tela fora decidida pelo voto da maioria, entretanto, os fundamentos utilizados no julgamento da ADC nº. 16 são claramente identificados nas falas do Ministro Cezar Peluso, deixando claro que ainda restam chances, mesmo que ínfimas, de se imputar responsabilidades a Administração.

Em primeiro plano, analisou-se o disposto no antigo inciso IV da Súmula nº. 331 do TST, e constatou-se que o fato de se atribuir responsabilidade subsidiária ao ente público tomador dos serviços terceirizados, simplesmente pelo fato de ter ocorrido a inadimplência dos direitos dos trabalhadores pela prestadora dos serviços, rejeita aplicação e efetividade ao disposto no § 1º do art. 71 da Lei de Licitações.

Em segundo lugar, passou-se a análise da norma do § 1º do art. 71 da Lei nº. 8.666/93, e fora constatado que o referido dispositivo não viola o texto constitucional e, portanto, deve ser respeitado pela Justiça do Trabalho, o que impede a aplicação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública de forma automática, pela só constatação de inadimplemento dos direitos laborais pela empresa contratada.

Desse modo, a Corte máxima do ordenamento jurídico brasileiro deixou de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo mencionado, sob o argumento de que se o fizesse estaria violando a reserva de plenário materializada no artigo 97 da Constituição Federal, bem como, afrontando a Súmula nº. 10 do STF<sup>115</sup>.

Ademais, o julgamento da ADC concluiu, também, que mesmo o § 1º do art. 71 da Lei de Licitações sendo declarado constitucional, cabe a Administração Pública o dever de licitar e fiscalizar de maneira eficaz a execução do contrato, mesmo em relação às verbas trabalhistas, a fim de que se no caso concreto houver violação desse dever fiscalizatório, faz-se possível imputar a responsabilidade subsidiária à Administração Pública por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.<sup>116</sup>

Nesse sentido, cabe a explanação de Márcio Túlio Viana, Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim:

Em suas manifestações, no curso do julgamento, o Ministro Relator Cezar Peluso, refutando os viéses interpretativos que pretendiam vedar de forma absoluta qualquer atribuição de responsabilidade ao Poder Público, tal como a interpretação literal proposta pela Ministra Cármen Lúcia, tratou de balizar o limite dessa declaração de constitucionalidade numa clara hermenêutica de ponderação, que privilegia a noção expressa no § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, para impedir a imputação ao Poder Público de responsabilidade automática pelo cumprimento das obrigações trabalhistas inadimplidas – eis que esta responsabilidade trabalhista é exclusiva da empresa contratada, empregadora – mas, por outro lado, **reconhecendo que a isenção de responsabilidade proposta pela norma está condicionada por outras normas que impõem à Administração Pública o dever de bem licitar e**

115 STF, Súmula nº. 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte.

116 VIANA, DELGADO, AMORIM, op. cit. p. 24.



**de fiscalizar de forma eficiente o contrato administrativo, inclusive quanto ao inadimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados.**<sup>117</sup> (grifos da autora).

Para o melhor entendimento da posição adotada na ADC pelo Ministro Relator Cezar Peluso, segue um de seus pronunciamentos:

Eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, e se o tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que **o tribunal não pode neste julgamento impedir que a justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração.**<sup>118</sup> (grifos da autora).

Em suma, se presente o nexo causal entre a inadimplência da Administração Pública em fiscalizar eficientemente e a inadimplência trabalhista da empresa contratada, resulta naturalmente configurada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* da Administração, o que possibilita, conseqüentemente, imputar responsabilidade subsidiária pelos encargos sociais inadimplidos ao ente público.

O próprio Ministro Relator Cezar Peluso bem destacou no julgamento da ADC:

[...] a norma é sábia, ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas **a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer**, independentemente da constitucionalidade da lei.<sup>119</sup> (grifos da autora).

139

Dessa forma, pode-se afirmar que apesar da declaração de constitucionalidade da norma contida na Lei de Licitações que veda a imputação de responsabilidades à Administração Pública, resta evidente que o posicionamento dos ministros não afastou totalmente a possibilidade de que por falhas no processo licitatório, bem como fiscalizatório, o ente público possa vir a ser responsabilizado.

Com base no entendimento do STF ao realizar o julgamento da ADC nº. 16/2007, o pleno do Tribunal Superior do Trabalho, no dia 24 de maio de 2011, alterou o enunciado da Súmula nº. 331, com o objetivo de compatibilizar o disposto no texto sumulado com o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, o novo inciso IV da referida Súmula trata apenas da questão responsabilizatória entre particulares, deixando a questão da responsabilidade do Estado perante terceiros que lhe prestam serviços disposta no inciso V, os quais possuem a seguinte redação:

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V- Os entes integrantes da administração pública direta

117 Op. cit. p. 25.

118 Apud, VIANA, DELGADO, AMORIM, op. cit. p. 25.

119 Ibidem, p. 35.



e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, **caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93**, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. **A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas** assumidas pela empresa regularmente contratada. (grifos da autora).

Nota-se, portanto, que o tribunal suprimiu do inciso IV a parte que versava: “inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista” e acrescentou o inciso V a fim de seguir o entendimento do STF, impedindo a responsabilização automática da Administração Pública pelas verbas decorrentes da terceirização.

Em síntese, é possível afirmar que o julgamento da ADC nº. 16 e a posterior alteração da Súmula nº. 331 fazem com que os Tribunais Trabalhistas não possam condenar subsidiariamente a Administração Pública pelo inadimplemento das prestadoras contratadas, utilizando como fundamento a inconstitucionalidade do artigo 71 da Lei 8666/93.

Além disso, a condenação subsidiária da Administração Pública não pode mais ser declarada somente com a simples aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST, o qual tornou-se específico de empresas tomadoras do setor privado, mas deve ser fundamentada na comprovação de elementos que explicitam a ausência ou falha de fiscalização junto à empresa contratada.

140

Diante do exposto, faz-se possível concluir que o TST ao promover as alterações no texto sumulado em tela procurou alinhar-se aos fundamentos do atual entendimento do STF quanto à responsabilização subsidiária do ente público.

### 3. DOS PREJUÍZOS CAUSADOS AO EMPREGADO DA EMPRESA DE TERCEIRIZAÇÃO.

As alterações no tocante à responsabilização do ente estatal, infelizmente, dificultaram a situação do trabalhador terceirizado, uma vez que ficou estabelecida uma inversão no ônus da prova, circunstância que obrigará o empregado a provar a conduta culposa do órgão da Administração Pública, como faz-se possível visualizar diante do novo inciso V da Súmula nº. 331 do TST, *in verbis*:

V- Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, **caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93**, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. **A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas** assumidas pela empresa regularmente contratada (grifos da autora)

De outro vértice, as alterações no modo de responsabilizar o ente público trouxeram nova discussão à seara trabalhista, uma vez que se a Administração atuar culposamente ficará



estabelecida sua responsabilidade subjetiva na fiscalização da prestadora durante a execução de seu contrato de trabalho e no inadimplemento de suas verbas.<sup>120</sup>

Todavia, o §6º do artigo 37 da Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva, ao versar:

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

Ao analisar o dispositivo percebe-se que não há distinção quanto ao tipo de responsabilidade, se civil ou trabalhista, o que faz com que seja utilizado perante qualquer dano, inclusive em se tratando de responsabilidade trabalhista.

Segundo o pensamento de Christian Thelmo Ortiz:

[...] Grosso modo não faz distinção quanto ao tipo de responsabilidade, se civil ou trabalhista. Diz respeito, portanto, a qualquer dano, inclusive a responsabilidade trabalhista. Pior do que isso, este entendimento abre um precedente perigoso contra a própria sobrevivência do inciso IV anterior, bem como também para a perpetuação do instituto da responsabilidade subsidiária<sup>121</sup>.

Desse modo, percebe-se que para uma empresa privada responder subsidiariamente basta o simples fato de haver contratado uma prestadora, sem que haja inversão do ônus da prova; porém, em relação a um ente público da administração direta ou indireta ou sociedade de economia mista, para que possa haver responsabilização subsidiária é preciso que a culpa seja provada, e o pior, prova esta feita pelo empregado terceirizado, de forma capaz e suficiente para demonstrar a ação culposa da administração pública no descumprimento das obrigações contidas na Lei 8.666/93.

De fato, em analisando especificamente a empresa pública e a sociedade de economia mista, resta evidente que passa a ocorrer uma quebra de isonomia vedada pela própria Constituição, tendo em vista a disposição de seu artigo 173, §1º, inciso II, in verbis:

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico **da empresa pública, da sociedade de economia mista** e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

II – **a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.** (grifos da autora).

Assim, percebe-se que o dispositivo supracitado estabelece claramente que as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas. Neste caso em específico não foi o tratamento dado pela Súmula 331 do TST.

120 ORTIZ, Christian Thelmo. Comentários à Alteração do Inciso IV e aos Novos Incisos V e VI, todos da Súmula 331 do TST. Disponível em: <<http://www.dihitt.com.br/barra/comentarios-a-alteracao-do-inciso-iv-e-aos-novos-incisos-v-e-vi-todos-da-sumula-331-do-tst>>. Acesso em: 26 maio 2011.

121 Loc. cit.



Ao analisar o texto constitucional, dificulta-se a sustentação dos fundamentos que diferenciam a responsabilização de forma automática para as empresas privadas, em detrimento de uma necessidade de provar atuação culposa das empresas públicas e das sociedades de economia mista, uma vez que ambas encontram-se no mesmo regime jurídico.<sup>122</sup>

Finalmente, pode-se afirmar que as alterações ocorridas na Súmula nº. 331 do TST, advindas do julgamento da ADC nº. 16/2007 pelo STF não trouxeram maior segurança e proteção aos direitos dos trabalhadores terceirizados, apesar de ainda preservar condições para que a Justiça do Trabalho interprete as normas jurídicas com respeito à justa proporção entre o imperativo de proteção do patrimônio público e o dever estatal de proteção aos direitos fundamentais do trabalhador<sup>123</sup>.

Outra questão que deve ser levada em conta é o desrespeito aos princípios do Direito do Trabalho de proteção ao trabalhador, que se encontram estampados em especial no inciso IV do artigo 1º e nos artigos 170 e 193, todos da Constituição Federal, que em síntese, primam pela valorização do trabalho humano, o que significa que todos os que foram beneficiados pelo trabalho prestado não podem deixar de responder pelo seu pagamento, não importando se o tomador desses serviços é um ente público ou privado.

Os novos requisitos eleitos no inciso V da Súmula 331 do TST, para tornar possível a responsabilização da administração pública em face da terceirização ferem o “vetor constitucional” de proteção ao trabalho humano, razão pela qual as alterações introduzidas na Súmula nº. 331 do TST são inconstitucionais, mesmo diante da declaração da constitucionalidade declarada pelo STF em relação ao artigo 71 da Lei de Licitações. Não pode uma decisão como a tomada pela suprema corte produzir efeitos contrários à proteção do trabalho humano.

142

Na tentativa de evitar maiores malefícios foi aprovada a Lei nº 12.440, de 07 de julho de 2011, que criou a Certidão Negativa de Débitos Trabalhista (CNDT), incluindo nos artigos 27 e 29 da Lei 8.666/93 exigências para a empresa particular estabelecer contratos administrativos com a Administração Pública.

Em relação às exigências supracitadas, o inciso IV do artigo 27 da Lei de Licitações passou a ter a seguinte redação:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

[...]

IV - regularidade fiscal **e trabalhista** (grifos da autora).

Já ao artigo 29 da mesma lei foi acrescentado o inciso V, o qual versa da seguinte forma:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal **e trabalhista**, conforme o caso, consistirá em:

[...]

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº. 452, de 1º de maio de 1943. (grifos da autora).

122 Loc. cit.

123 VIANA, DELGADO, AMORIM, op. cit. p. 35.



A Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas introduzida pela Lei nº. 12.440/2011 e citada na nova redação da Lei de Licitações esta regulamentada no artigo 642-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), *in verbis*:

Art. 642-A. É instituída a **Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT)**, expedida gratuita e eletronicamente, **para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.**

§ 1º O interessado **não obterá a certidão** quando em seu nome constar:

I - o inadimplemento de obrigações estabelecidas em **sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas**, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou

II - o inadimplemento de obrigações decorrentes de **execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.**

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.

§ 3º CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.

§ 4º **O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias**, contado da data de sua emissão (grifos da autora).

143

Sendo assim, faz-se possível perceber que a CNDT é uma tentativa de se minimizar os efeitos advindos da declaração de constitucionalidade do §1º, do artigo 71 da Lei de Licitações pelo STF, bem como da posterior alteração da Súmula nº. 331 do TST que visou compatibilizar o entendimento entre as duas cortes.

Entretanto, ao analisar o corpo do dispositivo em tela, faz-se possível perceber algumas imperfeições na Lei nº. 12.440/11, a qual entrará em vigor no início de 2012, as quais passa-se a expor.

A primeira falha do texto legal em apreço diz respeito a qual seria o órgão competente para emitir a CNDT, uma vez que não fora atribuída a nenhum órgão estatal específico a competência para sua emissão.

Além disso, de acordo com os incisos I e II do §1º do novo artigo 642-A da CLT, para que seja emitida a CNDT é necessário que haja a verificação da condição de regularidade da empresa interessada junto ao Poder Judiciário Trabalhista, ao Ministério Público do Trabalho e a Comissão de Conciliação Prévia.

Ao que se vê, para a emissão de um único documento que porte informações de todas essas instituições será necessário que exista um compartilhamento de informações entre os órgãos supracitados e demais órgãos que porventura possam vir a ser analisados.

Nesse sentido segue notícia veiculada no sítio eletrônico do Conselho Superior da Justiça





do Trabalho, segundo a qual:

[...] o presidente do TST, ministro João Oreste Dalazen, garantiu aos Senadores, quando da votação do projeto de lei, que a instituição ‘tem condições de expedir, em tempo hábil, a certidão de forma eletrônica e gratuita [...] o TST está totalmente aparelhado e capacitado para avaliar a existência de débitos.’<sup>124</sup>

Dentro desse diapasão, o §3º do mesmo dispositivo celetista estabelece que a CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais; o que significa dizer que deverá alcançar todas as unidades da empresa, independentemente do local em que for solicitada sua emissão.

Desse modo, faz-se possível afirmar que a CNDT a ser emitida deverá atestar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho por qualquer um de seus estabelecimentos espalhados pelas diversas unidades da Federação, o que conseqüentemente pressupõe o compartilhamento entre informações que são armazenadas em bancos de dados distintos.

Sendo assim, entende-se que a finalidade da CNDT seja estimular a regularização dos empresários inadimplentes no cumprimento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho, em acordos judiciais trabalhistas, em acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou junto à Comissão de Conciliação Prévia, sob pena de serem inabilitados para contratar com os órgãos e as entidades da Administração Pública.

144

Entretanto, não são todos os empregados de empresas de terceirização inadimplentes que conseguirão se beneficiar com a instituição da CNDT, uma vez que apenas as grandes empresas terão condições de regularizar sua condição de inadimplemento sem repassar a integralidade desse custo para seus preços.

Por outro lado, ao impor a mesma condição para as pequenas empresas, a Lei irá privá-las das contratações públicas, reforçando a dificuldade para a regularização de seus débitos e determinando a manutenção de insolvência perante os trabalhadores.

Nas palavras de Ricardo Alexandre Sampaio:

[...] Com isso, os empregados até então prejudicados pelo inadimplemento dessas obrigações seriam, ainda que indiretamente, os verdadeiros beneficiários das medidas instituídas pela Lei nº 12.440/11. Contudo, parece possível cogitar outra faceta a partir dessa mesma constatação: a princípio, o benefício deve alcançar apenas os empregados das grandes empresas, podendo, inclusive, causar prejuízo aos empregados credores das pequenas empresas inadimplentes.<sup>125</sup>

Assim, a instituição da CNDT pela Lei nº. 12.440/11 não conseguiu fazer com que o empregado da empresa de terceirização que não receber suas verbas trabalhistas devidas consiga ver seus direitos resguardados, uma vez que as novas exigências não conseguiram anular os malefícios advindos das alterações que modificaram a maneira de se responsabilizar

124 FONTENELE, Augusto. Presidente Dilma Rousseff sanciona a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas. Notícias do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Disponível em: <[http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO\\_NOTICIASNOVO.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_area\\_noticia=CSJT&p\\_cod\\_noticia=332](http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=CSJT&p_cod_noticia=332)>. Acesso em: 07 de julho 2011.

125 SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e dúvidas que podem surgir nas licitações. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/?p=1598>> Acesso em: 12 de julho 2011.



o ente público, o que faz com que se tornem pouco efetivas em se tratando de proteção trabalhista.

Portanto, pode-se concluir que as recentes inovações no posicionamento dos tribunais brasileiros a respeito da utilização do instituto da terceirização, em especial à responsabilização da Administração Pública, não visaram em momento algum proteger os princípios constitucionais de proteção ao trabalho, ao contrário, trouxeram muitos prejuízos para o emprego da empresa de terceirização.

Diante disso, pode-se afirmar que a Corte Máxima do ordenamento brasileiro esqueceu-se de analisar a questão da constitucionalidade do artigo 71 da Lei de Licitações de forma a proteger o trabalhador e garantir-lhe o mínimo de segurança jurídica em relação às suas verbas trabalhistas.

Desse modo, percebe-se que o empregado terceirizado que presta serviços ao ente público fora inconstitucionalmente desamparado pelo STF, o que conseqüentemente provocou o desamparo também por parte da própria Justiça Trabalhista, a qual tem o dever de zelar pela proteção ao trabalhador hipossuficiente.

Em suma, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas exigida para que uma empresa de terceirização possa exercer atividades junto ao ente estatal não é medida suficiente para sanar as consequências das alterações proferidas na Súmula nº. 331 do TST, uma vez que primeiro houve a proteção ao patrimônio do ente público, para que somente depois se pensasse na condição de trabalhador do empregado terceirizado.

Contudo, resta evidente que muito embora atual, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal necessita de maiores ponderações a fim de que enfrente a questão da responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores terceirizados sob o enfoque dos direitos fundamentais e da proteção ao trabalhador hipossuficiente, como se é de esperar de uma Corte Constitucional incumbida de zelar pela efetividade da Constituição.

145

#### 4. CONCLUSÃO

A questão da responsabilização do tomador de serviços terceirizados encontrava-se disposta na Súmula nº. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, especificamente em seu inciso IV, o qual previa a responsabilidade subsidiária tanto para o tomador de serviços particular, como para a Administração Pública.

Ocorre que recentemente a Súmula nº. 331 do TST sofreu inovações acerca da temática de se imputar responsabilidade ao ente público nos casos de utilização do instituto da terceirização.

Desse modo, o TST alterou o texto sumulado, suprimindo do inciso IV a parte em que responsabilizava o ente estatal de forma subsidiária, o que faz com o novo inciso IV seja utilizado especificamente para regular a relação entre particulares.

De outro vértice, foi acrescentado à Súmula o inciso V que passa a regulamentar as situações em que a Administração Pública utilize de atividades terceirizadas e venha a ser responsabilizada diante da inadimplência da prestadora de serviços.

A alteração do texto sumulado em tela decorreu do posicionamento adotado pelo STF ao realizar o julgamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade, na qual declarou o § 1º, do artigo 71 da Lei de Licitações constitucional e, conseqüentemente, impediu a Justiça do Trabalho de responsabilizar subsidiariamente o ente público de forma automática, pela simples aplicação da Súmula do TST.



Portanto, o entendimento do STF obriga que o trabalhador terceirizado prove que a entidade estatal agiu culposamente em sua responsabilidade de licitar com empresas idôneas e fiscalizar o cumprimento do contrato de terceirização, inclusive em relação às verbas trabalhistas, para que a Administração Pública possa vir a ser responsabilizada subsidiariamente enquanto tomadora de serviços terceirizados.

Desse modo, o inciso V da Súmula nº. 331 vêm estabelecer a inversão do ônus da prova, fazendo com que o trabalhador tenha que provar a ação culposa da Administração para que possa ter direito a vê-la responsabilizada subsidiariamente, bem como ver seus direitos trabalhistas resguardados.

Além disso, pode-se afirmar que ao se diferenciar a forma de responsabilizar subsidiariamente o tomador de serviços particular da Administração Pública passa a ocorrer a quebra de isonomia estabelecida pelos artigos 37 e 173 da Constituição Federal, uma vez que as empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitam-se ao sistema jurídico próprio das empresas privadas, bem como possuem responsabilidade objetiva em relação aos danos de seus agentes.

Diante das dificuldades causadas ao trabalhador pelas inovações na maneira de se responsabilizar o ente público quando tomador de serviços terceirizados foi aprovada a Lei nº. 12.440/11, a qual instituiu a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, com o intuito de exigir regularidade trabalhista para que uma empresa possa participar de uma licitação com a Administração Pública.

Entretanto, entende-se aqui que a medida não fora suficiente para resguardar os princípios do Direito do Trabalho, em especial a proteção ao próprio trabalhador, o qual não fora lembrado quando do julgamento da ADC nº. 16 pelo STF, bem como pelas alterações na Súmula nº. 331 do TST, que trouxeram sérios malefícios ao empregado da empresa terceirizada que necessita ver suas verbas trabalhistas reconhecidas e não consegue mais responsabilizar a Administração Pública.

Sendo assim, nota-se que as alterações ocorridas no texto sumulado não foram benéficas ao trabalhador de atividades terceirizadas, circunstância esta que merece um maior apreço dos tribunais pátrios, uma vez que faz-se necessário zelar pelos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados, bem como pela proteção ao trabalhador hipossuficiente.

Contudo, trata-se de um instituto atual e dinâmico, o qual merece atenção especial para que não se desvirtue e passe a causar danos ao trabalhador terceirizado, uma vez que o objetivo do Direito, em especial o Direito do Trabalho, encontra-se em defender os direitos fundamentais advindos da relação de trabalho.

## REFERÊNCIAS

- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FONTENELE, Augusto. *Presidente Dilma Rousseff sanciona a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas*. Notícias do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Disponível em: <[http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO\\_NOTICIASNOVO.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_area\\_noticia=CSJT&p\\_cod\\_noticia=332](http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=CSJT&p_cod_noticia=332)>. Acesso em: 07 de julho 2011.
- ORTIZ, Christian Thelmo. *Comentários à Alteração do Inciso IV e aos Novos Incisos V e VI, todos da Súmula 331 do TST*. Disponível em: <<http://www.dihitt.com.br/barra/comentarios-a-alteracao-do-inciso-iv-e-aos-novos-incisos-v-e-vi-todos-da-sumula-331-do-tst>>. Acesso em: 26 de maio 2011.



SAMPAIO, Ricardo Alexandre. *Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e dívidas que podem surgir nas licitações*. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/?p=1598>> Acesso em: 12 de julho 2011.

SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho para concursos públicos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos Gerais. A Última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, Porto Alegre, n. 40, p.5-35, 2011.





## BEM DE FAMÍLIA OFERTADO: PENHORABILIDADE OU IMPENHORABILIDADE?

*Magno Alexandre Silveira Batista*<sup>126</sup>

### RESUMO

O presente trabalho objetivou analisar o instituto do bem de família e a legislação que lhe dá suporte, especialmente a Lei 8.009/90 que trata do bem de família legal. Trata essencialmente da questão da penhorabilidade ou não do bem de família ofertado, ou seja, da indicação em penhora do imóvel residencial da família pelo próprio devedor. Faz uma abordagem doutrinária e jurisprudencial das posições antagônicas sobre a penhora do bem ofertado. Traz a posição dos que sustentam que a penhora deve ser mantida em razão de ser um direito disponível e renunciável. Em contraponto, traz o subsídio dos que defendem a impenhorabilidade do bem ofertado pelo devedor, pois a Lei 8.009/90 é norma de ordem pública e, portanto, irrenunciável.

**PALAVRAS-CHAVE:** bem de família, ofertado, penhora, Lei 8.009/90

### ABSTRACT

The present essay aimed to analyse the institute of homestead and the legal issues that support it, specially towards Law 8.009/90. It focuses, essentially, on the possibility, or not, of attaching a homestead good offered by the debtor, that is, if the debtor can, or can not, offer a homestead good to guarantee a debt. It analyses doctrine and jurisprudence of contradictory positions on the offered good. It brings position of those who affirm that the attachment must be kept because it is considered to be an available and waivable right. It also presents the position of those who sustain that the given homestead good can not be offered by the debtor, claiming that Law 8.009/90 refers to public order, and, as a consequence, to unavailable rights.

**KEYWORDS:** homestead good; attachment; law 8009/90.

### SUMÁRIO

**1** INTRODUÇÃO. **2** DA ORIGEM DO INSTITUTO ATÉ A ATUAL CONCEPÇÃO DE PROTEÇÃO À FAMÍLIA. **3** BEM DE FAMÍLIA LEGAL – LEI 8.009/90. **4** BEM DE FAMÍLIA OFERTADO EM PENHORA. **4.1** Da penhorabilidade do bem de família ofertado. **4.2** Impenhorabilidade do bem de família ofertado. **5** CONCLUSÃO.

### INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira assegura especial proteção à família (art. 226), dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e de consequência atenção à moradia familiar, que no ano 2000 através da Emenda Constitucional nº 26 alçou a moradia ao rol dos direitos sociais (art. 6º).

Apesar da casa ser o asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI, CF), faltava implementar um regra de efetiva proteção, o que somente veio com a Lei 8.009/90, que trata do bem de família legal.

<sup>126</sup> Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina-UEL, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo INBRAPE, Professor de Prática de Processo Civil do Centro Universitário Filadélfia – UniFil, advogado em Londrina-PR.



Em poucos artigos a lei traz a extensão, os limites e exceções do instituto, ampliando o rol de proteção dos bens considerados impenhoráveis pelo Código de Processo Civil, tornando o bem de família, em regra, imune à penhora. É chamado bem de família legal porque não depende de qualquer formalidade para ser instituído, a proteção é automática e decorre da reserva legal.

Os Tribunais na esteira do espírito da Constituição, do Código Civil e da própria Lei 8.009/90 têm estendido a proteção do bem de família às pessoas solteiras, viúvas, divorciadas, que vivem em uniões estáveis (hetero e homoafetivas) e também aquelas que vivem na mesma residência como é o caso de irmãos.

Atualmente não se pode mais admitir que as expressões “imóvel próprio do casal, ou da entidade familiar”, ambas cunhadas do artigo 1º da Lei 8009/90 sejam interpretadas restritivamente. Ao contrário, pois se é fundamento constitucional a proteção da dignidade da pessoa (art. 1º, III) e que todos são iguais perante a lei (art. 5º), aqueles que integrem um organismo familiar, independentemente do nome que se dê, devem indistintamente, receber o abrigo da norma da impenhorabilidade do bem de família.

O Código Civil de 2002 também prevê uma outra modalidade de bem de família, o voluntário ou convencional.

A previsão deste tipo de bem de família está no artigo 1.711, que está ao alcance dos cônjuges ou entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, podendo-se destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse a terça parte do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição.

Na parte final deste dispositivo há expressa menção que ficam mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial previstas em lei especial, que no caso, é a Lei n. 8009/90. Significa dizer que, em tese, há possibilidade que dois imóveis sejam considerados bens de família, um por disposição legal e outro por vontade do instituidor.

150

A exemplo do que acontece com o bem de família legal, aqui a doutrina e jurisprudência também vão no sentido de ampliar o conceito de entidade familiar e reconhecer a proteção às novas configurações, na medida em que o direito deve evoluir junto com os costumes sociais. Essa ampliação da noção de família protege o bem de família da penhora e ficou expressada na Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, a impenhorabilidade do bem de família não é absoluta, posto que a própria lei que a instituiu traz exceções, (incisos I a VII do artigo 3º da Lei 8.009/90) onde o bem pode ser atingido e de consequência destinado ao pagamento de dívidas.

Dentre as exceções, a que gerou maiores debates foi decorrente de fiança concedida em contrato de locação, cuja constitucionalidade foi questionada no STF para tentar fazer prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana frente ao inciso VII do artigo 3º. Apesar de julgamento não unânime, a maioria dos ministros concluiu pela constitucionalidade da norma.

Atualmente outra questão de relevo diz respeito a penhorabilidade ou não do bem de família quando há o seu oferecimento à penhora pelo próprio devedor, o que é chamado neste estudo como bem de família ofertado.

No tocante ao tema do oferecimento voluntário à penhora pelo executado e posterior questionamento, há dois posicionamentos antagônicos.

O primeiro, os que sustentam que a defesa do executado deve ser prontamente rejeitada, mantendo-se a penhora em razão do princípio da boa-fé, que contempla a regra de que



ninguém pode se beneficiar da própria torpeza e da vedação do comportamento contraditório da parte.

O segundo, os que entendem que o bem de família ofertado voluntariamente à penhora no processo de execução continua sendo impenhorável, uma vez que o bem de família legal envolve o direito constitucional à moradia, além de ser protegido por norma de ordem pública e irrenunciável.

O trabalho foi elaborado através do método histórico-dedutivo, com o estudo sobre a origem do bem de família, análise da Lei 8.009/90 que introduziu o instituto do bem de família legal, além de subsídio doutrinário e jurisprudencial sobre a questão da penhorabilidade ou não do único imóvel quando ofertado em penhora pelo próprio devedor.

## 2. DA ORIGEM DO INSTITUTO ATÉ A ATUAL CONCEPÇÃO DE PROTEÇÃO À FAMÍLIA

Em que pese o Direito Romano ter consagrado o princípio da inalienabilidade dos bens componentes do direito familiar, considerados sagrados, o antecedente histórico mais significativo para proteção do bem de família surgiu nos EUA, mais especificamente na República do Texas em 1839, antes mesmo de sua incorporação ao país, ocorrida em 1845. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 388)

Em razão de grave crise econômica que assolou os EUA no início do século XIX o chamado *homestead* surgiu como instituto que permitia a impenhorabilidade da pequena propriedade, sob a condição de ser a residência do devedor. Essa legislação passou então a integrar a legislação de quase todos os estados norte-americanos e posteriormente de outros países. (GONÇALVES, 2007, p. 518)

Na lição de Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 28), a lei do *homestead*, destinava-se a proteger as famílias da então República do Texas, livrando de qualquer execução judicial 50 acres de terra rural ou um lote de terreno na cidade desde que destinados a habitação e cujo valor era até 500 dólares. Abrigava também os móveis e utensílios de cozinha até o limite de 200 dólares, instrumentos agrícolas até 50 dólares, além de livros destinados ao comércio ou profissão, cinco vacas leiteiras ou um cavalo, 20 porcos e todas as provisões para um ano de consumo da família.

Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 593) define o *homestead* como "uma porção de terra pertencente aos chefes de família protegida contra a alienação judicial forçada, por quaisquer débitos contraídos por seu proprietário posteriormente à aquisição da propriedade."

De acordo com Luiz Edson Fachin, o bem de família inicialmente foi tratado no Brasil em 1893, com o nome de 'lar de família'. Foi incluído por emenda de 1912 na Parte Geral do Código Civil, através de 4 artigos. (apud MADALENO, 2011, p. 1000)

Após debates sobre a melhor disposição do instituto dentro do Código que entraria em vigor, houve o seu deslocamento para o Livro II, intitulado 'Dos Bens'. Assim, o bem de família foi introduzido no direito brasileiro pelo Código Civil de 1916, nos artigos 70<sup>127</sup> a 73. O Decreto-Lei n. 3.200/1941 também tratou da matéria em complemento ao CC. Depois vieram a Lei dos Registros Públicos e o Código de Processo Civil no art. 1.218, VI. (GONÇALVES, 2007, p. 519)

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2011, p. 389), esclarecem que essa legislação

127 É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio deste destinado pelos chefes de família ao exclusivo domicílio desta, mediante especialização no Registro Imobiliário, consagrando-lhe uma impenhorabilidade limitada e uma inalienabilidade relativa.





tratava do bem de família voluntário, uma vez que a sua instituição decorre de ato de vontade dos cônjuges ou da entidade familiar.

Com a Lei 8.009, de 29 de março de 1990, nova modalidade de bem de família foi introduzida no ordenamento jurídico. Considerado norma de ordem pública, é o denominado involuntário ou legal e que de acordo com Gagliano e Pamplona filho (2011, p. 389) e Madaleno (2011, p. 1004) independe da iniciativa ou manifestação de vontade dos beneficiados para que se caracterize.

Finalmente sobreveio o Código Civil de 2002, que deslocou o instituto para o Direito de Família, especificamente para o título II referente ao Direito Patrimonial (arts. 1.711 a 1.722), o que contou com a crítica de Inácio de Carvalho Neto (2006, p. 271):

O bem de família, que era tratado nos arts. 70 a 73, foi transferido, indevidamente em nosso modo de ver, para o Livro que trata do Direito de Família. Dizemos “indevidamente” porque, em nosso sentir, o bem de família, em que pese o nome do instituto, é tema atinente à classificação dos bens, estando, assim, melhor colocado na Parte Geral.

Para Rolf Madaleno (2011, p. 1003), o Código Civil de 2002 trata do bem de família voluntário com o propósito de ampliar o objetivo do bem de família legal.

No entanto, merece destaque o fato do atual Código Civil ter disciplinado somente o bem de família voluntário, fazendo somente breve menção ao legal, na parte final do artigo 1.711 quando diz “mantidas as regras sobre impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.”

152

Nesse particular Maria Berenice Dias (2011, p. 599) diz que “O Código Civil injustificadamente regula tão só a constituição voluntária de um bem de família (CC. 1.711 a 1.722).”

O Projeto de Lei de n. 2.285/2007, também chamado de Estatuto das Famílias, propõe abolir o bem de família voluntário ou convencional, valendo transcrever a justificativa apresentada pela Comissão de Sistematização do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (2007):

O Estatuto não mais cuida do chamado bem de família voluntário ou convencional, de escassa utilidade ou utilização na sociedade brasileira, principalmente por suas exigências formais e por gerar oportunidades de fraudes a terceiros. Concluiu-se que a experiência vitoriosa do bem de família legal, introduzido pela Lei n.º 8.009/1990, consulta suficientemente o interesse da família em preservar da impenhorabilidade o imóvel onde reside, sem qualquer necessidade de ato público prévio e com adequada preservação dos interesses dos credores.

No aspecto processual a execução por quantia certa tem por objetivo a expropriação de bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor<sup>128</sup>, sendo que a responsabilidade por dívidas em regra é patrimonial<sup>129</sup>.

Assim, a garantia dos credores é o patrimônio do devedor, sendo certo que aquele

128 Art. 646 CPC. A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591)

129 Art. 591 CPC. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.



que não cumpre determinada obrigação, de fundo contratual ou legal, pode ficar sujeito a penhora de bens quantos bastem para a satisfação da dívida, que serão adjudicados ou vendidos para pagamento ao credor, salvo se o bem penhorado for a sua moradia.

Para Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 18), por mais errada que tenha sido a atitude do devedor no descumprimento da obrigação exequenda, que não se mostra justo, senão em hipóteses específicas, que ele fique numa situação tão precária, a ponto de perder a casa ou apartamento em que mora.

Com o Código Civil de 2002 as regras de direito material romperam com a ótica que imperava na codificação anterior, não comportando mais a análise sob o prisma individual, patrimonialista e conservador, na medida em que o Direito Civil do século XXI é constitucionalizado, com forte carga solidarista e despatrimonializante, em claro reconhecimento à pessoa humana como centro da preocupação do ordenamento jurídico. (GAMA, 2005, p.11-12).

Na lição de Rosa de Andrade Nery, citada por Murilo Rezende dos Santos (2011, p. 354), a dignidade da pessoa humana é atualmente o mais importante princípio constitucional, é o princípio fundamental, o primeiro.

No mesmo sentido é a posição de Flávio Tartuce (2007, p.20):

Ora, muito se tem dito a respeito da dignidade humana como propulsora da tendência de constitucionalização do Direito Civil e da possibilidade de aplicação das normas constitucionais protetivas da pessoa nas relações privadas (eficácia horizontal). Em realidade, parece-nos que um dos modos de especializar essa máxima proteção se dá justamente pela proteção da moradia como ocorre nos casos envolvendo o bem de família ofertado. A amplitude de proteção, para esses casos, é justa, razoável e proporcional, concretizando o Texto Constitucional.

153

Na visão de Rolf Madaleno (2011, p. 1001-1002) a concepção protetiva da família deve focar na prevalência do valor humano sobre o direito de propriedade, sendo certo que o abrigo familiar não pode mais ser visto como reserva de capital e garantia patrimonial, mas deve ser reconhecido em razão de sua finalidade social e da necessidade da preservação da moradia familiar, ou mesmo de uma só pessoa.

### 3. BEM DE FAMÍLIA LEGAL – LEI 8.009/90

O bem de família está no centro de importantes discussões, sendo que o instituto recebe atualmente um duplo amparo legislativo, tanto do Código Civil de 2002 quanto da Lei 8.009/90. (TARTUCE, 2007, p.16),

Em que pese a relevância do tratamento dado pelo Código Civil ao bem de família voluntário, este artigo tratará essencialmente do bem de família legal.

Primeiro, porque diante das formalidades, dos custos e da inalienabilidade como regra, na prática é rara a instituição do bem de família convencional. Segundo, porque o instituto do bem de família legal tem atendido satisfatoriamente aos devedores contra eventuais ataques de credores às suas moradias.

Diverso daquele instituído pelo Código Civil, o bem de família legal é imposto pelo próprio Estado, por norma de ordem pública, em defesa da célula familiar (PEREIRA, 2009,



p. 601). É assim denominado porque a sua instituição independe de qualquer declaração de vontade específica do devedor, sendo de eficácia imediata e independentemente de escritura ou registro no cartório de imóveis para fazer valer a sua proteção.

Nesse passo vale citar trecho do voto da Ministra Denise Arruda do STJ, no Agravo Regimental em Recurso Especial n. 813.546-DF, que na fundamentação trouxe a mensagem do projeto de medida provisória que deu origem à Lei 8.009/90 encaminhada pelo Ministro da Justiça Saulo Ramos ao então Presidente da República Fernando Collor de Melo:

Na legislação atual, a proteção somente se efetiva mediante o registro do imóvel para esse fim, o que não tem sido feito pela maioria das famílias brasileiras quer por desinformação, quer pelas exigências burocráticas dos registros imobiliários.

Propõe-se a proteção ex-lege, independentemente de registro, embora seja este conservado para que a família, em tendo mais do que um imóvel, escolha dentre eles qual a ser submetido à impenhorabilidade.

Com esta proposta moderniza-se o direito civil brasileiro, tornando-se protegido, contra execuções por dívidas, o prédio próprio destinado à residência familiar independentemente do ato voluntário do registro, mas por força de reserva legal. E cuida-se da nova figura constitucional, isto é, da entidade familiar, independentemente do casamento. (E.M. nº 00072, de 08.3.1990) (AgRg no REsp 813.546-DF, Rel do Acórdão Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 10.04.2007).

154

Assim, o bem de família legal foi instituído em 29 de março de 1990 pela Lei 8.009, que já no artigo 1º estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar na cobrança de dívidas de qualquer natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam.

No parágrafo único a regra protege não só o imóvel sobre o qual se assentam a construção, mas também as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e os equipamentos de uso profissional, ou móveis quitados que guarneçam a casa.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2005, p. 797-798) citando Luiz Roberto Sabbato, comentam o instituto:

É o bem por excelência, que impede ao credor o acesso a coisas indispensáveis à vida do devedor. A proteção do bem de família permite a realização prática de proteção de outros bens, denominados extrapatrimoniais, que em feliz síntese poética podem ser assim identificados: [...] ‘Assim, quem perde a casa, o leito, o relógio, o livro, o emprego, o médico, o sangue e o sexo pode, por recursos financeiros, readquirir as coisas perdidas. Mas com o dinheiro não pode readquirir o lar, o sono, o tempo, o saber, o respeito, a saúde, a vida e o amor’

Então com o advento da Lei 8.009/90, o imóvel residencial passa a ser impenhorável por imposição legal e por isso, o artigo 3º da Lei 8.009/90 traz em sua primeira parte que a “impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de qualquer outra natureza”, desde que a dívida seja contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam. (CASSETTARI, 2011, p.90)



Referido artigo deixa claro que a impenhorabilidade não é absoluta e enumera algumas situações em que a proteção ao bem de família não se aplica. Traz nas hipóteses constantes nos incisos I a VII<sup>130</sup> as exceções onde se permite seja possível a penhora do imóvel do casal ou da entidade familiar.

Para Rolf Madaleno (2011, p.1002) a proteção contra a penhora do bem de família legal ampliou o rol dos bens impenhoráveis previstos nos artigos 649 e 650 do Código de Processo Civil e independe da vontade do titular no propósito de salvaguardar a sua moradia familiar.

Esclarece ainda que a Lei 8.099/90 surgiu em um período conturbado economicamente e emergiu na esteira da Constituição de 1988, que conferiu especial proteção à moradia da entidade familiar, que na época era constituída pelo casamento, união estável ou família monoparental (um dos pais e filhos), o que paulatinamente foi sendo ampliado pela jurisprudência ao reconhecerem como igualmente destinatários do bem de família outras pessoas ligadas não exclusivamente pelo sangue, mas pelo afeto.

Na lição de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p.390) o conceito legal de entidade familiar não deve ser rígido a ponto de se coroar injustiças e que não se pode aceitar que uma interpretação restrita do instituto negue o benefício aos membros remanescentes de uma família que acabou se desfazendo ao longo dos anos, impondo-se assim o reconhecimento à proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, oportuno trazer o entendimento esposado por Caio Mário (2009, p. 601): “há que se estendê-la à família substituta nas hipóteses de tutela e guarda judicial concedidas, na forma do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Aliás, esse entendimento mais amplo quanto ao alcance da lei, ficou enunciado pelo STJ na Súmula 364<sup>131</sup> do STJ.

Partindo do entendimento sumulado, Rolf Madaleno (2011, p. 1004) expõe que o bem de família está ligado à proteção da pessoa do devedor, protegendo a residência em função da pessoa e não pela soma de seus componentes. Por isso na concepção moderna de entidade familiar devem ingressar todas as formas de constituição de família: casados, conviventes, parentes, monoparental, separados, divorciados, viúvos, filhos morando sozinhos e casais homoafetivos, pois estes últimos foram reconhecidos como companheiros em decisão pelo STF<sup>132</sup>.

130 Art. 3º, 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 imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI- por ter sido adquirido com produto de crime ou para a execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; VII- por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

131 Súmula n. 364 do STJ: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

132 Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. [...] O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. ‘O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica’, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF. Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem entendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das



Bem antes da edição da referida súmula, o STJ já vinha interpretando a lei 8.009/90 de forma mais abrangente, valendo citar a jurisprudência trazida por Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 391) no REsp 182.223/SP da 6ª Turma.

Resp – Civil - Imóvel – Impenhorabilidade - A Lei n. 8009/90, art. 1º, precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. ‘Data venia’ a Lei n. 8009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário – à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, ‘data venia’, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal. (REsp 182.223/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 19-8-1999, DJ 10-5-1999, p. 234, REPDJ 20-9-1999, p. 90, 6ª Turma).

156

Apesar do artigo 5º da lei dizer que a impenhorabilidade recai sobre o único imóvel que serve para “moradia permanente”, os Tribunais têm entendido que caso o imóvel residencial esteja locado e sendo o aluguel destinado para a manutenção da família, o bem continua tendo amparo legal, portanto, impenhorável.

Nesse sentido:

Processual Civil. Execução por título extrajudicial. Bem de Família. Imóvel locado. Penhora. Jurisprudência do STJ. Impossibilidade. Provimento. I. A orientação predominante nesta Corte é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou utilizar o valor obtido com a locação desse bem como complemento de renda familiar. II. Recurso especial conhecido e provido. REsp 714.515/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 10-11-2009, DJe 7-12-2009, 4ª Turma. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2011, p. 397)

Não obstante o posicionamento de grande parte da doutrina e também da jurisprudência

uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em 07 dez. 2011.



do STJ ser no sentido de alargamento da regra da impenhorabilidade do bem de família, há também posições divergentes quanto a extensão do instituto.

A Lei 11.382/2006, que alterou o CPC no tocante a execução lastreada em título executivo extrajudicial, enquanto projeto, contemplava limitações em relação à impenhorabilidade absoluta do bem de família, admitindo-se a constrição, desde que de valor superior a mil salários mínimos. No entanto, o dispositivo contido no artigo 650, parágrafo único, foi vetado pelo Presidente da República na Mensagem de Veto n. 1047<sup>133</sup>, de 6 de dezembro de 2006.

Mantida a sistemática da Lei 8.009/90, remanesceu uma certa inconformidade com a falta de limites para a impenhorabilidade da residência, uma vez que, de boa ou má-fé o devedor estaria totalmente imune, enquanto que os credor teria que se conformar com a falta irremediável de outros bens a penhorar (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 55).

Luiz Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 258-259), discordam frontalmente da motivação do veto, inclusive taxando-o de inconstitucional, na medida em que o veto presidencial a projeto de lei somente pode ocorrer se a norma afrontar a constituição ou por ser a regra contrária ao interesse público, hipóteses que não se teriam verificado nas razões do veto.

Em conta disso, parece manifesta a inconstitucionalidade do veto presidencial aposto, que merece ser reconhecido, de forma a tornar aplicáveis as regras em questão. Não se alegue, a respeito, que esse controle de constitucionalidade seria inviável na medida em que deveria ter sido feito pelo Legislativo - que poderia rejeitar o veto. Embora coubesse, de fato, ao Legislativo essa providência, isso não exclui a possibilidade de que esse controle seja feito também pelo Poder Judiciário. Outrossim, esse controle tanto pode ocorrer por via direta como por via incidental, de modo que qualquer juiz pode e deve afastar o veto presidencial em questão, admitindo a penhora nos termos dos preceitos aqui tratados. [...] Na verdade, o cancelar a intangibilidade do patrimônio do devedor rico, o Estado abandona o cidadão sem fundamentação constitucional bastante. (ARENHART; MARINONI, 2008, p. 259-260)

157

A esse respeito Alexandre Freitas Câmara (2009, p.282), também externa a sua posição: “É de se lamentar tal veto, que só serve para proteger as camadas mais abastadas da população, que muitas vezes se escondem por trás da impenhorabilidade para não adimplir suas obrigações.”

Para José Miguel Garcia Medina (2008, p.150-151), a execução não pode reduzir o executado a uma situação indigna, mas também não se pode permitir que as regras relativas à impenhorabilidade sejam utilizadas de forma abusiva, devendo haver interpretação teleológica da norma e em atenção aos princípios que norteiam a realização das medidas executivas.

E continua:

Pode-se dizer, sem medo de errar, que o legislador não desejou que o executado utilizasse a Lei 8.008/90 como mecanismo que possibilitasse o inadimplemento de suas obrigações. Por

133 [...] Na mesma linha, o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários mínimos, 'caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade'. Apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a lei 8.009, de 1990, que 'dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família', no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito mediante o veto ao dispositivo. (ARENHART; MARINONI, 2008, p. 259)



isso, pensamos ser possível extrair da Lei 8.009/90 o princípio segundo o qual a impenhorabilidade do bem de família deve ceder sempre que este for o único bem do executado e seu valor não ultrapassar excessivamente aquele que seria condizente com o padrão médio de vida do homem comum. Pensamos que essa solução deve ser aplicada de lege lata, interpretando-se teleologicamente a Lei 8.009/90 e levando-se em consideração os princípios da máxima efetividade – que tutela o exequente – e da menor restrição possível – que tutela o executado. (MEDINA, 2008, p. 150-151)

Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 280), sustenta que a regra é a penhorabilidade dos bens e a impenhorabilidade, a exceção, pois a Lei 8.009/90 não pode ser interpretada sem que se tenha em mente o sistema geral estabelecido pelo Código de Processo Civil, segundo o qual o devedor responde com todos os seus bens, presentes e futuros, ressalvados os casos expressos de impenhorabilidade.

O próprio Superior Tribunal de Justiça por vezes tem relativizado a regra da impenhorabilidade para, em situações especiais, admitir o desmembramento do imóvel, possibilitando a penhora.

É o caso relatado por Plabo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 397) sobre um julgado da Terceira Turma do STJ, que entendeu que a área de lazer da casa não seria protegida da penhora em execução bancária, uma vez que o imóvel era composto por cinco terrenos com metragem total de 2.713,5 m<sup>2</sup>, e que além da casa propriamente dita, a área contemplava, sem separação de muros, piscina, churrasqueira, horta, quadra esportiva e pomar.

158

Em primeira e segunda instâncias a impenhorabilidade foi reconhecida. Para o Tribunal Regional da 4ª Região, o padrão do imóvel não exerceria qualquer influência sobre sua impenhorabilidade, uma vez que a Lei 8.009/90 não faz distinção entre residências grandes ou pequenas, luxuosas ou modestas, exigindo tão somente que apenas sejam utilizadas como moradia permanente da família. O STJ destacou nesse julgado que a lei não tem o propósito de permitir que o devedor se locuplete injustamente do benefício da impenhorabilidade, sendo que tal benefício deve ser temperado, uma vez que no caso em questão, os lotes, embora contíguos, constituiriam imóveis distintos, sendo possível o desmembramento e a penhora.

#### 4. DO BEM DE FAMÍLIA OFERTADO EM PENHORA

Com o advento das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, houve substancial alteração no CPC com relação as execuções de título judicial e extrajudicial. Entre as alterações, destaca-se a que retirou a faculdade do executado em nomear bens à penhora.

A citação que antes era para o devedor pagar ou nomear bens à penhora, com a nova redação do art. 652, *caput*, passou a ser apenas sua convocação para efetuar o pagamento da dívida, em três dias. De outro lado, o atual parágrafo segundo do referido artigo agora faculta ao credor a indicação na petição inicial de bens que pretende sejam penhorados.

Humberto Theodoro Júnior (2007, p.83) expõe que o devedor somente poderá tomar a iniciativa de indicar bens à penhora se o credor não tiver feito antes. No entanto, mesmo que a escolha inicial tenha sido do credor, o devedor não ficará impedido de nela influir e fazer a indicação ou mesmo a substituição.

A situação não muda no caso da execução de título judicial (cumprimento de sentença),



isso porque se o devedor quiser que seja atribuído efeito suspensivo nos embargos à execução (art. 739-A, CPC) ou na impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-J, CPC), além da relevância dos fundamentos e da demonstração do perigo de dano, a execução para pagamento de valor deve obrigatoriamente estar garantida por penhora.

Assim, não obstante o CPC ter alterado as disposições quanto a indicação de bens nas duas formas de execução, agora com preferência ao credor, nada impede que o devedor continue exercendo esse direito, a exemplo do que ainda ocorre nas execuções fiscais, onde a nomeação pelo devedor ainda é regra segundo o art. 8º da Lei 6.830/80.

Questão relevante e que ultimamente tem chegado com frequência aos Tribunais, e em especial ao STJ, diz respeito aos casos de oferecimento à penhora do bem de família pelo devedor e posterior arguição de sua impenhorabilidade.

Sobre o tema há posições antagônicas: os que sustentam a penhorabilidade do bem ofertado e os que defendem a sua impenhorabilidade.

#### 4.1. Da Penhorabilidade do Bem de Família Ofertado

Em princípio não há vedação legal para o oferecimento à penhora do bem de família, ou seja, a lei não proíbe que o devedor em processo de execução indique qual o bem que quer ver penhorado (art. 5º, II, CF).

O argumento inicial está relacionado com a regra que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, corolário da boa-fé subjetiva, (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Como reforço para esse primeiro argumento, surge a tese pela qual se deve dar interpretação restritiva à Lei n. 8.009/1990 (TARTUCE, 2007, p. 19), onde a impenhorabilidade, por ser medida excepcional deve ser interpretá-la restritivamente, enquanto que ampliativamente nas hipóteses que estabelecem a penhorabilidade de bens (CÂMARA 2009, p. 280).

A doutrina registra também como manifestação de boa-fé objetiva as teorias que vedam o comportamento contraditório, entre as quais a mais conhecida é a teoria do *venire contra factum proprium*. Segundo essa teoria, aquele que age de uma maneira não pode, repentinamente, querer mudar a forma de conduta, frustrando a expectativa que gerou na outra parte (SANTOS, 2011, p. 371).

Essa é a base do segundo argumento, isto é, dos que sustentam que a defesa do devedor deve ser rejeitada se houver o oferecimento em penhora do bem de família e posterior insurgência pelo próprio devedor.

Na verdade, o que se espera da outra parte é que aja com boa-fé, pois não foi o propósito do legislador permitir que o pródigo e o devedor contumaz se locupletem, tripudiando sobre seus credores (NEGRÃO; GOLVÊA; BONDIOLI, 2010, p. 1206).

A vedação do comportamento contraditório por manter relação com a boa-fé objetiva, exige que a lealdade seja regra aos participantes do negócio e do processo (TARTUCE, 2007, p.19). Nesse sentido é o que dispõe a regra material do artigo 422<sup>134</sup> do CC e a regra processual do artigo 14 do CPC, especialmente os incisos I e II<sup>135</sup>.

Sobre o tema oportuno trazer o enunciado nº 362 aprovado na IV Jornada de Direito

134 Art. 422 CC. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

135 Art. 14 CPC. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I- expor os fatos em juízo conforme a verdade; II- proceder com lealdade e boa-fé;





Civil<sup>136</sup> promovida em 2006 pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que trata justamente da vedação do comportamento contraditório: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.”

Medina (2008, p. 153) entende que, se o proprietário do bem imóvel tem disponibilidade para alienar, deve ter também para indicá-lo à penhora, pois a regra da impenhorabilidade do bem de família não está acima da que permite a disposição do bem.

Esse posicionamento já foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 249.009-SP:

EMENTA: Execução. Bem de família. Aval. Penhorabilidade. Muito embora seja impenhorável o bem de família, se o executado fez cair o gravame sobre dito imóvel, perdeu, sponte sua, o benefício legal. Recurso Especial não conhecido. (REsp nº 249.009-SP (2000/0015830-5), Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3ª Turma, j em 16.08.2001)

Neste Recurso Especial, em abono a tese da possibilidade de penhora do bem de família ofertado, em voto vista, o Ministro Castro Filho entendeu que houve renúncia ao favor legal, tendo assim se pronunciado:

No que diz respeito à afronta à Lei 8.009/90, de igual forma, tenho que desassiste razão ao recorrente. Com efeito, por essa modalidade de bem-de-família, estabeleceu-se, apenas, sua **impenhorabilidade**, não, sua **indisponibilidade**. Fê-lo o legislador em favor do próprio devedor, mas como não se trata de bem indisponível, nada impede que o beneficiário renuncie ao favor legal. Foi o que ocorreu, no caso, razão pela qual também considero plenamente válida a constrição. (negrito no original)

Em outro julgado o STJ também foi no sentido de manter a penhora sobre bem de família ofertado:

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL E PROCESSUAL CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. NOMEAÇÃO À PENHORA PELO PRÓPRIO DEVEDOR. ILEGITIMIDADE DO CREDOR HIPOTECÁRIO PARA ARGUIR A IMPENHORABILIDADE DO REFERIDO BEM. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

2. O imóvel só prevalece como sendo bem de família em razão da sua destinação especial, ou seja, a proteção da família entendida esta na acepção mais ampla do termo. A partir do momento que o beneficiado ofertou o imóvel como garantia de dívida, presume-se que aquele bem deixou de revestir aquela qualidade especial que antes lhe fora conferida, passando, portanto, à categoria de bem penhorável apto a satisfazer crédito fiscal. Afigura-se descabida, portanto, a alegativa de que o produto de sua arrematação (por ser ‘bem de família’) só poderia servir para pagamento de crédito hipotecário.

136 <http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2016>– acessado em 07.12.2011.

3. Descaracterizada a apontada ofensa aos preceitos dos artigos 471, do Código de Processo Civil e 1º, da Lei 8009/90.

4. Recurso Especial desprovido. (REsp nº 440.974 - PR (2002/0073998-2) Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, j. em 17.12.2002).

Na fundamentação do voto, o Ministro Relator José Delgado expôs sua convicção, valendo transcrever:

A existência de regra jurídica prevendo, abstratamente, a impenhorabilidade de determinada espécie de bem, não o alça à situação definitiva de “inatingível” e “imutável”, posto que tal dispositivo somente se concretiza dentro de uma relação processual (no caso, executória). Nesta oportunidade, dever-se-á observar a possibilidade ou não de tal ônus patrimonial recair sobre a propriedade afiançada ou se existe qualquer restrição legal para afastá-lo.

[...]

Ora, se o próprio executado expressamente nomeia bem que, anteriormente, alegou como de família, descaracterizada fica a destinação especial que lhe emprestava o crivo de impenhorabilidade, passando este a ser penhorável, sendo, portanto, capaz de garantir a satisfação do crédito fiscal, restando descabida a afirmativa de que, por sua natureza, o produto de sua arrematação só poder servir para satisfação do crédito hipotecário.

161

No caso de comportamento contraditório do devedor na execução “é de se avaliar se não é caso de condenar às penas por litigância de má-fé ao executado que indica bem à penhora e, depois, contraditoriamente, alega a nulidade da penhora a que deu causa.” (MEDINA, 2008, p. 153).

O terceiro argumento para amparar a viabilidade de penhora sobre o bem de família ofertado é a possibilidade de renúncia, na medida o imóvel residencial estaria no rol dos direitos pessoais disponíveis.

O STJ por mais de uma vez já reconheceu essa possibilidade:

EMENTA: CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº 8.009, DE 1990. A impenhorabilidade resultante do art. 1º da Lei nº 8.009, de 1990, pode ser objeto de renúncia válida em situações excepcionais; prevalência do princípio da boa-fé objetiva. Recurso especial não conhecido. (REsp nº 554.622 - RS (2003/0084911-0), Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, j. em 17.11.2005).

EMENTA: EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. CONSTANTE DE EDITAL DE PRAÇA. ABDICAÇÃO DO PRIVILÉGIO LEGAL. POSSIBILIDADE.

Apesar de impenhorável o bem de família, a teor da Lei 8.009/90, havendo o devedor concordado com sua penhora, em termo de acordo celebrado com o credor, válido é o



ato de constrição judicial, em razão de ter aquele abdicado do benefício instituído em seu favor. Recurso a que se nega provimento. (AG 159.903–MG, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 16/10/1997).

Em outras palavras, a renúncia à impenhorabilidade trata-se de um justo e legal exercício da autonomia privada pelo devedor quando oferece à excussão seu imóvel, que em princípio estava protegido (TARTUCE 2007, p. 19-20).

#### 4.2. Da Impenhorabilidade do Bem de Família Ofertado

Apesar dos argumentos contrários, prepondera a orientação segundo a qual, ainda que a penhora decorra de indicação do executado é de se manter a impenhorabilidade sobre o bem de família.

Sobre o tema Maria Berenice Dias (2011, p. 598) entende que os valores a serem protegidos pelo bem de família podem ser resumidos na noção de mínimo vital, que visa proteger a dignidade do devedor. Trata-se, de garantir a dignidade do devedor de boa-fé que lutou sua vida inteira para formar patrimônio mínimo, pois todo cidadão tem o direito fundamental à própria vida e, para isso, necessita de um mínimo para a sua subsistência.

Do ponto de vista constitucional, o direito ao bem de família mantém relação com o direito à moradia, previsto no art. 6º da Constituição, um direito social e fundamental. Já sob a ótica civil, Tartuce (2007, p.20) citando Luiz Edson Fachin, diz que esse direito representa o direito à propriedade mínima: o direito ao imóvel próprio como um direito mínimo para o livre desenvolvimento da pessoa, pois é na casa própria que a pessoa humana se concretiza, se aperfeiçoa e se relaciona.

162

Garantir o princípio da dignidade humana do devedor e ao mesmo tempo não frustrar a garantia do credor é o desafio dos Tribunais, que vêm realizando o direito em sua concretude e atribuindo à lei o seu sentido social. (DIAS, 2011, p.598)

E com base nesses preceitos, Tartuce (2007, p. 21-23) expõe os três argumentos contrários para sustentar a tese da impenhorabilidade do bem de família, mesmo aquele voluntariamente indicado à penhora pelo devedor.

O primeiro contra-argumento à alegação de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza é que não se pode atribuir má-fé presumida ao que oferece o seu único bem à penhora. O argumento de torpeza, baseado na boa-fé subjetiva e, por isso, essencialmente privado, não pode prevalecer sobre a proteção do bem de família legal, que envolve ordem pública.

Em que pese alguns julgados em contrário, a jurisprudência assentada no STJ faz prevalecer a proteção legal, ainda que o devedor haja renunciado anteriormente ao privilégio, por se cuidar de norma cogente, contendo princípio de ordem pública.

Negrão, Golvêa e Bondioli (2010, p. 1205) trazem entendimento esposado no STJ<sup>137</sup> que “Não tem validade a renúncia ao benefício da impenhorabilidade do bem de família em cláusula contratual, pela qual o devedor ‘abre mão do favor legal, que, por se cuidar de norma de ordem pública, é sempre preponderante’.

No mesmo sentido:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. BEM DE FAMÍLIA OFERECIDO À

137 STJ – 4ª T., REsp 507.686, Min. Aldir Passarinho Jr., j. 10.02.04, DJU 22.2.04



PENHORA. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO ASSEGURADO PELA LEI. 8.009/90. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indicação do bem de família à penhora não implica em renúncia ao benefício conferido pela Lei 8.009/90, máxime por tratar-se de norma cogente que contém princípio de ordem pública, consoante a jurisprudência assente neste STJ.
2. Dessarte, a indicação do bem à penhora não produz efeito capaz de elidir o benefício assegurado pela Lei 8.009/90. Precedentes: REsp 684.587 - TO, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, DJ de 13 de março de 2005; REsp 242.175 - PR, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Quarta Turma, DJ de 08 de maio de 2000; REsp 205.040 - SP, Relator Ministro EDUARDO RIBEIRO, Terceira Turma, DJ de 15 de abril de 1.999)
3. As exceções à impenhorabilidade devem decorrer de expressa previsão legal.
4. Agravo Regimental provido para dar provimento ao Recurso Especial. (AgRg no REsp nº 813.546-DF (2006/0019218-8), Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, j.10 de abril de 2007).

Da análise desse julgado, permite-se concluir como o fez o Ministro Luiz Fux, que o bem de família não pode ficar sujeito aos azares eventuais de um ou outro responsável pela unidade familiar, visto que a finalidade da lei foi exatamente dar proteção à família ou entidade familiar.

O segundo contra-argumento é que há prevalência do direito à moradia sobre a boa-fé, o que serve para afastar a aplicação da vedação do comportamento contraditório. A partir da aplicação da técnica da ponderação ou pesagem, deve-se entender que a moradia tem prioridade e prevalência sobre a boa-fé objetiva.

163

Aliás, é o que dizem Gagliano e Pamplona Filho (2011, p.401) “Vale advertir, todavia que o STJ tem permitido ao devedor - que tenha indicado bem de família à penhora- ‘voltar atrás’ e invocar, a *posteriori*, a defesa da impenhorabilidade.”

O terceiro contra-argumento, é no sentido de que a renúncia ao bem de família legal é inválida e ineficaz, por constituir um exercício inadmissível da autonomia privada por parte do devedor, de maneira que a renúncia não afasta a possibilidade de se arguir posteriormente a impenhorabilidade do imóvel ofertado (TARTUCE 2007, p.22).

Em outras palavras:

Não renuncia à impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90 o devedor que oferta em penhora o bem de família que possui. Se a proteção do bem visa atender à família, e não apenas ao devedor, deve-se concluir que este não poderá, por ato processual individual e isolado renunciar à proteção outorgada por lei em nome de ordem pública, a toda a entidade familiar (NEGRÃO; GOUVÊA; BONDIOLI, 2010, p. 1206).

Em amparo a essa tese, colaciona-se recente decisão do STJ:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS



DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. SUSCITAÇÃO A DESTEMPO. SÍSSÍDIO ENTRE JULGADOS DA MESMA TURMA. INVIABILIDADE. ALTERAÇÃO NA COMPOSIÇÃO DO COLEGIADO. IRRELEVÂNCIA. BEM DE FAMÍLIA. LEI N. 8009/90. IMPENHORABILIDADE. RENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 168/STJ

[...]

6. A proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada. Incidência da Súmula 168/STJ.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp nº 888654-ES (2007/0212009-6), Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Seção, DJe.18 de março de 2011)

No mesmo sentido:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL INABITADO DEVIDO A DESMORONAMENTO PARCIAL. ÚNICO BEM. RENÚNCIA INCABÍVEL. PROTEÇÃO LEGAL. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. LEI N. 8.009/90.

I. A proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia ao privilégio pela devedora, constituindo princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada, que se tem por viciada ex vi legis.

II. A circunstância de achar-se desocupado o bem, após parcial desmoronamento, não constitui motivo à descaracterização do bem de família, sob pena de se agravar a situação de infortúnio experimentada pela executada, que, segundo a prova colhida, mora “de favor na casa dos pais”.

III. Recurso especial conhecido e provido, para afastar a constrição incidente sobre o imóvel (REsp nº 684.587 - TO (2004/0115869-2), Rel. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j.18 de novembro de 2004).

Portanto, o fato de o devedor ter indicado à penhora a sua moradia familiar, não significa renunciar ao direito assegurado pela Lei 8.009/90, pois a imunidade assegurada ao bem de família legal é irrenunciável, posto que norma de ordem pública e cogente.

## 5. CONCLUSÃO

O bem de família, tal como estabelecido em nosso ordenamento, tem origem no *homestead* americano de meados do século XIX, e está disciplinado na Lei 8.009/90 como bem de família legal e no Código Civil como voluntário.



O instituto surgiu em razão da necessidade de maior proteção legal à família, que sendo a base da sociedade, deve receber especial atenção do Estado.

A norma é protetiva, de ordem pública, de cunho social e tem por finalidade amparar o direito à moradia do devedor e de sua família, assegurando-lhes condições minimamente dignas para a manutenção e sobrevivência da célula familiar.

Apesar da legislação proteger a única residência familiar e considerá-la em regra impenhorável, há questões que ainda suscitam controvérsias, e entre elas a da possibilidade ou não de penhora do bem de família ofertado espontaneamente pelo devedor.

O presente trabalho buscou trazer subsídio doutrinário e jurisprudencial sobre as posições antagônicas sobre o tema.

Para os que sustentam a penhorabilidade do bem ofertado, o entendimento é que a defesa do executado deva ser prontamente rejeitada e mantida a constrição em razão do princípio da boa-fé que deve nortear as relações negociais e processuais. Amparam a possibilidade da penhora sob o argumento que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza e agir contraditoriamente (*venire contra factum proprium*), ou seja, inicialmente se comporta de uma forma (oferece espontaneamente o bem em penhora) para logo adiante se portar de forma antagônica (alega a impenhorabilidade).

Sustentam ainda que nada impede que o beneficiário renuncie ao favor legal, pois a partir do momento que ofertou o imóvel como garantia de dívida, presume-se que o bem deixou de revestir aquela qualidade especial que antes lhe fora conferida, passando, portanto, à categoria de bem penhorável.

Em contraponto, há posicionamento que defende que o bem de família ofertado voluntariamente à penhora no processo de execução, independentemente do comportamento da parte, continua sendo impenhorável.

165

A indicação do bem de família à penhora não implicaria em renúncia ao benefício conferido pela Lei 8.009/90, isso porque trata-se de norma cogente, contendo princípio de ordem pública, portanto, irrenunciável. Esse entendimento é o que ultimamente vem sendo vencedor no STJ.

Assim, salvo melhor juízo, o que deve prevalecer é a interpretação teleológica da Lei 8.009/90, que revela que a norma não se limita ao resguardo do devedor ou de sua família. Na verdade é mais do que isso, pois seu escopo é a proteção de um princípio fundamental, o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e de um direito social, o da moradia (art. 6º CF).

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: com comentário à Lei 8.099/90*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Execução. v.3. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL, Código de processo civil. Organização de Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa. 42. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Execução. Bem de família. Constante de edital de praça. Abdicação do privilégio legal. Possibilidade. AG. n.º 159.903/MG. Rel. Ministro Rel. César Asfor Rocha, 4ª Turma. Brasília, DF, julgado em 16/10/1997. Disponível em: < <http://>



www.stj.jus.br>. Acesso em 07 de dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Execução. Bem de família. Aval. Penhorabilidade. Muito embora seja impenhorável o bem de família, se o executado fez cair o gravame sobre dito imóvel, perdeu, *sponte sua*, o benefício legal. Recurso Especial não conhecido. Recurso Especial n.º 249.009/SP. Recorrente Toshiyuki Maezono. Recorrido: Nossa Caixa- Mosso Banco S/A. Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 3ª Turma. Brasília, DF, julgado em 16/08/2001. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 07 de dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Processual civil. Execução. Embargos. Bem de família. Imóvel inabitado devido a desmoração parcial. Único bem. Renúncia incabível. Proteção legal. Norma de ordem pública. Lei n. 8.009/90. Recurso Especial n.º 684.587/TO. Recorrente Anilce Martin de Oliveira e outros. Recorrido: Nei Coutinho Coelho. Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma. Brasília, DF, julgado em 18/11/2004. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 07 de dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Execução fiscal e processual civil. Bem de família. Nomeação à penhora pelo próprio devedor. Ilegitimidade do credor hipotecário para arguir a impenhorabilidade do referido bem. Recurso desprovido. Recurso Especial n.º 554.622/RS. Recorrente José Eduardo Velozo Mesquita e cônjuge. Recorrido: Julieta Domingas Panno e outros. Rel. Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma. Brasília, DF, julgado em 17/11/2005. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 07 de dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Civil. Bem de família. Lei n.º 8.009, de 1990. Recurso Especial n.º 554.622/RS. Recorrente José Eduardo Velozo Mesquita e cônjuge. Recorrido: Julieta Domingas Panno e outros. Rel. Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma. Brasília, DF, julgado em 17/11/2005. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 07 de dez. 2011.

166

\_\_\_\_\_. Agravo regimental no recurso especial n.813.546. Execução fiscal. Bem de família oferecido à penhora. Renúncia ao benefício assegurado pela Lei 8.009/90. Impossibilidade. AgrRG no Resp n.º 813.546/ DF, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma. Brasília, DF, julgado em 10/04/2007. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 07 de dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Processual civil. Embargos de divergência. Agravo regimental. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão agravada. Súmula n. 182/STJ. Incidente de uniformização de jurisprudência. Suscitação a destempo. Sissídio entre julgados da mesma turma. Inviabilidade. Alteração na composição do colegiado. Irrelevância. Bem de família. Lei n. 8.009/90. Impenhorabilidade. Renúncia. Impossibilidade. Súmula n. 168/STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 888.654/RS. Agravante: Cecília Vianna Zution Badke. Agravado: Antônio Ítalo Hélio Ruas. Rel. Ministro João Otávio de Noronhaler, 2ª Seção. Brasília, DF, julgado em 18/03/2011. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 08 de dez. 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 2. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006.

CASSETARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. v.5. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GAMA, Guilherme Calmón Nogueira da. Concorreência sucessória à luz dos princípios norteadores do código civil de 2002. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, RS,



v.7, n.29, p.11-25, Abr./Maio, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v.6: Direito de família. As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 6: Direito de família. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

IBDEFAM- Instituto brasileiro de direito de família. *Estatuto das famílias*. Belo Horizonte, MG, 2007. Disponível em: <<http://www.ibdefam.org.br>>. Acesso em: 01 de dez. 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Direito de Família* v.5. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

SANTOS, Murilo Rezende dos. *As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional*. In: FACHIM, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações e contratos*, v. 1: Obrigações: Estrutura e Dogmática, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. *A polêmica do bem de família ofertado*. *Revista iob de direito de família*. Síntese, v.9, n 44, p. 15-23, out./nov., 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial: Lei n. 11.382, de 06 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.







## DO ERRO DE DIAGNÓSTICO E APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO ATENDIMENTO HOSPITALAR

*Renato Lovato Neto*<sup>138</sup>

### RESUMO

O artigo visa à explanação de conceitos teóricos e práticos sobre a responsabilidade civil do médico e do hospital quando da ocorrência de erro de diagnóstico, bem como a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em situações desta espécie. Para tanto, busca os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários para a construção de um compêndio útil tanto para o entendimento do fenômeno para fins de estudo como para a proteção do paciente em situações concretas, visto que este constitui parte hipossuficiente nesta relação e carece de máxima tutela, tendo então os benefícios da inversão do ônus da prova, da prescrição dilatada e da responsabilização objetiva do prestador de serviços de saúde, sob a condição de demonstração da culpa do médico. Ainda, o trabalho explora as nuances basilares da teoria da perda de uma chance e a sua aplicação no ordenamento pátrio.

**PALAVRAS-CHAVE:** erro de diagnóstico; erro médico; responsabilidade civil do médico; teoria da perda de uma chance; hospital.

### ABSTRACT

The article is the explanation of theoretical and practical concepts about the responsibility of doctors and hospital when a misdiagnosis occurs, and the application of the Code of Consumer Protection in situations of this kind. Therefore, it seeks jurisprudential and doctrinal understandings to build a useful compendium to the understanding of the phenomenon for study and for the protection of patients in those specific situations, as this is part of a disadvantage in this relationship and requires maximum protection, thus having the benefits of inversion of the onus of proof, dilated prescription and objective responsibility of the health service, under the condition of the demonstration of the doctor's fault. Also, the work explores the nuances of the basic theory of the loss of a chance and the implementation in the national legal order.

**KEYWORDS:** diagnosis error; medical malpractice; torts; theory of loss of a chance; hospital.

### SUMÁRIO

**1** INTRODUÇÃO. **2** Erro de diagnóstico indenizável. **3** Responsabilidade do Hospital e aplicação do Código de Defesa do Consumidor. **3.1** Responsabilidade do Médico. **3.1.1** Médico não atua como profissional liberal no pronto-socorro. **3.2** Relação de Consumo Paciente-Hospital. **3.2.1** Prescindibilidade do fim comercial. **3.2.2** CDC Aplicado a Quaisquer Tipos de Obrigação. **3.3** Inversão do Ônus da Prova. **4** TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. **5** PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO À INDENIZAÇÃO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO. **6** CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

### 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetiva a elucidação de conceitos basilares à compreensão do tema, tais como as noções de médico, hospital e paciente, visto que são estas as partes presentes nas

<sup>138</sup> Aluno do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina.



relações em que ensejam a reparação civil devida por dano oriundo de erro de diagnóstico.

O erro de diagnóstico carece de tratamento legislativo, sendo tão somente uma hipótese previsível no mundo real que pressupõe uma construção doutrinária e jurisprudencial para o correto socorro do paciente vitimado, quer dizer, não há um único dispositivo no ordenamento jurídico pátrio que mencione a situação, o que consiste em uma lacuna estrondosa em face da ocorrência comum de tal modalidade.

O erro de diagnóstico ocorre cada com mais frequência nos hospitais brasileiros, devido ao aumento da carga de trabalhos dos médicos, isto é, com o regime de doze por trinta e seis comum aos trabalhadores dos serviços de saúde, que permite o exercício simultâneo de até três vínculos de emprego com diferentes hospitais. Não configura tarefa complexa compreender os efeitos que exaustivos ambientes de trabalho podem resultar no desempenho da atividade médica e a condição propícia a erros que o estresse proporciona, sendo de fácil constatação as chances de ocorrência de uma análise malsucedida do quadro clínico do indivíduo que busca no médico a solução de sua enfermidade.

A pesquisa, assim, tem a finalidade de expor os liames da relação entre médicos, hospitais e pacientes e a devida aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que permite a tutela especial do paciente, parte hipossuficiente da tríade, que se torna cada vez mais vítima de médicos despreparados e cansados que atendem pacientes de forma massificada e negligente. Além disso, busca servir como uma orientação aos pacientes que são afligidos por tais mazelas e não buscam no Poder Judiciário a necessária reparação dos danos.

O presente artigo visa analisar como ocorre o erro de diagnóstico, como se averigua a responsabilidade civil que dele resulta e o papel do médico e do hospital, o cabimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de serviços médicos, esboçar parâmetros básicos para verificação da extensão do dano decorrente do erro de diagnóstico (seja ele material, estético ou moral), conferir a responsabilidade do médico e do hospital, de acordo com sua conduta, culpa e nexo causal – bem como o vínculo jurídico entre médico e hospital – e a sistemática da “teoria da perda de uma chance” sua aplicação pelo Poder Judiciário pátrio.

170

## 2. ERRO DE DIAGNÓSTICO INDENIZÁVEL

O médico, quando atua, além dos erros na atuação concreta, isto é, no tratamento e em cirurgias, pode cometer **erro de diagnóstico**, sendo que este, em face da sistemática da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, resulta no direito à indenização da vítima. Na realidade, o erro de diagnóstico em si, a princípio, não geraria o direito à indenizável, salvo quando grosseiro.

Miguel Kfoury Neto (2001, p. 81) salienta que o erro de diagnóstico se caracteriza pela “eleição do tratamento inadequado à patologia”, o que resta consolidado no caso, visto que o prestador de serviços sequer designou algum tratamento. Na mesma obra (KFOURI NETO, 2001, p. 81), disserta que:

A questão deverá ser deslindada pela regra geral: se, naquelas circunstâncias, com os meios de que dispunha, o profissional não se desviou crassamente da conduta prevista para aquele caso, inexistirá culpa – e, por conseguinte, estará arredado o dever de indenizar.

O contrário ocorrerá, por óbvio, se o médico não utilizou todos os recursos à sua disposição, para elevar o grau de certeza diagnóstica.



Na medida em que diagnóstico seria um juízo acerca do estado de saúde do paciente, o médico, ao exercê-lo, chega a uma conclusão totalmente falha, causando o sofrimento indevido.

Ora, nos termos do artigo 927 do Código Civil (CC), quem causa dano a outrem via ato ilícito fica obrigado a repará-lo e, sendo que o médico que diagnostica erroneamente o paciente pode fazê-lo por culpa (imperícia, negligência ou imprudência) ou dolo, cometendo ato ilícito e causando-lhes prejuízos – artigo 186 do CC.

Gonçalves (2007, p. 405) disserta que:

(...) se tem afirmado que o erro de diagnóstico, que consiste na determinação da doença do paciente e de suas causas, não gera responsabilidade, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica e não lhe tenha acarretado danos. Porém, diante do avanço médico-tecnológico de hoje, (...) maior rigor deve existir na análise da responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacaram o verdadeiro mal e o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócuo e teve a sua situação agravada, principalmente se se verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu cliente a esses exames e não o fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso.

Importa destacar trecho da obra supra citada do Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná, Desembargador Miguel Kfoury Neto (2001, p. 83), onde reflete que “o médico, portanto, que não revela o cuidado exigível na conduta diagnóstica em responsabilidade civil”.

171

### 3. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL E APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O hospital aonde o médico exerce a sua profissão consiste em uma fornecedora de serviço, como prescreve o artigo 3º, *caput* e §2º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), na medida em que é uma pessoa jurídica privada ou pública, nacional ou estrangeira, que desenvolve atividade de prestação de serviços (atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração). Assim sendo, pode-se concluir pela adequação da aplicação do CDC em casos de erro de diagnóstico, o que permite a interpretação da relação entre médico, paciente e hospital pelos princípios do direito consumerista.

O paciente, por sua vez, está na posição de consumidor, nos termos do art. 2º do CDC, como pessoa natural que utiliza serviços.

Portanto, com a aplicação do CDC no caso concreto, cabe a imposição do artigo 14 do referido diploma, segundo o qual ocorre a responsabilidade do hospital pelo *fato do serviço*, na prestação do serviço, prescindindo da averiguação de culpa em sua conduta ou do seu empregado, ou seja, *a responsabilidade do nosocômio é objetiva*, consolidada no *caput* e no §3º - de onde se conclui que, se há vínculo entre médico e hospital, cabe a demanda de reparação apenas contra o estabelecimento com a prova da existência do dano, sendo que o hospital deve provar alguma das causas de excludente de responsabilidade do artigo 14, §3º.

O artigo 20, §2º, do CDC, prevê que o fornecedor de serviços responde pelo *vício de qualidade* destes, sendo “impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”. O serviço prestado pelo hospital em casos de erro de diagnóstico para



absolutamente inadequado para a consecução do fim proposto, qual seja, a concretização da sanidade do paciente, com o apontamento do meio de tratamento próprio para a cura da lesão que a afligia, incumbindo ao hospital e ao médico o dever de reparar o dano.

A interpretação da relação entre as partes mediante a ótica do CDC permite a aplicação de alguns princípios e direitos materializados nesta lei, tais como a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, inc. I), tendo ainda o consumidor alguns direitos básicos previstos no art. 6º, como proteção da vida e saúde (inc. I), efetiva prevenção e reparação de danos (VI), acesso à justiça (VII) e inversão do ônus da prova (VIII).

A leitura do dispositivo supra viabiliza a extração de algumas ponderações quanto aos direitos do paciente vitimado. Primeiramente, um princípio básico do CDC figura plenamente desrespeitado em situações de erro médico, quando do comprometimento da saúde e capacidade laboral através do diagnóstico errado do profissional e da prestadora de serviços de saúde, obrigando a paciente a viver dias em situação infeliz que poderia ser evitado.

Em segundo momento, constatado o erro de diagnóstico e o resultado dano moral, cabe o requerimento ao Poder Judiciário de reparação deste dano de forma efetiva, sendo esta apreciação pelo Judiciário também direito fundamental objetivado na Constituição Federal (CF/88), no artigo 5º, inciso XXXV.

Por fim, cabe, sob o poder discricionário do Magistrado, a determinação da *inversão do ônus da prova*, na medida em que o paciente se mostra parte hipossuficiente em face da grandiosidade que um hospital se demonstra em relação aos seus pacientes, bem como, se presente, a verossimilhança dos fatos alegados pela vítima.

Nada mais a acrescentar quanto à aplicação do CDC nas relações entre hospitais e pacientes, observa-se que a jurisprudência é unânime nesta questão, como se pode aferir de ementa do STJ:

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2) HOSPITAL - RESPONSABILIDADE - CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL; 3) MÉDICO - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO - CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ.

1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.

2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu

corpo clínico no atendimento.

3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. art. 6º, VIII).

4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).

5.- Recurso Especial do hospital improvido.

(REsp 696.284/RJ, Relator Sidnei Beneti, TERCEIRA TURMA, DJe

18/12/ 2009).

Maria Helena Diniz (2008, p. 300 – 301) destaca que o contrato médico – que nasce quando o médico atende a um chamado e que cria a obrigação de meio – contém, implicitamente, o dever de cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina, sendo responsabilizado se não der assistência ao seu cliente.

### 3.1. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

A responsabilidade do hospital, assim, é objetiva, enquanto a do médico causador do dano é subjetiva, devendo ser demonstrada a sua culpa, conforme o artigo 14, §4º, do CDC.

Quanto a esta responsabilidade médica, o Código de Ética Médica traz em seu bojo a proteção do paciente contra atos ilícitos dos médicos, como no art. 1º do Capítulo III, que trata da responsabilidade do médico:

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Ainda, o artigo 27 do Capítulo IV, do Código de Ética Médica, que diz respeito aos direitos humanos, proíbe o médico de desrespeitar a integridade física dos pacientes, como ocorre com o paciente lesionado.

#### 3.1.1. MÉDICO NÃO ATUA COMO PROFISSIONAL LIBERAL NO PRONTO-SOCORRO

Os médicos que exercem a profissão dentro de hospital não podem ser colocados como sem nenhum vínculo jurídico com a instituição, na medida em que se apresentam, pelo menos ao paciente, como atuando em seu nome – muitas vezes, por exemplo, vestindo jalecos com o nome e logomarca da instituição e emitindo receitas e demais documentos em papel timbrado do estabelecimento.

Quer dizer, há no mínimo uma aparência de vinculação ao hospital aos olhos do paciente, que não busca, no caso do pronto-socorro, o serviço de um médico específico, mas sim



o atendimento que a pessoa jurídica oferece, independente do sujeito que irá atendê-lo – e desresponsabilizar o hospital seria contrário ao bom senso e exigiria que o paciente, no momento de angústia e sofrimento quando se encaminha a um hospital, averiguasse se aquele profissional é ou não empregado da instituição, para ter certeza da responsabilidade do fornecedor de serviços.

Outrossim, um médico que exerce a clínica geral em um hospital não tem autonomia, pois segue horários (de plantão, por exemplo), atende os pacientes que lhe são encaminhados pela recepção, atua com o jaleco do hospital, recebe ordens de seus superiores, oferece sua mão-de-obra de forma não eventual (constante) em troca de alguma remuneração, o que caracterizaria o vínculo de emprego, com a configuração dos requisitos da subordinação, pessoalidade, permanência e onerosidade.

Na realidade, nem é necessária a relação de emprego, pois o artigo 932, inciso III, do CC é claro em firmar que a instituição é responsável pela reparação civil ocasionada pela conduta de seus “empregados, serviçais e prepostos”, enquadrando-se os subordinados – ao menos os sem vínculo de emprego no sentido estrito do Direito do Trabalho – na categoria de prepostos.

A única hipótese de desresponsabilização do hospital pelos atos do médico seria quando este apenas utiliza as instalações hospitalares, quando usufrui destas para, por exemplo, realizar uma intervenção cirúrgica, quando então realmente não há nenhum vínculo entre ele e o hospital.

Todavia, não é esta a situação nas ocasiões de atendimentos feitos, por exemplo, via pronto-socorro, quando o médico atua em nome do hospital e assim se apresenta ao paciente. Por estes motivos, não há como considerar que o médico atue como profissional liberal (quando não for meramente a utilização das instalações do hospital para internação, cirurgia, etc.) e seja o único responsável pela reparação do dano em erro de diagnóstico, sendo este entendimento assentado no STJ, que, mesmo em caso do médico apenas pertencer ao corpo clínico:

174

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO, POR MÉDICO INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL; 2) CULPA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - 3) TEORIA DA PERDA DA CHANCE - 4) IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO DA PROVA PELO STJ - SÚMULA 7/STJ

1.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.

2.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da Teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).

3.- Recurso Especial do hospital improvido.

(STJ, REsp 1184128 / MS, Relator Ministro Sidnei Beneti,



Terceira Turma, DJe 01/07/2010)

Ora, o atendimento prestado no ponto-socorro, por exemplo, não tem a mesma natureza do proporcionado pelo profissional liberal que, para efetuar um procedimento cirúrgico em paciente que atende (seja dentro ou fora do hospital), utiliza, mediante contrato com o fornecedor de serviços hospitalares, a infra-estrutura – sala de cirurgia, enfermeiros, apartamentos e enfermaria, entre outros – disponível a ele e outros profissionais do ramo para a realização de intervenções do gênero.

O hospital tem responsabilidade *in eligendo e in vigilando* quanto aos profissionais que atuam dentro de suas dependências, na medida em que escolhe quem atenderá o indivíduo e assim atribui a ele a função de desempenhar o atendimento médico com maestria, bem como deve fiscalizar a atuação dos membros do corpo clínico que atuam como seus empregados ou prepostos. Cabe ressaltar que o paciente, no momento da chegada ao hospital, não contrata diretamente com o médico, mas sim com o primeiro.

### 3.2. RELAÇÃO DE CONSUMO PACIENTE-HOSPITAL

#### 3.2.1. PRESCINDIBILIDADE DO FIM COMERCIAL

A constatação de uma relação de consumo prescinde do objetivo comercial, quer dizer, o fornecedor de serviços não precisa ter finalidade lucrativa no desenvolvimento de suas atividade. Ora, não existe previsão legal deste requisito, sendo impertinente considerá-lo como elemento para desconstituir uma relação de consumo.

Além disso, o fato da pessoa jurídica prestadora de serviços de saúde se enquadrar como entidade sem fins lucrativos não retira a possibilidade da atividade exercida gerar lucro, mas apenas resulta na vedação de divisão do lucro entre os sócios, quer dizer, a ausência de finalidade comercial *não inibe o resultado lucro* na prestação de serviços, o que nada altera a relação de consumo entre o paciente e o Hospital.

Não é necessário o objetivo comercial, em face da interpretação do CDC, para a constituição da relação de consumo. Aliás, nem mesmo a remuneração surge como condição para existência da relação consumerista, devendo apenas a pessoa jurídica fornecer os serviços e o consumidor utilizar o serviço como destinatário final.

Quanto aos serviços prestados via DPVAT, SAS ou SUS, embora sejam gratuitos ao consumidor, o Estado arca com os custos, quer dizer, a pessoa jurídica hospital não banca os gastos com a prestação dos serviços ofertados, existindo, assim, a remuneração (artigo 3º, §2º, CDC) – não servindo como causa de afastamento do CDC o argumento da gratuidade ao paciente como elemento desconstituidor da relação do consumo, pois o paciente não deixa de ser destinatária final na utilização do serviço e o hospital recebe pelos serviços oferecidos.

Claudia Lima Marques (em *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª edição, 2006, p. 114) relata que a expressão “mediante remuneração” empregada pelo artigo 3º do CDC consiste em:

(...) uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) (...). A expressão “remuneração” permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo.





Rizzatto Nunes (2009, p.123) coloca, ao comentar sobre a ausência de pagamento direto pelo consumidor ao fornecedor de serviços, que:

Antes de mais nada, consigne-se que praticamente **nada é gratuito no mercado de consumo**. Tudo tem, na pior das hipóteses, um custo, e este acaba, direta ou indiretamente, sendo repassado ao consumidor. (...) Logo, quando a lei fala em “remuneração” não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. **Deve-se entender o aspecto “remuneração” no sentido estrito de absolutamente qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto.** (...) Para estar diante de um serviço prestado sem remuneração, será necessário que, de fato, o prestador do serviço não tenha, de maneira alguma, se ressarcido de seus custos, ou que, em função da natureza da prestação do serviço, não tenha cobrado o preço. (...) Por isso é que se pode e se deve classificar remuneração como repasse de custos direta ou indiretamente cobrados. No que respeita à cobrança indireta, inclusive, destaque-se que ela pode nem estar ligada ao consumidor beneficiário da suposta “gratuidade”. (...) Assim, estão compreendidos na ampla regulação da lei consumerista os serviços públicos, sem ressalvas. (...) Não é porque algum tipo de serviço público não esteja sendo pago diretamente – ou sequer esteja sendo cobrado – que está abrangido pelas regras do CDC. (...). **Nenhum serviço público pode ser considerado efetivamente gratuito, já que todos são criados, mantido e oferecidos a partir da receita advinda da arrecadação dos tributos. Há os serviços públicos que são cobrados, mas, ainda que não o sejam, repita-se, são serviços típicos da relação de consumo que se instaura com o cidadão-consumidor. (grifo nosso)**

176

### 3.2.2. CDC APLICADO A QUAISQUER TIPOS DE OBRIGAÇÃO

O CDC pode ser aplicado a qualquer tipo de relação de serviços, o que configura de elementar importância ao constatar que as obrigações por serviços médicos em geral são **de meio** (salvo casos específicos como cirurgia plástica). Na realidade, o referido diploma pode ser aplicado a obrigações de meio e de resultado.

Todavia, não é a qualidade da obrigação (de meio ou de resultado) que viabiliza a aplicação do CDC, pois, em caso de obrigação médica como de meio, não é o resultado discrepante do esperado que enseja a reparação civil, mas sim o dano que poderia ter sido evitado se o médico tomasse as diligências exigidas pela situação concreta.

Com relação à aferição da responsabilidade do profissional quando o objetivo constitui uma obrigação de meio, Roberto Senise Lisboa (2001, p.253) coloca que:

*Obrigação de meio* é aquela que deve ser cumprida pelo devedor (no caso, o profissional liberal fornecedor) com toda a prudência e diligência, submetendo-se o credor (no caso, o consumidor) ao risco de não obter o resultado desejado. **A prudência e a diligência que se exige do profissional liberal deve ser aferida de acordo com o critério da razoabilidade, verificando-se se a conduta adotada pelo fornecedor foi**



**aquela que ordinariamente se esperaria que uma pessoa, com o conhecimento técnico dele, tomara em determinada situação.** O grau de diligência do fornecedor é elemento essencial para que o resultado colimado pelo consumidor seja atingido. Porém, o resultado é elemento estranho à obrigação de meio, gerando-se para o profissional liberal, neste caso, a irresponsabilidade pela frustração da expectativa do consumidor. **A obrigação de meio proporciona ao consumidor a assunção de uma *alea*, de vez que ele pode exigir tão-somente o exercício da atividade do fornecedor, de forma prudente e diligente,** submetendo-se ao resultado futuro, ainda que ele não lhe seja favorável. **(grifo nosso)**

Rizzato Nunes (2009, p. 226) traz uma interessante ponderação sobre o ato de diagnóstico dos profissionais de saúde e sobre a real natureza desta obrigação quando o paciente se dirige a ele, entendendo que seria, na verdade, uma obrigação de resultado, enquanto o efetivo tratamento da moléstia seria uma atividade meio:

Todavia, pergunta-se: é mesmo fato que o profissional liberal não desenvolve atividade-fim? Não haverá certos serviços oferecidos e executados pelos profissionais liberais que são, em si, atividade-fim e não de meio?

A resposta é sim, há.

Alguns serviços profissionais são de fim, exatamente porque:

- a) pressupõem a capacitação profissional do prestador do serviço;
- b) não dependem de nenhuma outra circunstância – como acontece na atividade-meio, conforme visto acima – a não ser da própria habilitação profissional do prestador do serviço.

Assim, por exemplo, **se um dentista examina a radiografia que acaba de tirar da arcada dentária de seu cliente e diagnostica** que o dente tem de ser extraído, por problema insolúvel lá existente, e resolve extraí-lo, e, depois, verifica-se por exame correto feito por outro dentista que o dente não deveria ter sido extraído, trata-se de defeito da prestação do serviço, que é tipicamente de fim e não de meio. O serviço-fim foi o exame da radiografia e a decisão de extração do dente. É muito diferente do dentista que corretamente diagnostica pelo **exame da radiografia** que tem de extrair o dente – **atividade-fim** – e, depois, o cliente acaba tendo complicações na gengiva no local do dente extraído (atividade-meio, cujo resultado não dava para assegurar). **(grifo nosso)**

Sendo a citação retro perfeitamente aplicável quanto ao diagnóstico de um médico, se afere que este ato pode ser interpretado como atividade-fim e uma obrigação de resultado, que vincula o profissional a encontrar o mal que aflige o paciente e não a cura propriamente dita, com o emprego de todos os meios a sua disposição. Uma vez efetivado o diagnóstico mal realizado, este defeito acarreta todo o tratamento que é erroneamente ministrado e sujeita o paciente a uma dor que não precisaria suportar.

### 3.3. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Cabe reiterar que, quando o paciente se encontra prejudicado por responsabilidade de hospital, deve ser requerida a determinação da **inversão do ônus da prova**, sob o poder discricionário do Magistrado, porque a vítima é parte hipossuficiente, nos termos do art. 6º, inciso VIII, CDC.

O aludido dispositivo consiste em mecanismo para evitar a desigualdade no processo quando se trata de relação de consumo, com o fim de mitigar a previsão do artigo 333, inciso I, do CPC, quer dizer, busca-se que o médico e o hospital provem a inexistência de erro médico no caso e a não ocorrência de qualquer culpa do profissional médico ao invés de deixar ao encargo do paciente a prova do fato, sendo esta parte com muito menos recursos à disposição.

Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 391) encerra a questão:

Por outro lado, não se olvide que o médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. A hipossuficiência de que ali fala o Código não é apenas econômica, mas também técnica, de sorte que, se o consumidor não tiver condições econômicas ou técnicas para produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a seu favor (...).

178

### 4. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Importa salientar outra vertente da responsabilidade civil quando se trata de erro médico em sua modalidade erro de diagnóstico, qual seja, a responsabilidade oriunda da perda de uma chance. Esta teoria consiste em uma criação jurisprudencial francesa da década de 1960, com o nome de *“perte d’une chance”*, aplicável ao médico que emana diagnóstico equivocado, e se materializa pela situação em que o médico, por não ter utilizado todos os meios de investigação e tratamento a sua disposição a um paciente, suprimiu uma chance do paciente se recuperar total ou até mesmo parcialmente de determinada moléstia.

A reparação na perda de uma chance não decorre do efetivo dano, mas da chance real e séria de ganho ou de inibição de um dano, e a partir dela a demonstração do nexo de causalidade – aqui já percorrido e demonstrado – entre a culpa do médico e o dano, visto que a culpa já se revela pelo fato do profissional ter suprimido a chance de cura do paciente, devendo a oportunidade perdida ter potência para comprometer a integridade física do paciente.

Neste sentido, Miguel Kfoury Neto (2002, p. 99) reflete que “a jurisprudência tem considerado que o erro de diagnóstico, que determina tratamento inadequado, acarreta a perda de uma chance de cura (...) isso daria ao paciente direito a obter reparação, nos limites dessa chance perdida”.

Ainda, perda de uma chance não se confunde com lucro cessante, que consiste em prejuízo futuro fruto de determinado dano e que se consolida como prejuízo patrimonial ao lesado.

Com estas considerações, pode se concluir que cabível é a indenização pela perda de uma chance derivada do erro de diagnóstico. Esta teoria vem sendo aplicada pelo STJ:



RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO, POR MÉDICO INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL; 2) CULPA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - 3) TEORIA DA PERDA DA CHANCE - 4) IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO DA PROVA PELO STJ - SÚMULA 7/STJ

(...)

(STJ, REsp 1184128 / MS, Terceira Turma, Relator Ministro SIDNEI BENETI, Data da Publicação/Fonte DJe 01/07/2010)

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2008, p. 303), aponta que o médico não pode ultrapassar os limites contratuais, devendo responder pelos danos que causar se:

(...) agiu negligentemente (...) ou imprudentemente no exercício da profissão, cometendo erro profissional ou de técnica (...). **Responderá também pela perda da chance de vida e integridade psicofísica** do paciente se por culpa sua as comprometeu, limitando as possibilidades de cura; embora a ação culposa do médico não tenha causado diretamente o dano. (**grifo nosso**)

## 5. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO À INDENIZAÇÃO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO

179

O CC, em seus artigos 186 e 206, §3º, inciso V, determina que, violado o direito, nasce ao titular à pretensão a reparação, que se extingue pela prescrição no prazo de *três anos*, se autorizada a aplicação do CDC em erro de diagnóstico pela prestação do serviço hospitalar, o prazo passa a ser de *cinco anos* para buscar a reparação pelos danos causados por fato do serviço (art. 14 do código consumerista), como prevê o artigo 27 da Lei nº 8.078/1990.

Ainda, o prazo, seja de três ou cinco anos, apenas começa a fluir a partir da data de conhecimento do dano, isto é, somente começa a correr a partir do momento em que a vítima tem ciência do erro médico.

O termo inicial da fluência do prazo prescricional não seria então a data da conduta médica. Ora, o prazo, em caso de erro médico, não pode ter sua contagem realizada a partir do momento do evento danoso, pois muitas vezes o paciente não tem conhecimento da extensão do dano, quando então não se pode pretender que ele ajuíze uma demanda pleiteando a reparação civil deste dano.

O STJ firmou o entendimento de que o termo *a quo* da prescrição em caso de erro médico consiste na data da ciência do próprio erro médico e da extensão do dano ocasionado por este:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CONHECIMENTO DA LESÃO POSTERIORMENTE AO FATO LESIVO. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. DATA DA CIÊNCIA.

1. Ignorando a parte que em seu corpo foram deixados instrumentos utilizados em procedimento cirúrgico, a lesão



ao direito subjetivo é desconhecida e não há como a pretensão ser demandada em juízo.

2. O termo a quo do prazo prescricional é a data em que o lesado tomou conhecimento da existência do corpo estranho deixado no seu abdome.

3. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(STJ, REsp Nº 1.020.801 - SP 2007/0310759-9, Relator Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe: 03/05/2011)

## 6. CONCLUSÃO

Importa ressaltar que o profissional médico tem responsabilidade pelas consequências de sua conduta e, além dos erros médicos oriundos de tratamentos das moléstias, ainda há o erro de diagnóstico, que acontece no contato preliminar com o paciente, antes mesmo do início dos procedimentos de cura. Na realidade, o erro de diagnóstico consiste em um juízo acerca do quadro clínico de quem ele trata, ministrando um tratamento errôneo para o caso e, se isso causar danos à vítima, devem ser indenizados, à luz dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

A situação em que um médico atua dentro de um hospital e em nome dele se figura deveras peculiar, pois o primeiro exerce sua profissão sob a gerência de uma prestadora de serviços, bem como os pacientes se caracterizam como consumidores dos serviços oferecidos, o que viabiliza absolutamente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nestas hipóteses – criando benefícios e privilégios à parte hipossuficiente, qual seja, o paciente.

180

A aplicação do CDC permite a aferição da responsabilidade objetiva do hospital por fato do serviço quando o médico parte de seu corpo clínico comete erro de diagnóstico, enquanto este deve ter a sua responsabilidade apreciada de forma subjetiva e deve ser provada a sua culpa. Todavia, o juiz tem o poder discricionário de determinar a inversão do ônus da prova em face da hipossuficiência do paciente, quando então o médico deverá provar que não cometeu o erro de diagnóstico.

A comprovação de existência de um vínculo empregatício conforme o Direito do Trabalho entre o médico e o hospital para a responsabilização do segundo se torna imprescindível, sendo que basta a configuração de requisitos, mesmo mitigados, de subordinação (quando há uma hierarquia no exercício profissional), pessoalidade (o médico efetua pessoalmente aquela prestação de serviços em prol do hospital) e a onerosidade (há algum ganho por parte do médico), ficando a permanência em posição mais secundária.

Ao erro de diagnóstico cabe a aplicação da teoria da perda de uma chance, que pressupõe uma chance real e séria de se obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, resultado não alcançado devido ao procedimento adotado pelo autor do ato causa, devendo ser uma expectativa legítima e não possibilidades tão somente hipotéticas.

A reparação na perda de uma chance não decorre do efetivo dano, mas da chance de ganho ou de inibição de um dano, e a partir dela a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano, visto que a culpa já se revela pelo fato do profissional ter suprimido a chance de cura do paciente. A chance perdida deve ter potência para comprometer a integridade física do paciente com o fato de ter sido prescrito tratamento inadequado à sua moléstia.

Embora o Código Civil disponha que prescreve a pretensão à reparação de danos em três



anos, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor eleva este prazo para cinco anos, o que advém da tutela especial do paciente-consumidor, parte mais frágil na relação com o hospital e o médico. Além disso, o termo inicial da prescrição é a data do conhecimento do dano e do erro médico, pois não se pode obrigar o paciente a pedir uma indenização de um prejuízo que nem tem a ciência de que ocorreu.

Por fim, cabe ressaltar a ausência de legislação específica que trate do erro médico, que tem a sua sistemática construída a partir da jurisprudência e da doutrina. Desta forma, no cotidiano da aplicação de casos concretos surgem lacunas que devem ser preenchidas com a interpretação mais favorável ao paciente, indivíduo mais fraco perante a atuação do médico e a imponência do hospital, assim como a fragilidade em que se encontra quando tem sua saúde agravada pela conduta de quem ele esperava que sanasse a sua enfermidade.

### REFERÊNCIAS

- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 7, *Responsabilidade Civil*. 23ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Culpa médica e ônus da prova*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- RIZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. rev. São Paulo, 2009.



