

**REVISTA DE DIREITO**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE VIÇOSA**

Vol. 1  
Nº 4  
2011

Universidade Federal de Viçosa  
Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes  
Departamento de Direito

ISSN: 1800-8790

**REVISTA  
DE  
DIREITO**

Volume I - Número 4 - abril/2011

VIÇOSA - MINAS GERAIS  
2011

Universidade Federal de Viçosa  
Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes  
Departamento de Direito

# **Revista de Direito**

Volume 1 - Número 4 - abril/2011

Viçosa - Minas Gerais  
2011

## **CONSELHO EDITORIAL**

Alexandre Pimenta Batista Pereira, Bernardo Pimentel Souza, Edson Ferreira de Carvalho, Fernando Laércio Alves da Silva, Gabriel Pires, Gláucio Inácio da Silveira, Guilherme Nacif de Faria, Iacyr de Aguiar Vieira, José Geraldo Campos Gouveia, Karina Romualdo Conegundes, Luciene Rinaldi Colli, Patrícia Aurélia Del Nero, Regel Antônio Ferrazza, Ricardo Lemos Maia Leite de Carvalho, Roberta Freitas Guerra, Roberto de Almeida Luquini e Sylvia Maria Machado Vendramini.

## **CONSELHO EXECUTIVO**

**Executora chefe:** Marina Oliveira Guimarães

**Comissão Executiva:** Nayara de Souza Gonçalves, Priscila Tudeschini de Barros

### **Editoração Eletrônica**

Marcos Antonio Jacob (Marquinhos)

Ficha catalográfica programada pela Seção de Catalogação e Classificação da Biblioteca Central da UFV

REVISTA DE DIREITO/ Universidade Federal de Viçosa .  
Departamento de Direito , - Vol. 1, nº 4 (2011) , - , -  
Viçosa : UFV ; DPD, 2011. '\*  
v. ; 22cm.  
174p. ; il ; 22cm .

Semestral .

ISSN: 1806- 8790

Texto em português, espanhol, inglês e francês.

1. Direito - Periódicos . 1. Universidade Federal de Viçosa . Departamento de Direito .

CDD 20.ed. 340. 05

## Sumário

<b>Em Torno da Invalidez do Acordo Manifestamente Desproporcional.....</b>	<b>11</b>
Alexandre Pimenta Batista Pereira	
<b>Despesas Processuais, Honorários Advocatícios e Assistência Judiciária.....</b>	<b>25</b>
Bernardo Pimentel Souza	
<b>A excepcional possibilidade de penhora de bem imóvel de elevado valor à luz da dignidade da pessoa humana.....</b>	<b>49</b>
Cristiano Chaves de Farias	
<b>A Nova Dogmática do Recurso Extraordinário: O Advento da Repercussão Geral e o Caso do Prequestionamento.....</b>	<b>65</b>
Fábio Lima Quintas	
<b>A Atualidade do Discurso Aristotélico e a realização do Direito.....</b>	<b>85</b>
Luiz Fábio Antonucci Filho	
<b>A Teoria dos Atos <i>Ultra Vires</i> e o Direito Brasileiro.....</b>	<b>119</b>
Marlon Tomazette	
<b>A Problemática da Sucessão Legítima do Cônjuge e do Companheiro à Luz do Código Civil de 2002.....</b>	<b>137</b>
Paulo Augusto Napinonga Amarante	
<b>Monitoramento Eletrônico.....</b>	<b>159</b>
Rogério Greco	

## **NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES DA REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UFV**

1. Os trabalhos para publicação editados pela Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV) deverão ser, preferencialmente, inéditos.
2. Os trabalhos deverão ser enviados para o e-mail [revistadir@ufv.br](mailto:revistadir@ufv.br) para seleção de publicação. Esses trabalhos deverão ser precedidos de uma folha contendo o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, situação acadêmica, títulos e a principal atividade exercida na Instituição.
3. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 14724/2011 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT).
4. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista. O(s) autor(es) receberá(ão) gratuitamente um exemplar da Revista em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.
5. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista.

## **EM TORNO DA INVALIDADE DO ACORDO MANIFESTAMENTE DES PROPORCIONAL<sup>1</sup>**

Alexandre Pimenta Batista Pereira\*

**Resumo:** A lesão apresenta um compromisso congênito de sobrelevar a justiça nos contratos; pode no Código Civil Brasileiro de 2002 ser invocada nas várias espécies de negócios, mas está excluída na referência tópica da transação. Para sugerir a superação do injustificável enfoque restritivo, analisam-se, neste artigo, os requisitos do vício da lesão – a prestação manifestamente excessiva e o dolo de aproveitamento – em perspectiva comparada, centrando-os no espírito de eticidade do Código.

**Palavras-chave:** lesão; transação; prestação excessiva; dolo de aproveitamento; justiça.

**Abstract:** The usury presents a congenital commitment of raise justice in contracts; in Brazilian Civil Code of 2002 it can be invoked in some contract species, but it is excluded in the topic reference of the agreement. To suggest the overcoming of the unjustified restrictive

---

\* Professor Adjunto na Universidade Federal de Viçosa Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais Pesquisador-Visitante (2006-2008) na Universidade de Gießen, Alemanha.

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 98, p. 395-410, 2008.

approach, in this article the requirements of the defect of the usury are analyzed – the manifestly excessive achievement and the deceit of exploitation – incompared perspective centering them in the ethic spirit of the Code.

Keywords: usury; agreement; excessive achievement; deceit of exploitation; justice.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – O problema da transação; 3 – Uma situação elucidativa; 4 – Da lesão enorme à lesão enormíssima; 5 – *Gegen die guten Sitten*; 6 – Acerca do dolo de aproveitamento; 7 – Os contornos da prestação manifestamente desproporcional; 8 – A injustificável restrição do art. 849; 9 – Bibliografia.

## 1 - INTRODUÇÃO

Na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil Brasileiro, Miguel Reale salienta a necessidade da elaboração de normas destinadas a assegurar um viés de *socialidade e concreção* ao direito. “Não se compreende, nem se admite, em nossos dias, legislação que, em virtude da insuperável natureza abstrata das regras de direito, não abra prudente campo à ação construtiva da jurisprudência, ou deixe de prever, em sua aplicação, valores éticos, como os de boa-fé e equidade”<sup>2</sup>. Com esse espírito, costumase consagrar o vigor de *eticidade* do Código Civil de 2002, ao se conferir mais espaço à correção em detrimento do formalismo<sup>3</sup>.

O debate acerca da conformação ética dos códigos destaca a introdução necessária de categorias morais que possam dar margem para interpretação e aplicação de ponderações de justiça – *Gerechtigkeitsserwägungen* – deixando de lado um caminho de observação puramente positivista<sup>4</sup>. Ganha destaque neste campo o problema de legitimação, capaz de fundamentar a escolha decisória, ligada à correção de comportamento – *richtige Verhaltens- und Entscheidungswahl*<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil (16 de janeiro de 1975). In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 166. <sup>3</sup>

Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 194.

<sup>4</sup> Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. 5. Aufl., München: Beck, 2007, S. 57.

<sup>5</sup> ZIPPELIUS. *Rechtsphilosophie...*, cit., S. 57.

A par disso, o instituto da lesão talvez melhor represente o atributo de *eticidade* do Código. Com efeito, o art. 157 CC/02 autoriza a decretação de anulabilidade do negócio, à vista da prestação manifestamente desproporcional efetuada sob premente necessidade ou inexperiência. Caio Mário, em obra de vanguarda, salienta o problema de o negócio ser juridicamente perfeito, mas moralmente repugnante: “Deve o direito fechar então os olhos a este aspecto da vida, ou, ao revés, cumpre-lhe interferir para disciplinar o proveito das partes contratantes? Aí temos a questão da justiça no contrato, ou seja, o problema da lesão”<sup>6</sup>.

A lesão está assim construída na tentativa de se encontrar um equilíbrio nas declarações e fomentar, em última instância, a justiça nos contratos.

## 2 - O problema da transação

Mesmo com o propósito sublime de ampliar os parâmetros de justiça, a lesão não encontra no Código de 2002 um reconhecimento uniforme, nem abrangente. É de se notar, em alguns pontos, a incapacidade da parte geral de conseguir força para infiltrar nos institutos tópicos. Vale aí lembrar a transação.

Consagrando uma forma de extinção das obrigações, por meio da qual os interessados terminam ou previnem litígio mediante concessões mútuas, a transação representa, em essência, um negócio jurídico, que deve obedecer, portanto, aos pressupostos de validade.

A transação é, por si só, um contrato responsável pela dissolução da dívida e, por isso, nela são aplicados os problemas de debilidade na vontade – *Willensmangel* – e de desequilíbrio nas prestações – *Übervorteilung zwischen den vereinbarten Leistungen*<sup>7</sup>.

O art. 849 CC/02, no entanto, não autoriza a invocação genérica dos defeitos sociais e dos vícios do consentimento na transação; antes, restringe as hipóteses de anulação aos casos de “dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa”.

Não poderia a transação vir a ser anulada por lesão? Havendo um acordo abusivo, manifestamente excessivo e desproporcional, não é caso de rescindibilidade por lesão?

<sup>6</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Lesão nos contratos*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.8.

<sup>7</sup> Cf. HUGUENIN, Claire. *Obligationenrecht: Allgemeiner Teil*. 2. Aufl., Zürich: Schulthess, 2006, S. 69-72.

### 3 - Uma situação elucidativa

No XV concurso (2008) para provimento do cargo de Juiz do Trabalho Substituto da 23ª Região, Mato Grosso, houve importante discussão quanto à validade da transação.

Na prova de sentença suscitou-se uma controvérsia em torno da desconstituição de acordo<sup>8</sup>.

Com efeito, o Juiz do Trabalho, em sentença cognitiva, condenou uma empresa de vigilância ao pagamento de quantia aproximada ao valor de R\$ 8.000,00, referente às parcelas de intervalo intrajornada, dano moral, adicional de insalubridade, horas extras.

Na fase constritiva, o procurador do exequente, com poderes para transacionar, requereu homologação de acordo integral dos valores objeto da condenação e do extinto contrato de trabalho no valor de R\$2.000,00. Dois dias depois de protocolizada a petição, antes da homologação judicial, o exequente juntou aos autos petição noticiando a revogação dos poderes outorgados ao antigo procurador, desistindo do acordo anteriormente apresentado em juízo, alegando arrependimento.

Em embargos, a empresa de vigilância sustentou a extinção da execução e consequente homologação do acordo, defendendo a validade do negócio, já que o exequente havia recebido integralmente o valor pactuado, não podendo simplesmente desistir por mero arrependimento.

Se, de um lado, o respeito da transação encontraria guarida no preceito da obrigatoriedade contratual, de outro, o reconhecimento de perfeição do acordo, fundado em valor inferior à quarta parte da quantia original, largaria mão da justiça, tendo em vista a desproporção considerável entre as prestações.

Pode-se então invocar lesão nos acordos por desequilíbrio manifesto?

### 4 - Da lesão enorme à lesão enormíssima

É certo que o Código Civil Brasileiro de 2002 optou por uma tessitura aberta de caracterização da lesão, ao se levar em conta que

<sup>8</sup> A consulta da prova está disponível no sítio do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região: [www.trt23.jus.br.8](http://www.trt23.jus.br.8) Cf.

a ocorrência do vício se evidencia pela prestação “manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”. O chamado requisito objetivo permanece ao limbo de um parâmetro certo de definição. Para uns, a desproporção seria encontrada na verificação de ciência da parte beneficiada do estado de inferioridade do lesado<sup>9</sup>, para outros, o critério seria aferido consoante cláusula geral de boa-fé objetiva, permitindo a consagração da anulabilidade, independentemente de dolo ou culpa do beneficiado, mas “o lesado tem que provar que agiu por premência de necessidade ou por inexperiência”<sup>10</sup>.

De qualquer modo, nem sempre houve falta de parâmetros para se medir a desproporção.

No direito romano clássico e no pós-clássico, o contrato seria passível de rescisão na eventualidade de a coisa ser vendida por preço menor que a metade do seu valor.

Vigorava a *laesio enormis*, fundada numa presunção de invalidade: “quem a fez vendeu para viver, e é equitativo – *humanum est* – que obtenha a reposição ao *statu quo ante*, porque o comprador estaria conseguindo um enriquecimento causado pela exploração daquela necessidade do cocontratante”<sup>11</sup>.

Posteriormente, os canonistas souberam centrar a controvérsia em torno da teoria tomista do *justum pretium*, chegando a prever uma tarifação de ultrapassagem de um terço do valor real da coisa, de tal medida que o excesso atingisse o duplo valor do objeto<sup>12</sup>.

“Para a invalidade por lesão era suficiente o desequilíbrio interno do contrato, numa perspectiva puramente objetiva e desse desequilíbrio presumia-se o engano; na lesão enorme era presumido o erro e, na lesão enormíssima, o dolo”<sup>13</sup>.

San Tiago Dantas destaca que o dolo *equiparatur* foi um dos raríssimos casos, conhecidos pelo Direito Civil, de presunção de dolo,

<sup>9</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 422.

<sup>10</sup> Cf. NERY JUNIOR; NERY. *Código Civil Comentado...*, cit., p. 339.

<sup>11</sup> SILVA PEREIRA. *Lesão nos contratos...*, cit., p. 37.

<sup>12</sup> Cf. VILLELA, João Baptista. *Lesão Enormíssima*. Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo, n. 49, (1977-?), p. 242-243.

<sup>13</sup> PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 462.



tendo em vista a necessidade de prova, reconhecida hoje, da alegação do artifício malicioso<sup>14</sup>.

A referência usual à lesão enorme foi, por assim dizer, *consolidada* por Teixeira de Freitas. Em alusão às Ordenações Filipinas, ele admite que “a expressão *lesão enorme* é vulgar e acha-se admitida em nossos costumes”. Em razão disso, a regra do art. 359 da Consolidação faculta, nos contratos comutativos, que haja rescisão por lesão quando apurado excesso em mais da “metade do justo valor da coisa”<sup>15</sup>.

Teixeira de Freitas reconhece contudo ser duvidoso, no caso específico da transação, admitir a rescisão por lesão. Se o negócio “tem por objeto direitos litigiosos ou duvidosos, se o seu fim é a prevenção de demandas, a tranquilidade das partes; nada menos razoável do que facilitar litígios futuros sob pretexto de lesão”<sup>16</sup>.

Veja-se, pois, que Teixeira de Freitas salienta a dificuldade de se aplicar a lesão nos acordos de demandas futuras. Mas e naqueles de referência a numerário atual, determinados, por exemplo, em título executivo judicial? Não se poderia admitir aplicação da lesão?

## 5 - Gegen die guten Sitten

O Código Civil Alemão (BGB) revolucionou, de certa forma, o estudo do vício da lesão, prevendo não só o cotejo da desproporção objetiva, mas também o proveito do estado de inferioridade<sup>17</sup>.

Observa-se que o problema da usura (*Wucher*) surge em consonância às limitações de conteúdo do negócio: *Inhaltliche Schranken des Rechtsgeschäfts*<sup>18</sup>. “Pela relação, o negócio recebe a marca de contrariedade aos costumes”<sup>19</sup>. A controvérsia de aferição da lesão gira

em torno da definição da licitude do objeto<sup>20</sup>. *Pari passu* dispõe o Código Civil Português na secção II: *Objeto negocial – Negócios Usurários* (arts. 280-284).

É interessante destacar que o dilema de nulidade do negócio usurário remete à contrariedade aos bons costumes (*Sittenwidriges Rechtsgeschäft*) – §138 BGB. Flume observa que a lei não deixa claro o significado do rompimento aos bons costumes, dando margem para invocar ideias de infração à justiça ou aos mandamentos de ordem pública<sup>21</sup>. Mesmo com a indeterminação conceitual do *sentimento de boas maneiras* (*Anstandsgefühl*), o juiz não estaria autorizado ao julgamento segundo suas valorações pessoais, mas em conformidade ao interesse público e aos princípios fundamentais<sup>22</sup>.

Por isso, a expressão representa, segundo Brox e Walker, um conceito de necessário preenchimento valorativo: *ein wertausfüllungsbedürftiger Begriff*<sup>23</sup>.

O BGB destaca assim o requisito da *discrepância determinante – auffälliges Mißverhältni*, proveito tirado da inexperiência, leviandade, necessidade<sup>24</sup>. O usuário não apenas sabe da prestação discrepante, mas, principalmente, conhece a fraqueza considerável da vontade da outra parte – *die erhebliche Willensschwäche*<sup>25</sup>. Trilha-se um cunhar de censura subjetivo – *ein subjektives Vorwurfsmerkmal* – de contrariedade aos costumes, ligado ao critério da discrepância<sup>26</sup>.

## 6 - Acerca do dolo de aproveitamento

Tomás de Aquino prevê o direito como objeto da justiça: “o direito ou o justo é aquilo que se executa por outro, segundo certa norma de equidade”<sup>27</sup>. A normatividade jurídica deve adequar-se,

<sup>14</sup> Cf. SAN TIAGO DANTAS. *Programa de Direito Civil*. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 244.

<sup>15</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed., Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. 242 (art. 359).

<sup>16</sup> TEIXEIRA DE FREITAS. *Consolidação das Leis Civis...*, cit., p. 242.

<sup>17</sup> Cf. LEHMANN, Heinrich. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 15. Aufl. (bearbeitet von Heinz Hübner), Berlin: Walter de Gruyter, 1966, S. 201.

<sup>18</sup> Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 30. Aufl., Köln: Carl Heymanns Verlag, 2006, S. 175 et seq.

<sup>19</sup> “Das Geschäft empfängt sein unsittliches Gepräge durch die Bindung”. A palavra *Bindung* relação, nexa, ligação – é de fundamental relevância na teoria do negócio jurídico: LEHMANN. *Allgemeiner Teil des...*, cit., S. 201.

<sup>20</sup> Para Betti existe diferença de avaliação entre ilicitude e ilegalidade: na primeira, o juízo é negativo, de reprovação; na segunda, a ponderação é limitativa, de não conformidade: cf. BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. 2. ed. (ristampa), Napoli: Scientifche, 1994, p. 114.

<sup>21</sup> Cf. FLUME, Werner. *Das Rechtsgeschäft*. Berlin – Heidelberg: Springer, 1965, S. 363-364.

<sup>22</sup> Cf. FLUME. *Das Rechtsgeschäft...*, cit., S. 366-367.

<sup>23</sup> Cf. BROX; WALKER. *Allgemeiner Teil...*, cit., S. 179.

<sup>24</sup> Cf. FLUME. *Das Rechtsgeschäft...*, cit., S.380-381.

<sup>25</sup> Cf. BROX; WALKER. *Allgemeiner Teil...*, cit., S. 184.

<sup>26</sup> Cf. LEHMANN. *Allgemeiner Teil des...*, cit., S. 202.

<sup>27</sup> TOMÁS DE AQUINO (Santo). *Tratado da Justiça*. Trad. Fernando Couto (texto constante de Summa Theologica – coleção Resjuridica). Porto: Rés-editora, s.d., p. 8.

portanto, à justiça mediante os ditames da lei natural. “Se algo repugna, de *per si*, à lei natural, não se pode tornar justo por decisão humana”<sup>28</sup>.

Disso resulta a busca pelo equilíbrio nas prestações e uma preocupação constante quanto à justiça interna nos contratos. Com o idealismo kantiano, foi permitido levar em conta também um *mínimo ético* às contratações, consolidado pela secularização da moral<sup>29</sup>.

Só mesmo com a construção racionalista de Grócio admitiu-se uma juridicidade aos negócios a partir de sua confecção externa, ou seja, o consenso não perturbado por vício de vontade<sup>30</sup>.

Planiol argumenta que “a incerteza sobre a concepção [da lesão] e a dificuldade em transformar uma regra moral em regra jurídica fazem que o legislador não consiga atribuir um princípio geral à lesão”<sup>31</sup>.

Assim, a onda de reconhecimento das ideias liberais e individualistas serviu de matriz para fundamentação ao princípio da obrigatoriedade contratual. Nessa constelação se justificam o art. 220 do Código Comercial Brasileiro de 1850 – “a rescisão por lesão não tem lugar nas compras e vendas celebradas entre pessoas todas comerciantes” – e o art. 1869 do *Esboço* de Teixeira de Freitas: “a lesão, só por si, não vicia os contratos”<sup>32</sup>.

A partir da matriz germânica, concebeu-se, segundo bem observa Pais de Vasconcelos, a *viragem da lesão para a usura*<sup>33</sup>. Os códigos passaram a trazer, além do recurso lesionário como causa de desequilíbrio entre as prestações, a abrangência da usura, atinente à fundamentação subjetiva<sup>34</sup>. Na aferição do vício, deve atentar-se para o conteúdo excessivo do desequilíbrio e para a situação de inferioridade: a insuficiência no discernimento. “A usura é fundamentalmente um vício de conteúdo do negócio jurídico, por desequilíbrio e injusti-

ça, mas não o é exclusivamente: essa injustiça é qualificada com a deficiência de discernimento e liberdade do lesado, e com a imoralidade da exploração dessa deficiência pelo usurário”<sup>35</sup>.

Sob esse prisma, o art. 4º b da Lei de Defesa de Economia Popular (lei 1521/51) define como *crime* “obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”. A exploração intencional da inferioridade para obtenção de benefícios se sujeita a um grau máximo de reprovação da ordem jurídica dado pela tipicidade delitual.

Em intensidade menor de censura, o estado de inferioridade aparece sem relação causal com a verificação do excesso, conquanto ambos estejam presentes no negócio<sup>36</sup>. Trata-se da chamada *lesão especial* do art. 157 CC/02, que não exige o dolo de aproveitamento, consoante o Enunciado 150 da III Jornada promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

O ônus probante é deveras do lesado, levando em conta o fato constitutivo do direito (art. 333 I CPC), “não se presumindo a premente necessidade ou a inexperiência”: enunciado 290 da IV Jornada do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

## 7 - Os contornos da prestação manifestamente desproporcional

Não é qualquer desproporção que pode gerar anulabilidade por lesão, senão apenas aquela originada pela *prestação manifestamente desproporcional* (art. 157 CC/02), ou seja, a que escape à álea normal dos negócios.

Também em outras situações a ordem jurídica não aponta mecanismos objetivos para quantificação do desequilíbrio. *Verbi gratia*, o art. 6º V do Código de Defesa do Consumidor autoriza a modificação das cláusulas contratuais “que estabeleçam prestações desproporcionais”; o art. 692 CPC ilustra a hipótese de não aceitação do lance, em segunda praça ou leilão, havendo *preço vil* para arremata-

<sup>28</sup> TOMÁS DE AQUINO (Santo). *Tratado da Justiça...*, cit., p. 9.

<sup>29</sup> Cf. SCHAPP, Jan; SCHUR, Wolfgang. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 3. Aufl., München: Franz Vahlen, 2003, S. 223.

<sup>30</sup> Cf. PAIS DE VASCONCELOS. *Teoria Geral do...*, cit., p. 461.

<sup>31</sup> PLANIOL. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. T. 3, 4. ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, p. 101.

<sup>32</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço*. V. 2, Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 356.

<sup>33</sup> Cf. PAIS DE VASCONCELOS. *Teoria Geral do...*, cit., p. 462.

<sup>34</sup> Cf. PAIS DE VASCONCELOS. *Teoria Geral do...*, cit., p. 463.

<sup>35</sup> PAIS DE VASCONCELOS. *Teoria Geral do...*, cit., p. 463.

<sup>36</sup> Em referência ao sistema suíço, Huguenin comenta que a palavra exploração – *Ausbeutung* – do art. 21 do Código Suíço das Obrigações é forte demais, sendo suficiente, para alguns doutrinadores, a consciência da oportunidade vantajosa: *das Wahrnehmen einer günstigen Gelegenheit*: HUGUENIN. *Obligationenrecht...*, cit., S. 72.

ção. A aferição do desequilíbrio permanece, pois, longe de um modelo incisivo.

O Direito não abre mão de projeções elásticas, ou seja, padrões de valor. "O juízo sobre o excesso do desequilíbrio é feito por referência a estes padrões de valor. Excessivo será o valor que se encontrar para além dos máximos ou mínimos que forem normais ou típicos no mercado, no meio social e econômico em que o negócio for celebrado"<sup>37</sup>. É permitido, então, ao aplicador guiar-se pela lógica econômica que impulsiona o mercado de ofertas<sup>38</sup>.

Todavia, a diretriz da eticidade é mais abrangente do que a análise econômica, de sorte a centrar a decisão no rompimento dos padrões de conduta, procurando conceber menor valoração da autonomia e maior peso à justiça. A análise é feita segundo um juízo de ponderação colhido pela lógica do razoável e fundamentado pela assertiva geral de boa-fé.

Como lembram Schapp e Schur, o preceito de boa-fé experimentou, ao longo dos tempos, uma expansão de significado – *Bedeutungsausweitung*. O seu campo de aplicação abrange os fundamentos da relação obrigacional e o controle de conteúdo dos negócios. Assim, o modo de execução das prestações em conformidade à boa-fé relaciona-se com o desequilíbrio projetado pela inferioridade<sup>39</sup>. Pode-se, portanto, perceber profunda relação entre os arts. 157 e 422 do Código de 2002.

Além disso, Betti destaca que a função econômico-social dos negócios se faz projetada nos seus efeitos. A perspectiva de repulsa às vantagens iníquas liga-se à configuração do abuso do direito e ao panorama de deficiência na causa<sup>40</sup>.

## 8 - A injustificável restrição do art. 849

Afinal, pode um acordo ser anulado por lesão?

Considerada a predicação abrangente dos defeitos do negócio jurídico na Parte Geral do Código Civil, certamente se deveria admitir uma resposta positiva ao questionamento. O raciocínio constrói-se mediante simples silogismo: os contratos podem ser viciados

por lesão; a transação representa uma espécie de contrato; logo, pode a transação ser viciada por lesão.

O art. 849 CC/02 não autoriza, contudo, a mencionada conclusão e dispõe restritivamente que a transação "só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa".

Bevilaqua, em referência à disciplina do Código de 1916, explica que nas ordenações portuguesas se autorizava a rescisão da transação por lesão enormíssima, devendo o reclamante depositar tudo o que recebera para propor a anulação. Todavia, o desfazimento por lesão não se coadunaria, segundo Bevilaqua, com a natureza aleatória da transação<sup>41</sup>.

O argumento não merece, porém, prosperar.

A mencionada *incerteza* quanto ao conteúdo da transação é um elemento próprio do risco negocial. Todo contrato apresenta, de certo modo, dúvida quanto a eventuais perdas e proveitos. O homem não é capaz de antecipar-se aos efeitos do contrato, de modo a antever as exatas projeções dos resultados. Parafraseando Guimarães Rosa, contratar – viver – é mesmo *muito perigoso*<sup>42</sup>.

Caio Mário, nesse sentido, assevera que o art. 849 CC/02 repetiu uma *impropriedade do Código* de 1916, "ao declarar que a transação só se anula por defeito do consentimento.

É inexato, pois é atacável, como todo contrato, por qualquer das causas que levam à anulação dos negócios jurídicos em geral"<sup>43</sup>.

A diretriz de eticidade do Código de 2002 autoriza a deixar de lado a feitura restritiva do art. 849. Excluir a hipótese de aplicação da lesão no acordo feito sob estado de inferioridade e segundo numerário de desproporção enormíssima seria tolher o espírito do Código de 2002, voltado que está para a concreção de sociabilidade e justiça em detrimento de um formalismo abstrato.

<sup>41</sup> Cf. BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. 8. ed. (atualizada por Achilles Bevilaqua), São Paulo - Belo Horizonte: Francisco Alves, 1954, p. 114.

<sup>42</sup> GUIMARÃES ROSA, João. *Grande Sertão: Veredas*. 19. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 32.

<sup>43</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. V. 3, 3. ed. (atualizada por Regis Fichtner), Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 446.

<sup>37</sup> PAIS DE VASCONCELOS. *Teoria Geral do...*, cit., p. 465.

<sup>38</sup> Cf. HUGUENIN. *Obligationenrecht...*, cit., S. 71.

<sup>39</sup> Cf. SCHAPP; SCHUR. *Einführung in das Bürgerliche Recht...*, cit., S. 229.

<sup>40</sup> Cf. BETTI. *Teoria Generale del...*, cit., p. 209; 383; 485.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. 2. ed. (ristampa), Napoli: Scientifich, 1994.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. 8. ed. (atualizada por AchillesBevilaqua), São Paulo – Belo Horizonte: Francisco Alves, 1954.
- BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 30. Aufl., Köln: Carl Heymanns Verlag, 2006.
- FLUME, Werner. *Das Rechtsgeschäft*. Berlin – Heidelberg: Springer, 1965.
- HUGUENIN, Claire. *Obligationenrecht: Allgemeiner Teil*. 2. Aufl., Zürich: Schulthess, 2006.
- LEHMANN, Heinrich. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 15. Aufl. (bearbeitet von Heinz Hübner), Berlin: Walter de Gruyter, 1966.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2005.
- PLANIOL. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. T. 3, 4. ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.
- REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil (16 de janeiro de 1975). In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SAN TIAGO DANTAS. *Programa de Direito Civil*. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SCHAPP, Jan; SCHUR, Wolfgang. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 3. Aufl., München: Franz Vahlen, 2003.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. V. 3, 3. ed. (atualizada por Regis Fichtner), Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Lesão nos contratos*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed., Rio de Janeiro: Garnier, 1876.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço*. V. 2, Brasília: Ministério da Justiça, 1983.
- TOMÁS DE AQUINO (Santo). *Tratado da Justiça*. Trad. Fernando Couto (texto constante de Summa Theologica – coleção Resjuridica). Porto: Rés-editora, s.d.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008.
- VILLELA, João Baptista. Lesão Enormíssima. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, n. 49, p. 242-243, (1977-?).
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. 5. Aufl., München: Beck, 2007.

## **DESPESAS PROCESSUAIS, HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA**

Bernardo Pimentel Souza<sup>1</sup>

### **1. DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: CONCEITOS ELEMENTARES**

À vista dos artigos 19, 20 e 21, todos do Código de Processo Civil, especialmente do § 2º do artigo 20, o termo "despesas" alcança as custas processuais, os honorários periciais, a remuneração do assistente técnico, o preparo recursal, com os portes de remessa e de retorno, e outros tantos gastos referentes aos atos do processo<sup>2</sup>. As expressões "custas processuais" e "despesas processuais", portanto, não são sinônimas; na verdade, as custas processuais são espécie do gênero despesas processuais<sup>3</sup>.

---

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 1994, quando foi agraciado com o Prêmio "Matta Machado", concedido pela Divisão de Assistência Judiciária. Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa. Autor de "Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória" e "Direito Processual Empresarial". Advogado militante inscrito na OAB/MG, em 1995, e na OAB/DF, em 2001. Conselheiro na OAB/DF, em 2003 e 2004.

<sup>2</sup> De acordo, na doutrina: "Despesas processuais têm sentido mais amplo do que custas. As custas são remunerações previstas nos regimentos federal e estaduais, enquanto as despesas, além de abrangê-las, envolvem também todas as outras exigidas pelo desenrolar do processo." (ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS. Manual de direito processual civil. Volume I, 11ª ed., 2006, p. 116, nº 236).

<sup>3</sup> Assim, na doutrina: "Mas a conceituação do Código é diferente; no art. 20, distingue despesas e honorários de advogado; e, no § 2º, diz o que se entende por despesas, que são as custas, a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico." (CELSE AGRÍCOLA BARBI. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume I, 9ª ed., 1994, p. 110, nº 176).

Já os honorários advocatícios não podem ser incluídos no conceito de despesas processuais, *ex vi* dos artigos 19, 20 e 21 do Código de Processo Civil. Os honorários advocatícios são a verba de patrocínio da causa, destinada ao advogado, em virtude dos serviços profissionais prestados, nos termos do artigo 22 da Lei nº 8.906, de 1994. Com efeito, o advogado é o único titular da verba de patrocínio, a qual tem natureza alimentar e enseja execução pessoal pelo próprio advogado, por ser direito autônomo do mesmo, por força do artigo 23 da Lei nº 8.906, de 1994.

Em suma, as despesas processuais englobam as custas processuais, o preparo recursal, a remuneração do assistente técnico e até os honorários periciais, mas não os honorários advocatícios.

## 2. DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: REGRAS RELATIVAS AO PAGAMENTO

Em regra, o processamento das causas depende do pagamento de despesas processuais, como as custas iniciais, como bem revelam os artigos 19 e 257 do Código de Processo Civil. A regra do pagamento das despesas é aplicável aos processos em geral, até mesmo aos procedimentos de jurisdição voluntária, *ex vi* do proêmio do artigo 24 daquele diploma.

Além da regra consubstanciada no pagamento das despesas processuais, há a regra segundo a qual o recolhimento das despesas processuais deve ser adiantado. Com efeito, à vista dos artigos 19 e 24 do Código de Processo Civil, as despesas relativas aos atos processuais devem ser adiantadas pelo demandante<sup>5</sup>.

Sob outro prisma, há a regra consagrada no *caput* do artigo 20 do Código de Processo Civil, referente aos ônus da sucumbência: ao proferir sentença, o juiz deve condenar o vencido a pagar as despesas processuais em geral, até mesmo as eventualmente adiantadas pelo vencedor, bem como honorários ao advogado da parte vitoriosa. Além do princípio da sucumbência, a condenação também é fixada à luz do princípio da causalidade, à vista do qual a parte que deu

causa ao litígio é responsável pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios.

Com efeito, o litigante sucumbente geralmente é o responsável pelo pagamento final tanto das despesas processuais quanto dos honorários advocatícios, porquanto o proêmio do artigo 20 do Código de Processo Civil consagra o princípio da sucumbência, *in verbis*: "Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar o vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios"<sup>6</sup>. Em conjunto com o princípio da sucumbência, também incide o princípio da causalidade, segundo o qual o litigante de quem deu causa ao processo responde pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios. À vista do princípio da causalidade, o Superior Tribunal de Justiça aprovou o enunciado nº 303, *in verbis*: "Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários

<sup>6</sup> Em abono, na melhor doutrina: "177. Princípio geral do Código sobre condenação - O art. 20 determina que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios." (CELSE AGRÍCOLA BARBI. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume I, 9ª ed., 1994, p. 110, nº 177).

<sup>7</sup> Assim, na jurisprudência: REsp nº 641.478/RS, 1ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 16 de abril de 2007, p. 168: "Em se tratando de embargos de terceiro, deve o magistrado, na condenação dos ônus sucumbenciais, atentar-se aos princípios da sucumbência e da causalidade, pois há casos em que o embargante, embora vencedor na ação, é o responsável por seu ajuizamento, devendo sobre ele recair as despesas do processo e os honorários advocatícios. A respeito do tema, a Corte Especial editou a Súmula 303/STJ, consignando que 'em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios'". "Honorários. Hipótese em que, diante das peculiaridades do caso concreto e pela aplicação do princípio da causalidade, deverá o próprio embargante arcar com os honorários de seu advogado." (REsp nº 165.332/SP, 3ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 21 de agosto de 2000, p. 117). "PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE CULPA DO CREDOR NA PENHORA. VERBA HONORÁRIA INDEVIDA.

PRECEDENTES. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO. I - Sem embargo do princípio da sucumbência, adotado pelo Código de Processo Civil vigente, é de atentar-se para outro princípio, o da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo, ou ao incidente processual, deve arcar com os encargos daí decorrentes. II - Tratando-se de embargos de terceiro, imprescindível que se averigüe, na fixação dos honorários, quem deu causa à constrição indevida. III - O credor não pode ser responsabilizado pelos ônus sucumbenciais por ter indicado à penhora imóvel registrado no Cartório de Imóveis em nome dos devedores mas prometidos à venda aos terceiros-embargantes. A inércia dos embargantes-compradores, em não providenciar o registro do compromisso de compra e venda, deu causa à penhora indevida." (REsp nº 264.930/PR, 4ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 16 de outubro de 2000, p. 319).

<sup>5</sup> Daí o acerto do enunciado nº 232 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: "A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito".

advocatícios<sup>17</sup>. Daí a possibilidade de o vencedor ser condenado a pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios<sup>8</sup>.

Em suma, a responsabilidade final pelo pagamento das despesas processuais e pelos honorários advocatícios é fixada à luz da combinação dos princípios da sucumbência e da causalidade.

### 3. DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: EXCEÇÕES

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, as regras consagradas nos artigos 19 e 20 do Código de Processo Civil não são absolutas: há vários casos de dispensa do pagamento tanto das despesas processuais quanto dos honorários advocatícios.

A primeira exceção consta do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, do artigo 19 do Código de Processo Civil e dos artigos 1º, 2º, caput e parágrafo único, e 3º, *caput* e incisos, todos da Lei nº 1.060, de 1950: os jurisdicionados beneficiários pela concessão judicial da assistência judiciária são dispensados do pagamento tanto das despesas processuais quanto dos honorários advocatícios.

Outra exceção reside no inciso LXXIII do mesmo artigo 5º da Constituição Federal: o autor da ação popular está livre do pagamento tanto das despesas processuais quanto dos honorários advocatícios. Com efeito, por força do artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, o cidadão está isento do pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios mesmo que o julgamento proferido seja contrário ao autor da ação popular. O preceito constitucional somente autoriza a condenação do cidadão vencido na ação popular, ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, se a ação popular for julgada temerária pelo juiz, por ter sido movida com evidente má-fé<sup>9</sup>. Aliás, se a ação popular for

julgada manifestamente temerária, o autor será condenado a pagar o décuplo das custas judiciais<sup>10</sup>.

À vista do artigo 18 da Lei nº 7.347, de 1985, com a redação determinada pela Lei nº 8.078, de 1990, o autor da ação civil pública também está isento do pagamento de despesas processuais e de honorários advocatícios, "salvo comprovada má-fé"<sup>11</sup>.

Outra exceção reside no inciso LXXVII do artigo 5º da Constituição Federal, com o reforço do artigo 21 da Lei nº 9.507, de 1997: é gratuito o processo de *habeas data*. Em homenagem ao princípio de hermenêutica constitucional da máxima efetividade, a gratuidade alcança tanto as despesas processuais quanto os honorários advocatícios<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Cf. artigo 13 da Lei nº 4.717, de 1965.

<sup>11</sup> De acordo, na jurisprudência: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 18 DA LEI N. 7.347/85. IMPOSSIBILIDADE DE ADIANTAMENTO DE CUSTAS PELO AUTOR. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO. INVIABILIDADE. 1. Em se tratando de ação civil pública, a parte autora só pode ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios e de despesas processuais em caso de comprovada má-fé. 2. Recurso especial parcialmente conhecido e provido." (REsp nº 999.003/RJ, 4ª Turma do STJ, Diário da Justiça eletrônico de 15 de março de 2010).

<sup>12</sup> De acordo, na doutrina: HELY LOPES MEIRELLES. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, *habeas data*. 16ª ed., 1995, p. 191: "Como a Constituição tornou gratuita a ação do *habeas data*, não haverá qualquer execução para pagamento de custas ou recebimento de honorários de advogado (art. 5º, LXXVII)". Assim, na jurisprudência: "HABEAS DATA - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. Diante da finalidade precípua de facilitar o acesso à justiça, são inexigíveis honorários de sucumbência em *habeas data*." (Apelação nº 1.0702.06.280612-1/001, 13ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 1º de dezembro de 2007). "CONSTITUCIONAL - HABEAS DATA - INTERESSE PROCESSUAL - INFORMAÇÕES PRESTADAS APÓS A NOTIFICAÇÃO DA AUTORIDADE IMPETRADA - OCORRÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 8º, INC. I, DA LEI Nº 9.507/97 - GRATUIDADE - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - NÃO-CABIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INC. LXXVII. 1 - Tem interesse processual, nos termos do art. 8º, inc. I, da Lei nº 9.507/97, o impetrante de *habeas data* que não vê atendido seu requerimento administrativo no prazo de 10 dias contados do protocolo junto à Administração Pública, guardiã das informações. 2 - Não cabe condenação em honorários de sucumbência na ação de *habeas data*, uma vez que o acesso ao Poder Judiciário por meio daquele remédio constitucional é franqueado nos termos do art. 5º, inc. LXXVII, da CR/88 e obedece ao disposto nas Súmulas nºs 105 do STJ e 512 do STF. 3 - Preliminar rejeitada e recurso parcialmente provido." (Apelação nº 1.0024.03.091539-1/001, 8ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 5 de agosto de 2005).

Em sentido contrário, entretanto, há autorizada doutrina: "O *habeas data* também é isento de custas (art. 5º, LXXVII, da CF), mas não de honorários advocatícios, já que se trata de ônus de sucumbência." (ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS. Manual de direito processual civil. Volume III, 10ª ed., 2006, p. 250).

<sup>8</sup> Assim, na jurisprudência: "- Com base no princípio da causalidade, quem deu causa ao ajuizamento da ação deve arcar com os ônus de sucumbência, independentemente do resultado da demanda." (Apelação nº 1.0327.02.004602-2/001, 7ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 5 de setembro de 2009).

<sup>9</sup> De acordo, na jurisprudência: "- A não ser quando há comprovação de má-fé do autor da ação popular, não pode ele ser condenado nos ônus das custas e da sucumbência (artigo 5º, LXXIII, da Constituição). Precedentes da Corte. Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE nº 221.291/RJ, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 9 de junho de 2000, p. 32).

Na mesma toada, é gratuito o processo de *habeas corpus*, em virtude do disposto no inciso LXXVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Por fim, no que tange ao processo de mandado de segurança, não há preceito específico na Constituição Federal. Não obstante, o artigo 25 da Lei nº 12.016, de 2009, o enunciado nº 512 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e o enunciado nº 105 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça estabelecem que não há lugar para condenação em honorários advocatícios no processo de mandado de segurança. A isenção legal, entretanto, só alcança a verba de patrocínio, e não as despesas processuais, como as custas processuais.

#### 4. DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: PEDIDOS IMPLÍCITOS

À vista do artigo 20 do Código de Processo Civil, com o abono do enunciado nº 256 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os pedidos de condenação da parte contrária ao pagamento de despesas processuais e de honorários advocatícios são considerados implícitos, *ex vi legis*. Pouco importa, portanto, se a petição inicial é omissa acerca dos referidos pleitos condenatórios. Ainda que o autor seja silente, o juiz deve impor as condenações, com fundamento no artigo 20 do Código de Processo Civil e no enunciado nº 256 da Súmula do Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup>.

#### 5. DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: CONDENAÇÃO NA SENTENÇA, MAS NÃO EM JULGAMENTO DE INCIDENTE PROCESSUAL NEM DE RECURSO

O *caput* do artigo 20 do Código de Processo Civil consagra a regra da imposição, na sentença, da condenação ao pagamento de

despesas processuais e de honorários advocatícios. Pouco importa se a sentença é definitiva ou terminativa: incide a regra da condenação do vencido no pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios. Pouco importa se a sentença é condenatória, constitutiva ou declaratória: incide a regra da condenação do vencido no pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios.

Não obstante, à vista do § 1º do artigo 20 do Código de Processo Civil, não há lugar para condenação em honorários advocatícios em julgamento de mero incidente processual<sup>14</sup>, nem em julgamento de recurso<sup>15</sup>; em ambos os julgamentos (de incidente processual e de recurso), só há possibilidade de condenação adicional em razão das despesas processuais.

Em suma, a condenação ao pagamento de despesas e honorários advocatícios tem lugar nas sentenças em geral, quando a causa é julgada, com ou sem a resolução do mérito. Já nos julgamentos de simples incidentes processuais e de recursos processuais só é possível a condenação do vencido em despesas processuais.

#### 6. DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: SENTENÇA PROFERIDA EM PROCESSO CAUTELAR

No que tange à condenação do requerido em despesas processuais e em honorários advocatícios na sentença proferida no processo cautelar, na falta de preceito específico, os tribunais firmaram que a imposição da condenação depende da ocorrência de resistência do

<sup>14</sup> Por exemplo, na impugnação ao valor da causa e na exceção de incompetência relativa.

<sup>15</sup> De acordo, na jurisprudência: "PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA LIMINAR CONCEDIDA INITIO LITIS. NÃO CABIMENTO. - O art. 20 do CPC prevê que a 'sentença' condenará o vencido nas custas processuais e honorários advocatícios. No julgamento de recursos, o juiz condenará 'nas despesas' (art. 20, § 1º do CPC); - A condenação em honorários no percentual máximo legal previsto para o término do processo após julgamento de simples agravo de instrumento contra decisão liminar deve ser afastada. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para que seja afastada a condenação nos honorários advocatícios." (REsp n. 1.009.453/MT, 3ª Turma do STJ, Diário da Justiça eletrônico de 28 de novembro de 2008). "3. Nos termos do art. 20, § 1º, do CPC, não cabe condenação em honorários advocatícios em julgamento de incidente ou recurso, mas, tão-somente, nas despesas ocorridas." (REsp n. 284.190/SP - EDcl - EDcl, 1ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 27 de maio de 2002, p. 127).

<sup>13</sup> Assim, na jurisprudência: REsp nº 295.737/MG, 4ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 2 de abril de 2001, p. 304; e REsp nº 665.128/PR, 1ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 3 de maio de 2007, p. 217: "2. Nos termos do art. 20 do CPC, 'a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios'. Conforme se infere, a condenação em verba honorária constitui imposição legal, que independe, portanto, de pedido expresso. Entendimento consagrado na Súmula 256/STF: 'É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do Código de Processo Civil'. Como bem assinala Theotonio Negrão, 'esta Súmula continua válida, à vista dos termos imperativos do art. 20, que abrange tanto o réu quanto o autor' ('Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor', 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 138)".



requerido. A propósito, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região aprovou o enunciado nº 12, nos seguintes termos: "São devidos honorários advocatícios no processo cautelar, em que houver litígio". Em suma, se o requerido contestar a cautelar ou veicular alguma outra resistência à medida<sup>16</sup>, há lugar para a condenação do mesmo ao pagamento tanto das despesas processuais quanto dos honorários advocatícios<sup>17</sup>.

## 7. DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: ADOGADO EM CAUSA PRÓPRIA

A regra da condenação do vencido ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios incide até mesmo quando o jurisdicionado é advogado em causa própria. Se o advogado for vencido na respectiva causa, deve o mesmo ser condenado a pagar as despesas e os honorários advocatícios ao causídico da parte contrária. Se o advogado for o vencedor da própria causa, tem o direito à restituição das despesas que adiantou, além de honorários advocatícios. Sem dúvida, o advogado que é parte também tem direito aos honorários advocatícios, em virtude do disposto no artigo 20, *caput*, *in fine*, do Código de Processo Civil: "Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria".

## 8. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: REGRAS DE FIXAÇÃO

### 8.1. Honorários Advocatícios: Critério para as Sentenças Condenatorias em Geral

À vista do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, os honorários devem ser fixados dentro do percentual entre dez a vinte por cento do valor da condenação, com a consideração do grau de

<sup>16</sup> Por exemplo, aviar recurso de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória concessiva da medida *in limine litis*.

<sup>17</sup> Por todos, vale conferir a didática ementa de acórdão da relatoria de eminente processualista, o Desembargador BARBOSA MOREIRA: "Processo cautelar com feição contenciosa. Cabimento da condenação do vencido ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, na própria sentença que acolheu o pedido de cautela." (Apelação nº 14/90, 5ª Câmara Cível do TJRJ, ementário 20/1990, nº 52, de 24 de maio de 1990).

zelo profissional do advogado, do lugar da prestação do serviço, do grau de complexidade do trabalho realizado pelo advogado e do tempo de prestação do serviço. É o critério aplicável às sentenças condenatórias em geral, ressalvadas as hipóteses previstas no § 4º do mesmo artigo 20, as quais estão sujeitas ao critério da equidade.

### 8.2. Honorários Advocatícios: Critério da Equidade

Nas sentenças condenatórias de pessoas jurídicas de direito público interno, nas sentenças condenatórias de pequeno valor, nas sentenças de improcedência, nas sentenças declaratórias, nas sentenças constitutivas, nas sentenças extintivas de execução, nas sentenças proferidas em embargos à execução e nas sentenças prolatadas em processo cautelar, o juiz não está adstrito à base de cálculo nem aos percentuais estabelecidos no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Em todas as hipóteses, incide o critério da equidade, consagrado no § 4º do mesmo artigo 20, razão pela qual o juiz pode fixar a verba honorária sobre outra base de cálculo ou em quantia determinada, a qual pode ser inferior ou até superior aos percentuais legais próprios para as sentenças condenatórias em geral.

### 8.3. Fixação dos Honorários Advocatícios sobre o Valor da Causa: Possibilidade

Nas hipóteses previstas no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios podem ser fixados à luz do valor da causa, como bem decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça<sup>18</sup>, nos termos do enunciado nº 14, *in verbis*: "Arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo ajuizamento".

### 8.4. Fixação dos Honorários Advocatícios em Salários Mínimos: Impossibilidade

À vista do artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, com o reforço do enunciado nº 201 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, os honorários advocatícios não podem ser fixados com base no

<sup>18</sup> Cf. EREsp n. 624.356/RS, Corte Especial do STJ, Diário da Justiça eletrônico de 8 de outubro de 2009.

salário mínimo, nem mesmo nas hipóteses previstas no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

## 9. DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

### 9.1. A Sucumbência Recíproca à Luz do Artigo 21 do C.P.C.

Na eventualidade de sucumbência recíproca, quando cada litigante é, a um só tempo, vencedor e vencido em parte, o artigo 21 do Código de Processo Civil estabelece que "serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas", conforme a extensão da vitória e da derrota de cada um dos litigantes.

Não obstante, se um litigante decair em parte mínima do pedido, o adversário responderá pelo pagamento integral das despesas e dos honorários advocatícios, tendo em vista o disposto no parágrafo único do mesmo artigo 21 daquele diploma.

Em suma, na eventualidade de sucumbência recíproca, o artigo 21 do Código de Processo Civil determina que as despesas processuais e os honorários advocatícios sejam distribuídos de acordo com a extensão da vitória e da derrota de cada litigante, com a possibilidade de compensação, se a vitória e a derrota forem proporcionais. Se, entretanto, um litigante for vencido em parte mínima, caberá ao outro o pagamento integral das despesas e dos honorários.

### 9.2. Crítica ao Enunciado nº 306 da Súmula do S.T.J.

<sup>19</sup> É o que determina o enunciado nº 306 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: "Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado ao advogado o direito autônomo à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte."(sic).

À evidência, cabe uma vírgula para separar a última parte do verbete sumular. Cf. REsp n. 188.648/RS, 3ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 24 de junho de 2002, p. 295: "PROCESSUAL CIVIL - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - COMPENSAÇÃO - POSSIBILIDADE - OFENSA À COISA JULGADA INEXISTENTE. I - As normas dos artigos 21 do Código de Processo Civil e 23 da Lei n.º 8.906/94 não são incompatíveis, tendo esta última apenas explicitado o direito autônomo do advogado aos honorários de sucumbência, estando legitimado a executar diretamente o saldo da verba advocatícia, após a compensação".

À vista do artigo 21 do Código de Processo Civil, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça aprovou o enunciado nº 306:

"Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado ao advogado o direito autônomo à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte"<sup>20</sup>.

Ainda que seja perfeitamente aplicável em relação às despesas processuais, é duvidosa a subsistência do *caput* do artigo 21 do Código de Processo Civil de 1973 em relação aos honorários advocatícios, tendo em vista o disposto no artigo 23 da Lei nº 8.906, de 1994.

Com efeito, como o artigo 23 da Lei nº 8.906 estabelece que o advogado é o titular da verba honorária, a mesma não pode ser objeto de compensação. Daí a crítica que se faz ao enunciado nº 306 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, porquanto o verbete sumular baldou o artigo 23 da Lei nº 8.906, de 1994, ao estabelecer que o advogado só tem direito aos honorários remanescentes, após a compensação, *in verbis*:

"Os honorários advocatícios devem ser compensado quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte"<sup>21</sup>.

## 10. DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: EXAME E REEXAME EM GRAU DE APELAÇÃO

Tanto as despesas processuais quanto os honorários advocatícios fixados na sentença podem ser objeto de impugnação mediante recurso de apelação. Sem dúvida, o litigante inconformado com a condenação em despesas processuais e honorários advocatícios, ou

<sup>19</sup> É o que determina o enunciado nº 306 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: "Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado ao advogado o direito autônomo à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte."(sic).

<sup>20</sup> À evidência, cabe uma vírgula para separar a última parte do verbete sumular. <sup>21</sup> Cf. REsp n. 188.648/RS, 3ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 24 de junho de 2002, p. 295: "PROCESSUAL CIVIL - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - COMPENSAÇÃO - POSSIBILIDADE - OFENSA À COISA JULGADA INEXISTENTE. I - As normas dos artigos 21 do Código de Processo Civil e 23 da Lei n.º 8.906/94 não são incompatíveis, tendo esta última apenas explicitado o direito autônomo do advogado aos honorários de sucumbência, estando legitimado a executar diretamente o saldo da verba advocatícia, após a compensação".

com o respectivo montante, pode apelar ao tribunal, para pedir a exclusão, a redução ou até a majoração da condenação, conforme o caso concreto. Há interesse recursal em todas as hipóteses; até mesmo o vencedor da causa pode apelar, na busca apenas da majoração dos honorários advocatícios, por exemplo<sup>22</sup>. À vista do *caput* do artigo 515 do Código de Processo Civil, portanto, se há recurso apelatório específico acerca das despesas processuais e de honorários advocatícios, o tribunal de apelação deve julgar se a condenação imposta na sentença está correta, ou não.

Não é só. O § 1º do artigo 515 do Código de Processo Civil revela que o tribunal de apelação também deve emitir pronunciamento oficial sobre as despesas processuais e a verba honorária, se o juiz de primeiro grau não as resolveu na sentença na qual julgou o mérito da causa. Com efeito, se houve julgamento da matéria principal na sentença, o tribunal *ad quem* deve solucionar de ofício as questões acessórias não decididas pelo juiz *a quo*. Incide, no particular, o princípio jurídico *accessorium sequitur suum principale*, consagrado no artigo 293, segunda parte, do Código de Processo Civil.

Não obstante, se o juiz de primeiro grau solucionou as questões acessórias referentes à matéria principal, o tribunal só pode emitir juízo diante de impugnação específica na apelação. A propósito, merece ser prestigiado o verbete nº 16 da Súmula do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "A apelação genérica, pela improcedência da ação, não devolve ao tribunal o exame da fixação dos honorários advocatícios, se esta deixou de ser atacada no recurso<sup>23</sup>."

Em síntese, quanto às despesas processuais e aos honorários de advogado, o tribunal de apelação deve tomar conhecimento independentemente de provocação, com fundamento no § 1º do artigo 515 do Código de Processo Civil, caso o juiz *a quo* não tenha lançado

<sup>22</sup> Em abono, há preciso acórdão da relatoria de eminente processualista, o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. LEGITIMIDADE E INTERESSE RECURSAL DA PARTE VENCEDORA. 1. A parte vencedora na demanda tem interesse e legitimidade para recorrer visando à majoração do valor arbitrado a título de honorários advocatícios. Precedentes: REsp 648328/MS; 5ª T., Min. Felix Fischer, DJ de 29.11.2004; REsp 361713/RJ; 4ª T., Min. Barros Monteiro, DJ de 10.05.2004. 2. Recurso especial a que se dá provimento." (REsp n. 761.093/PR, 1ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 16 de agosto de 2005, p. 318).

<sup>23</sup> Em abono ao correto enunciado n. 16 da Súmula do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, vale conferir o seguinte trecho da precisa ementa de acórdão da relatoria

pronunciamento explícito. Em contraposição, se houve julgamento das questões acessórias na sentença de mérito, o tribunal *ad quem* só pode emitir juízo diante de impugnação específica na apelação.

## 11. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA: CONCEITO

A assistência judiciária é a dispensa do pagamento das despesas processuais em geral e dos honorários advocatícios em prol do jurisdicionado sem condição econômico-financeira, tudo nos termos do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, do artigo 19 do Código de Processo Civil e dos artigos 1º, 2º, *caput* e parágrafo único, e 3º, *caput* e incisos, da Lei nº 1.060, de 1950.

Com efeito, o jurisdicionado sem condição econômico-financeira de arcar com as despesas processuais e com os honorários advocatícios é dispensado de todos os pagamentos, salvo fato superveniente modificativo da situação econômico-financeira do beneficiário, dentro dos cinco anos posteriores ao trânsito em julgado.

Na verdade, o artigo 12 da Lei nº 1.060 revela que o beneficiário da assistência judiciária não está livre da condenação ao pagamento de despesas processuais e de honorários advocatícios; o juiz deve impor a condenação, tal como determina o enunciado nº 41 da Súmula do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *in verbis*: "Quando vencido, o beneficiário da Justiça gratuita deve ser condenado nos encargos sucumbenciais, conforme dispõe a Lei nº 1.060/50"<sup>24</sup>.

Não obstante, a condenação não tem eficácia enquanto perdurar a carência econômico-financeira do beneficiário da assistência judiciária, com a prescrição da obrigação pecuniária após o decurso de cinco anos do trânsito em julgado. Com efeito, embora não tenha eficácia imediata, a obrigação proveniente da condenação subsiste por cinco anos, período no qual a sentença condenatória poderá ser executada quanto aos ônus da sucumbência, na eventualidade de modificação da situação econômico-financeira do beneficiário da assistência judiciária<sup>25</sup>.

do2.08.2004 e REsp 97725/MG, Min. Garcia Vieira, 1ª T., DJ 03.08.1998." (REsp n. 870.444/CE, 1ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 29 de março de 2007, p. 234).

<sup>24</sup> Cf. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 6, de 2001, registrado sob o nº 2001.146.00006, Órgão Especial do TJRJ, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 23 de agosto de 2002 e na Revista de Direito do TJRJ, volume 55, p. 155.

Por fim, ainda que a sentença seja omissa em relação à incidência do artigo 12 da Lei nº 1.060, de 1950, a ineficácia da condenação é automática, *ex vi legis*, como bem revela o enunciado nº 107 da Súmula do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "Ainda que não conste da sentença, é automática a aplicação do artigo 12, da Lei nº 1.060/50, quando vencido beneficiário da gratuidade de justiça".

## 12. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA: BENEFICIÁRIOS

Em regra, a assistência judiciária tem em vista as pessoas naturais cuja situação econômico-financeira não permite o pagamento de despesas processuais e de honorários advocatícios, sem prejuízo para o próprio sustento e da respectiva família. É o que se infere da combinação do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, com os artigos 1º, 2º, *caput* e parágrafo único, 3º, *caput* e incisos, e 4º, *caput* e § 1º, todos da Lei nº 1.060, de 1950.

Não obstante, em casos excepcionais, quando demonstrada a carência econômico-financeira da pessoa jurídica, é juridicamente possível a concessão do benefício da assistência judiciária, em homenagem ao princípio maior consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. A propósito da possibilidade jurídica da concessão excepcional do benefício da assistência judiciária em favor de pessoa jurídica, merece ser prestigiado o verbete nº 121 da Súmula do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "A gratuidade de justiça a pessoa jurídica não filantrópica somente será deferida em casos excepcionais, diante da comprovada impossibilidade do pagamento das despesas processuais"<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Assim, na jurisprudência, com destaque para o item 3: "1. A justiça gratuita é benefício motivado, vinculado à atualidade de circunstâncias de fato: constatada a miserabilidade, defere-se ou prorroga-se a gratuidade; desaparece a miserabilidade, nega-se ou revoga-se a gratuidade. 2. A gratuidade da justiça inclui a isenção de todas as despesas que, ordinariamente, recairiam sobre a parte, sob pena de se inviabilizar, no varejo, aquilo que foi resguardado, no atacado, pelo legislador. 3. O beneficiário de justiça gratuita, se vencido, responde por todos os ônus da sucumbência, suspendendo-se, *pro tempore*, o pagamento enquanto perdurar o estado de miserabilidade, obrigação esta que prescreve em cinco anos, a contar do trânsito em julgado." (AG nº 845.767/MG - AgRg, 2ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 12 de fevereiro de 2008, p. 1; e Revista de Processo, volume 158, p. 300).

## 13. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA: OBJETO

No que tange ao objeto, o artigo 3º da Lei nº 1.060 revela que a assistência judiciária alcança as despesas processuais em geral - como as custas iniciais, o preparo recursal, os honorários de perito e, por exemplo -, e até mesmo os honorários de advogado. É amplo, portanto, o objeto da assistência judiciária, em virtude da extensão do rol inserto no artigo 3º da Lei nº 1.060, de 1950.

À vista do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, do princípio de hermenêutica constitucional da máxima efetividade e da amplitude do artigo 3º da Lei nº 1.060, de 1950, é lícito afirmar que a assistência judiciária alcança até mesmo o depósito previsto no artigo 488, inciso II, do Código de Processo Civil, para a propositura de ação rescisória. Em abono, merece ser prestigiado o enunciado nº 108 da Súmula do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "A gratuidade de justiça abrange o depósito na ação rescisória".

Não obstante, a assistência judiciária não alcança as eventuais multas impostas por litigância de má-fé, com fundamento nos artigos 17, 18, 538, parágrafo único, e 557, § 2º, todos do Código de Processo Civil. Foi o que bem assentou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao aprovar o enunciado nº 101, *in verbis*: "A gratuidade de justiça não abrange o valor devido em condenação por litigância de má-fé". Com igual teor, reforça o enunciado nº 27 do Conselho dos Juizados Especiais de São Paulo, veiculado no Comunicado nº 116, publicado no Diário da Justiça eletrônico de 7 de dezembro de 2010, *in verbis*: "A gratuidade da justiça não abrange o valor devido em condenação por litigância de má-fé".

## 14. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA: PATROCÍNIO DA CAUSA POR DEFENSOR PÚBLICO, POR ADVOGADO DATIVO OU POR ADVOGADO PARTICULAR

<sup>26</sup> Assim, ainda na jurisprudência: "1. O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, quer sem fins lucrativos (entidades filantrópicas ou de assistência social), quer com fins lucrativos, cabendo-lhes o *onus probandi* da impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo. (Precedente: EREsp 1015372/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/06/2009, DJe 01/07/2009)" (EREsp nº 1.019.237/SP - AgRg, 1ª Seção do STJ, Diário da Justiça eletrônico de 1º de outubro de 2010).

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a concessão da assistência judiciária não está condicionada ao patrocínio da causa por defensor público. À vista do § 4º do artigo 5º da Lei nº 1.060, de 1950, o benefício pode ser conferido em favor de parte patrocinada por advogado dativo, nomeado pelo juiz, e até mesmo por advogado particular, de confiança do jurisdicionado. Não há, portanto, necessidade de a causa ser patrocinada por defensor público. Daí o acerto do enunciado nº 29 da Súmula do Tribunal de Justiça da Paraíba: "Não está a parte obrigada, para gozar dos benefícios da Assistência Judiciária, a recorrer aos serviços da Defensoria Pública"<sup>27</sup>. Em abono, dispõe o preciso o enunciado nº 40 da Súmula do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

"Não é obrigatória a atuação da Defensoria Pública em favor do beneficiário da gratuidade de Justiça, facultada a escolha de advogado particular para representá-lo em Juízo, sem a obrigação de firmar declaração de que não cobra honorários"<sup>28</sup>.

Na mesma esteira, a orientação jurisprudencial nº 8 das Turmas do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais também consagra a possibilidade da concessão dos benefícios da assistência judiciária "ainda que a parte esteja representada em juízo por advogado particular"<sup>29</sup>.

Por tudo, nada impede que a causa do jurisdicionado beneficiário da assistência judiciária seja patrocinada por advogado particular de confiança do jurisdicionado. Daí o acerto do enunciado nº 29 da Súmula do Tribunal de Justiça da Paraíba, do enunciado nº 40 da Súmula do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e da orientação jurisprudencial nº 8 das Turmas do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais.

## 15. CRÍTICA À INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ARTIGO 5º, § 5º, DA LEI Nº 1.060, DE 1950

<sup>27</sup> Cf. Diário da Justiça da Paraíba de 29, 30 e 31 de maio de 1998.

<sup>28</sup> Cf. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 6, de 2001, registrado sob o nº 2001.146.00006, Órgão Especial do TJRJ, Diário da Justiça de 23 de agosto de 2002, Revista de Direito do TJRJ, volume 55, p. 155.

<sup>29</sup> Cf. Diário da Justiça de Minas Gerais de 15, 16 e 17 de dezembro de 2005.

O § 5º do artigo 5º da Lei nº 1.060, de 1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 1989, dispõe sobre duas prerrogativas processuais: a da intimação pessoal do patrono da causa de todos os atos do processo e da duplicação de todos os prazos processuais.

Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>30</sup> e do Superior Tribunal de Justiça<sup>31</sup>, entretanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aprovou o enunciado nº 25, com a consolidação da interpretação restritiva do § 5º do artigo 5º da Lei nº 1.060, de 1950, nos seguintes termos: "O disposto no art. 5º, § 5º, da lei 1.060/50, é restrito a serviço de Assistência Judiciária mantido pelo Estado"<sup>32</sup>. Com efeito, à vista da orientação jurisprudencial predominante, as prerrogativas processuais da intimação pessoal e da duplicação dos prazos processuais não alcançam os jurisdicionados beneficiários da assistência judiciária patrocinados por advogados autônomos, por advogados dativos e por advogados que exercem o magistério nos escritórios acadêmicos dos departamentos de direito e das faculdades de direito das universidades públicas e privadas<sup>33</sup>.

Ainda que muito respeitável, o entendimento predominante nos tribunais não se coaduna com o princípio de hermenêutica jurídica segundo o qual os preceitos constitucionais devem ser interpre-

<sup>30</sup> Conferir: CR nº 7.870 - AgRg - AgRg, Pleno do STF, Informativo STF, nº 219: "Não se estendem aos defensores dativos as prerrogativas processuais da intimação pessoal e do prazo em dobro asseguradas aos defensores públicos em geral e aos profissionais que atuam nas causas patrocinadas pelos serviços estaduais de assistência judiciária (Lei 7.871/89 e LC 80/94). Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso interposto contra decisão que não conheceu de agravo regimental - interposto contra decisão que concedera *exequatur* a carta rogatória -, porque intempestivo (RISTF, art. 227, parágrafo único). Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, que davam provimento ao agravo regimental. Precedentes citados: Pet 932-SP (DJU de 14.9.94) e AG 166.716-RS (DJU de 25.5.95)".

<sup>31</sup> Conferir: RHC nº 9.180/SP, 5ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 14 de agosto de 2000: "- A contagem em dobro dos prazos processuais, na forma do art. 5º, § 5º, da Lei 1060/50, somente é aplicável nos feitos em que atua Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, não se incluindo nessa condição o mero advogado dativo (Precedentes)".

<sup>32</sup> Cf. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 70007781495, Órgão Especial do TJRS, sessão de 3 de maio de 2004, publicado no DJE nº 2871, de 4 de junho de 2004, p. 2.

<sup>33</sup> Conferir: Apelação nº 2002.03.1.002040-2, 1ª Turma Criminal do TJDF, Diário da Justiça de 4 de fevereiro de 2004, p. 51: "Prazo Recursal. Assistência judiciária organizada e mantida por faculdade de direito. Lei 1.060/50. Intempestividade. 1. O prazo

tados na busca da máxima efetividade. Com efeito, o inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal merece ser interpretado à luz do princípio da máxima efetividade. Aliás, o adjetivo "integral" que acompanha o substantivo "assistência judiciária", no bojo do inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição, revela que a assistência judiciária deve ser ampla, plena, insista-se, "integral", em prol dos respectivos beneficiários, independentemente de estarem patrocinados por defensores públicos, ou não. Sob todos os prismas, as prerrogativas processuais da intimação pessoal e da duplicação dos prazos processuais devem ser conferidas em favor de todos os jurisdicionados beneficiários da assistência judiciária.

#### 16. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA: PRESUNÇÃO RELATIVA DA CARÊNCIA ECONÔMICO-FINANCEIRA À VISTA DE SIMPLES AFIRMAÇÃO

À vista do artigo 4º, caput e § 1º, da Lei nº 1.060, de 1950, basta a "simples afirmação" da carência econômico-financeira no bojo da petição inicial ou em peça avulsa para que o jurisdicionado seja beneficiário da assistência judiciária mediante decisão judicial. A presunção, portanto, é a da hipossuficiência da parte que declara a carência econômico-financeira, "mediante simples afirmação". Trata-se, todavia, de presunção relativa passível de impugnação pela parte adversa, à vista de provas que demonstrem a capacidade econômico-financeira do requerente para pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios, com fundamento no artigo 4º, § 2º, combinado com o artigo 7º, caput, ambos da Lei nº 1.060, de 1950. A propósito da regra e da exceção previstas no artigo 4º da Lei nº 1.060, de 1950, a colenda 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais aprovou, na sessão de 10 de agosto de 2006, o preciso enunciado nº 1: "A assistência judiciária é deferida à pessoa física, mediante a simples afirmação de sua pobreza, ressalvada preexistente prova em contrário e admitido recurso da parte adversa"<sup>34</sup>.

dobrado para recorrer é concedido ao defensor público ou ocupante de cargo público equivalente - Lei 1.060/50 art. 5º, § 5º - não alcançando, por conseguinte e malgrado a relevância do serviço que presta, o defensor vinculado a núcleo de assistência judiciária que não é organizada nem mantida pelo Estado, mas sim, no caso, por faculdade de direito. 2. Não se conhece de apelo intempestivo".

Por fim, à vista dos artigos 5º, 7º e 8º, todos da Lei nº 1.060, de 1950, o juiz que tiver "fundadas razões" que abalem a presunção relativa da hipossuficiência, pode, de ofício, determinar a conversão em diligência, para melhor instrução do pleito assistencial pelo requerente. É o que também estabelece o enunciado nº 39 da Súmula do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

"É facultado ao Juiz exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos, para obter concessão do benefício da gratuidade de Justiça (art. 5º, inciso LXIV, da CF), visto que a afirmação de pobreza goza apenas de presunção relativa de veracidade"<sup>35</sup>.

Na verdade, aqueles preceitos legais também autorizam o juiz a revogar o benefício da assistência judiciária, até mesmo de ofício, como também estabelece o enunciado nº 43 da Súmula do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "Cabe a revogação, de ofício e a qualquer tempo, do benefício da gratuidade de justiça, desde que fundamentada"<sup>36</sup>.

#### 17. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA: PESSOALIDADE DO BENEFÍCIO

O benefício da assistência judiciária é pessoal, individual, apenas em favor da parte hipossuficiente em prol da qual a decisão judicial foi proferida, sem extensão ao respectivo patrono, muito menos ao adversário.

Por conseguinte, na eventualidade de o advogado da parte beneficiária da assistência judiciária recorrer em nome próprio, com fundamento no artigo 23 da Lei nº 8.906, de 1994, deverá recolher antecipadamente as despesas processuais previstas no caput do artigo 511 do Código de Processo Civil, sob pena de o respectivo recurso sofrer juízo negativo de admissibilidade. A propósito, merece ser pres-

<sup>34</sup> Cf. Diário da Justiça de Minas Gerais do dia 31 de agosto de 2006, p. 25.

<sup>35</sup> Cf. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 6, de 2001, registrado sob o nº 2001.146.00006, Órgão Especial do TJRJ, Diário da Justiça de 23 de agosto de 2002, Revista de Direito do TJRJ, volume 55, p. 155.

<sup>36</sup> Cf. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 6, de 2001, registrado sob o nº 2001.146.00006, Órgão Especial do TJRJ, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 23 de agosto de 2002 e na Revista de Direito do TJRJ, volume 55, p. 155.

tigiado o enunciado nº 1 aprovado no Encontro de Desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

"1. A gratuidade de justiça concedida à parte não se estende ao patrono quando seu recurso envolver exclusivamente a fixação ou majoração dos honorários advocatícios de sucumbência"<sup>37</sup>.

À vista do mesmo princípio - da pessoalidade da assistência judiciária -, quando o beneficiário for o vencedor da causa, as despesas processuais e os honorários advocatícios serão pagos pela parte vencida que não seja beneficiária da assistência judiciária. Em outros termos, a dispensa do pagamento das despesas processuais e da verba de patrocínio só alcança a parte sob o pálio da assistência judiciária, mas não o *ex adverso*, à vista do artigo 11 da Lei nº 1.060, de 1950, com o abono do enunciado nº 450 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "São devidos honorários de advogado sempre que vencedor o beneficiário de justiça gratuita".

Por conseguinte, na eventualidade de vitória na causa patrocinada sob o pálio da assistência judiciária, o advogado do beneficiário da assistência judiciária tem direito à verba honorária, a ser paga pela parte contrária. Daí o acerto do enunciado nº 21 da Súmula do extinto Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro: "Não pode ser exigido do advogado declaração de que não receberá honorários, em causas de justiça gratuita"<sup>38</sup>.

## 18. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA: RECORRIBILIDADE

### 18.1. Orientação Predominante

A combinação dos artigos 6º e 7º da Lei nº 1.060, de 1950, revela que tanto o pedido de assistência judiciária quanto o pedido de revogação dos benefícios da assistência judiciária têm natureza jurídica de "incidente". Em contraposição, o artigo 17 estabelece o cabimento de "apelação" da "sentença".

Na tentativa de solucionar a dificuldade gerada pela confusão terminológica existente no bojo da Lei nº 1.060, de 1950, a doutrina e a jurisprudência majoritárias fixaram um critério pragmático

para a recorribilidade da postulação de assistência judiciária, da respectiva impugnação e da revogação da assistência judiciária: quando a postulação, a impugnação ou a revogação da assistência judiciária é resolvida pelo juiz de primeiro grau em autos apartados, cabe recurso apelatório<sup>39</sup>; quando a resolução do juiz se dá nos próprios autos, mediante pronunciamento judicial específico, tem-se que cabível o recurso de agravo<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Conferir, na jurisprudência: "PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AUTOS APARTADOS. IMPUGNAÇÃO. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. 1. É cabível recurso de apelação contra decisão que indefere impugnação a pedido de assistência judiciária gratuita efetuada em autos apartados. Precedentes." (REsp nº 1.000.482/DF - AgRg, 4ª Turma do STJ, Diário da Justiça eletrônico de 19 de maio de 2008, sem os grifos no original). "PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AUTOS APARTADOS. IMPUGNAÇÃO. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. 1. O recurso cabível contra a decisão que indefere impugnação ao pedido de assistência judiciária gratuita, realizada em autos apartados, é a apelação. Precedentes." (REsp nº 772.860/RN, 2ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 23 de março de 2006, p. 160, sem os grifos no original). "PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INDEFERIMENTO. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. ARTIGO 17 DA LEI 1.060/50. 1. Da decisão que indefere pedido de assistência judiciária gratuita, por via de incidente próprio, cabível é o recurso de apelação, e não o de agravo de instrumento. 2. Inteligência do artigo 17 da Lei 1.060/50." (REsp nº 152.465/RS, 6ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 18 de setembro de 2000, p. 165, sem o grifo no original). Assim, ainda na jurisprudência: REsp nº 175.549/SP, 2ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 11 de dezembro de 2000, p. 186; e REsp nº 256.281/AM, 3ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 27 de agosto de 2001, p. 328. Conferir, na doutrina: ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS. Manual de direito processual civil. Volume I, 9ª ed., 2002, p. 776: "A impugnação deve ser formulada em petição própria, que será autuada em separado, sem suspensão do curso da ação (art. 7º, parágrafo único)". "Contra a decisão que julgar a impugnação cabe apelação (art. 17)". Também na doutrina: NELSON NERY JUNIOR e ROSA NERY: "O LAJ 17 prevê o recurso de apelação para a hipótese de o benefício ser postulado em procedimento à parte." (Código de Processo Civil comentado. 4ª ed., 1999, p. 1755).

<sup>40</sup> Conferir, na jurisprudência: "ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. INDEFERIMENTO NOS AUTOS PRINCIPAIS DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RECURSO CABÍVEL. PRECEDENTES. O agravo de instrumento é o recurso cabível contra a decisão que indefere o pedido de assistência judiciária nos autos principais." (REsp nº 156.791/DF - AgRg, 4ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 29 de outubro de 2001, p. 208). Ainda no mesmo sentido: Ag nº 158.247/MG - AgRg, 3ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 3 de agosto de 1998, p. 231: "1. Conforme tem decidido esta Corte, processado o pedido de justiça gratuita nos autos principais, o indeferimento do mesmo enseja a interposição de agravo de instrumento por se cuidar de decisão interlocutória". Também no mesmo diapasão: "PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DEFE

<sup>37</sup> Cf. Aviso nº 94, de 2010.

<sup>38</sup> Cf. Diário Oficial do Rio de Janeiro de 14 de maio de 1996, p. 192.

À vista do critério predominante na doutrina e na jurisprudência, cabe recurso de apelação sempre que o juiz de primeiro grau resolver a postulação, a impugnação e a revogação da assistência judiciária em autos apartados. Julgadas, entretanto, a postulação, a impugnação e revogação nos próprios autos do processo, mediante pronunciamento incidental específico do juiz de primeiro grau, cabe o recurso de agravo previsto no artigo 522 do Código de Processo Civil.

Ainda que muito respeitável o critério discretivo predominante na doutrina e na jurisprudência, subsiste a séria contradição entre os termos dos artigos 6º, 7º e 17 da Lei nº 1.060, de 1950, ainda mais quando os preceitos são combinados com o artigo 162, § 2º, do Código de Processo Civil vigente, porquanto, a rigor, "incidente" é resolvido mediante decisão interlocutória agravável, e não por meio de "sentença" que desafia "apelação".

Não obstante, prevalece a orientação contrária à aplicação da fungibilidade recursal<sup>41</sup>, ao fundamento de que o erro de interposição é grosseiro, tendo em vista o disposto no artigo 17 da Lei nº 1.060, de 1950.

## 18.2. Crítica à Opinião Predominante

Expostas as orientações predominantes ao longo do tópico anterior, com a sustentação do cabimento do recurso de apelação

quando a postulação, a impugnação e a revogação da assistência judiciária são processadas em autos apartados, sem ao menos prestigiar a fungibilidade recursal diante da interposição do recurso de agravo, é importante registrar a existência de tese divergente tanto em relação ao recurso cabível quanto em relação ao princípio da fungibilidade recursal.

Com efeito, autorizada doutrina<sup>42</sup> sustenta o cabimento do recurso de agravo, tendo em vista a natureza interlocutória da decisão, proferida nos próprios autos ou em autos apartados, porquanto a postulação é sempre mero incidente em relação ao processo.

Ademais, diante da confusão terminológica existente na Lei nº 1.060, o princípio da fungibilidade recursal deveria ser aplicado, a fim de que tanto a apelação quanto o recurso de agravo do artigo 522 sejam admitidos, processados e conhecidos pelo tribunal de segundo grau competente<sup>43</sup>.

Ainda que vencida, prestigia-se, *ad argumentandum tantum*, a tese divergente, tanto em relação ao cabimento do recurso de agravo quanto em relação ao princípio da fungibilidade, em razão da dúvida objetiva proveniente da contradição dos termos existentes nos artigos 6º, 7º e 17 da Lei nº 1.060, de 1950. A rigor, o recurso de apelação só deveria ser cabível na seguinte hipótese: quando o incidente acerca da assistência judiciária é resolvido na mesma oportunidade em que há o julgamento da demanda, no bojo da única sentença passível de apelação.

DEFERIMENTO. AUTOS PRINCIPAIS. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. A concessão ou não, de plano, de pedido de assistência judiciária, nos autos principais, desafia a interposição de agravo de instrumento e não apelação. Violação ao art. 17, da Lei nº 1.060/50 não acolhida. Precedentes." (REsp nº 195.084/PA, 6ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 12 de abril de 1999, p. 215). No mesmo diapasão, acórdão da relatoria do Desembargador Professor GALENO LACERDA: "Assistência judiciária. Recurso cabível. Contra decisão interlocutória que a concede nos próprios autos da ação, o recurso cabível é o agravo de instrumento, e não a apelação." (AI nº 586059131, 3ª Câmara Cível do TJRS, Revista de Processo, volume 53, p. 231). Ainda a respeito do pedido de assistência judiciária, o Professor ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS igualmente sustenta que, "ocorrendo de o juiz indeferi-lo no curso do processo, o recurso próprio é o agravo." (Manual. Volume I, 9ª ed., 2002, p. 775). Conferir, também na doutrina: NELSON NERY JUNIOR e ROSA NERY: "Se o pedido é feito no meio de outro processo, o deferimento ou indeferimento da postulação se dá por decisão interlocutória, que desafia o recurso de agravo de instrumento." (Código. 4ª ed., 1999, p. 1.755).

<sup>41</sup>Conferir, por todos: REsp nº 780.637/SP, 4ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 28 de novembro de 2005, p. 317.

<sup>42</sup>A despeito da literalidade do art. 17 da LAJ, contra a decisão de primeiro grau de jurisdição que denega a concessão da justiça gratuita ou que julga improcedente a impugnação manejada pela parte adversária, cabe agravo de instrumento, por se tratar de típica decisão interlocutória. A expressa previsão do recurso de apelação contra qualquer decisão que aplica a LAJ (art. 17) tem causado sérias discussões doutrinárias e jurisprudenciais". "Entendemos, contudo, que, contra as decisões de primeiro grau, haja autuação apartada ou não, é cabível o recurso de agravo de instrumento." (FREDIE DIDIER JR. e RAFAEL OLIVEIRA. Benefício da justiça gratuita: aspectos processuais da Lei de Assistência Judiciária. 2004, p. 42, 43 e 44).

<sup>43</sup>De acordo, na jurisprudência: REsp nº 118.890/MG, 6ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 22 de março de 1999, p. 261. Em sentido conforme, na doutrina: "De todo modo, é caso de aplicação do princípio da fungibilidade recursal, em razão da dúvida objetiva quando ao cabimento do recurso." (FREDIE DIDIER JR. e RAFAEL OLIVEIRA. Benefício da justiça gratuita: aspectos processuais da Lei de Assistência Judiciária. 2004, p. 44).



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume I, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994.

DIDIER JR, Fredie; e OLIVEIRA, Rafael. Benefício da justiça gratuita: aspectos processuais da Lei de Assistência Judiciária. Salvador, Editora *JusPodivm*, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, *habeas data*. 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995.

NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor, 37ª ed., Saraiva, São Paulo, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; e NERY, Rosa. Código de Processo Civil comentado. 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. Volume I, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006; e Volume III, 10ª ed., 2006.

## A EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE DE PENHORA DE BEM IMÓVEL DE ELEVADO VALOR À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Cristiano Chaves de Farias\*

**Sumário:** 1. A teoria do patrimônio mínimo concretizando a dignidade da pessoa humana no âmbito do bem de família; 2. A Lei n.11.382/06 e a regra de penhora de bens móveis pelo valor médio; 3. A (im?) possibilidade de penhora de bens imóveis de elevado valor ou que ultrapassem o padrão médio de vida digna; 4. Em busca de um critério para a penhora de bem imóvel único de elevado valor: o uso da técnica de ponderação; 5. Notas conclusiva (à guisa de arremate); Referências.1.

*"Eu quero uma casa no campo  
Onde eu possa ficar no tamanho da paz...  
Onde eu possa plantar meus amigos  
Meus discos e livros  
E nada mais"  
(Zé Rodrix e Tavito, Casa no campo)*

### 1. A teoria do patrimônio mínimo concretizando a dignidade da pessoa humana no âmbito do bem de família

Historicamente, as relações privadas foram enxergadas com a ótica da orientação liberal predominante na Revolução Francesa, ful-

\* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Mestre em Ciências da Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador - UCSal. Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito (graduação e pós graduação) e do Curso JusPODIVM - Centro Preparatório para as carreiras jurídicas. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM

crando a sua base sólida na proteção patrimonial. Exemplo nítido é a proteção à propriedade privada e à obrigatoriedade do cumprimento dos contratos, sedimentada no velho *pacta sunt servanda*. Como não lembrar da máxima "contratou, tem de cumprir, pois o contrato faz lei entre as partes"...

Com a definição de uma nova tábua axiomática pela Constituição da República de 1988, promovendo idéias sociais, no entanto, impõe-se uma releitura dos institutos clássicos (fundamentais) do estatuto patrimonial das relações privadas, funcionalizando-os para a promoção da *dignidade da pessoa humana e da solidariedade social*, além da impositiva *igualdade substancial*, afirmadas constitucionalmente (arts. 1º, III, 3º e 5º). Em outras palavras, vem se empreendendo elevado esforço no sentido de recuperar a preponderância da pessoa em relação ao patrimônio, abandonando o caráter neutro e despreocupado do ordenamento jurídico, para o aproximar da realidade social brasileira.

Em outras palavras, a partir dos novos valores que permeiam a ordem jurídica brasileira, a partir da legalidade constitucional, é imperioso *despatrimonializar* as relações jurídicas, sendo mister afirmar o ser sobrepujando o ter. Em obra pioneira, dando suporte teórico a esta teoria, LUIZ EDSON FACHIN, um dos mais importantes civilistas da atualidade, esclarece que "*a proteção de um patrimônio mínimo vai ao encontro dessas tendências (de despatrimonialização das relações civis), posto que põe em primeiro plano a pessoa e suas necessidades fundamentais*".<sup>1</sup>

De fato, a proteção da pessoa humana é o fim almejado pela tutela jurídica e não o meio. Assim, as regras jurídicas criadas para as mais variadas relações intersubjetivas devem assegurar permanentemente a *dignidade da pessoa humana*. Para tanto, é necessário ultrapassar as fronteiras dos direitos da personalidade para buscar, também nos direitos patrimoniais, a afirmação da proteção funcionalizada da pessoa humana.<sup>2</sup>

Enfim, relacionando a garantia de um mínimo patrimonial à dignidade da pessoa humana, percebe-se o objetivo almejado pela Constituição da República no sentido de garantir a erradicação da

pobreza e a redução das desigualdades sociais, *funcionalizando* o patrimônio como um verdadeiro instrumento de cidadania e justificando a separação de uma parcela essencial, básica, do patrimônio para atender às necessidades elementares da pessoa humana.

É o chamado *mínimo existencial*, revelando um dos aspectos concretos, práticos, da afirmação da dignidade da pessoa humana.

Através do reconhecimento de um direito ao patrimônio mínimo, institutos antes vocacionados, exclusivamente, à garantia do crédito são renovados, rejuvenescidos, e utilizados na proteção da pessoa humana, como um aspecto essencial para o reconhecimento de sua dignidade.

Exemplos contundentes da proteção ao patrimônio mínimo da pessoa humana podem ser apresentados com a proteção *ao bem de família* (Lei n.8.009/90), com o *óbice da prodigalidade*, vedada a doação da totalidade do patrimônio, sem que se resguarde um mínimo (CC, art. 548) e com a previsão da *impenhorabilidade de determinados bens* (CPC, art. 649), reconhecendo como necessária a preservação de um mínimo de patrimônio para o desenvolvimento das atividades humanas.

É preciso alertar para o fato de que o eventual rol de exemplos não é exauriente, dependendo do caso concreto para que seja delimitada a extensão do patrimônio mínimo da pessoa humana, a partir da colisão entre valores patrimoniais destinados à garantia do crédito e valores patrimoniais vocacionados à proteção das situações existenciais, exigindo importante atuação interpretativa e construtiva.<sup>3</sup> Anuindo a estes argumentos, ROBERTO SENISE LISBOA reconhece "que a liberdade de adquirir bens é relativa e, por vezes, inexistindo para inúmeras pessoas na sociedade, deve-se buscar uma definição de quais bens são indispensáveis para as necessidades básicas das pessoas". E conclui buscando inspiração em CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, asseverando que "*não se pode admitir pessoa humana sem patrimônio*".<sup>4</sup>

Forçoso afirmar, ainda, que esse reconhecimento de um patrimônio mínimo à pessoa humana não pode estar limitado à situação econômica ou social do titular. Trata-se de conceito universal, devendo ser funcionalizado a cada caso, protegendo cada uma das pesso-

<sup>1</sup> FACHIN, Luiz Edson, cf. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, cit., p. 11-2.

<sup>2</sup> As idéias aqui apresentadas são desenvolvidas, com maior amplitude, em FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Direito Civil: Teoria Geral*, cit., p.358, para onde se remete o leitor.

<sup>3</sup> A idéia é provocada de forma instigante por GUSTAVO TEPEDINO no prefácio da obra de LUIZ EDSON FACHIN, cf. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, cit., s/p.

<sup>4</sup> LISBOA, Roberto Senise, cf. *Manual Elementar de Direito Civil*, cit., p. 116.

as humanas para que venha a desempenhar suas atividades dignamente. É possível sofrer variação, portanto, de acordo com as circunstâncias pessoais de cada titular. De fato, o conceito de dignidade humana não é estanque, imutável, devendo ser talhado na concretude, buscando dinâmica nos fatos reais que tocam a cada pessoa. Já se teve mesmo a oportunidade de afirmar, em sede jurisprudencial, que "... o conceito de vida digna é subjetivo, todavia deve ser apreciado no contexto em que ela é exercida, considerando-se o padrão social do devedor" (TJ/SC, Ag. Instr. 96.0026707-0 - comarca de Criciúma, Ac. 1a Câm. Cív., rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 5.11.96).

Volvendo a visão para o campo da atividade executória, infere-se a necessidade de harmonização da regra da *responsabilidade patrimonial do devedor com a garantia de um patrimônio mínimo* como materialização do direito à vida digna, em cada caso concreto.

Nessa ordem de idéias é que se propõe não poder o patrimônio ser um fim em si mesmo, exigida uma funcionalização do mínimo essencial para a proteção da pessoa humana que o estiver titularizando. Por isso, este mínimo não tem cifra mensurável,<sup>5</sup> dependendo do caso concreto para ser delimitado.

## 2. A Lei n.11.382/06 e a regra de penhora de bens móveis pelo valor médio

É certo e incontroverso que a regra geral de nosso sistema é impenhorabilidade do *imóvel que serve de lar para a pessoa humana e a sua família e dos bens móveis que guarnecem este lar*, como se depreende da simples - e ainda que perfunctória - leitura do Parágrafo Único do art. 1º da Lei n.8.009/90,<sup>6</sup> a conhecida Lei do bem de família.

Trilhando pelas pegadas do citado dispositivo, o inciso II do art. 649 do Código de Processo Civil, com a redação emprestada pela Lei n.11.382/06, confirma a impenhorabilidade dos bens móveis e utilidades domésticas, porém implanta uma significativa alteração na regra da sua impenhorabilidade. Giza *in litteris*:

CPC, art. 649:

"São absolutamente impenhoráveis:

<sup>5</sup> É o que propõe LUIZ EDSON FACHIN, cf. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, cit., p. 300.

<sup>6</sup> O Parágrafo Único do art. 1º da Lei n.8.009/90 estende a proibição de penhora a "todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados". Em seqüência bastante lógica e coerente, o art. 2º do mesmo Diploma Legal exclui da impenhorabilidade, no entanto, os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

(...)

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

Pois bem, com o advento da referida norma legal, é inexorável a conclusão de que a *impenhorabilidade do bem de família legal*, no que tange aos bens móveis que guarnecem o lar (protegidos pela sistemática da Lei n.8.009/90), somente alcança o que for necessário para manter um *padrão médio de vida digna*, consoante orientação do art. 649 do Código de Processo Civil.

Trata-se, é certo, da *concretização da teoria do patrimônio mínimo*, consagrando que a efetiva proteção de lei deve se dirigir ao que é necessário para viver dignamente, não podendo, nessa medida, proteger bens supérfluos. Aliás, em se tratando de bem de elevado valor não se justificaria a proteção por já não mais encontrar fundamento na tutela da dignidade do titular.

Ou seja, o dispositivo processual indicado louva-se, a toda evidência, na teoria do patrimônio mínimo, conectando-se, diretamente, na dignidade da pessoa humana, resguardada constitucionalmente.

Em sendo assim, é possível promover a penhora dos utensílios e bens móveis de elevado valor ou que ultrapassem o que é necessário para manter um padrão médio de vida.

Por evidente, somente em cada caso concreto será possível inferir qual é o padrão médio de cada pessoa, de modo a reconhecer se os seus bens são, ou não, de padrão médio. Nesse diapasão, sublinha ELPÍDIO DONIZETTI que, não havendo parâmetros indicados no texto legal, "cabe ao juiz, em face do caso concreto, sobretudo levando-se em conta as condições das pessoas envolvidas na execução, definir o que deva ser excluído da impenhorabilidade". E arremata o emérito magistrado mineiro: "um frigobar, instalado na suíte do casal, é penhorável; a geladeira de médio padrão, que guarnece a cozinha da residência, não o é".<sup>7</sup> Em sede doutrinária, advoga-se, também, a possibilidade de penhora de aparelhos de ar condicionado que são verdadeiras peças de *design*, móveis antigos que se transformam em peças de decoração, faqueiro de prata e adega climatizada, dentre outros bens.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> DONIZETTI, Elpidio, cf. *O novo processo de execução*, cit., p. 262.

<sup>8</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarano; OLIVEIRA, Rafael, cf. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p.552.

### 3. A (im?)possibilidade de penhora de bens imóveis de elevado valor ou que ultrapassem o padrão médio de vida digna

Segundo disposição expressa do texto legal mencionado (CPC, art. 649), a possibilidade de penhora de bens de elevado valor se restringe aos *móveis*, não alcançando os imóveis, que restariam protegidos integralmente, mesmo que de elevado valor.

A conclusão decorre de veto presidencial apresentado nos seguintes termos: "o projeto de lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais liberais. Na sistemática do projeto de lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até vinte salários mínimos líquidos. Acima deste valor, quarenta por cento poderá ser penhorado. A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, da remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. 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 n.8.009/90, 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 vultoso da controvérsia sobre a matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito, mediante o veto ao dispositivo".

Dessa maneira, apesar de reconhecer a *razoabilidade do projeto de lei*, com esteio na *tradição jurídica* entendeu o Presidente da República que o imóvel que serve como bem de família deve ser considerado absolutamente impenhorável, independentemente de seu valor.

Todavia, buscando uma interpretação principiológica, partindo da força normativa dos princípios (e, em especial, dos princípios constitucionais), é de se refletir quanto à garantia de acesso à ordem jurídica justa e efetiva, decorrente do art. 5º, XXXV, da *Lex Mater*, e

com isso, aventar a possibilidade de penhora de imóveis (ou mesmo salários) de elevado valor.

É que, não havendo outros bens penhoráveis (móveis ou imóveis) pertencentes ao devedor, restará inviabilizada a tutela jurisdicional, caso não seja possível ao credor penhorar um imóvel de elevado valor do executado, o que, a toda evidência, excede o conceito de padrão médio de vida digna. Nesse caso, ao cancelar a proteção do vultoso patrimônio de um devedor abastado, o Estado estará abandonando o credor, deixando-o à míngua, com a frustração de seu crédito, apesar do devedor possuir um vasto patrimônio.<sup>9</sup>

Endossando a tese, SÉRGIO CRUZ ARENHART assevera que "não havendo outros bens penhoráveis, o impedimento de penhora de tais bens (imóveis de alto valor) inviabilizaria a tutela do credor, em manifesta ofensa à garantia do amplo acesso à Justiça".<sup>10</sup>

Acrescente-se a isso que não haverá, na hipótese de penhora de imóvel de elevado valor, afronta à garantia de proteção de patrimônio mínimo (e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa do devedor) por conta de seu valor elevado e, igualmente, porque será resguardado para o executado um mínimo necessário à manutenção de um padrão médio de vida, dedicando-se a ele uma parcela do valor apurado.

Não é despidiando encalamistrar, inclusive, que a penhora de bens imóveis de alto valor independe do veto presidencial e, por conseguinte, da ausência de norma legal. É que o fundamento, a *ratio essendi*, da possibilidade de penhora de imóveis (e de salários, via de conseqüência) de elevado valor reside na aplicação direta de princípios constitucionais, em especial a efetivação da dignidade da pessoa humana, da efetividade da atuação jurisdicional e da razoabilidade.

No que tange à *proteção avançada da dignidade humana*, não se olvide a necessidade de uma compreensão ampla, levando em conta não somente a dignidade do devedor, mas, por igual, a dignidade do credor. Ademais, em se tratando de imóvel de vultoso valor, não se

<sup>9</sup> Com o mesmo pensar, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART ponderam que "ao cancelar a intangibilidade do patrimônio do devedor rico, o Estado abandona o cidadão sem fundamentação constitucional bastante", cf. *Execução*, cit., p.256.

<sup>10</sup> ARENHART, Sérgio Cruz, cf. "A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários", cit., p.529.

pode afirmar que a sua intangibilidade decorreria da dignidade de seu titular.<sup>11</sup>

Por outro turno, é fácil perceber que obstar a penhora de bens de alto valor viola, frontalmente, a *efetividade da prestação jurisdicional*, na medida em que se confere proteção insuficiente ao direito fundamental (e constitucionalmente assegurado - CF, art. 5º, XXXV) de ação, impedindo a sua efetividade.<sup>12</sup>

Outrossim, a proibição de penhora de bem imóvel de elevado valor afronta a *razoabilidade* por não guardar proporcionalidade entre o bem jurídico salvaguardado (o direito a um patrimônio vasto, excedendo o limite do necessário a um padrão médio de vida digna) e o bem jurídico sacrificado (a pretensão do credor).<sup>13</sup> Não é razoável permitir que o devedor mantenha um alto padrão de vida, com conforto e comodidade excessivos, em detrimento de seus credores que, não raro, sofrem um comprometimento de sua dignidade.<sup>14</sup>

Em síntese apertada, porém completa, é lícito asseverar que a impenhorabilidade de determinados bens (CPC, art. 649) tem como limite a proteção da dignidade da pessoa do devedor, sem sacrifício da dignidade do credor, limitando-se, então, aos bens necessários à manutenção de um padrão médio de vida digna, inclusive no que tange aos bens imóveis.

<sup>11</sup> Até porque "a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais", como consignou o Tribunal Constitucional da Espanha, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang, cf. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, cit., p.42.

<sup>12</sup> "O impedimento de penhora de tais bens obstaculiza a tutela prometida pelo direito material e, por conseqüência, o exercício efetivo do direito fundamental de ação ou à tutela jurisdicional efetiva", MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, cf. *Execução*, cit., p.256.3

<sup>13</sup> Não se ignore, inclusive, que o próprio veto presidencial chegou a afirmar ser "difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar", o que é perfeitamente aplicável aos bens imóveis de alto valor e que, por conseguinte, não podem ser enquadrados na proteção do patrimônio mínimo.

<sup>14</sup> Na doutrina lusitana, José Alberto dos Reis detectou a existência de um "desequilíbrio manifesto entre o interesse do credor e do devedor", ao se permitir a este "manter o seu teor de vida", apesar de "não pagar aos credores as dívidas que contraiu", *apud* NEVES, Daniel Amorim Assumpção, cf. *Reforma do CPC 2*, cit., p.202.

Em se tratando, pois, de bem imóvel de elevado valor, é possível a sua penhora, de modo à satisfação do crédito, resguardando ao devedor um valor mínimo, básico, necessário à aquisição de um imóvel de valor médio para um padrão de vida digna.

Por isso, acertadamente, o Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais já reconheceu a penhorabilidade de imóvel residencial de alto valor econômico:

"BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE - LEI 8.009/90 - IMÓVEL EM BAIRRO NOBRE - INCIDÊNCIA DA CONSTRUÇÃO - RESGUARDAR AO DEVEDOR NA ARREMATACÃO O VALOR DE UM IMÓVEL MÉDIO - POSSIBILIDADE.

A Lei 8.009/90 de cunho eminentemente social, tem por escopo resguardar a residência do devedor e de sua família, *assegurando-lhes condições dignas de moradia*; mas não pode o devedor servir-se do instituto do bem de família como meio para frustrar legítima pretensão de seus credores, subtraindo da execução imóvel de ELEVADO VALOR, situado em bairro nobre, e como tal pode e deve ser ele objeto do arresto; devendo, no entanto, extrair, quando da venda ou arrematação, um VALOR que proporcione ao executado a aquisição de um imóvel de porte médio, no mesmo município de sua localização, *capaz de assegurar ao devedor e à sua entidade familiar condições de sobrevivência digna, mas sem suntuosidade.*"

(TJ/MG, Ac.11ªCâm.Cív., AgInstr. 1.0024.06.986805-7/005(1) - comarca de Belo Horizonte, rel. Des. Duarte de Paula, j.5.3.08, DJMG 19.3.08).

É claro que o conceito de *elevado valor* somente pode ser alcançado no caso concreto, ponderando-se os mais diversos fatores intrínsecos a cada pessoa.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> É o que já defendemos em outra sede, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Direito Civil: Teoria Geral*, cit., p.362.

A outro giro, também é conveniente registrar que a possibilidade de penhora do bem imóvel único de alto valor depende da comprovação de absoluta ausência de outros bens penhoráveis, apresentando-se, pois, com evidente feição residual.

Pelo fio do exposto, a partir dessa aplicação direta de princípios constitucionais, nota-se a possibilidade de, em casos concretos (e nunca abstratamente!), penhorar o imóvel único de elevado valor, pertencente ao devedor.

#### 4. Em busca de um critério para a penhora de bem imóvel único de elevado valor: o uso da técnica de ponderação

Admitida, ainda que excepcionalmente, a penhora de imóvel único de elevado valor, com base em aplicação direta de valores constitucionais, resta uma dúvida: qual o critério a ser utilizada, em cada caso concreto, para que se permita esta penhora?

Pois bem, a resposta a esta indagação perpassa, a nosso visto, pela técnica de ponderação de interesses, equilibrando os diferentes valores presentes (a proteção do patrimônio mínimo do devedor e o direito à realização de seu direito material e o acesso à ordem jurídica justa e efetiva do credor).

É que a técnica clássica de aplicação da norma jurídica através de subsunção - desenvolvida por um raciocínio lógico e padrão, através do qual a premissa maior, que é a norma, incide sobre a premissa menor, que é o fato cotidiano, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto - não é suficiente para lidar com as situações que envolvem colisão (concreta ou potencial) de direitos fundamentais, constitucionalmente contemplados. Assim, como consequência da natural exigência de uma interpretação conforme a Constituição, é necessária a utilização de técnicas capazes de produzir soluções que, operando multidirecionalmente, respeitem os mais diversos valores fundamentais presentes em cada conflito de interesses. A ponderação de interesses, assim, é uma técnica utilizada para dirimir tensões estabelecidas em razão do entrechoque de diferentes valores em casos concretos.

Certamente, a resolução de certos conflitos valorativos, como o que se apresenta no caso *sub oculis*, não mais se sustenta pelos critérios clássicos estabelecidos, como os pouco eficientes e insuficientes "norma posterior revoga a anterior" e "norma especial revoga a

geral", dentre outros.<sup>16</sup> Especialmente na nova estrutura jurídica descortinada pela Constituição da República, que afirma a cidadania como valor superior e intangível. Nesse desenho, surge a ponderação de interesses como critério seguro para tais tensões, sempre partindo da premissa de que não existem valores absolutos em um sistema democrático.

A técnica de ponderação de interesses é verdadeira técnica de decisão, utilizada quando há colisão de princípios, importando, em nível prático, na superação à tradicional técnica de subsunção. Nesse ponto, bem explica MANOEL JORGE E SILVA NETTO, partindo da premissa de que os valores impressos em um sistema são heterodoxos e muitas vezes conflitantes, que "a clássica operação de subsunção (premissa maior = enunciado normativo; premissa menor = fatos; consequência = aplicação da norma ao caso concreto) não é satisfatória para desvendar a solução mais adequada para a hipótese, simplesmente porque o sistema constitucional torna possível a escolha por duas ou mais normas que são conflitantes entre si".<sup>17</sup>

Entenda-se: a ponderação dos interesses é técnica disponibilizada para a solução dos conflitos normativos, devendo ser sopesados para que se descubra qual dos valores colidentes em cada caso merece respeito e salvaguarda. Com FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO, "a 'lei da ponderação' contém o seguinte enunciado: 'o cumprimento de um princípio depende da importância do outro; o peso de um princípio não pode ser determinado de modo absoluto, pois o discurso apenas pode versar sobre os pesos relativos'".<sup>18</sup>

Cuidando especificamente da possibilidade de penhora de bem imóvel de elevado valor, infere-se, com tranquilidade e segurança,

<sup>16</sup> A ponderação é uma técnica de decisão que se presta, portanto, para solucionar conflitos estabelecidos no caso concreto "que não puderam ser resolvidos pelos elementos clássicos da hermenêutica jurídica (semântico, lógico, histórico, sistemático ou teleológico) nem pela moderna hermenêutica constitucional", nas palavras de ANA PAULA DE BARCELLOS, cf. "Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional", cit., p. 117.

<sup>17</sup> SILVA NETTO, Manoel Jorge e, cf. Curso de Direito Constitucional, cit., p.97-8.

<sup>18</sup> MIRANDA NETTO, Fernando Gama de, cf. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*, cit., p. 113. E conclui o autor: "cuida-se, a bem ver, de revelar as razões da preferência de um princípio (*rectius*: interesse) em detrimento de outro. Em outras palavras: trata-se de saber o porquê de um interesse ter sido considerado mais valioso em determinado caso".

que, afastadas as soluções apriorísticas (que, certamente, permitiriam desequilíbrio de valores constitucionais em determinadas hipóteses), o magistrado deverá, em cada caso concreto, ponderar qual dos valores vigentes merece proteção.

Deve, assim, o juiz considerar se, à luz da casuística, merece proteção a intangibilidade do imóvel do devedor ou o direito perseguido pelo credor, harmonizando as garantias constitucionais. Por isso, permitir a penhora em uma determinada ação não implicará no necessário deferimento da conção em outra demanda, cujos valores em disputa não sejam os mesmos e cujas partes também não sejam as mesmas.

Ou seja, impõe-se ao magistrado analisar a conveniência, razoabilidade e cabimento de cada penhora, ponderando os interesses em jogo, de modo a garantir a responsabilização patrimonial do devedor, sem sacrificar, no entanto, a sua dignidade. Já há, inclusive, precedente de extrema importância em nossa jurisprudência:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA QUE RECAI SOBRE UM APARELHO DE TELEVISÃO 20 POLEGADAS E UMA MAQUINA DE LAVAR ROUPAS. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA. 1. A possibilidade de conção deve ser analisada caso a caso, cotejando-se o princípio da responsabilidade patrimonial e a necessidade de se preservar o mínimo existencial, que abrange inclusive o conforto mínimo e o acesso ao lazer da família do devedor. 2. Hipótese em que a venda de tais bens, a despeito de elevado prejuízo ao executado, não cobriria de forma substancial o débito, não alcançando 30% do valor exequendo." (Primeira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do TJ/RS, Recurso Cível N° 71001892470 - comarca de Novo Hamburgo, rel. Juíza Vivian Cristina Angonese Spengler, j. 30.4.09)

## 5. Notas conclusivas (à guisa de arremate)

Nessa linha de intelecção, já se permite apresentar, como inenarrável conclusão dessas linhas que, malgrado o veto presidencial, o respeito à efetivação da norma constitucional reclama uma compreensão das diretrizes do art. 649 do Código Instrumental à luz da dignidade da pessoa humana, da efetividade da prestação jurisdicional e da razoabilidade.

Bem por isso, sobreleva harmonizar os interesses do credor-exequente (de efetivação do seu direito e de obtenção de uma tutela jurisdicional justa, adequada, célere e efetiva) com as garantias mínimas do devedor-executado (a proteção à sua dignidade e o seu direito a um patrimônio mínimo, como expressão dessa dignidade). Por isso, "a percepção do significado humano e político das impenhorabilidades impõe uma interpretação teleológica das disposições contidas nos arts. 649 e 650 do CPC, de modo a evitar, de um lado, sacrifícios exagerados e, de outro, exageros de liberalização; a legitimidade dessas normas e de sua aplicação está intimamente ligada à sua interseção em um plano de indispensável equilíbrio entre os valores da cidadania, inerentes a todo o ser humano, e os da tutela jurisdicional prometida constitucionalmente, ambos dignos de maior realce na convivência social, mas nenhum deles capaz de conduzir à irracional aniquilação do outro", conforme a bela reflexão de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO.<sup>19</sup>

Bem por isso, infere-se a possibilidade (excepcional) de penhora de bens imóveis de elevado valor, não havendo outros bens idôneos à satisfação do crédito, resguardando-se um valor mínimo para que o devedor possa manter um padrão médio de vida digna, através da utilização da técnica de ponderação de interesses em cada caso.

Até porque, lembrando de propícia passagem musical, *eu queria ter na vida, simplesmente, um lugar de mato verde para plantar e para colher, ter uma casinha branca de varanda, um quintal e uma janela para ver o sol nascer...*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ARENHART, Sérgio Cruz. "A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários". In ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JÚNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIBER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (coord.). *Direito Civil e Processo*: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, São Paulo: RT, 2007.

<sup>19</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, cf. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., p.342.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, vol. 1.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ªed. São Paulo: RT, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. "Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional", In BARROSO, Luís Roberto (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, Salvador: JusPodivm, 2009, vol.5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 2004, vol.4.

DONIZETTI, Elpídio. *O novo processo de execução*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*, 6ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria crítica do Direito Civil*, 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual Elementar de Direito Civil*, 2ªed. São Paulo: RT, 2002, vol. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, São Paulo: RT, 2007.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção et alli. *Reforma do CPC 2*, São Paulo: RT, 2007.

SILVA NETTO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, 4ªed. São Paulo: Método, 2008, vol.1.



## **A NOVA DOGMÁTICA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: O ADVENTO DA REPERCUSSÃO GERAL E O OCASO DO PREQUESTIONAMENTO<sup>1</sup>**

Fábio Lima Quintas\*

1. INTRODUÇÃO. 2. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO NUMA PERSPECTIVA DA TÉCNICA PROCESSUAL. 2.1. Prequestionamento. 3. O PAPEL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (UMA APROXIMAÇÃO INSTITUCIONAL SOBRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). 4. A REPERCUSSÃO GERAL COMO O REQUISITO INTRÍNSECO DE ADMISSIBILIDADE. 5. CRÍTICA À EXIGÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO SUBMETIDO AO REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL. 6. CONCLUSÃO. 7. BIBLIOGRAFIA

RESUMO. Com o advento da repercussão geral da questão constitucional (§3º do art. 102 da CF, introduzido pela EC 45/2004), abre-se nova perspectiva para o recurso extraordinário, a partir da reafirmação do papel do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional e da compreensão ampliada dos escopos político e social do processo (para além da tutela do interesse privado). A repercussão geral surge como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que impõe repensar as demais regras de cabimento desse re-

---

\* Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da UnB. Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Processo Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Advogado.

<sup>1</sup> Dados para citação: Quintas, Fábio Lima. A nova dogmática do recurso extraordinário: o advento da repercussão geral e o ocaso do prequestionamento. In: Revista de Direito Público. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, nº 22, jul-ago/2008. pp. 7-23.

curso. Em particular, defende-se que a instituição da repercussão geral representa o fim do prequestionamento.

Palavras-chaves: Recurso Extraordinário - Repercussão geral - Supremo Tribunal Federal - Prequestionamento

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 previu o recurso extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, como meio de impugnação de decisões de última ou única instância que afrontassem a Constituição (art. 102, inciso III).

A previsão constitucional do instituto, no entanto, remonta à Constituição Republicana de 1891 (art. 59, § 1º), estando, daí em diante, reproduzida em todas as Constituições vindouras: de 1934 (art. 76, item 2, alínea III); de 1937 (art. 101, inciso III); de 1946 (art. 101, inciso III); de 1967 (art. 114, inciso III); e de 1977, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 119, inciso III).

Conquanto tenha havido diferentes redações (e a Constituição de 1988 tenha restringido o cabimento do recurso extraordinário às hipóteses de violação constitucional, ante a criação do Superior Tribunal de Justiça, enfatizando a feição do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional), a dogmática do recurso extraordinário, notadamente no que tange aos requisitos de admissibilidade, não sofreu abruptas modificações ao longo das Constituições (com a necessária ressalva da arguição de relevância da questão federal, instituída pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977).

Ao revés (e excetuando o hiato representado pela arguição de relevância), identifica-se a construção de uma jurisprudência coesa. Basta, para tanto, observar a atualidade dos enunciados da súmula do Supremo Tribunal Federal sobre recurso extraordinário, dos idos de 1963, como os que tratam do prequestionamento: o de nº 282<sup>2</sup> e o de nº 356<sup>3</sup>.

Na história do recurso extraordinário, há de reconhecer-se que a sua técnica - submetida aos influxos de uma concepção atomista e privatista do processo civil, bem como da necessidade de criação de uma jurisprudência defensiva pelos Tribunais Superiores - consolidou-se sobre a premissa (nem sempre explicitada) de que o recurso era sobretudo da parte (a serviço da tutela do interesse privado), servindo subsidiariamente à tutela do ordenamento jurídico. Por isso, a

necessidade de criação de mecanismos de rejeição do recurso (independentemente de seu mérito ou relevância).

Com o advento da repercussão geral da questão constitucional como requisito para sua admissibilidade (§3º do art. 102 da CF, introduzido pela EC 45/2004), abre-se nova perspectiva para esse apelo.

É certo que esse dispositivo é inserido no nosso ordenamento jurídico constitucional em face do clamor pela celeridade e racionalização da prestação jurisdicional, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em específico<sup>4</sup>. Mas circunscrever a análise da repercussão geral a esse aspecto é, sem dúvida, apequenar o instituto (essa visão apequenada da repercussão geral, como voltada à diminuição do acervo de processos do Supremo Tribunal Federal tem justificado o equívoco de identificar o instituto com a famigerada arguição de relevância da questão federal).

Em vista da afirmação do papel do Supremo Tribunal Federal no desenvolvimento da jurisdição constitucional no País, nesses 20 anos desde a promulgação da Constituição de 1988, o interesse privado exposto no recurso extraordinário deve ser visto como um veículo do interesse público, de garantia da supremacia da Constituição. Isso porque a via do extraordinário é apta a dar ensejo à definição de questões jurídico-constitucionais complexas e controvertidas, gestadas no rico processo subjetivo (em que a realidade se apresenta mais concreta e variada para o Judiciário do que no controle abstrato).

Do ponto de vista metodológico, essa breve aproximação sobre o tema já permite expor a concepção que deve orientar a investigação sobre a repercussão geral e seus impactos na técnica do recurso extraordinário.

<sup>2</sup> O enunciado da Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal, aprovada na Sessão Plenária de 13/12/1963, tem o seguinte teor: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

<sup>3</sup> O enunciado da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, aprovada na Sessão Plenária de 13/12/1963, estabelece: "o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."

<sup>4</sup> Sobre as sucessivas crises e as tentativas de solução dos problemas relacionados ao acúmulo de processos nos tribunais superiores, vide José Miguel Garcia Medina, *Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial - breves considerações*, in Luiz Fux *et al.* Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, pp. 1.050-1.052.

O recurso extraordinário - como meio de impugnação de questões constitucionais manejado pelas partes (na defesa de interesses privados) que assegura a supremacia da ordem constitucional (tutela jurídica pública) - resulta da união de dois institutos, que reciprocamente se interpenetram e integram: i) um instituto jurídico-político, que é o Supremo Tribunal Federal; e ii) um instituto que pertence ao direito processual-constitucional, que é o próprio recurso extraordinário.

É possível, inequivocamente, analisar individualmente o recurso extraordinário e o Supremo Tribunal Federal (como o faz, aliás, a generalidade da bibliografia pátria: a doutrina processual cuidando das técnicas relativas ao recurso extraordinário e a literatura constitucional tratando da função do Supremo Tribunal Federal no contexto do controle de constitucionalidade).

Como bem pontua Calamandrei, no seu clássico tratado sobre o recurso de cassação, esse método é insuficiente, porque permite apenas uma apreensão parcial do fenômeno jurídico<sup>5</sup>.

A adequada compreensão do recurso extraordinário só é possível na medida em que ele seja concebido como um complexo organismo processual-judicial.

É dizer, o recurso extraordinário deve ser estudado na perspectiva recursal e na perspectiva de sua função no sistema de controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Deve o jurista estar atento, ainda, à interconexão desses dois âmbitos de investigação.

Com essa espécie de aproximação metodológica, questiona-se, no presente artigo, a convivência da repercussão geral com os tradicionais requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, notadamente o do prequestionamento. Cumpre indagar se o prequestionamento sobrevive ao novel instituto da repercussão geral.

Como se demonstrará, no contexto da repercussão geral, o prequestionamento tornou-se, do dia para a noite, desnecessário estorvo à jurisdição constitucional - compreendida como garantia jurisdicional da Constituição<sup>6</sup>. Por assim dizer, a eleição do prequestionamento como requisito intrínseco de admissibilidade do recurso

<sup>5</sup> Calamandrei, Piero. *La casación Civil*, tomo I. trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Librería "El Foro", 2007. pp. 25-28.

<sup>6</sup> Kelsen, Hans. *A Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 123. Como sentença o jurista, "Uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico." (p. 179).

extraordinário é um entrave injustificável à consecução da missão constitucional do Supremo Tribunal Federal, de garantir a supremacia da Constituição e a unidade de sua interpretação.

Essa conclusão decorrerá, tal como pontuado, da tentativa de conciliar a visão processual do recurso extraordinário com a institucional do Supremo Tribunal Federal.

## 2. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO NUMA PERSPECTIVA DA TÉCNICA PROCESSUAL

O recurso extraordinário é típico recurso de fundamentação vinculada, especificamente, de questões de índole constitucional. Por isso, insta que o recorrente indique em suas razões erro na aplicação da norma constitucional, para ser cabível, e demonstre a efetiva ocorrência na espécie, para obter julgamento de procedência<sup>7</sup>.

De sua natureza, extraem-se alguns requisitos específicos para o seu cabimento (requisitos de admissibilidade<sup>8</sup>), para além daqueles comuns a todos os recursos. Inicialmente, deve o recurso extraordinário impugnar decisão judicial de única ou última instância, a teor do inciso III do art. 102 da Constituição. Deve veicular, ainda, questão de direito<sup>9</sup>, com índole constitucional.

O Recurso Extraordinário não se presta "*para simples reexame de prova*" (Súmula nº 279 do STF), pois sua cognição se volta às questões de direito constitucional. Esse é o contorno que lhe emprestou o

<sup>7</sup> Cf. Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, Forense, 1999, p. 251.

<sup>8</sup> De muita utilidade é a diferenciação dos requisitos recursais em intrínsecos e extrínsecos. A indicação de erro na aplicação de norma constitucional é, pois, requisito intrínseco do recurso, pois concerne à própria existência do poder de recorrer. Diferem-se dos requisitos extrínsecos, que dizem respeito ao modo de exercer o poder de recorrer. Como requisitos intrínsecos, podemos enumerar o cabimento do recurso, a legitimação para recorrer, o interesse recursal. Como requisitos extrínsecos, podemos citar a tempestividade, o preparo e a regularidade formal (seja em relação à composição da peça recursal, seja a regularidade de representação). Nesse sentido, Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, Forense, 1999, p. 260.

<sup>9</sup> Como bem define Calmon de Passos, questão "é toda controvérsia que se constitui no bojo de um processo. Controvérsia a respeito de fato (questão de fato) ou relativa a direito (questão de direito). A questão pode ser objeto de um pedido, e se assim o for, será decidida pelo juiz com força de coisa julgada. Aquelas, entretanto, que não

texto constitucional (e que lhe dá a feição de recurso de natureza extraordinária).

Isso significa que: i) a pretensão recursal veiculada em recurso extraordinário deve partir dos contornos fático-probatórios estabelecidos na decisão impugnada; ou ii) não pode pretender o recurso extraordinário transcender os limites de fato estabelecidos na decisão recorrida; ou, ainda iii) as premissas fáticas firmadas na decisão recorrida não podem ser transpostas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso.

Além de excluir de sua apreciação questões de fato, está ele limitado às questões de direito que tenham índole constitucional (referentes à Constituição Federal), razão por que se impõe a alegação de ofensa a dispositivo normativo da Constituição Federal.

## 2.1. Prequestionamento

Da vinculação do recurso extraordinário a questões de direito (de índole constitucional, na CF de 1988), surgiu o entendimento de que a questão nele trazida demandava prévio enfrentamento pela instância *a qua*. Trata-se do requisito do prequestionamento.

Como noticia José Miguel Garcia Medina:

"A exigência do prequestionamento é antiga. Mesmo antes da Constituição de 1946, o entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal era no sentido da necessidade de prévio questionamento da lei federal na instância local. Aludia-se, então, que, incorrendo o prequestionamento, então concebido como questionamento realizado pelas partes -, determinar-se-

constituírem objeto de pedido, o juiz as apreciará incidentalmente, com vistas a decidir o que foi objeto do pedido. Muitas delas integram a motivação de sua decisão de mérito. E não transitam em coisa julgada (art. 469 do CPC). Outras são solucionadas no curso do procedimento, sem que o processo seja extinto (interlocutória) e algumas, decididas, lhe impõem a extinção sem exame do mérito (terminativas)" (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, Forense, 1998, p. 406). Considerando que o processo de aplicação do direito envolve discussão sobre os fatos relevantes da lide e as normas a ela inerentes (processo subsuntivo), há a possibilidade de surgir no processo - como referido na citação - questões de fato e questões de direito.

ia o não conhecimento do recurso extraordinário. Assim, a utilização do termo prequestionamento surgiu na jurisprudência para enfatizar que a parte deveria provocar o surgimento da questão federal ou constitucional perante a instância inferior.<sup>10</sup>

Não obstante prosperarem diversos entendimentos sobre o que seja prequestionamento<sup>11</sup>, parece haver um núcleo comum de significado para o instituto, a representar a necessidade de a tese contida no recurso extraordinário ser controvertida nas instâncias ordinárias (sobretudo no Tribunal recorrido), emergindo desse contexto uma questão constitucional<sup>12</sup>.

Noutras palavras, o núcleo do prequestionamento (no que tange ao Recurso Extraordinário) é visto como a manifestação do juízo a quo acerca da questão constitucional versada no recurso extraordinário.

Nas palavras de Paulo Henrique dos Santos Lucon:

"os Tribunais Superiores têm como fundamento matéria exclusivamente jurídica especificada pela Constituição Federal, desde que a transgressão ou a negativa de vigência tenha ocorrido no Tribunal de origem, no qual as questões foram amplamente debatidas durante todo o curso do processo e efetivamente decididas na decisão impugnada."<sup>13</sup>

O certo é que há muito o prequestionamento foi erigido, pelo Supremo Tribunal Federal, a verdadeiro requisito intrínseco de ad-

<sup>10</sup> José Miguel Garcia Medina, O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. 4ª ed., São Paulo, RT, 2005, p. 215-216.

<sup>11</sup> Em sua sistematização, José Miguel Garcia Medina enuncia três compreensões sobre o fenômeno prequestionamento: i) como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; ii) como debate anterior à decisão recorrida acerca do tema (o que geralmente está associado ao ônus da parte alegar); e iii) como manifestação expressa do Tribunal recorrido sobre tem que tenha sido debatido nos autos.

<sup>12</sup> Em razão das diversas correntes existentes, há posicionamento que defende apenas a necessidade de o Tribunal manifestar-se sobre a questão constitucional na decisão que será objeto do recurso extraordinário. Há aqueles que defendem, adicionalmente, a necessidade de a questão constitucional ter sido trazida à baila antes da decisão.

<sup>13</sup> Paulo Henrique dos Santos Lucon, Parecer: Repercussão Geral (ausência). Prequestionamento (ausência)... in Revista de Processo n. 157, março de 2008, p. 358.

missibilidade do recurso extraordinário, sem o qual a impugnação estará fadada ao não-conhecimento, nos termos das Súmulas nos 282 e 356 do STF (cabe lembrar que o STF mitigou, em situações peculiares, o cumprimento do prequestionamento<sup>14</sup>).

Esses são, em apertada síntese, os contornos processuais do recurso extraordinário até o advento da repercussão geral.

### 3. O PAPEL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (UMA APROXIMAÇÃO INSTITUCIONAL SOBRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)

O recurso extraordinário, inspirado na tradição norte-americana, está inserido no contexto de controle de constitucionalidade difuso, no qual o juiz está autorizado a declarar uma norma geral como inconstitucional e não aplicá-la no caso concreto, de forma incidental. O órgão judicial está, portanto, legitimado a invalidar a norma para o caso concreto (e apenas para ele), quando necessário a julgar o litígio que lhe é submetido. Estando vinculada a declaração de inconstitucionalidade ao incidente surgido no caso concreto, a norma tida por inconstitucional permanece no ordenamento jurídico, podendo ser aplicada em outros casos<sup>15</sup>.

O recurso extraordinário, nesse sistema de controle difuso, é concebido como veículo de condução da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, a quem se atribui a função de guarda do ordenamento jurídico (da Constituição, no contexto da CF88).

Nessa perspectiva, já é possível identificar no recurso extraordinário dupla natureza: tutela do ordenamento jurídico e tutela de interesse das partes.

<sup>14</sup> Nos casos, por exemplo, de a violação nascer no acórdão recorrido, por error in procedendo. Nesse sentido, leia-se a seguinte ementa: "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERROR IN PROCEDENDO. PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 279-STF. 1. Ocorrendo a hipótese de error in procedendo, dispensa-se o requisito do prequestionamento. 2. Necessidade de reexame da matéria fático-probatória para se chegar à conclusão quanto à existência de erro. Incidência da Súmula 279 desta Corte. Agravo regimental a que se nega provimento." (STF, AI-AgR 283939/PA, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 27/4/2001)

<sup>15</sup> Kelsen, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: um estado comparado das Constituições austríaca e americana. *in* Jurisdição Constitucional, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 303-309.

A tensão entre a face objetiva e a subjetiva do recurso extraordinário sempre se fez notar em doutrina e jurisprudência.

Entretanto, essa dialética, nos últimos tempos, tem pendido para o aspecto objetivo do apelo, naquilo que se tem chamado de objetivação do recurso extraordinário.

Como enuncia Gilmar Ferreira Mendes, ao comentar o impacto da Lei nº 10.259/2001 (que trata dos Juizados Especiais Federais) na jurisdição constitucional:

"Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Referido instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)."<sup>16</sup>

Com efeito, em situações paradigmáticas, assiste-se, seja na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seja na legislação (constitucional e ordinária), o esforço de ampliar a natureza objetiva do recurso.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, merecem destaque alguns precedentes, como representativos da sobreposição da tutela do ordenamento jurídico em face do interesse das partes (muitas vezes, do recorrido, que vê um recurso deficiente ser provido):

a) *é possível identificar como um precursor da objetivação do recurso extraordinário o julgamento do RE nº 102.553-DF (Rel. Min. Francisco Rezek, julgado em 21.8.1986, DJ de 13.2.1987, RTJ 120/725), no qual "o Tribunal assumiu a condição de titular da guarda da Constituição para examinar a constitucionalidade de outras normas, ainda que não interessasse ao recorrente. Tratava-se da apreciação de uma Resolução do Senado Federal que versava matéria de alíquota de ICMS. No caso, na terminologia adotada à época, o Tribunal conheceu do recurso extraordinário do*

<sup>16</sup> Gilmar Ferreira Mendes, O controle incidental ou concreto de normas no direito brasileiro, mimeo, 2007, p.24.

contribuinte e negou-lhe provimento, declarando, porém, a inconstitucionalidade da Resolução questionada."<sup>17</sup>

b) No julgamento do Agravo de Instrumento nº 375.011 (DJ 28/10/2004), a Min. Ellen Gracie, dando provimento a agravo regimental contra decisão que denegara recurso extraordinário por falta de prequestionamento, defende a valorização da função do Tribunal, "de intérprete último da Constituição Federal", superando-se requisitos processuais (como o do prequestionamento) "que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de normas". Nesse julgado, a Ministra cita, ainda a MC no RE 376.852, Rel. Min. Gilmar Mendes.

c) no julgamento colegiado do RE 388.830 (DJ 10/3/2006), o Min. Gilmar Mendes, Relator, deu provimento ao recurso extraordinário, mesmo reconhecendo que os dispositivos alegados no recurso não foram violados. Enfatizou que, "apesar de não se vislumbrar no presente caso a violação ao art. 239 da Constituição, diante dos diversos aspectos envolvidos na questão, é possível que o Tribunal analise a matéria com base em fundamento diverso daquele sustentado". Cuida-se de aceitar a causa de pedir aberta, no recurso extraordinário. Como precedente, nessa linha, tem-se, ainda, o AgrSE nº 5.206, DJ 30/4/2004, no qual o Relator Min. Sepúlveda Pertence, entende que o recurso extraordinário deve ser havido "como elemento propulsor posto a serviço de interesse público, que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe".

d) No julgamento dos RREE 416.827 e 415.454, o Plenário (por maioria) admitiu a atuação de *amicus curiae*, para realizar sustentação oral, "considerando a relevância da matéria, e, apontando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental"<sup>18</sup>.

A repercussão geral, inequivocamente, insere-se nessa trajetória de objetivação do recurso extraordinário, enfatizando sua vocação de tutela do ordenamento jurídico constitucional.

#### 4. A REPERCUSSÃO GERAL COMO O REQUISITO INTRÍNSECO DE ADMISSIBILIDADE

A reforma constitucional que introduziu a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário<sup>19</sup> parece seguir o desenvolvimento que se observou nos Estados Unidos e na Argentina de recursos análogos destinados às Cortes Supremas daqueles países.

Como noticia Barbosa Moreira<sup>20</sup>, a via de acesso recursal à Suprema Corte norte-americana foi drasticamente reduzida em 1988, com o *Supreme Court Case Selections*, por meio do qual se restringiu o cabimento da *appeal*<sup>21</sup> (recurso cujo conhecimento era obrigatório pela Corte, quando cabível) e se vinculou preponderantemente o acesso àquela Corte ao *certiorari*, recurso cujo conhecimento pela Corte era facultativo, na perspectiva de que a revisão do pronunciamento do tribunal estadual não seria a "*matter of right, but sound judicial discretion*"<sup>22</sup>.

Analogamente, o direito argentino prevê a "*Apelación extraordinaria ante la Corte Suprema*" (arts. 256 a 258 do *Código Procesal Civil y Comercial*). A Lei n. 23.774, de 5.4.90 (que modificou a redação dos arts. 280 e 285) atribuiu à Corte Suprema competência para, de acordo com sua "*sana discreción*", repelir o recurso extraordinário "*por*

<sup>19</sup> Sobre a natureza da repercussão geral, como requisito de admissibilidade recursal, vide André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, *O Anteprojeto de lei sobre a repercussão geral dos recursos extraordinários*, Revista de Processo nº 129, novembro de 2005, p. 110.

<sup>20</sup> Cf. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. V, Forense, 1999, p. 564.

<sup>21</sup> Para uma distinção entre o *appeal* e o *judicial review* realizado pela Suprema Corte por meio do *certiorari*, vide o excelente esboço histórico de Osmar Mendes Paixão Côrtes, *Recurso Extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro*, Forense, 2005, p. 166.

<sup>22</sup> Esse entendimento também é abonado por Gilmar Ferreira Mendes: "Portanto, há muito resta evidente que a Corte Suprema americana não se ocupa da correção de eventuais erros das Cortes ordinárias. Em verdade, com o Judiciary Act de 1925 a Corte passou a exercer um pleno domínio sobre as matérias que deve ou não apreciar. Ou, nas palavras do Chief Justice Vinson, 'para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas' ('To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases which present questions whose resolutions will have immediate importance far beyond the particular facts and parties involved')." (O Controle incidental ou concreto de normas no direito brasileiro, 2007, mimeo, pp. 24-25)

<sup>17</sup> Gilmar Ferreira Mendes, *O controle incidental ou concreto de normas no direito brasileiro*, 2007, mimeo, p. 20.

<sup>18</sup> Informativo nº 402 do Supremo Tribunal Federal, 19 a 23 de setembro de 2005. Sobre a natureza da repercussão geral, como requisito de admissibilidade recursal, vide André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, *O Anteprojeto de lei sobre a repercussão geral dos recursos extraordinários*, Revista de Processo nº 129, novembro de 2005, p. 110.

*falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia*", aproximando-se do regime adotado para o *certiorari* norte-americano<sup>23</sup>e<sup>24</sup>.

No Brasil, a repercussão geral teve seus contornos definidos pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acresceu os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil. A teor do § 1º do art. 543-A do CPC, "*para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.*"

Em síntese, repercussão geral constitui uma cláusula geral, que se vale de um conceito jurídico indeterminado, que tem como núcleo a idéia de que a matéria versada no recurso extraordinário deve ter "*relevância jurídica ou meta-jurídica, medida pelo impacto que produza em interesses que extravasem os dos litigantes no caso concreto*"<sup>25</sup>.

Tem-se defendido que a repercussão se imporia no ordenamento jurídico como filtro destinado a contar a avalanche de processos.

Não é bem isso o que se pensa, aqui, do instituto.

A vocação da repercussão geral não é diminuir o acervo de processos do Supremo Tribunal Federal (conquanto isso seja um efeito reflexo). Em verdade, a sua função é assegurar outra espécie de julgamento para os recursos extraordinários: mais reflexivo e com maior participação social.

A repercussão geral apenas pode legitimamente justificar-se (e distinguir-se da famigerada argüição de relevância) na medida em que seja acompanhada de uma nova filosofia de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, na qual a estatística de produção de decisões deixe de ser vista como parâmetro adequado de aferição de sua responsabilidade institucional perante a sociedade<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Cf. Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, Forense, 1999, p. 564.

<sup>24</sup> Para uma distinção entre o *appeal* e o *judicial review* realizado pela Suprema Corte por meio do *certiorari*, vide o excelente esboço histórico de Osmar Mendes Paixão Côrtes, Recurso Extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro, Forense, 2005, p. 166.

<sup>25</sup> André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, *O Anteprojeto de lei sobre a repercussão geral dos recursos extraordinários*, Revista de Processo nº 129, novembro de 2005, p. 112.

<sup>26</sup> Demonstrou extrema sensibilidade sobre o assunto, o Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Min. Humberto Gomes de Barros, em pronunciamento no final do primeiro semestre judiciário de 2008, ao comentar o aumento de produtividade do Tribunal. Como veiculado na página de notícias do STJ: "O presidente do STJ, minis

O instituto, pois, tem sua razão de ser na sobrevivência institucional do Supremo Tribunal Federal, como legítima Corte Suprema da jurisdição constitucional.

## 5. CRÍTICA À EXIGÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO SUBMETIDO AO REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL

Indaga-se, então, a respeito da exigência do prequestionamento, nos recursos submetidos ao regime da repercussão geral. Deveria o prequestionamento ser analisado? Deveria sê-lo feito precedentemente à repercussão geral?

A resposta afirmativa parece ser recomendada, à primeira vista, pelo art. 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a dispor:

Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

Para o Prof. José Rogério Cruz e Tucci esse seria o entendimento correto, num regime de convivência entre o prequestionamento e a repercussão geral:

"Após 18.02.2007, data da entrada em vigor da Lei 11.418/2006 (60 dias de *vacatio legis*, ex vi do art. 5º), em consonância com os termos do art. 4º, as razões de recurso extraordinário deverão conter um capítulo preliminar e específico, demonstrativo da repercussão geral da questão ou questões constitucionais suscitadas na impugnação.

tro Humberto Gomes de Barros, afirmou que a marca de 182 mil processos julgados no primeiro semestre de 2008 [aumento de produtividade de 17,20% em relação ao mesmo período do ano anterior] não é motivo de comemoração. 'Eu não me animo com isso. Esses números exagerados, eu os enxergo como processos que foram espremidos. Ao contrário do que acontece com a cana-de-açúcar, eles foram moídos sem deixar caldo, sem deixar sumo capaz de produzir algo positivo', afirmou o ministro." (notícia do dia 2 de julho de 2008, extraído de [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=88193](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=88193)).

**Cumpre lembrar que o requisito do prequestionamento continuará sendo exigido. Assim, aquela ou aquelas teses de natureza constitucional, que passam a constituir objeto do recurso extraordinário, deverão constar expressamente do acórdão vergastado.**

Na verdade, apesar de um determinado fundamento poder ser, em princípio, considerado de repercussão geral, o recurso extraordinário será inadmitido se porventura a respectiva tese jurídica não tiver sido explicitada no julgado recorrido.<sup>27</sup> (destaques daqui)

Há, aliás, precedentes do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

Com base no aludido dispositivo regimental e tendo em conta toda a tradição de julgamento do recurso extraordinário, há Ministros do Supremo Tribunal Federal que têm negado seguimento a Recurso Extraordinário ante a ausência de prequestionamento, considerando prejudicada a análise da repercussão geral.

Leia-se, a propósito, a decisão monocrática proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, nos autos do Agravo de Instrumento nº 714.886-9 (DJe 6/6/2008):

"Preliminarmente, verifico não ser necessário examinar a existência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. É que, nos termos do art. 323, primeira parte, do Regimento Interno do STF, redação dada pela Emenda Regimental 21/2007, a verificação da ocorrência de repercussão geral apenas se dará "quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão". No caso dos autos, há outros fundamentos suficientes para a inadmissibilidade do recurso extraordinário. O agravo não merece acolhida. Como tem consignado o Tribunal, por meio da Súmula 282, é inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão

recorrido. Ademais, não opostos embargos declaratórios para suprir a omissão, é inviável o recurso, a teor da Súmula 356 do STF.

Além disso, acórdão recorrido decidiu a questão com base na legislação ordinária. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário."

Vista a repercussão geral sobre a ótica exposta ao longo desse artigo, não pode prevalecer entendimento que busque estabelecer uma convivência do novel instituto com o prequestionamento.

Há, aqui, verdadeiro conflito geracional entre dois requisitos de admissibilidade recursal, cada um gestado em contexto institucional próprio, com propósitos bem delineados (e antagônicos entre si, apesar de ambos buscarem salvaguardar o Tribunal da crise de litigiosidade).

O prequestionamento - como filtro à admissibilidade do recurso extraordinário - deixa de ser instrumento eficiente, quando se muda a finalidade do filtro.

O objetivo não é mais diminuir o acervo de processos que sobem para a apreciação do Supremo. A finalidade, hoje, é fortalecer a função do Supremo Tribunal Federal como guardião da supremacia da Constituição.

Isso demanda a possibilidade de escolha de casos constitucionalmente relevantes para serem julgados e a construção de um ambiente que colabore para o bom julgamento desses casos relevantes (aqui se insere a contenção da avalanche de processos, que é apenas meio e não um fim em si mesma).

Nesse novo contexto, a repercussão geral é, pois, o filtro adequado para segregar os processos que merecem ser julgados daqueles que não são merecedores de julgamento, sendo certo que esse liame se estabelece a partir da reafirmação do papel institucional do Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional. Nesse cenário, o filtro do prequestionamento deve ser descartado.

Retomando a interpretação do art. 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, entende-se que quando ele faz menção à "inadmissibilidade do recurso por outra razão" que não seja a repercussão geral, está a referir-se aos requisitos extrínsecos de admissibilidade (preparo, tempestividade, regularidade de representação), e

<sup>27</sup> José Rogério Cruz e Tucci, Repercussão Geral como pressuposto de admissibilidade do recurso, Revista de Processo 145, ano 32, março 2007, p. 165.



a requisitos intrínsecos como o interesse recursal<sup>28</sup>, a existência de questão constitucional que não demande incursão no acervo fático-probatório e impugnação de decisão de última ou única instância.

É com essa mesma inteligência, a propósito, que deve ser interpretado o § 3º do art. 543-B do Código de Processo Civil<sup>29</sup> e o art. 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>30</sup> (esses artigos merecem análise específica, ante a complexidade das questões que deles emergem): o eventual juízo de retratação decorrente do julgamento proferido pelo STF há de ser feito naqueles casos em que o recurso extraordinário tinha a aptidão de levar a discussão ao Supremo. Se, considerando as premissas fáticas estabelecidas no acórdão (que são a premissa menor do silogismo jurídico), o recurso extraordinário sobrestado tiver sido capaz de evitar o trânsito em julgado formal da causa (por ser tempestivo, com preparo regular e assinado por procurador habilitado), é cabível o juízo de retratação referido no art. 543-B do CPC.

No que se refere aos julgamentos de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, o ocaso do prequestionamento signi-

fica, na prática, que o recurso **poderá ser conhecido (desde que haja repercussão geral)** mesmo que:

a) a questão constitucional apenas surja na decisão recorrida (sem prévio debate entre as partes e sem manifestação judicial expressa). É o que ocorre, por exemplo, na 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, em violação ao art. 97 da Constituição (a teor da Súmula Vinculante nº 10).

b) a questão constitucional seja explicitada apenas no recurso extraordinário (não há tese constitucional na apelação nem no acórdão), em matéria cuja questão constitucional deveria integrar, necessariamente, o percurso lógico-argumentativo do julgado. É o que se observa, por exemplo, com relação à (in)competência material da Justiça do Trabalho para discutir questões previdenciárias. Ou, ainda, na observância dos princípios constitucionais para instituição de tributo. Ou, por fim, lide que discute o direito de empregado a adicional de insalubridade, sem problematizar a sua vinculação ao salário mínimo e a vedação constitucional para tanto. Em todos esses casos, há questão constitucional intrínseca à lide, que pode ou não ter sido suscitada pelas partes, sobre a qual houve ou não manifestação da decisão impugnável por recurso extraordinário, mas que merecem eventualmente decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal<sup>31</sup>.

c) o recurso extraordinário, apesar de indicar a questão constitucional que pretende ver enfrentada, traz fundamento equivocado (os dispositivos indicados como violados não guardam pertinência com a discussão).

Enfim, na perspectiva que se sugere, o recurso extraordinário está sujeito ao efeito devolutivo do recurso (apenas se conhece da matéria que é submetida) e à impossibilidade de revisão de fatos (recurso voltado ao exame de questões de direito). Nesses lindes, haven-

<sup>28</sup> Em decisão monocrática proferida no RE 587.254-8, o Min. Menezes Direito afastou de examinar a repercussão geral do recurso extraordinário, no que tange à limitação de juros remuneratórios, em razão de o recurso estar prejudicado (em face do provimento de Recurso Especial, pelo Superior Tribunal de Justiça). Afastou, ainda, a necessidade de analisar a repercussão geral do tema relativo à capitalização mensal de juros (que já teve repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal) porque o acórdão estadual já havia assentado que não houve prévia pactuação desse encargo, de modo que a pretensão recursal esbarraria no reexame de provas. Correta, na linha de entendimento desenvolvida no presente artigo, a decisão.

<sup>29</sup> "§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se."

<sup>30</sup> "Art. 328-A. Nos casos previstos no art. 543-B, caput, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo.

§ 1º Nos casos anteriores, o Tribunal de origem sobrestará os agravos de instrumento contra decisões que não tenham admitido os recursos extraordinários, julgando-os prejudicados na hipótese do art. 543-B, § 2º.

§ 2º Julgado o mérito do recurso extraordinário em sentido contrário ao dos acórdãos recorridos, o Tribunal de origem remeterá ao Supremo Tribunal Federal os agravos em que não se retratar."

<sup>31</sup> É bom lembrar que, mesmo para as questões de ordem pública, a jurisprudência majoritária exige o prequestionamento. A partir da instituição da repercussão geral, é um despropósito esse tipo de requisito. Se a exigência do prequestionamento, mesmo para as matérias cognoscíveis de ofício, era um imperativo que decorria da interpretação sistemática do texto constitucional, deixa de sê-lo no novo contexto constitucional, que vinculou a apreciação do recurso extraordinário à necessidade de a matéria nele versada transcender os interesses das partes nele envolvidas.

do repercussão geral da questão constitucional, o Supremo Tribunal Federal pode e deve simplesmente julgar o mérito do recurso.

## 6. CONCLUSÃO

Como visto, a repercussão geral representou inovação brutal na sistemática de julgamento de recursos extraordinários não somente porque criou mais um pressuposto de admissibilidade (voltado à celeridade e ao desafogamento do Supremo Tribunal Federal). Em verdade, a inovação está na circunstância de a repercussão geral ter se tornado o requisito intrínseco de admissibilidade recursal por excelência, que torna desnecessária a eleição do prequestionamento como condição para o julgamento de mérito do recurso pela Corte.

Mas não só isso. No contexto da repercussão geral, o prequestionamento tornou-se, do dia para a noite, desnecessário estorvo à jurisdição constitucional, por representar entrave injustificável à consecução da missão constitucional do Supremo Tribunal Federal, de garantir a supremacia da Constituição e a unidade de sua interpretação.

Com a repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal ganha condições para decidir as questões relevantes para a sociedade, dando transparência ao seu procedimento de escolha de casos para julgamento (evitando-se o constrangimento do casuísmo). O novo instituto permite, ainda, que controvérsias subsidiárias ao âmago da questão sejam afastadas para permitir o enfrentamento da matéria que detém repercussão geral (sem prejuízo da solução adequada para o caso concreto).

Pode-se afirmar, simplesmente, que a repercussão geral pode ser o arauto de novos tempos para a jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal, em que se pensará mais em Constituição e menos nas técnicas processuais de não conhecimento de recurso.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O Anteprojeto de lei sobre a repercussão geral dos recursos extraordinários, in *Revista de Processo* nº 129, novembro de 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *La casación Civil*, tomos I e II. trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Librería "El Foro", 2007.

CALMON DE PASSOS, J.J. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 406.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso Extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.  
CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Repercussão Geral como pressuposto de admissibilidade do recurso*. In *Revista de Processo* nº 145, março 2007.

KELSEN, Hans. *A Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Parecer: Repercussão Geral (ausência). Pquestionamento (ausência). Ofensa indireta à Constituição Federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo*. In *Revista de Processo* nº. 157, março de 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A realidade judiciária brasileira e os Tribunais da Federação - STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos*. In FUX, Luiz (et al.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial - breves considerações*. In: FUX, Luiz (et al.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. pp. 1.050-1.052

MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle incidental ou concreto de normas no direito brasileiro*, mimeo, Brasília, 2007.

STF, 2ª Turma, AgRg nº AI nº 375.011, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 28/10/2004.

STF, 2ª Turma, AI-AgR 283939/PA, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 27/4/2001.

STF, 2ª Turma, RE nº 388.830, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 10/3/2006.

## **A ATUALIDADE DO DISCURSO ARISTOTÉLICO E A REALIZAÇÃO DO DIREITO**

Luiz Fábio Antonucci Filho\*

### **I-RESUMO**

A atualidade do discurso aristotélico tem a ver com a própria reabilitação da filosofia prática como racionalidade e também com o reconhecimento da lógica dialético-argumentativa como constitutiva do sistema jurídico. Nesse sentido, o estudo da obra aristotélica possui um valor inestimável na compreensão das ordens social e ética grega, cuja correlação com o contexto ético moderno fornece ao Direito um conjunto de instrumentos para sua realização, haja vista que permite adaptar o generalismo da lei ao particularismo do caso concreto, fornecendo respostas legítimas e eficazes à pluralidade de valores existentes. A utilização da Axiologia como critério hermenêutico de interpretação poderá afastar a crise de legitimidade vivida atualmente pelo Direito, possibilitando uma aplicação condizente com a Justiça e a Democracia.

**Palavras-Chave:** Reabilitação da Filosofia Prática; Aristóteles; Axiologia, Direito, Modernidade, Democracia e Justiça.

---

\* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Ex-Professor Substituto da Universidade Federal de Viçosa. Professor da Universidade Presidente Antônio Carlos Campus Visconde do Rio Branco. Mestrando em Filosofia do Direito pela UNIPAC - Campus Juiz de Fora

*Sumário: 1. A reabilitação da Filosofia Prática como Racionalidade - 2. A realização do Direito como Sistema Regulativo e sua resposta à pluralidade de valores do contexto ético atual - 3. O Papel Hermenêutico da Axiologia no Contexto Contemporâneo do Direito e suas relações com a teoria aristotélica - 4. A crise de legitimidade do Direito e o Papel do Poder Judiciário na Modernidade. 5- Bibliografia. A Atualidade do Discurso Aristotélico e a realização do Direito.*

## 1. A reabilitação da Filosofia Prática como Racionalidade

As questões relativas ao meio ambiente sustentável, a necessidade de se garantir uma maior dignidade às gerações futuras, bem como a afirmação dos direitos humanos como direitos fundamentais do homem representam na verdade apenas algumas das exigências contemporâneas em se rediscutir o sentido das escolhas humanas em todos os setores da vida, tendo em vista a busca pela realização do Direito como sistema regulativo capaz de concretizar a Democracia e a própria Justiça Social.

Tais valores têm fundamento no próprio sentido de humano como fim em si mesmo da sociedade política. Por este motivo, o papel do Direito como ciência que visa regulamentar a coexistência pacífica entre os seres humanos, ofertando-lhes um conjunto de bens capazes de garantir a possibilidade de desenvolver suas habilidades morais, materiais e intelectuais tem sido questionado, incitando um necessário redimensionamento de seu fundamento de validade e legitimidade para atuar.

Nesse sentido, a reabilitação da filosofia prática apresenta uma alternativa como um novo modelo científico baseado em pressupostos distintos da ciência teórica clássica, visto que está vinculada diretamente ao reconhecimento das ações e experiências humanas como objeto de racionalidade apreensível cientificamente. Além disso, esta reabilitação significa em grande medida uma retomada ainda que indireta da filosofia aristotélica, principal fonte dos maiores estudos a respeito do tema.

Sendo assim, é preciso admitir que este novo paradigma que compõem a ciência prática como racionalidade é capaz de emitir uma série de princípios e conceitos úteis principalmente para as ciências sociais aplicadas, haja vista que são necessitadas de bases de racionalidade para construção de seus sistemas de atuação.

Estes novos paradigmas epistemológicos da filosofia prática se baseiam nos seguintes postulados:

- 1º - Substituição de uma Lógica Dedutiva Formal por uma Lógica Dialética;
- 2º - Substituição do critério de Demonstração pelo critério da Argumentação;
- 3º - Irredutibilidade do conhecimento analisado a Fórmulas de caráter matemático;
- 4º - Compreensão da Filosofia também como um sistema aberto;
- 5º - Objetos de análise referentes às ações e experiências práticas do homem na comunidade política;
- 6º - Entendimento do Pensamento sempre em luta com seu objeto de análise.

Contudo, o que esperar de um paradigma científico que deseja ser científico sem defender a universalização de determinados preceitos como verdadeiros axiomas? O que esperar de um paradigma que admite a possibilidade de constantes modificações em seus modos de atuação, em função principalmente da dinamicidade e variabilidade inerentes a seus objetos de análise?

Na verdade, esta reabilitação representa a possibilidade de constituição de uma ética fundada no conhecimento com métodos, critérios de investigação e análises próprios. No entanto, a melhor forma de vislumbrarmos qual é esta racionalidade reencontrada é explicamos o modo como se operacionaliza as diferenças entre uma ciência predominantemente teórica e uma ciência prática<sup>1</sup>. Ao estudar as ações humanas e ao buscar compreendê-las como objeto de uma possível racionalidade o cientista deve deixar de lado alguns paradigmas científicos clássicos tomados na maioria das vezes como

<sup>1</sup>BERTI, Enrico. *Aristóteles no século XX*. Tradução: Dion Davi Machado. São Paulo: Loyola, 1997. P. 272. "A concepção moderna de ética é a iluminista, segundo a qual toda decisão deve ser justificada por uma argumentação racional, isto é, por uma explicação discursiva. Aristóteles admite, ao contrário, uma razão prática, diferente da teórica, a qual supõe uma disposição pra agir de certo modo. Ele, dessa maneira, compreendeu, segundo Williams, que a ética não pode fundar-se somente na razão, mas suões sempre uma suposição para aceitar razões particulares. As teorias éticas, com efeito, nunca estiveram em condição de justificar universalmente as escolhas morais: elas têm uma concepção científica, burocrática e pública da racionalidade, com pretensões de universalidade, de objetividade. A racionalidade 'prática, ao contrário, deve ser radicada na realidade social e histórica, a qual é feita de experiência moral e determinada pelas instituições".

pressupostos para verificação científica dos objetos postos sob análise e encontrar em outros padrões científicos, outras formas também válidas de racionalidade.

Em primeiro lugar, é preciso compreender que a ciência prática não tem a pretensão de oferecer uma resposta pronta e acabada, como que colocada numa fórmula matemática para os problemas que visa analisar. Antes ao contrário, serve tão somente para indicar uma tendência plausível e justificável, um esboço que servirá de auxílio para compreensão dos fenômenos sociais e conseqüentemente para melhor regulá-los. Assim sendo, há uma lógica distinta que regulamenta as ciências práticas. Como seu objeto encontra-se em constante mutação, sendo, pois, variável, sua lógica é dialética baseada em probabilidades.

Tudo isto decorre do fato de que as ciências teoréticas compreendidas durante tempos como o verdadeiro e real conhecimento científico (Epistémé)<sup>2</sup> baseiam-se numa Lógica Dedutiva Formal, cujo objeto encontra na possibilidade de demonstração sua sustentação para caracterizá-la como a única ciência de fato "científica", sendo negado este caráter às ciências práticas, principalmente em função de não deterem um conhecimento apodídico, universal e invariável. Aristóteles define o conhecimento científico da seguinte forma:

*"Uma vez que o conhecimento científico é uma certa concepção do universal e, na verdade, do que existe por uma necessidade intrínseca, e se as verdades demonstradas e o conhecimento científico assentam em princípios (na verdade o conhecimento científico envolve o princípio racional),*

<sup>2</sup>GADAMER, H. G. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 8ª. Edição. São Paulo: Vozes, 2007. P. 363. "Que este não seja o saber da ciência é claro. Neste sentido, a distinção de Aristóteles entre o saber moral da phronésis e o saber teórico da epistémé é clara, sobretudo se se tem presente que, para os gregos, a ciência é pensada sobre o modelo da matemática, isto é, de um saber do imutável, um saber que se funda em demonstrações e que, por isso, todos podem aprender [...] Em contraposição a esta ciência 'teorética', as ciências do espírito articulam-se diretamente como o saber moral. São as 'ciências morais'. O seu sujeito é o homem e o que sabe de si. Este, porém, sabe-se como sujeito da ação, e o saber que desse modo tem de si mesmo não as pira verificar o que é. Quem age tem, ao contrário, de operar com coisas que não são sempre as mesmas, mas podem ser também diferentes. Nelas, ele descobre os aspectos nos quais deve agir. O seu saber deve guiar sua ação".

*por outro lado, não poderá haver conhecimento científico, nem perícia, nem sensatez dos princípios de onde se deduzem os conhecimentos científicos. O que é objeto de conhecimento científico tem de poder ser demonstrado a partir de princípios, enquanto que a perícia e a sensatez dizem respeito ao que pode ser de maneira diferente<sup>3</sup>".*

Na verdade há nesta nova compreensão de ciência uma substituição do critério de Demonstração, em que é exigido rigor formal e experimentação, pelo critério da Argumentação, em que predomina o convencimento justificável dentro do contexto histórico-cultural como método de verificação do caráter científico da própria ciência. Então quer dizer que não podemos previamente antever uma lógica universal, tida como fórmula verdadeira, ainda que temporária, para regulamentar os problemas analisados. Quer dizer também que embora haja princípios e conceitos comuns facilitadores do processo de compreensão do problema, o caso é sempre uma possibilidade de um novo modo de realização das ações humanas e por este motivo deve-se estar aberto a novas possibilidades lógicas de solução.

Trata-se do domínio de uma lógica do razoável em que os padrões de verificação da cientificidade baseiam-se não nos critérios de demonstração dos objetos analisados, mas sim na justificação argumentativa de porque escolher este e não aquele caminho como solução. Este tipo de lógica põe em discussão seus próprios pressupostos, enquanto que a lógica formal dedutiva não coloca sob risco os pressupostos de verificação que previamente admite como verdades científicas irrefutáveis. A lógica dialética pressupõe uma discussão questionadora sobre suas bases científicas, que admite as influências de contextos externos na determinação de seus padrões científicos, haja vista que esta lógica da razão prática está sempre dependente das variabilidades dos contextos éticos e culturais. Ela, de certo modo, contamina-se com a dinamicidade de seus objetos. Esta lógica dialética ou argumentativa desenvolve-se por meio da justificação dos argumentos acolhidos e dos motivos deles serem

<sup>3</sup>ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de CastroCaeiro. Lisboa: Quetzal. 2006. P. 139.

naquele caso os mais corretos para realizar os fins assumidos como sentido no desenvolver da ação prática, sendo que a pluralidade de métodos é tão somente um artifício compatível à pluralidade de objetos regulados, tornado-se mais capaz na solução de problemas.

É importante ressaltar que, embora não tenha o rigor formal da lógica tipo dedutiva, a argumentação desenvolve-se com regras precisas e próprias, relacionando elementos de um modo sistemático e articulado num sistema inteligente para que cumpra sua finalidade de convencer a tomada de determinadas decisões práticas. Deste modo, seu recurso a uma pluralidade de métodos torna-a capaz de fornecer uma espécie de orientação para solução dos problemas levantados, variando seus sentidos de acordo com os métodos e com os contextos aos quais se encontra inserida. Em verdade, a filosofia prática se relaciona com o âmbito da ação humana, num espaço de liberdade acentuado pela possibilidade de escolhas diferentes. Seu objeto é de natureza instável, o que não impede sua constituição como racionalidade prática.

*“Nada do que diz respeito à prática de ações ou à obtenção do que é vantajoso tem algo de estável, tal como o não tem o que concerne o estado de saúde. Se é já isto que acontece com a fixação de um princípio geral, por maioria de razão não se pode exigir rigor ao princípio de cada uma das situações concretas que de cada vez se constituem. Elas não caem sob a competência de nenhuma perícia nem estão expostas a nenhuma ordem ou comando. Os que estão na situação de agir têm de olhar para as circunstâncias em vista da ocasião e da oportunidade do momento, tal como acontece com a medicina e a arte de navegar. Mas mesmo sendo deste género o presente princípio, temos que tentar ir em seu auxílio<sup>4</sup>”.*

Como o estudo das ciências práticas refere-se principalmente ao entendimento da ação e das escolhas humanas dentro do ethos e a indicação de um modo como elas deveriam operar-se dentro da realidade para que realizem seus fins, pode-se dizer que o estudo da phronésis, ou seja, da sabedoria prática ou sensatez, que é

compreendida por Aristóteles como disposição da mente que se ocupa com as coisas justas, nobres e boas para o homem é fundamental para compreensão dos fenômenos éticos e sociais humanos e deste modo, crucial para perceber o que o Direito como ciência deve tomar por base para estimular sua realização no contexto histórico que visa regular. Ter conhecimento dos fins éticos (Justiça e Democracia) que devem orientar as tomadas de decisão no desenvolvimento dos processos judiciais não basta para realização de tais finalidades. É preciso também saber realizá-los na prática, saber como operá-los. Nesse sentido, o estudo da sabedoria prática como virtude dianoética da parte racional da alma humana será fundamental para o cumprimento dos fins a que visam o sistema jurídico. Isto porque o conhecimento genérico e universal dos fins não garante o resguardo das situações circunstanciais, capturadas somente à luz da razão prática particular como movimento de aproximação dos detalhes e particularidades que regem o caso concreto. Segundo Bubner, citado na obra de Berti, a Phronésis:

*“É a razão que se legitima no prático, que media a universalidade da inclinação para um objetivo do agir com a variedade dos casos de situações mutáveis. No agir, a Phronésis já é sempre em obra, e a tarefa da Filosofia prática é a de reencontrar e disseminar na vida vivida esta base de racionalidade<sup>5</sup>”.*

Deste modo, a reabilitação da filosofia prática faz parte do atual quadro ético, fragmentado com a modernidade, cujas exigências clamam por um melhor sistema de vida para o homem e também pela proteção aos bens humanos considerados fundamentais à sua coexistência. Daí resulta o caráter particular, aberto e variável do sistema científico que compõem as ciências práticas, exatamente porque assim é seu objeto de análise, haja vista que as ações e escolhas humanas e seus reflexos práticos realizam-se de modo dinâmico e

<sup>4</sup>ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de Castro Caieiro. Lisboa: Quetzal. 2006. P.43.

<sup>5</sup> Aristóteles no século XX. Tradução: Dion Davi Machado. São Paulo: Loyola, 1997. P.266.

dependente dos contextos jurídicos, sociais e culturais a que pertencem.

Nota-se, portanto uma irreduzibilidade do conhecimento analisado pelas ciências práticas em fórmulas ou receitas que poderiam a todo tempo serem utilizadas para conquista de suas finalidades práticas, quando na verdade tal conhecimento está sempre em construção. Imagine a possibilidade de se definir de modo cabal e definitivo um conceito geral de justiça? Estaríamos bastante próximos à sua realização prática, bastando para isso que fixássemos um critério legal ou social da qual pudéssemos extrair todos os conceitos e realizações de justiça sempre consoantes a este princípio anteriormente admitido como verdade universal. Entretanto, as ciências que possuem relações com o ambiente cultural formam-se como um “constituendo”, sendo, pois, seus critérios definidos nas particularidades circunstanciais e no modo correto como se analisa as situações colocadas como problema a serem solucionadas.

Pode-se dizer que o pensamento prático encontra-se sempre em retorno a seu objeto (Ações e Escolhas Humanas), sendo difícil apreendê-lo cientificamente por sua extrema dinamicidade interna. Como não há uma fórmula cuja aplicação depende de mero silogismo matemático, o pensamento por estar em construção depende de um retorno constante às suas bases de análise a fim de definir qual regra é mais ajustada àquele caso específico. Neste processo há uma exigência de vigilância do pensamento para que ele não desconsidere as vicissitudes e circunstancialidades do caso concreto pela ansiedade em regular e nem intrometa pensamentos de origem subjetivista e ideológica, comprometendo o sentido científico da ciência prática, que nada tem a ver com fins pressupostos. Mesmo assim, apesar da fluidez, multiplicidade e mobilidade das ações práticas humanas; mesmo sob o eterno risco da injustiça e da insegurança é possível sim definir parâmetros científicos de análise que podem contribuir para uma melhor realização de um projeto de vida essencialmente humano, cuja Democracia e Justiça sejam resultados de uma intensa reflexão sobre fins, mas também sobre meios.

## 2. A realização do Direito como Sistema Regulativo e sua resposta à pluralidade de valores do contexto ético atual

Os Gregos de um modo em geral sempre se preocuparam com a formação de uma ordem social harmoniosa que permitisse uma vida feliz e organizada dentro da pólis como que se fosse um espelho do cosmos divino. Dentre tantos autores, Aristóteles foi aquele que mais destaque deu em sua obra a tais questões de ordem política e ética. Por se preocupar de modo intenso com a análise do espaço público da comunidade, bem como com a análise do homem em seu exercício ético por meio da prática da justiça o autor foi considerado um dos maiores estudiosos a respeito destes temas.

Para se ter uma idéia, ao resumir o conceito de justiça universal como a virtude completa, Aristóteles evidenciou que uma das primeiras noções de direito surgidas refere-se mesmo à idéia de um exercício ético em busca de ordem, de harmonia social. Por ser a virtude completa uma ação prática direcionada à justiça há nesta noção primeira uma confusão entre o justo e o próprio Direito. Nesse sentido, as leis têm a função de preservar esta ordem para que todos possam desfrutar dos bens humanos fundamentais naquele contexto social.

Pode-se dizer que na visão grega de justiça universal o Direito encontra-se carregado de uma concepção moral vinculada à noção de ordem cósmica harmoniosa, embora não haja uma confusão entre leis e ordem universal, sendo que as leis são consideradas instrumentos para realização da ordem universal, enquanto que esta é considerada objeto da justiça universal.

Os primeiros contornos da idéia de Direito como um sistema de leis com finalidade pressupostas, dentre as quais se destaca a justiça, cujo sentido para existir depende da regulação da vida social da comunidade política surgem em Aristóteles a partir da análise da justiça em seu sentido particular. Isto quer dizer que, a busca do homem pela felicidade por depender de sua natureza político teleológica somente pode ocorrer no contexto comunitário. E por depender de tais contextos, a proteção de determinados bens (justiça particular) por meio de um sistema de leis é que permitirá a formação da idéia de Direito como um sistema externo à vida ética da comunidade, mas ao mesmo tempo com ela interligada para consecução das finalidades da cidade.

Esta “heteronomia” do Direito como sistema legal pode ser notada pelo aparecimento da figura do juiz, externo às partes, que

terá função de dizer o direito que cabe a cada um como seu. Contudo, a palavra "tò díkaion" designa ao mesmo tempo o justo e o direito. Isto não significa que haja uma confusão entre o direito e a moral, antes ao contrário, Aristóteles visa demonstrar suas interligações e dependências, haja vista a semelhança entre justiça e direito, cujo fundamento de validade e legitimidade para atuar como sistema de regulação (concepção moderna de direito) encontra-se plenamente ajustado às concepções éticas e políticas da comunidade. No entanto, será no pensamento jurídico moderno que haverá a equiparação entre Direito e lei num mesmo sentido, afastando o conteúdo ético do Direito, ou seja, sua proximidade do sentido de justiça como uma ordem encarnada na vida comunitária. Deste modo, a realização do justo ocorre sem qualquer sistematicidade, sendo o direito tão externo, mas tão externo que em alguns momentos tem mitigado seu fundamento de validade e legitimidade para atuar.

No Livro V de Ética a Nicômaco está concentrado o maior exemplo da preocupação de Aristóteles com a realização da Justiça dentro do contexto da época, desvincilhada de questões de ordem idealista ou transcendentais. As avaliações dos comportamentos humanos e seus costumes éticos, assim como a revelação de diversas acepções práticas sobre modos de justiça indicam a derivação das primeiras idéias de Direito como um sistema que protege determinados bens e valores. Michel Villey em seu livro "O direito e os direitos humanos", analisando a obra Aristotélica diagnostica três atributos do direito surgidos na análise da justiça particular<sup>6</sup>:

*"1) Um objeto: O direito é um objeto exterior ao homem (...)* 2) *Uma proporção: O 'tò díkaion' é uma proporção, - um análogo: efeito de uma partilha proporcional. (...)* 3) *Um meio entre dois extremos: Para completar a análise do díkaion, Aristóteles o define por um terceiro termo: o méson. Essa palavra permitirá compreender não só o objetivo perseguido, mas o método utilizado pela ciência do direito".*

O primeiro termo indica uma separação existente entre aquele que é portador da justiça (visão moral interna e subjetiva) e as disposições que protegem a justiça como objeto de uma dada

legalidade (visão jurídica externa e objetiva). Trata-se de uma diferenciação proposta séculos depois por Emanuel Kant<sup>7</sup> entre moral e direito, a partir da autonomia e da heteronomia.

Para os gregos é o início da percepção de que há determinados bens, objetos da justiça particular e até mesmo da justiça geral, que por serem importantes para manutenção da ordem e para o desenvolvimento da comunidade política devem ser protegidos por meio de um aparelho externo com capacidade coativa para dirimir interesses antagônicos. Ao caracterizar a justiça particular como uma forma de partilha de bens e ônus dentro de uma relação social, Aristóteles evidencia o direito subjetivo como uma parte que cabe ao sujeito dentro do complexo social e ser justo é partilhar devidamente tais bens e tais males.

Já o segundo elemento denominado de proporção refere-se ao necessário equilíbrio que deve reger as relações de partilha, ora sob o foco da igualdade geométrica, ora sob o foco da igualdade aritmética.

Por fim, ao caracterizar a necessária ponderação de valores no caso concreto como um meio termo entre os excessos, Aristóteles defende que cabe ao direito descobrir no caso concreto qual é a justeza da relação e de que modo se chegará ao meio entre os excessos. Deduz-se, portanto, que o direito é formado de objetos externos sob os quais incidirá um modo de repartição tendente ao meio termo, sendo impossível pré-determinar em fórmulas tal modo de repartição, haja vista a dinamicidade do contexto repartido, sempre a exigir compreensões mais sofisticadas das relações que compõem o problema. Deste modo, "segundo a análise de Aristóteles descobre-se o direito mediante a observação da realidade social e confrontação de pontos de vista diversos sobre esta mesma realidade, porque o direito, objeto da justiça no sentido particular da palavra, é precisamente esse meio, a proporção certa das coisas partilhadas entre membros do grupo político<sup>8</sup>".

Portanto, na visão de Aristóteles é a partir de um dado contexto ético (histórico-cultural) que se percebe que alguns valores<sup>9</sup> (bens) compõem o fenômeno humano e social à medida que estão na origem do homem como ser individual e político. Ou seja, está na

<sup>6</sup> VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P.45-52.

<sup>7</sup> KANT, Emanuel. Metafísica dos Costumes. São Paulo: Edipro, 2003.

<sup>8</sup> VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P.52.



idéia antropológica de humanidade a capacidade do homem de valorar e assim transmitir seus desejos e intenções, tendo em vista a satisfação de suas necessidades tanto materiais como espirituais pelo exercício da ação prática virtuosa.

As distinções entre o justo legal e o justo natural e o papel da equidade como instrumento de adaptação da universalidade da lei às particularidades do caso concreto representam o relacionamento proposto por Aristóteles entre o direito, como sistema de coordenação da coexistência dentro da comunidade política, e a própria justiça como seu fim supremo. Esta problemática é hoje crucial para compreensão do papel do direito moderno e de novos modos de realização de seus fins, haja vista que a pluralidade do contexto ético atual aumenta a dificuldade do direito em termos de regulação, comprometendo sua eficácia, validade e legitimidade.

Sendo assim, o homem não se satisfaz com os dados da natureza, nela agregando sua espiritualidade inventiva na tentativa de formar novos modelos mais adaptáveis à sua vida em sociedade. Deste modo, enquanto o meio natural nos traz a idéia de matéria bruta, pouca lapidada, imodificada, a idéia de cultura forma-se a partir do meio natural, em que o espírito humano, marcado fundamentalmente pela livre disponibilidade, constrói e acumula bens, conforme suas necessidades e condições, formando assim o ambiente cultural.

Em *Ética a Nicômaco*<sup>10</sup>, Aristóteles esclarece bem as diferenças existentes entre a alma vegetativa, alma animal e alma humana, destacando que nesta última encontra-se a capacidade do homem

<sup>9</sup> A discussão referente à origem do valor e suas relações com a alma humana não serão tratadas no presente trabalho. Trata-se tão somente de uma compreensão do valor como resultado da experiência humana na comunidade política, que ao mesmo tempo que é parte integrante do processo de ação prática, também foram o conteúdo cultural do próprio ethos. Esta corrente histórico-cultural dos valores objetivou compreender o valor por meio da história (caráter objetivo) e ao mesmo tempo como projeção do espírito humano sobre a natureza (caráter subjetivo). Tal corrente explica a existência dos valores condicionados a um processo histórico e cultural em que, os valores acumulam e revelam de forma cada vez mais consistente na consciência coletiva e individual do homem como sujeito universal seu caráter de obrigatoriedade. Por isso dizer que se trata de uma objetividade relativa. Esta corrente foi fundamental para um entendimento mais completo da teoria dos valores, já que ao mesmo tempo, que o situa nas circunstâncias dos contextos históricos e culturais, também vislumbra algo de mais universal em seu processo de revelação e consolidação mediante a experiência humana.

de agir sob o governo da razão, raciocinando e intervindo na realidade a fim de compreender os contextos em que se insere e assim conquistar a felicidade pela satisfação de seus desejos e necessidades<sup>11</sup>.

E assim se desenvolve o processo de construção das sociedades civilizadas à medida que o homem como ser social, primeiro valora, depois agrega e posteriormente acumula valores em um nível maior, impregnando a cultura de sua espiritualidade, servindo esta de guia para suas ações práticas e para suas escolhas. Nesse sentido, percebe-se o inevitável conteúdo axiológico do ser humano e sabendo-se da necessidade de se proteger determinados bens imprescindíveis à harmonia social, tal conteúdo axiológico inevitavelmente compõe também a estrutura normativa do Direito, donde ele retira sua legitimidade para atuar, dependendo sua eficácia do modo como organiza seus mecanismos de solução dos conflitos sociais pelos desafios que eles propõem.

Destarte, o Direito se forma como um instrumento de regulação da vida social, buscando coordenar a variegada e plural maneira do indivíduo conceber os bens da vida, ainda mais no Direito moderno quando o pluralismo jurídico é uma exigência para concretização da Justiça e da própria idéia de Democracia exatamente por se perceber que o Direito tem como fundamento a harmonização dos comportamentos e ações práticas emitidas pelos homens num nível altamente complexo e diverso<sup>12</sup>. Portanto, o fenômeno jurídico é formado por um processo de regulação contínua das ações práticas humanas, que são baseadas em determinados fins, baseados em certos valores, que visam à realização de um dado bem. Tais bens serão protegidos normativamente pelo Direito, sendo que a realização do Direito como sistema regulativo representa a realização dos valores e fundamentos de uma determinada organização social. E será dentro

<sup>10</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de Castro Caetano. Lisboa: Quetzal. 2006. Livro III.

<sup>11</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de Castro Caetano. Lisboa: Quetzal. 2006. Livro I.

<sup>12</sup> VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P.20. "Quanto a definir a palavra direito, a simples leitura de um dicionário permite constatar que ela assume os mais heterogêneos sentidos: reflexo da pluralidade das filosofias da época moderna e contemporânea. [...] O termo explodiu em todos os sentidos. Flutua ao sabor dos ventos. Não será a marca de uma falência? Ou da queda da ciência do Direito? A supressão ocorrida, na França, das Faculdades de Direito talvez possa ser tida como conforme ao sentido da história".

de um contexto histórico-cultural que deve ser percebida a universalidade da experiência jurídica, nunca na esfera transcendental em busca de uma explicação empírica universal, nem mesmo por meio de um apriorismo formalista (ahistórico e sem conteúdo definido), incompatível com as necessárias atualizações axiológicas propostas pelo contexto ético social.

A compreensão do Direito como sistema de regulação social deve-se dar a partir do auxílio da Equidade, como instrumento de redefinição constante das práticas judiciais em busca de seus fins básicos de Justiça e Democracia (Caráter Ético) e da Phronésis, como ação prática correta e adequada na construção de meios para realização de tais fins (Caráter Dianoético), à medida que buscam ultrapassar o postulado básico do Positivismo baseado na certeza de que por meio da razão subjetiva, utilizando métodos escorados numa lógica formal (Sistema Lógico e Dedutivo) é possível capturar toda intensidade, extensividade e rápida atualização dos fenômenos sociais. Tal processo deve ser substituído pela observação do caso concreto na circunstancialidade do agir prático com regras e medidas orientadoras das ações, direcionando-as para o cumprimento dos fins fundamentais do Direito por meio de uma constante atualização e reflexão no processo de aplicação e desenvolvimento dos atos judiciais, cuja equidade é constantemente aplicada.

A equidade como adaptação do generalismo da lei aos casos concretos a partir do pensamento phronimo como fonte norteadora da ação correta e, portanto, ação équa e justa, desempenha um papel fundamental na construção de paradigmas reguladores mais próximos à concretização da Justiça. Isto porque se cabe ao Direito regulamentar as condutas ético-sociais e se o motivo determinante de sua legitimidade para atuar ou mesmo seu fundamento de validade é a harmonização de condutas por meio da proteção à pessoa humana e da prática da justiça, a equidade e a phronésis são os instrumentos mais hábeis para conformarem toda exigência problemática da realidade a paradigmas justos de aplicação das normas jurídicas.

No entanto, a tarefa mais árdua do Direito será coordenar harmonicamente, Liberdade e Normatividade, no sentido de legitimidade, validade e eficácia para impor limites e controles sobre as condutas do homem na comunidade social, direcionando suas escolhas apenas no sentido de realização da justiça e da felicidade.

### 3. O Papel Hermenêutico da Axiologia no Contexto Contemporâneo do Direito e suas relações com a teoria aristotélica

Este novo paradigma para compreensão do processo de legitimidade e validade dos valores perante o Direito caracteriza a superação da dialética antiga baseada no antagonismo direto entre valores absolutos e valores relativos, por uma visão que avalia os valores como valores permanentes e valores variáveis. Nesse sentido surgem novas concepções teóricas do Direito, em que a dialética passa a se compor não pela busca de uma verdade teórica de caráter imutável, mas de argumentos e complementaridades justificáveis do ponto de vista racional.

Dentro desta zona de argumentação nota-se que no desenvolvimento do processo histórico-cultural alguns valores adquirem um caráter de permanente validade como que se fosse um núcleo axiológico sobre o qual se compõem invariantes axiológicas norteadoras da aplicação justa do direito pela constância adquirida ao longo de tal processo. Isto porque representam valores essenciais à vida social e à garantia de direitos fundamentais ao desenvolvimento da pessoa humana. Há também uma zona periférica, marcada por um caráter fortemente político, que permite variabilidades e flexibilizações argumentativas necessárias para concretização da Justiça, tendo em vista que se busca um tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades. Entretanto, é necessário que se diga que entre estas duas esferas há constantes trocas ou complementaridades, já que o processo social não é rígido e fechado. Como o processo dialético se dá num sistema de implicação e polaridade<sup>13</sup>, em que os fatos sociais, regulados pelas disposições normativas são atualizados e redirecionados na direção da justiça pelo elemento axiológico do Direito, havendo entre fato, valor e norma uma relação de exigência recíproca nota-se que embora tais invariantes existam e tenham validades axiológicas, o caso concreto é sempre o modo mais interessante de pensar o direito do ponto de vista prático, ou seja, na circunstancialidade de seus problemas e argumentações.

Em verdade, percebe-se que o fenômeno jurídico é composto de fato por uma lógica distinta da clássica lógica formal. Deste fato deduz-se que os juízos de valor, substâncias sob o qual se movimenta

<sup>13</sup> REALE. Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

toda a questão jurídica, são compostos de *topoi*, ou seja, de argumentações com finalidades específicas de convencimento dentro de uma dada circunstância processual. Esta essência dialético-retórica do Direito realça as dificuldades de adequação de seus fins e dos meios de que dispõe para realização da Justiça e da Democracia. Deste modo, a extração da legitimidade do Direito como sistema de regulação da vida social tem origem em sua eficiência no processo de resolução das lides sociais, que, por se basearem em leis, apresentam sempre um déficit de regulação, em função da generalidade legal que exclui a apreciação circunstancial dos casos particulares concretos. Nesse sentido, as argumentações, como proposições de verdade parcial, influirão no processo de decisão à medida que se apresentam como modos de revelação de tais particularidades. Trata-se de uma realidade lógica distinta da lógica científica, em que a abertura sistemática do processo de compreensão do objeto jurídico realiza-se ao longo deste processo, numa demonstração continuada e que sempre retoma outras análises já feitas para tomada de decisão. Tudo isto em função da variabilidade do objeto por se tratar de uma lógica da razão prática baseada no razoável. Para Aristóteles,

*"...as premissas das argumentações dialéticas, isto é, os éndoxa, distinguem-se das premissas da argumentação científica, isto é das definições e dos axiomas, não porque seja somente verossímeis, mas exatamente porque devem receber a adesão de todos os interlocutores, sendo professados por todos ou pelos sophói, isto é, pelos especialistas, pelos competentes"<sup>14</sup>..*

Sendo assim, a definição do papel político constitucional dos valores perante as ordens jurídicas surge a partir da concepção do que é o Direito e qual seu papel perante o contexto ético, tendo em vista a consolidação de um espaço público democrático, cuja estrutura básica se funda na idéia de garantias e proteção aos valores fundamentais à pessoa humana. Então, o elemento "valor" apresenta-se como um instrumento de percepção da realidade social e cultural, possibilitando ao Direito manter-se renovado e adequado aos proble-

mas que são colocados para ele mesmo solucionar, mediante a observação do problema e com o fim de materializar a justiça e a democracia como fins éticos indispensáveis à sociedade moderna.

Portanto, é necessário que se destaque o papel dos valores na edificação de métodos hermenêuticos de compreensão das estruturas dialéticas e retóricas do fenômeno jurídico enquanto instância de resolução justa das lides sociais e mais, o Direito como instrumento de regulação dos comportamentos éticos a partir da construção de normas jurídicas que objetivem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Todavia, é possível determinar critérios ou métodos de ponderação de valores que nos permita identificar com precisão e segurança quais valores são permanentes e quais são variáveis, tendo como objetivo o acesso à uma ordem jurídica justa? Apesar de ser factual que uma necessária zona de liberdade exegética concretizada na abertura do sistema jurídica é exigida como oportunidade para interpretação e entendimento do sentido argumentativo do caso concreto, a falta de métodos e limites para interpretação não poderia levar a um abuso de poder por parte dos intérpretes da ordem jurídica, tudo podendo justificar por meio de argumentações? Como encontrar uma explicação razoável para esclarecer o porquê da preservação axiológica de determinados contextos políticos comunitários, os quais são regulados e orientados pelo Direito, tendo em vista seu condicionamento pela tradição cultural e também como explicar as mudanças e novas tendências ou fronteiras axiológicas com que se depara a ética social moderna pela exigência de construção de novos valores dentro da comunidade?

Se, é verdade que todo conflito de interesses representa uma ocasião para valorar no interior da situação das partes suas contradições e desejos, cabe ao intérprete, no desenvolvimento de sua atividade de operador do Direito resguardar as relações éticas fundamentais para construção da Justiça Social e ao mesmo tempo aplicar com correção a norma mais adequada ao caso, tendo em vista a realização dos fins jurídicos fundamentais.

Toda esta problemática avulta-se consideravelmente no contexto contemporâneo, tendo em vista que cabe ao Direito harmonizar as condutas num ambiente marcado pelas diferenças e pela pluralidade de concepções sobre os bens da vida. Deste modo, torna-se ainda mais difícil definir os padrões ou símbolos éticos

<sup>14</sup> BERTI, Enrico. Aristóteles no século XX. Tradução: Dion Davi Machado. São Paulo: Loyola, 1997. P 287.

importantes dentro da realidade contemporânea já que ela é marcada por contrastes que exigem do Direito, como ciência, um tratamento mais específico baseado na circunstancialidade dos casos concretos, mas que, ao mesmo tempo, ao se abrir para perspectivas particulares, corre o risco de perder em segurança e em sistematicidade metodológica oferecidas pelo caráter universal da lei.

Haberle em seu livro "Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da constituição", busca observar as necessárias aberturas que o sistema jurídico deve conceder para se atingir a justiça, a partir da idéia de participação do sujeito constitucional (Democracia), defendendo que para isto deve ser ampliado o papel dos agentes constitucionais na interpretação do Direito<sup>15</sup>. Na verdade, trata-se de uma defesa do caráter dialético argumentativo do Direito por meio da participação dos valores éticos no processo de interpretação, formação, reformulação e constante atualização do Direito. Com base nisto, ele aborda:

*"A estrita correspondência entre vinculação à constituição e legitimação para interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: a interpretação é um processo aberto.*

*Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se*

<sup>15</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 23. "A análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um "evento exclusivamente estatal", seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade políticas. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. Até pouco tempo imperava

a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. (...) A interpretação constitucional é, todavia uma atividade que potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais diretos ou a longo prazo. A conformação da realidade torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade".

*reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, da integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da law in public action (personalização, pluralização da interpretação constitucional) (HABERLE, 2002, p. 31)".*

Sabe-se que quanto maior a oportunidade de participação dos agentes num processo aberto de interpretação tem-se mais variadas teses e argumentações, podendo-se cair num subjetivismo axiológico incontrolável. No entanto, vale destacar que este processo de integração dos valores ao Direito visa permitir de forma ampla e democrática ao poder judiciário tomar conhecimento da realidade dos fatos (Particular) por meio de uma aplicação normativa (Universal) que para ser justa exige do juiz uma postura ativa na compreensão do mundo das experiências humanas baseado na circunstancialidade do agir. Isto porque estas forças pluralistas da sociedade representam a fonte de informação concreta do que é o Direito e do que é o Dever de cada parte. Ou seja, tais métodos objetivam criar um critério científico para apreensão das complexas estruturas da realidade social a partir da integração de outros sujeitos de direito no processo de interpretação da norma e não condicionando o conhecimento da realidade dos fatos e dos valores à hipotética e surreal subsunção normativa imparcial realizada pelos juízes. No entanto, o espaço reservado para aplicação équa das normas somente se realizará se tal aplicação for realizada de modo correto e por meio dos métodos dispostos pelo próprio sistema legal.

Nesse sentido, é importante diferenciarmos os contrastes existentes entre o caráter formal e material do Direito. O credo constante depositado na subsunção legal exercida pelo juiz no processo de adequação dos fatos aos significados dos textos legislativos pode representar uma ameaça à justiça, renegando à equidade o papel de mero agente integrador, hierarquicamente inferior no processo de

definição de qual norma cabe ao caso concreto. Mas como o próprio Aristóteles definiu que a justiça somente se encontra no justo termo entre as partes, mister avaliar as circunstâncias que compõem o caso em suas especialidades e ao mesmo tempo permitir que o próprio sistema jurídico sirva como mecanismo de realização de seus fins, quais sejam, concretização da justiça e democracia.

Interessante notar a necessidade de encontrar um equilíbrio entre a onipotência racional com que a ciência do Direito presume critérios lógico-dedutivos para Direito e a tão sonhada abertura do sistema proposta por argumentações exageradamente livres e flexíveis. Daí se originou grandes erros cometidos pela Filosofia do Direito por meio da crença de podê-lo reduzir a fórmulas matemáticas de conteúdo exclusivamente empírico-descritivo e mais, como se o Direito pudesse ser reduzido à pressuposição de que normas válidas criadas para regular exigências do mundo prático fossem a todo momento manter sua perfeita adequação numa intenção meramente teórica do Direito, analogamente com o que se opera nos princípios de causa e efeito das ciências naturais<sup>16</sup>.

Avaliando esta situação, Robert Alexy em seu livro "Teoria da Argumentação Jurídica" após diagnosticar as insuficiências dos sistemas jurídicos fechados, desvinculados de proposições axiológicas, busca critérios de ponderação de valores e de construção de bases argumentativas racionais<sup>17</sup> mínimas para situações em que as ordens jurídicas não resolvam os problemas sociais de forma justa. São todas estas tentativas modernas reestruturações do sentido antigo atribuído por Aristóteles à equidade e a *phronésis*.

Um fato observável pode ser deduzido da dificuldade de conciliar abertura e segurança, ou seja, da dificuldade de adaptar a generalidade da lei aos casos concretos. Como toda decisão judicial impõe um determinado tipo de comportamento ético social para as partes, toda escolha de juízo é antes uma preferência por um juízo de valor, que encontra numa racional justificação argumentativa sua possibilidade de validade. Toda interpretação exige escolhas políticas

<sup>16</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. Teoria do Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998. P. 3 a 50.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 19. "O sistema axiológico-teleológico em si não permite decisão única sobre o peso e o equilíbrio dos princípios jurídicos em dado caso (...) Isto não significa que seja impossível basear os

por um determinado sentido ditado por uma racionalidade prática, que embora dependa da subjetividade para ser observada não deve cair num subjetivismo para ser justificada. Em verdade, trata-se de uma busca por aplicar na circunstância do caso o Direito por meio de estratégias corretas para realização dos fins jurídicos supremos, permitindo ao sistema realizar tais fins por meio de seus próprios métodos.

Deste modo, várias correntes tentaram desenvolver métodos e instrumentos de justificação racional para a objetividade dos juízos de valor. Alexy resume seus fundamentos em três motivos básicos:

*1º) "Proposições que usam como ponto de partida convicções atuais existentes e pontos de consenso realmente válidos ou normas não-jurídicas aceitas"; 2º) Proposições que se referem a valores que de algum modo podem ser extraídos da estrutura existente da lei (inclusive decisões prévias); 3º) Proposições que envolvam princípios que ultrapassam a lei positiva<sup>18</sup>".*

Na verdade, trata-se de uma tentativa de orientar a razão prática e a decisão judicial, que é um instrumento de revelação desta razão prática, para um sentido de profunda compreensão do contexto ético como meio para conquista de uma interpretação crítica das circunstâncias do caso cuja resolução pode basear-se num valor atual e não sempre em uma estrutura normativa formal. O mero reconhecimento das influências do contexto ético no processo de avaliação das circunstâncias particulares da qual é formado o Direito significa adequá-lo a um modelo de racionalidade que lhe é mais típico e característico.

A busca por uma hermenêutica segura e ao mesmo tempo aberta traduz de certa forma o contexto ético problemático a qual o Direito é convocado para harmonizar e pacificar com suas normas, ou seja, um contexto ético em que convivem o espírito de comunidade e o dever de respeito às diversidades (Pluralidade). Vale salientar

argumentos num sistema de valores e objetivos, isto é argumentar com base num sistema axiológico-teleológico, ou com base em algum outro sistema qualquer. Os argumentos, como sempre característicos dos sistemas, representam tanto na prática como em juízo, bem como na ciência jurídica um papel importante".

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 24.

que o discurso prático jurídico tem por base não o discurso do verdadeiro e do falso baseado no antagonismo entre questões absolutas e questões relativas, mas antes este discurso deve estar fundamentado no discurso do plausível e do razoável.

Pode-se dizer que o Direito é mais afim da Justiça e da Democracia do que à rigidez interpretativa das leis que forçam a realidade circunstancial para que ela caiba dentro de uma norma a todo custo, mesmo que não tenha sido elaborada para tal desiderato. Deste modo, a equidade como instrumento de adaptação do generalismo da lei ao caso concreto deve encontrar limites na aplicação correta das melhores estratégias para realização de tais fins. O que é necessário ressaltar são as dificuldades encontradas para sustentação da racionalidade plena do discurso jurídico, à medida que suas teses são sempre precárias porque incluídas na variabilidade dos contextos regulados.

#### 4. A crise de legitimidade do Direito e o Papel do Poder Judiciário na Modernidade

Em meio à pluralidade de valores e concepções sobre os bens da vida que marca o contexto ético contemporâneo é reservado um papel especial ao Direito, que ultrapassa a responsabilidade de organizar o convívio social assumida por este durante séculos, desde o Jusnaturalismo Racionalista do Século XVII. Este papel que antes se restringia em coordenar o processo social com base em fórmulas lógicas traduzidas em leis num pensamento apodídico, matemático e formalista<sup>19</sup> demonstrou-se incapaz de compreender neste atual estágio de desenvolvimento cultural da sociedade as diversidades e complexidades que cercam nossa época.

Nesse sentido, o Direito como ciência que busca definir racionalmente critérios e parâmetros de aplicação condizentes aos fins estabelecidos como supremos para ele (Democracia e da Justiça) deve realizar uma interpretação interdisciplinar e aberta das situações fáticas que, contudo não comprometa o acesso à justiça por meio de uma perda da segurança jurídica, o que poderia resultar num exasperado controle da liberdade dos indivíduos pela normatividade.

Portanto, interessante repensar o papel do Poder Judiciário neste cenário político, ético e social, buscando definir seus propósitos

práticos e operacionais na concretização da justiça e da democracia, haja vista a iminente crise por que passa o Direito. De que modo deve atuar os juízes na busca pela resolução de uma constante tensão que marca a função do Direito na sociedade contemporânea, qual seja a tensão entre o universal, caracterizado pela lei e o particular, caracterizado pelo caso concreto. Entretanto, não deve haver exclusão entre estas duas esferas de atuação do Direito, pois da mesma forma que a valoração do caso em concreto é importante para compreensão verdadeira dos fatos e valores presentes, a ordem social trazida por uma normatividade já estabelecida também serve como um importante critério para a prática da justiça à medida que estabelece o que é fundamental para o bem estar daquela comunidade.

Sendo assim, inúmeras funções antes desafetas ao poder judiciário, atualmente lhe são exigidas para consolidação do Estado Democrático de Direito, isto porque o acesso à uma ordem jurídica justa<sup>20</sup> presume uma aproximação do Poder Judiciário aos problemas sociais a partir de uma maior integração entre julgadores e problemas julgados. Trata-se do fenômeno de judicialização das relações sociais<sup>21</sup>, em que se detecta a superação do Positivismo Legalista e Normativista para uma compreensão aberta e valorativa do Direito numa ampliação do poder de interferência do Judiciário nas relações humanas em geral que vão desde o controle de políticas públicas (Interdependência de Poderes) às questões que envolvem a bioética e o direito ambiental. Estas novas exigências problemáticas revelam

---

formalismo, que se evidencia pelo próprio conceito de Direito, entendido como um sistema de normas. Levado às últimas conseqüências, o formalismo conduziu o Direito ao positivismo legalista da Escola da Exegese e permaneceu no normativismo da Escola de Viena e no pensamento neo-positivista. A conseqüência desse modo de conceber o Direito foi o seu distanciamento da realidade (através da separação exagerada do mundo dos conceitos e o mundo dos fatos), de acordo com o princípio que via na sistematização dedutiva o ideal de toda ciência".

<sup>20</sup> SADEK, Maria Teresa. Magistrados: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 13. "O Judiciário tem cada vez mais ocupado um lugar central na arena pública. Seu papel como instituição política e como órgão encarregado de prestação de serviços tem sido objeto de discussão. Diagnósticos referindo-se a uma crise são constantemente repetidos. E, em igual medida, são propostas mudanças. Estamos, desse ponto de vista, distantes hoje do tempo em que questões sobre a Justiça diziam respeito somente a especialistas. O debate tem se intensificado, chamando a atenção não só de juristas e operadores do sistema de justiça, mas também de congressistas, da grande imprensa e de representantes da sociedade civil".

---

<sup>19</sup> PRADO, Lúcia Reis de Almeida. O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial. São Paulo: Millennium, 2005. p. 11. "Assim como ocorreu com os outros ramos do conhecimento, a história do pensamento jurídico ocidental está imbuída de

por outro lado a crise de legitimidade e validade do Direito perante o atual contexto ético.

As sentenças judiciais como resultado da função jurisdicional do Estado para que sejam compatíveis à amplitude das situações fáticas e, portanto, condizentes à Justiça exigem do juiz um papel criativo no processo de construção do significado da norma. O silogismo formal que marcou o paradigma exegético Positivista, na qual se presume uma constante adequação da norma, pressupostamente elaborada, à realidade fática que visa regular, resultando daí a conclusão lógica e matemática de qual conduta ou comportamento a ser exigido juridicamente não mais se apresenta suficiente para atender a demandas sociais marcadas pela complexidade. A justiça nascerá desta aproximação do Direito e do Poder Judiciário da realidade histórico-cultural.

“Pois bem: a abertura dos textos normativos, o exercício de discricionariedade pelo intérprete e a expansão do papel de juízes e tribunais criaram novas demandas de elaboração teórica. De fato, em nome, da objetividade mínima do direito e da previsibilidade das condutas, impõem-se o desenvolvimento de parâmetros técnicos que permitam a controlabilidade das decisões, preservando o Estado Democrático de Direito de uma degeneração indesejável<sup>22</sup>”.

O sistema jurídico é composto por um conjunto de regras e princípios, sendo que da interpretação destes elementos normativos deduz-se o significado da norma e o modo como ela regulamenta as situações fáticas sociais, objetivando proteger determinados valores ou bens jurídicos. Ao intérprete do Direito é reservado o papel de compreender os valores presentes nesta situação fática nas circunstâncias de suas peculiaridades, que ensejam ora uma, ora outra disposição normativa capaz de coibir com eficácia a ofensa a determinados bens juridicamente relevantes e assim atingir as finalidades básicas do sistema jurídico. É assim que o Direito como

ciência dispõe de métodos próprios e realiza suas finalidades básicas, revigorando seu sentido e papel mediante o contexto em que se insere e mitigando sua crise enquanto instância regulativa dos conflitos sociais.

“Isto porque na vida da ciência – jurídica ou de qualquer outra – não há, nem pode haver ponto de repouso definitivo. O que antes tiver sido virado do avesso pode sempre, a todo tempo, ser revirado: não no sentido de dar marcha à ré, de abrir mão do avanço consumado, de desprezar as recentes conquistas; mas no de averiguar se, com a ajuda das novas lentes, não se obtêm, olhando noutra direção, quiçá no sentido contrário, imagens também novas e igualmente enriquecedoras<sup>23</sup>”.

Em consonância com os paradigmas científicos que atualmente marcam a ciência do Direito a função jurisdicional do Estado desenvolvida pelo Poder Judiciário também sofreu modificações e no atual contexto está buscando se adaptar às novas exigências de uma realidade sempre em transformação. A abertura para os problemas sociais num processo de integração maior entre julgador e julgado, em que o Judiciário desempenha um papel ativo na compreensão das circunstâncias específicas que regulam o caso em concreto e ao mesmo tempo, utiliza a lei como base para construção de decisões democráticas e seguras podem se apresentar como melhores instrumentos para que os juízes possam ter acesso às informações substanciais dos litígios e assim revigorarem o papel social do Direito. Uma postura que seja segura e aberta diante de uma realidade problemática complexa e em construção é a melhor medida para concretização da Justiça e de um Estado Democrático de Direito.

Desta forma, é importante ressaltar que o Direito não é produzido somente pelos órgãos oficiais do Estado, ultrapassando a

<sup>21</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Prefácio, item I.

<sup>22</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Prefácio. Item II

<sup>23</sup> NICOLAU JÚNIOR, Mauro. A Decisão Judicial e os Direitos Fundamentais Constitucionais da Democracia. Disponibilidade e Acesso: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em 14 de Fevereiro de 2007.

esfera da estatalidade para atingir parte significativa das relações inter-pessoais<sup>24</sup>. Portanto, uma decisão jurídica para que seja justa deve compreender o mais amplamente possível, para posterior síntese (julgamento), toda esta realidade que envolve o litígio. A necessidade de se informar desta realidade problemática complexa e mutante aliada às influências que uma decisão exerce na determinação dos comportamentos ético sociais leva a concluir pela abertura da ordem jurídica como requisito à sua legitimidade e condição para minoração da crise jurídica que se vive atualmente, no sentido de que cabe ao poder judiciário coordenar as tensões sociais. Abertura esta que muitas vezes significa maior integração e participação dos setores envolvidos na realidade do processo judicial.

A neutralidade necessária ou possível<sup>25</sup> para que o juiz possa alcançar uma interpretação o mais objetiva possível no caso em concreto não significa que o juiz deva se desvencilhar de toda e qualquer influência política, social ou cultural, mesmo porque neste sentido nenhum juiz é neutro<sup>26</sup>. Pelo contrário, se ao juiz é importante ter uma compreensão ampla e profunda do conflito social para que seu julgamento seja justo, não há outra medida senão conviver com as inconstâncias e temores que uma aproximação mais atenta da realidade problemática provoca. A ameaça de um Poder Judiciário exageradamente intervencionista que utiliza critérios inseguros deve ser combatida com políticas de controle de constitucionalidade das decisões com boa e razoável fundamentação das sentenças. Isto

<sup>4</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 23. "A análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da constituição tal como um partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. Até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo".

<sup>25</sup> CALAMANDREI. Apud, SLAIB FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: 2006. p.548. "Históricamente la cualidad preponderantemente que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición em los albores de la civilización es la IMPARCIALIDAD. El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y com despego; es un tercero inter partes, o mejor aún, supra partes. Lo que lo impulsa a juzgar no es un interés personal, egoísta, que se encuentre em contraste o em convivencia o amistad con uno o con outro de los egoísmos en conflicto. El interés que lo mueve es un interés superior, de ordem colectivo, el interés de que la contienda se resuelva civil e pacíficamente..."

porque a decisão judicial como síntese de um longo processo de investigação das circunstâncias problemáticas da lide é resultado de um saber científico, cujo certificado de cientificidade não implica num saber técnico, teórico e formal, distante das influências práticas que inevitavelmente deve sofrer, apesar de também não ser fruto de um subjetivismo relativista e ideológico que coloca o julgador acima dos fatos e valores a serem julgados. A ciência do Direito possui estruturas racionais de uma ciência prática, que permitem sua validade como sistema de regulação.

Deste modo, a exigência de um juiz ativo, sensível às circunstâncias do caso e mais criativo no modo como compreende a lei e os valores é um juiz adequado ao contexto ético contemporâneo e mais próximo à justiça material<sup>27</sup>. O magistrado João Baptista Herkenhoff compreende da seguinte forma o papel do juiz:

"(...) um poeta, alguém que morre de dores que não são suas, alguém que vive o drama do processo, alguém capaz de descer às pessoas que julga, alguém que capta os sentimentos e as aspirações da comunidade, alguém que incorpora na sua alma e na própria vida a fome de justiça do povo a que serve. Diverso deste paradigma é o juiz distante, alheio – burocrata no sentido pejorativo – cuja pena se torna para ele um peso, não por sentir as dores que não são suas, mas pelo enfado de julgar; pela carência do idealismo e da paixão que tornariam seu ofício uma aventura digna da dedicação de uma existência<sup>28</sup>".

<sup>26</sup> PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. São Paulo: Millennium, 2005. p. 100. "Reconhece-se que os tribunais constituem um solo fértil para as projeções, pois a subjetividade do magistrado e de seus valores (ao lado dos valores sociais) interferem na interpretação da lei. Em decorrência da presença inevitável de tais projeções, insitas ao ato de julgar, que se formam a partir da própria leitura do processo, cai por terra o ideal de neutralidade do julgador. Assim, o juiz contemporâneo, envolvido com o caso, poderá recolocar o judiciário, em seu lugar de sustentáculo da democracia e de refúgio certo da esperança coletiva. Um magistrado que tenha vivências de alteridade no ato de julgar terá maior possibilidade de outorgar aos jurisdicionados boas decisões".

<sup>27</sup> PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. São Paulo: Millennium, 2005. p. 93. "A restrição do Direito à norma – de caráter abstrato e geral – não consegue conviver com a nova idéia de justiça, que implica uma grande confiança no poder criativo do julgador, de quem se espera uma sensibilidade muito refinada para lidar com o sempre mutante contexto social".



É mister encontrar um método capaz de viabilizar a emissão de juízos que tenham por base uma justiça não meramente formal, mas material no sentido de vivência comportamental do Direito e da Democracia. Nesse contexto a ampliação dos poderes dos juizes pode apresentar-se como um instrumento de definição e controle de políticas públicas, de coordenação do processo social na definição do espaço público e privado, no auxílio para concretização de um projeto ético da contemporaneidade que busca superar antigos antagonismos em meio à liberdade plural. Porém tudo isto deve se realizar nos estritos limites das responsabilidades legais assumidas pelo Poder Judiciária de modo a resgatar o papel do Direito no contexto ético atual como meio de auxílio na constituição de uma razão prática individual e coletiva baseada no bem estar social e na felicidade individual.

“Hoje, já voltamos a atingir uma posição de maior equilíbrio; se não subordinamos rigidamente os juizes aos textos lógico-formais, é porque não o compreendemos alheio ao mundo das realidades humanas, aplicando, como um simples autômato, imperativos de leis resultantes tão só de diretivas abstratas, ou agindo perigosamente, à margem da lei positiva, que lhe cabe aplicar com o sentido integral do direito; mas também não o colocamos acima das leis e das necessidades sociais de sua interpretação<sup>29</sup>”.

Atente-se que surgiu nos últimos tempos a exigência de maior participação do Poder Judiciário nos fenômenos políticos e sociais. Trata-se de uma reestruturação dos paradigmas clássicos de decisão e interdependência de poderes, bem como do antigo modelo de imparcialidade com que o Judiciário satisfazia-se em apenas aplicar a legislação. Nesse sentido, o papel político do Judiciário e de certo modo do próprio Direito na avaliação e determinação do que é permanente e do que é variável dentro do contexto ético representa

<sup>28</sup> HERKENHOFF, João Batista. Como aplicar o Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1996. P. 65.

importante instrumento de acesso à democracia material, possibilitando assim a garantia do que é justo e essencial na realidade problemática das relações sociais<sup>30</sup>.

No entanto, é importante que se diga que o movimento de politização do Poder Judiciário não significa necessariamente ideologização do mesmo como se os juizes estivessem deliberadamente e aprioristicamente a favor de uma das partes em função das ideologias ou modos de compreender o mundo que possuem<sup>31</sup>. Assim sendo, embora as idéias variem para cada julgador e elas se manifestem de diferentes formas, sendo um elemento ínsito a qualquer ser humano se orientar pelo modo que concebe os fatos e coisas, a defesa da politização do Poder Judiciário não representa um argumento a favor do psicologismo subjetivo relativista ou mesmo do Realismo Jurídico. Acredita-se na necessidade de maior participação do poder judiciário, sem necessariamente se envolver ideologicamente ao ponto de debilitar inclusive o caráter científico do saber jurídico baseado na possibilidade de aplicação équa da lei mediante a circunstancialidade prática do caso.

Para que se tenha maior controle de tais papéis a serem desempenhados, toda decisão como síntese de um intenso processo de investigação racional dos problemas que envolveram um

<sup>29</sup> REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 438.

<sup>30</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. Apud., BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 40. “Eis que a reconstitucionalização implicou nítido alargamento das funções dos juizes e uma maior participação do Judiciário nos problemas gerais da vida brasileira. Deste modo, cabe à comunidade dos profissionais do Direito uma reflexão mais profunda acerca destas questões,, tendo em vista que ‘nova retórica’ oferece novas possibilidades de reflexões no mundo do direito e postula uma integração maior entre a produção doutrinário-acadêmica e o cotidiano do juiz e do advogado. Ademais, nos últimos anos tem-se frequentemente sustentado uma fiscalização maior da atividade do judiciário, cogitando-se por vezes o controle externo deste poder. Trata-se de um debate difícil, complexo e delicado. Entretanto, pode-se apontar uma outra forma – diferente daquela do controle externo – de procurar garantir mecanismos de fiscalização da sociedade e da comunidade dos operadores do direito em relação do judiciário. Tal se daria, basicamente, a partir de uma outra perspectiva, situada numa dimensão metodológica, através de um exame mais apurado da fundamentação das decisões, à luz de todas essas cogitações de natureza teórica abertas pela démarche tópica. Neste quadro atual, onde tradicionalmente garantida em nossa história jurídica, impõem-se uma atenção maior à questão concernente às justificativas pelas quais os juizes chegam às decisões que dirimem as lides a elas submetidas”.

determinado caso em concreto, deve ser respaldada por uma fundamentação técnica e racional condizente com o sistema legal vigente<sup>32</sup>. Toda decisão como escolha ou opção livre, mas não arbitrária, por uma norma deve ser justificada e os argumentos jurídicos que lhe dão validade apresentados publicamente<sup>33</sup>. Assim sendo, ao julgar, o juiz não elabora uma decisão com base em suas vontades ideológicas ou subjetivas sem racionalmente declarar quais motivos jurídicos<sup>34</sup> lhe indicaram aquela determinada decisão normativa como a mais condizente àquela realidade fática, tendo em vista a conquista da justiça e da democracia.

Desta forma, uma decisão que não seja razoável<sup>35</sup> não pode ter validade. Esta razoabilidade, na verdade, representa uma necessária objetividade jurídica que deve estar embutida à decisão jurídica. Isto porque a motivação técnica e racional das decisões é antes de tudo um controle de objetividade da sentença, buscando impedir a subjetividade relativista que impede uma visão ampla de justiça por tudo poder justificar e tornar válido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

<sup>31</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós modernidade*. Coimbra: Cortez, 2003, 350 p. 174. Assim nos esclarece o autor a respeito das diferentes formas de compreender o Direito, demonstrando a influência das ideologias para o Poder Judiciário Italiano: "Em primeiro lugar, a tendência dita estrutural funcionalista, com ênfase nos valores de ordem, do equilíbrio e da segurança social e da certeza do direito, que agrupa os juízes e magistrados conservadores ou moderadores, defensores da divisão de poderes, adeptos das soluções tradicionais, quer no plano sócio-econômico, quer no da organização judiciária. Em segundo lugar, a tendência do chamado conflitivismo pluralista em que prevalecem as idéias de mudança social e se defende o reformismo, tanto no interior da organização judiciária, como no da sociedade em geral, com vista no aprofundamento da democracia dentro do marco jurídico-constitucional do Estado de Direito. Em terceiro lugar, a tendência mais radical do chamado conflitivismo dicotômico de tipo marxista, que agrupa os juízes apostados num uso alternativo do direito, numa função mais criadora da magistratura enquanto contribuição do Direito para a construção de uma sociedade verdadeiramente igualitária".

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. P. 125. "A legitimação da decisão judicial só pode derivar da argumentação jurídica racional, que a idéia de racionalidade discursiva apenas se realiza em um Estado Democrático Constitucional e que é impossível um Estado Democrático Constitucional sem discurso, sem argumentação e sem justificação, o que conduz à absoluta preponderância do valor da interpretação das normas".

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, 328 p.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002. 239 p.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 334 p.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. *Constituição da República Federativa do Brasil: Série Compacta*, São Paulo, Ridel, 2001. Legislação Federal.

BRASIL. *Lei Nº 5.969 de 11 de maio de 1973*. *Institui o Código de Processo civil*. *Código de Processo Civil: Série Compacta*, São Paulo, Ridel, 2001. Legislação Federal.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Teoria do Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998. 260 p.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação*

<sup>33</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. *Série Compacta*. São Paulo: Ridel, 2001. Art 93. "Lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observando-se os seguintes princípios: IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade..."

<sup>34</sup> BRASIL. *Lei Nº 5.969 de 11 de maio de 1973*. *Institui o Código de Processo civil*. *Código de Processo Civil*. *Série Compacta* São Paulo: Ridel, 2001. Legislação Federal. Art 131. "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

<sup>35</sup> SAINT-EXUPÉRY, Antoine. *O Pequeno Príncipe*. Tradução de Dom Marcos Barbosa. 48ª Edição. Rio de Janeiro: Agir, 2005. p. 40. "Eu desejava ver um pôr do sol...Fazei esse favor. Ordenai ao sol que se ponha...- Se eu ordenasse a meu general voar de uma flor a outra como borboleta, ou escrever uma tragédia, ou transformar-se em gaivota, e o general não executasse a ordem recebida, quem - ele ou eu - estaria errado?"

-Vós, respondeu com firmeza o príncipezinho. - Exato. É preciso exigir de cada um o que cada um pode dar, replicou o rei. A autoridade repousa sobre a razão. Se ordenares a teu povo que ele se lance no mar, farão todos revolução. Eu tenho o direito de exigir obediência porque minhas ordens são razoáveis".

pluralista e procedimental da constituição. Porto alegre: Sérgio Fabris, 2002, 55 p.

HERKENHOFF, João Batista. Como aplicar o Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1996, 212 p.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. A Decisão Judicial e os Direitos Fundamentais Constitucionais da Democracia. Disponibilidade e Acesso: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em 14 de Fevereiro de 2007.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. O Juiz e a Emoção: Aspectos da lógica da Decisão Judicial. Campinas: Millennium, 2005, 185p.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2002, 936 p.

SLAIB FILHO, Nagib. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 786 p.

SADEK, Maria Teresa. Magistrados: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV, 2006, 140 p.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine. Pequeno Príncipe, Trad. Dom Marcos Barbosa. Rio de Janeiro: Agir, 2005, 95 p.

SADEK, Maria Teresa. Magistrados: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV, 2006, 140 p.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine. Pequeno Príncipe, Trad. Dom Marcos Barbosa. Rio de Janeiro: Agir, 2005, 95 p.

SANTOS, Boaventura de Souza. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós modernidade. Coimbra: Cortez, 2003, 350 p.

## ATEORIA DOS ATOS *ULTRA VIRES* E O DIREITO BRASILEIRO

Marlon Tomazette<sup>1</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

As sociedades personificadas são caracterizadas por um fim coletivo (o exercício da atividade econômica) e uma vontade coletiva dirigida a consecução de tal finalidade. Todavia, tais entes não possuem existência concreta, não podendo por conseguinte manifestar sua vontade exteriormente de per si, necessitando da intermediação de órgãos para tanto. Essa é a lição de Josserand :

"Vontade e objeto são os verdadeiros fundamentos da personalidade jurídica, ali onde existe um objeto ou fim coletivo e uma vontade coletiva de alcançar esse fim, existe uma personalidade moral, com a condição, sem embargo, de que dita vontade se traduza exteriormente por meio de órgãos"<sup>2</sup>.

Assim, a vontade das sociedades deve ser concretizada por meio de seus órgãos, que são denominados de administradores. São estes que na maioria dos casos praticam os atos pela sociedade. Todavia, nem sempre esses administradores agem dentro de seus pode-

<sup>1</sup> Mestre e Doutorando em Direito, Professor de Direito Comercial do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, Procurador do Distrito Federal e Advogado.

<sup>2</sup> JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, Tradução De Santiago Cunchillos Y Manterola, Buenos Aires: Bosch Y Cia, 1952, p. 465

res, surgindo a discussão se nesse caso o ato poderá ser imputado à sociedade ou apenas aos administradores. Neste particular, ganha especial relevância a chamada teoria dos atos *ultra vires*.

## 2 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO ADMINISTRADOR-SOCIEDADE

A ausência de substrato concreto das pessoas jurídicas torna imprescindível a intermediação de um órgão, para a exteriorização da vontade social, bem como para a administração da sociedade no âmbito interno. "É evidente que uma pessoa moral não pode obrar por si mesma, sendo necessário que se exteriorize por mecanismos, por órgãos, sem os quais seria como se não existisse"<sup>3</sup>.

Tal órgão, todavia, não é um representante, no sentido técnico, da pessoa jurídica, conquanto seja essa a terminologia usada na linguagem corriqueira. Não se pode falar em representação legal ou convencional, seja porque a pessoa jurídica não é incapaz, seja porque a função do órgão é essencial à própria vida da sociedade, seja porque não há relação de subordinação, não se podendo falar em mandato. Tanto não se trata de mandato, que se aplicam à atividade dos administradores, apenas supletivamente e não diretamente, as normas sobre o mandato<sup>4</sup> (art. 1.011 § 2º do Código Civil de 2002).

Quando o órgão age, quem age é a pessoa jurídica, por meio do órgão se faz presente a vontade da pessoa jurídica, daí se falar que o órgão é o representante<sup>5</sup> da pessoa jurídica, e não seu representante. O Professor Rubens Requião lança mão de uma analogia extremamente clara na definição de tal natureza, ao afirmar que "o órgão executa a vontade da pessoa jurídica, assim como o braço, a mão, a boca executam a da pessoa física."<sup>6</sup>

Embora a questão seja um tanto quanto controvertida na prática, sobretudo na órbita previdenciária, onde tal definição é primor-

dial, entende-se, a princípio, que os administradores não são empregados da sociedade. Apesar disso, tende-se a analisar caso a caso a presença ou não dos elementos do artigo 3º da CLT, para se afirmar a existência de uma relação trabalhista ou de uma relação estatutária com a sociedade. Neste particular o ponto essencial diz respeito à existência da subordinação jurídica entre o diretor e os outros órgãos da sociedade.

Fábio Ulhoa Coelho afirma que a subordinação existe, mas não se configura nos mesmos moldes da subordinação jurídica da relação de emprego. Haveria uma subordinação societária, de órgão para órgão, e não uma subordinação pessoal, necessária para a configuração de uma relação de emprego<sup>7</sup>.

Corroborando a afirmação de Fábio Ulhoa Coelho, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo afirma que não uma subordinação jurídica dos administradores, apesar da existência de órgãos da sociedade hierarquicamente superiores. Não há ordens de um órgão para outro, como haveria na relação de emprego<sup>8</sup>.

Também não se pode falar em mandato, seja pela essencialidade da função<sup>9</sup>, seja pela independência inerente ao exercício do cargo de administrador. Embora eleitos pelos acionistas, e destituíveis por eles, com motivo, e possivelmente sem motivo, os administradores não são agentes dos acionistas<sup>10</sup>, não são mandatários. Os administradores gozam de uma certa independência, na medida em que não são obrigados a cumprir todas as deliberações da assembleia, podendo até impugná-las, em função de qualquer vício<sup>11</sup>.

Criticando a concepção do mandato, Isaac Halperin afirma que entre o administrador e a sociedade haveria um contrato de prestação de serviços<sup>12</sup>. Pier Giusto Jaeger e Francesco Denozza afirmam

<sup>7</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 239-241.

<sup>8</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 45-46.

<sup>9</sup> CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 17.8

<sup>10</sup> HENN, Harry G. e ALEXANDER, John R. *Law of corporations*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1983, p. 563.

<sup>11</sup> FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 558; CECCHI, Paolo. *Gli amministratori di società di capitali*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 11.

<sup>12</sup> HALPERIN, Isaac. *Sociedades Anónimas*. Atualizada e ampliada por Julio C. Ottae-gui. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998p. 469-470.

<sup>3</sup> JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, Tradução De Santiago Cunchillos Y Manterola, Buenos Aires: Bosch Y Cia, 1952, p. 465

<sup>4</sup> GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo 1, p. 356.

<sup>5</sup> MIRANDA, Francisco Antônio Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseler, 1999, v. 1, p. 482-483; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 429.

<sup>6</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 389.

que melhor seria enquadrar a relação do administrador com a companhia, como um contrato de administração, isto é, um contrato autônomo<sup>13</sup>. Paolo Cecchi defende que a relação entre administrador e sociedade é uma relação contratual, que se enquadraria dentro da ampla categoria de contrato de trabalho, não se identificando nem com a relação de emprego, nem com a prestação de serviços autônoma<sup>14</sup>.

Todas essas concepções, apesar do brilho de seus defensores, pecam por identificar uma natureza contratual na relação entre o administrador e a companhia. Caso fosse uma relação contratual, os poderes dos administradores seriam derivados desse contrato, e não poderes necessários para a vida da sociedade. Em outras palavras, os administradores não são partes de um contrato a parte, porque a presença deles é essencial para a vida da sociedade, seus poderes são uma decorrência lógica da existência da sociedade<sup>15</sup>.

Diante disso, não há como afastar a concepção organicista, isto é, os administradores são órgãos ou representantes das sociedades, na medida em que o ato praticado por eles dentro dos seus poderes é um ato da própria sociedade. Seus poderes decorrem da lei<sup>16</sup> e são um consectário da existência da própria companhia.

### 3 - VINCULAÇÃO DA SOCIEDADE SIMPLES POR ATOS DOS ADMINISTRADORES

Por força da própria natureza jurídica da relação entre o administrador e a sociedade simples, poder-se-ia afirmar que todos os atos praticados por estes são atos da sociedade e, conseqüentemente, não responsabilizariam pessoalmente o administrador, uma vez que, por força da personalidade jurídica da sociedade, esta tem existência e patrimônio distinto, o qual responde por suas obrigações.

No entanto, não há dúvida que, em determinados casos, os administradores, movidos por vicissitudes pessoais, podem agir vio-

lando a lei ou o contrato social, vale dizer, em exorbitância aos poderes que lhe foram atribuídos pelo contrato social. Em tais situações, a princípio, há responsabilidade do administrador perante a sociedade e perante terceiros, porquanto o administrador ao agir dessa forma agiu com culpa<sup>17</sup>.

Ao extrapolar seus poderes, o administrador foi além do que era permitido pelo contrato social, isto é, foi além da vontade da sociedade. Neste caso, a sociedade fica vinculada pelo ato praticado? Em outras palavras, a sociedade pode se exonerar perante terceiros, alegando o excesso de poderes praticados pelo administrador?

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.015, parágrafo único, afirma que a sociedade não se vincula pelos atos praticados pelos administradores, se provar uma das seguintes hipóteses: a) limitação inscrita ou averbada no registro de empresas; b) limitação conhecida por terceiro; c) ato estranho ao objeto social.

Sobre o assunto, o STJ afirmou que

"O excesso de mandato praticado pelo administrador da pessoa jurídica poderá ser oposto ao terceiro beneficiário apenas se ficar afastada a boa-fé deste, o que ocorre quando: (i) a limitação de poderes dos administradores estiver inscrita no registro próprio, (ii) o terceiro conhecia do excesso de mandato, e (iii) a operação realizada for evidentemente estranha ao objeto social da pessoa jurídica"<sup>18</sup>.

Nessa linha de entendimento, irá se presumir de modo absoluto, a má fé do terceiro nas hipóteses do artigo 1.015, parágrafo único, permitindo que a sociedade não fique vinculada por tais atos, protegendo-se a sociedade, mas desprestigiando a proteção dos terceiros que contratam com a sociedade.

#### 3.1 - Restrições contratuais aos poderes de administração

A primeira hipótese de não vinculação da sociedade refere-se às restrições contratuais aos poderes do administrador, como, por

<sup>13</sup> JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v.1, p. 341.

<sup>14</sup> CECCHI, Paolo. *Gli amministratori di società di capitali*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 13.

<sup>15</sup> GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo 2, p. 257.

<sup>16</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 19.

<sup>17</sup> ANDRADE JUNIOR, Átila de Souza Leão. *O novo direito societário brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 109.

<sup>18</sup> STJ - 3ª Turma - Resp 448471/MG, Relator Ministra Fátima Nancy Andrihgi, DJ de 14/04/2003.

exemplo, a proibição da prestação de aval ou fiança pela sociedade. Trata-se de atos que aparentemente poderiam ser praticados, mas o contrato social limitou os poderes do administrador, de modo a proibi-lo de praticar tais atos.

Assim sendo, se o contrato proíbe a prática de determinado ato e o administrador ainda assim o pratica, quem irá responder pelo ato será o administrador isoladamente, não havendo vinculação da pessoa jurídica. Pelo texto legal, ainda que haja a aparência de um ato regular, a sociedade não poderá ser responsabilizada, quem irá responder é o administrador que extrapolou os seus poderes contratualmente limitados.

Tal orientação, adotada pelo Código Civil de 2002, vai de encontro à tendência mundial de proteção dos terceiros de boa-fé e do favorecimento da celeridade nos negócios firmados pela sociedade<sup>19</sup>. Diante de tal disciplina, será sempre necessário analisar o contrato da sociedade, para verificar a extensão dos poderes dos administradores.

Entendia-se que as meras restrições contratuais aos poderes de gerência não são oponíveis perante terceiros de boa-fé, uma vez que não se pode obrigar que os terceiros, toda vez que forem contratar com a sociedade, examinem o seu contrato social, para verificar os exatos limites dos poderes de gerência.

A dinâmica das relações contratuais, aliada à proteção da boa-fé, sempre impôs a aplicação da teoria da aparência, para vincular a sociedade. "É exigir demais, com efeito, no âmbito do comércio, onde as operações se realizam em massa e, por isso, sempre em antagonismo com o formalismo, que a todo instante o terceiro, que contrata com uma sociedade comercial solicite desta a exibição do contrato social, para verificação dos poderes do gerente..."<sup>20</sup>

A modernidade e a massificação das relações nos impõem neste caso a aplicação da teoria da aparência, pela qual se o ato parece regular é dessa forma que ele deve ser tratado<sup>21</sup>. A boa-fé dos terceiros que contratam com a sociedade em situação que acreditam per-

<sup>19</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 24.

<sup>20</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 397

<sup>21</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 22.

<sup>22</sup> TOMAZETTE, Marlon. As sociedades por quotas de responsabilidade limitada e os atos dos sócios gerentes. *Universitas Jus*, Brasília, n° 5, p. 119-129, jan-jun 2000.

feitamente regular deve ser prestigiada. A sociedade e os sócios, que escolheram mal o administrador, não podem se beneficiar em detrimento da boa-fé de terceiros<sup>22</sup>.

Tal posição vinha sendo acolhida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que afirmava expressamente que "é válida a fiança prestada por sócio-diretor de empresa com poderes de administração, sendo certo que a existência de vedação no contrato social pertine às relações entre os sócios, não tendo o condão de prejudicar o terceiro de boa-fé<sup>23</sup>. Assim sendo, verifica-se um grande retrocesso com a possibilidade de exclusão da responsabilidade da sociedade pelos atos praticados pelos administradores, em desatenção aos limites contratuais dos seus poderes.

Portanto, neste particular, o Código Civil de 2002 andou mal e representou um enorme retrocesso, desprestigiando valores que devem ser especialmente tutelados no direito empresarial, em especial para garantir a celeridade e a segurança nos negócios jurídicos realizados.

### 3.2 - Terceiros de má fé

No segundo caso de não vinculação da sociedade, pune-se a má fé do terceiro, que sabendo da limitação, ainda assim concluiu o contrato. Nesse caso, não há nenhuma novidade, na medida em que não haveria aparência a ser protegida diante da má fé do terceiro. Se ele está de má fé, não há proteção a ser conferida.

### 3.3 - Atos "ultra vires"

E na terceira situação, o ato é completamente alheio ao objeto da sociedade (atos *ultra vires*), não se concebendo que terceiros acreditem que se trata de ato da sociedade. Por não se tratar de um ato, a princípio, imputável à sociedade, quem deve responder pelo ato é o administrador que o praticou.

Acolher a teoria dos atos *ultra vires*, pela qual os atos estranhos ao objeto social não são de responsabilidade da sociedade, mas apenas do administrador<sup>24</sup>, é outro grande retrocesso. E mais, pode

<sup>23</sup> STJ - 5. Turma - RESP 180.201/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 13.09.99.

<sup>24</sup> TOMAZETTE, Marlon. As sociedades por quotas de responsabilidade limitada e os atos dos sócios gerentes. *Universitas Jus*, Brasília, n° 5, jan-jun 2000, p. 124.

haver um grande prejuízo para a própria sociedade, na medida em que, como ocorreu no direito inglês, será extremamente discutido se o ato está ou não dentro do objeto social.

Com efeito, tal teoria foi acolhida pelo artigo 316 do nosso Código Comercial de 1850, e era aplaudida por autores como Rubens Requião, que afirma que

*"quando, porém, a firma for usada em negócios ostensivamente diferentes do objeto da sociedade, como, por exemplo, a compra de cereais, em uma sociedade destinada ao comércio de tecidos, o terceiro não pode alegar boa-fé, e a firma não obriga a sociedade."*<sup>25</sup>

Entretanto, a sua aplicação é extremamente difícil<sup>26</sup>, podendo causar prejuízos ao tráfico jurídico e à própria sociedade, motivo pelo qual ela tem sido repelida em outros países.

Em primeiro lugar, modernamente é muito difícil definir o que se encontra ou não dentro do objeto da sociedade<sup>27</sup>. Imagine-se a compra de um imóvel por uma fábrica de veículos, o ato não está dentro do objeto social, mas pode ser extremamente útil à própria sociedade. Com a mesma dificuldade nos deparamos ao analisar uma padaria que compra tijolos? A compra pode se destinar à construção de um forno ou a uma reforma urgente, que interessam à sociedade, apesar de não estarem previstas explicitamente dentro do objeto social.

Tais problemas levaram a uma nova concepção da teoria dos atos *ultra vires* no direito norte-americano, reduzindo bastante seu âmbito de aplicação<sup>28</sup>. No direito italiano, protege-se, sobretudo, a

<sup>25</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 394

<sup>26</sup> HAMILTON, Robert W, *The law of corporations*. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 95.

<sup>27</sup> MIRANDA, Pontes de, *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, v. 49, p. 15; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo 2, p. 277.

<sup>28</sup> HAMILTON, Robert W, *The law of corporations*. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 97.

boa-fé, não podendo a sociedade opor aos terceiros de boa-fé que o ato é estranho ao objeto social<sup>29</sup>.

Nesses casos, há um conflito entre o interesse da sociedade e dos terceiros, devendo prevalecer estes últimos, protegendo-se o tráfico jurídico. A sociedade deveria estar vinculada perante terceiros de boa-fé, pelos atos praticados pelo administrador, proibidos pelo contrato social, ou mesmo estranhos a este. A sociedade responderia perante terceiros e, posteriormente, faria um acerto de contas com o administrador que extrapolou seus poderes. Apenas a má fé do terceiro deveria excluir a responsabilidade da sociedade.

Entretanto, essa não foi a solução adotada pelo Código Civil de 2002 que, acolhendo a teoria dos atos "ultra vires", afirma que a sociedade não se vincula se os atos foram evidentemente estranhos ao objeto social.

#### 4 - A SOCIEDADE LIMITADA E OS ATOS DOS ADMINISTRADORES

Diante do poder de "representação", que toca aos administradores da sociedade, são eles os responsáveis pelas relações da sociedade com terceiros, obedecendo-se aos limites impostos pela própria sociedade na organização do exercício desse poder.

Praticando atos que não extrapolem tais limites, os administradores praticam atos regulares de gestão, os quais são imputados à sociedade e não a eles, uma vez que são meros órgãos que fazem presente a vontade da sociedade. Tais atos são de responsabilidade exclusiva da própria sociedade, não havendo que se cogitar de responsabilização do patrimônio do administrador.

Todavia, nem sempre, tais administradores agem da maneira correta, vale dizer, nem sempre eles exercem seus poderes em benefício exclusivo da sociedade, respeitando os limites de seus poderes. Em determinados casos, movidos por vicissitudes pessoais, eles podem agir violando a lei ou o contrato social, vale dizer, em exorbitância aos poderes que lhe foram atribuídos pelo contrato social.

<sup>29</sup> GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo 2, p. 277; FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 315; JAEGGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 1, p. 357.

Nesses casos, não há dúvida que o administrador assumirá responsabilidade pessoal por tais atos. De acordo com José Lamartine Corrêa de Oliveira

"há simplesmente uma questão de imputação. Quando o diretor ou o gerente agiu com desobediência a determinadas normas legais ou estatutárias, pode seu ato, em determinadas circunstâncias, ser imputável à pessoa jurídica, pois não agiu como órgão (salvo problema de aparência) - a responsabilidade será sua, por ato seu. Da mesma forma, quando pratique ato ilícito, doloso ou culposo: responderá por ilícito seu, por fato próprio"<sup>30</sup>.

E a sociedade se vincula por tais atos? A sociedade terá responsabilidade perante os terceiros e, posteriormente, responsabilizará o administrador que extrapolou seus poderes? Ou a responsabilidade será exclusiva dos administradores?

Entendia-se, antes do advento do Código Civil de 2002, que as meras restrições contratuais aos poderes de gerência não são oponíveis perante terceiros de boa-fé, uma vez que não se pode obrigar que os terceiros, toda vez que forem contratar com a sociedade, examinem o seu contrato social, para verificar os exatos limites dos poderes de gerência.

Sob a égide do Código Civil de 2002, José Edwaldo Tavares Borba afirma que mesmos nesses casos, de exorbitância dos poderes, a sociedade deve ser responsável por culpa *in eligendo*, quem deve suportar o prejuízo são os sócios que escolheram o administrador e não os terceiros de boa-fé<sup>31</sup>. Diferente não é o entendimento de Manoel Pereira Calças e Nelson Abrão, que afirmam que a sociedade deve responder e posteriormente se voltar contra o administrador<sup>32</sup>.

Sérgio Campinho afirma que as regras do artigo 1.015, parágrafo terão validade perante fornecedores e instituições financeiras e de crédito, mas não perante os consumidores, quando deverá ser

observada a teoria da aparência e da proteção ao terceiro de boa-fé<sup>33</sup>. Assim, para ele a sociedade não responde perante fornecedores e instituições financeiras e de crédito quando: (i) a limitação de poderes dos administradores estiver inscrita no registro próprio, (ii) o terceiro conhecia do excesso de mandato, e (iii) a operação realizada for evidentemente estranha ao objeto social da pessoa jurídica. Todavia, responderá perante consumidores se estes estiverem de boa-fé o ato gozar de aparência suficiente para vincular a sociedade.

Adalberto Simão Filho prega a análise da boa-fé na aplicação do disposto no artigo 1.015, parágrafo único, para vincular ou não a sociedade<sup>34</sup>.

Fábio Ulhoa Coelho afirma que no Direito Brasileiro, adota-se uma solução intermediária, isto é, a solução depende do caso concreto<sup>35</sup>. No caso de aplicação supletiva das regras das sociedades simples, vale o artigo 1.015, parágrafo único, que afasta a responsabilidade da sociedade nos casos já citados. Já no caso de aplicação supletiva da lei das sociedades anônimas, não se aplicaria o citado dispositivo, prevalecendo a teoria da aparência.

Modesto Carvalhosa prega a aplicação do artigo 1.015, parágrafo único, com temperamentos pelos princípios da boa-fé e pela teoria da aparência, impondo aos terceiros a análise dos poderes dos administradores no caso de atos de gestão extraordinária e dispensando essa análise no caso de atos de administração ordinária<sup>36</sup>.

Já sob a égide do Código Civil de 2002, o STJ afirmou que

"O excesso de mandato praticado pelo administrador da pessoa jurídica poderá ser oposto ao terceiro beneficiário apenas se ficar afastada a boa-fé deste, o que ocorre quando: (i) a limitação de poderes dos administradores estiver inscrita no registro próprio, (ii) o terceiro conhecia do excesso de mandato, e (iii) a operação realizada for evidentemente estranha ao objeto social da pessoa jurídica"<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 520

<sup>31</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 105.

<sup>32</sup> CALÇAS, Manoel Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no Código Civil de 2002*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 151; ABRÃO, Nelson. *Sociedades limitadas*. Atualizado por Carlos Henrique Abrão. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 163; NERILLO, Lucíola Fabrete Lopes. *Manual da sociedade limitada no novo código civil*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 119.

<sup>33</sup> CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 256.

<sup>34</sup> SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. Barueri: Manole, 2004, p. 157.

<sup>35</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades limitadas*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 195.

<sup>36</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 13, p. 141-142.

<sup>37</sup> STJ - 3ª Turma - Resp 448471/MG, Relator Ministra Fátima Nancy Andriighi, DJ de 14/04/2003.



Nessa linha de entendimento, irá se presumir de modo absoluto, a má fé do terceiro nas hipóteses do artigo 1.015, parágrafo único, permitindo que a sociedade não fique vinculada por tais atos, protegendo-se a sociedade, mas desprestigiando a proteção dos terceiros que contratam com a sociedade.

A nosso ver, com o advento do Código Civil de 2002, há uma nova solução em detrimento dos terceiros de boa-fé.

Não há uma solução clara para tal questão nas normas relativas às sociedades limitadas. Todavia, os artigos 47 e 1.174 do Código Civil de 2002, que constituem regras gerais aplicáveis a todas as sociedades regidas por tal Código, afirma que as restrições aos poderes do administrador podem ser opostas aos terceiros, desde que estejam averbadas no registro da sociedade, ou quando sejam conhecidas do terceiro com quem se tratou. Tais dispositivos denotam a ausência de responsabilização da sociedade pelos atos dos administradores, que extrapolem seus poderes, protegendo a sociedade em detrimento dos terceiros que de boa-fé contratem com a sociedade.

Acolhe-se, neste particular, uma orientação que vem sendo abandonada no direito comparado<sup>38</sup>, o qual tende a prestigiar o tráfico jurídico, não aplicando mais teorias como a dos atos *ultra vires*, que é reavivada com o advento do Código Civil de 2002 (arts. 47, 1.015, parágrafo único, e 1.174). Ademais, pune-se o terceiro de boa-fé, inclusive nos casos em que a aparência denota a regularidade do ato praticado.

Além disso, mesmo que se fosse buscar a solução nas normas supletivamente aplicáveis às limitadas, quais sejam, as normas relativas às sociedades simples e as normas relativas às sociedades anônimas, se chegaria a uma solução muito similar, pois o tratamento da matéria em relação às sociedades simples é diferente daquele dado às sociedades anônimas. Nestas, protege-se a boa-fé dos terceiros, vinculando a sociedade sempre que a boa-fé estiver presente<sup>39</sup>. Naque-

<sup>38</sup> HAMILTON, Robert W, *The law of corporations*. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 97; GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*, v. 3, tomo 2, p. 277; FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 315; JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 1, p. 357.

<sup>39</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 155; PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 219; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 72.

las, de acordo com o retrocesso que ocorrerá no Código Civil de 2002, o ato não vincula a sociedade se o terceiro estiver de má fé, se a restrição constar do contrato social, ou se o ato praticado for alheio ao objeto social (art. 1.015, parágrafo único).

Assim, com o novo regime, seria sempre necessária a consulta ao contrato social, para saber se a sociedade, neste particular, é regida pelas normas das sociedades simples, ou pelas normas relativas às sociedades anônimas, o que dificulta, diminui a velocidade e torna mais inseguras as relações com a sociedade. No caso de aplicação das normas sobre as sociedades simples, a consulta ao contrato é necessária também para saber a real extensão dos poderes dos administradores. De outro lado, no caso de aplicação das regras sobre as sociedades anônimas, seria necessária a consulta ao contrato para se chegar a tal conclusão, o que já permitiria o conhecimento da exata extensão dos poderes dos administradores.

## 5 - A SOCIEDADE ANÔNIMA E OS ATOS DOS ADMINISTRADORES

Também nas sociedades anônimas, os administradores são dotados de poderes de gestão e de "representação" da companhia. Em função destes poderes de representação, eles praticam atos pela companhia. Todavia, nem sempre eles agem corretamente, por vezes violam a lei, ou o estatuto, tornando-se pessoalmente responsáveis pelos atos praticados. Nesses casos, a sociedade tem alguma responsabilidade, ou a responsabilidade é exclusiva do administrador pelo ato praticado?

A resposta a tal indagação deve levar em conta sempre a proteção ao tráfico jurídico, isto é, os terceiros de boa-fé devem ser protegidos<sup>40</sup>. Se os terceiros agindo de boa-fé, acreditavam tratar-se de um ato da sociedade, esta deverá ter responsabilidade pelo ato, e posteriormente se voltar contra o administrador que extrapou seus poderes. No direito italiano, essa é a mais correta interpretação, reconhecendo a vinculação da sociedade sempre que o terceiro estiver de boa-fé, a sociedade só se desvincula se o terceiro sabia ou deveria saber (culpa) que o ato não era permitido<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 219; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 72.

<sup>41</sup> JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v.1, p. 357-358.

Rubens Requião entende que a lei deveria inquirir de invalidez aqueles atos praticados pelos administradores, estranhos ao objeto social que fossem prejudiciais à sociedade<sup>42</sup>. Seria a aplicação da teoria dos atos "ultra vires", também defendida por Trajano de Miranda Valverde, que afirma que "A sociedade, com efeito, não é responsável por atos ou operações estranhos ao seu objeto praticados pelos diretores"<sup>43</sup>.

A aplicação de tal teoria é extremamente difícil<sup>44</sup>, podendo causar prejuízos ao tráfico jurídico e à própria sociedade, motivo pelo qual ele tem sido repelida em outros países. No direito norte-americano, há uma nova conformação da teoria dos atos *ultra vires* reduzindo-se bastante seu âmbito de aplicação<sup>45</sup>. No direito italiano, protege-se sobretudo a boa-fé, não podendo a sociedade opor aos terceiros de boa-fé que o ato é estranho ao objeto social<sup>46</sup>.

Nesses casos, há um conflito entre o interesse da sociedade e dos terceiros devendo prevalecer estes últimos, protegendo-se o tráfico jurídico. O fato de se tratar de um ato completamente estranho ao objeto social, só servirá de indício da má fé do terceiro, necessária para se desvincular a companhia de qualquer responsabilidade pelo ato<sup>47</sup>.

## 6 - CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, podemos afirmar que a proteção ao tráfico jurídico e a própria ideia da boa-fé objetiva militam contra a adoção da teoria dos atos *ultra vires*. Apesar disso, é certo que o Código Civil, em seu artigo 1.015, p. único acolheu a referida teoria

<sup>42</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2, p. 203.

<sup>43</sup> VALVERDE, Trajano De Miranda. *Sociedades Por Ações*. 3. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1, p. 79.

<sup>44</sup> HAMILTON, Robert W, *The law of corporations*. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 95.

<sup>45</sup> HAMILTON, Robert W, *The law of corporations*. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 97.

<sup>46</sup> GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo 2, p. 277; FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 315; JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 1, p. 357.

<sup>47</sup> CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 155.

num grave retrocesso. Nesta perspectiva, podemos afirmar que essa teoria se aplica às sociedades regidas pelo Código Civil e, apesar de controvertida, para as sociedades limitadas, mas não para as sociedades anônimas, nas quais continua a valer integralmente a teoria da aparência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. *Sociedades limitadas*. Atualizado por Carlos Henrique de Aarão. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANDRADE JUNIOR, Átila de Souza Leão. *O novo direito societário brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CALÇAS, Manoel Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no Código Civil de 2002*. São Paulo: Atlas, 2003.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ruymar de Lima Nucci. Campinas: Bookseller, 2001, v. 2, tomo 2.

CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 13.

CECCHI, Paolo. *Gli amministratori di società di capitali*. Milano: Giuffrè, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades limitadas*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976.

GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo 1.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

HALPERIN, Isaac. *Sociedades Anónimas*. Atualizada e ampliada por Julio C. Otaegui. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

HAMILTON, Robert W. *The law of corporations*. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000.

HENN, Harry G. e ALEXANDER, John R. *Law of corporations*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1983.

JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v.1.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, Tradução De Santiago Cunchillos Y Manterola, Buenos Aires: Bosch Y Cia, 1952.

MIRANDA, Pontes de, *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, v. 49.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseler, 1999, v. 1.

NERILLO, Lucíola Fabrete Lopes. *Manual da sociedade limitada no novo código civil*. Curitiba: Juruá, 2004.

OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. Barueri: Manole, 2004.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

TOMAZETTE, Marlon. As sociedades por quotas de responsabilidade limitada e os atos dos sócios gerentes. *Universitas Jus*, Brasília, nº 5, p. 119-129, jan-jun 2000.

VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950, v. 1.

VALVERDE, Trajano De Miranda. *Sociedades Por Ações*. 3. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1.

## **A PROBLEMÁTICA DA SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Paulo Augusto Napinonga Amarante\*

**Resumo:** Analisa-se no presente artigo as duas ordens de vocação hereditária que vieram a ser disciplinadas pela Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, instituidora do Código Civil, a depender da forma como a pessoa natural venha a constituir seu vínculo sócio-afetivo, buscando demonstrar que, tanto o casamento e a união estável são famílias, dignas de proteção do Estado e uma dentre as proteções conferidas é uma e única ordem de vocação hereditária, independentemente da forma como venha a se constituir a família. Para a solução do problema, almeja-se que haja uma nova disciplina legal em matéria sucessória do cônjuge e do companheiro, aos moldes do Projeto de Lei n. 4944, de 2005.

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais sobre o Direito Hereditário; 2. Da Sucessão Legítima do Cônjuge; 3. Da sucessão Legítima do Companheiro; 4. A problemática do art. 1.790 à luz do art. 1829 do Código Civil; 5. Conclusões; 6. Resumo; Referencias.

**Palavras Chave:** Sucessão Legítima; Sucessão Legítima do Cônjuge; Sucessão Legítima do Companheiro.

### **1.Considerações iniciais sobre o Direito Hereditário.**

Corolário do direito de propriedade, desde os primórdios da civilização humana a transmissão dos bens em razão da morte de

---

\* Graduado em Direito pela UFV - MG

seu titular foi erigida como um poderoso fator de perpetuidade da família<sup>1</sup>, razão pela qual o constituinte de 1988 inseriu, dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, a garantia do direito à herança<sup>2</sup>, cuja regulamentação se deu no plano infraconstitucional pela Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, instituidora do novo Código Civil<sup>3</sup>.

Sendo assim, o Código Civil de 2002 veio a estabelecer duas formas de suceder a herança do falecido<sup>4</sup>, podendo efetuar-se por *manifestação de última vontade*, quando o falecido contempla, seja por testamento ou codicilo, quem serão os beneficiados a suceder-lhe o patrimônio. Ao contrário, a sucessão será *legítima* ou *sem testamento* (*ab intestato*) quando deferida por determinação da lei nos casos de ausência, nulidade, parcialidade<sup>5</sup> ou caducidade do testamento, estabelecendo uma relação preferencial, denominada ordem de vocação hereditária, das pessoas chamadas a suceder o finado em seu patrimônio, contemplando aqueles que presumivelmente seriam beneficiados caso houvesse manifestação de última vontade<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> BASTOS, Celso Ribeiro Bastos, e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: publicada em 5 de outubro de 1.988. São Paulo: Saraiva, 1988. vol. 2. p. 149; OLIVEIRA, Arhur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões: Da sucessão em Geral e da Sucessão Legítima*. 4.ed. Max Limonad: 1.952. vol. I. p. 47.

<sup>2</sup> A garantia do direito de herança, insculpida no inciso XXX do artigo 5º da Constituição de 1988, trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, haja vista que “a Constituição garante o direito de herança, mas a forma como esse direito se exerce é matéria regulada por normas de direito privado.” (in: Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade: ADIN n. 1.715 MC/ DC. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Data de Julgamento: 21/05/1998. Data de Publicação: 30/04/2004. p.27).

<sup>3</sup> Ressalta-se que, não obstante preexistirem à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a Lei n. 8.971 de 29 de dezembro de 1994 e a Lei n. 9.278 de 10 de maio de 1996, que, em alguns de seus dispositivos, regulamentaram a sucessão legítima do companheiro, deve-se ater, para fins sucessórios, a primeira, instituidora do novo Código Civil, aplicáveis aos óbitos das pessoas naturais a partir de 11 de janeiro de 2003, por força dos artigos 1.787 e 2.044, ambos do Código Civil, haja vista que “as regras a serem observadas na transmissão da herança serão aquelas em vigor ao tempo do óbito do *de cuius*” (in: Superior Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. Recurso Especial: Resp. n. 805.806/RJ. Relator: Ministra Denise Arruda. Data de Julgamento: 24/06/2008. Data de Publicação: 18/08/2008).

<sup>4</sup> Cf. artigo 1.786 do Código Civil.

<sup>5</sup> Ou seja, quando o testamento ou o codicilo não dispuser sobre todos os bens que integram a herança. Nesse sentido, conferir artigo 1.788 do Código Civil.

<sup>6</sup> Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 7.e.d. São Paulo: Athas, 2007. vol.6.p. 102.

Desta forma, duas ordens de vocação hereditária vieram a ser disciplinadas pelo Código Civil a depender da forma como a pessoa natural venha a constituir seu vínculo sócio-afetivo, variando, assim, a sucessão legítima conforme o seja da união estável ou do casamento civil, segundo depreende-se dos artigos 1.790 e 1.829 e seguintes, sobre os quais se passa a tecer maiores considerações.

## 2. Da Sucessão Legítima do Cônjuge.

Na eventualidade da pessoa optar pela formalização de seu vínculo afetivo pelo casamento civil e vier falecer sem prévia manifestação de última vontade quanto ao destino de seus bens, a transmissão de sua herança dar-se-á à luz da ordem de vocação hereditária disciplinada pelo artigo 1.829 e seguintes do Código Civil.

No entanto, ao apreciar o art. 1.830 do Código Civil, verifica-se que a lei condicionou o direito sucessório do cônjuge supérstite a certos requisitos a serem preenchidos, sem os quais não lhe assistirá direito sucessório algum quanto à herança do cônjuge pré-morto<sup>7</sup>. Com efeito, somente após preencher estes requisitos assistirá ao cônjuge direito hereditário, vindo a concorrer primeiramente com os descendentes do *de cuius*, herdeiros de primeira classe, a depender do regime de bens do matrimônio.

<sup>7</sup> Os requisitos condicionantes do direito hereditário do cônjuge supérstite elencados pela doutrina e pela jurisprudência são da seguinte ordem: a) Ser sobrevivente ao cônjuge falecido; b) Estar casado quando do óbito do *de cuius*, ou seja, não estar divorciado; c) Não estar separado de fato ou judicialmente por mais de dois anos, independentemente de se aferir de quem é culpa pela separação, quer seja do cônjuge supérstite ou do *de cuius*; d) Mesmo estando separado de fato por mais de dois anos, comprovar em vias judiciais que a separação se deu por culpa exclusiva do *de cuius*. Além destes requisitos, soma-se ainda: a) Não haver sido excluído da sucessão por indignidade (CC, art. 1.814 e 1.815) ou por deserção (CC, art. 1.961); b) Haver aceitado a herança, ou seja, não renunciado o quinhão sucessório (CC, art. 1.804). Em conformidade: “Como se pode ver, o reconhecimento sucessório ao cônjuge sobrevivente cinge-se, portanto, à comprovação de que, ao tempo em que o outro faleceu, não estava o casal separado de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova de inocência do supérstite” (in: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento: AGI n. 1.0071.03.012640-4/001. Relator: Desembargadora Maria Elza. Data de julgamento: 11/05/06. Publicação em DJ: 04/07/2006); “Ficando comprovado que o *de cuius* já estava separado judicialmente e já tendo sido homologada a partilha dos bens, descabido se mostra o pedido de habilitação do ex-cônjuge no processo de inventário, não sendo ela nem meeira, nem herdeira, não dispondo de qualquer título de vocação hereditária. 2.

Desse modo, do inciso I do art. 1829, à luz da interpretação dada pelo enunciado n. 270 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal<sup>8</sup>, há quatro hipóteses nas quais a lei deixa de reconhecer ao cônjuge supérstite a vocação hereditária em concorrência com os descendentes, atribuindo a estes a herança em sua totalidade, por cabeça ou por estirpe, quando o regime de bens do matrimônio for: da *comunhão universal*; ou da *comunhão parcial, sem que o falecido tenha deixado bens particulares*; ou da *participação final dos aquestos, sem que o falecido tenha deixado bens particulares*<sup>9</sup>; ou do *regime da separação de bens*<sup>10</sup>. No entanto, nestes casos assiste ao cônjuge supérstite apenas o direito de meação, que não se confunde com o direito sucessório<sup>11</sup>.

Sendo apenas titular dos bens que lhe couberam por partilha na ação de separação judicial, descabe o pedido de habilitação no inventário. E qualquer pretensão que tenha contra o espólio deverá ser deduzida nas vias ordinárias. Recurso provido" (in: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70016161291. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Data de Julgamento: 08/11/2006. Publicação no DJ: 17/11/2006).

<sup>8</sup> Em conformidade, segue o enunciado n. 270: "O art.1829, inc.I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime de separação convencional de bens ou, se casados nos regimes de comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecidopossuí sse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes".

<sup>9</sup> Na hipótese de ser o casamento celebrado sob o regime de *comunhão universal, comunhão parcial* ou *participação final dos aquestos*, a razão para a exclusão do cônjuge da concorrência sucessória com os descendentes deve-se à meação que lhe cabe quando da separação jurídica ou de fato do casal, presumindo a lei, nestes casos, não haver necessidade de recebimento de uma cota parte da herança. Em conformidade: "Quando casado no regime da comunhão universal de bens, considerando que metade do patrimônio já pertence ao cônjuge sobrevivente (meação), este não terá o direito de herança, posto que a exceção do art. 1.829, I, o exclui da condição de herdeiro concorrente com os descendentes" (in: Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança: RMS n. 22684-RJ (2006/0199541-9). Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Data de Julgamento: 06/05/2007. Publicação no DJ: 28/05/2007.p.319); "O cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens detém o direito de nomeação e herança, na forma do art. 1.829 do CCB, na hipótese de o autor da herança deixar bens particulares. Todavia, no caso, inexistindo bem particulares, conformereconhece a própria viúva-meeira, deve o Juízo, desde logo, porque questão de direito, excluí-la da classificação de herdeira, mantida, ape

Afora estas hipóteses, outras três podem ser extraídas nas quais haverá a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes, quando o regime de bens do casamento for: da *separação convencional*<sup>12</sup>; ou da *comunhão parcial, somente concorrendo sobre os bens particulares existentes do de cuius*; ou da *participação final dos aquestos, somente concorrendo sobre os bens particulares existentes do de cuius*<sup>13</sup>. Em tais situações, além do direito de meação, assistirá ao cônjuge direito sucessório.

Nestas três situações, concorrerá o cônjuge supérstite com os herdeiros de primeira classe e, caso for ascendente dos descendentes,

nas, a sua condição de meeira" (in: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento: AGI n. 70013227533. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Ruschel. Data de Julgamento: 21/12/2005. Publicação no DJ: 29/12/2005).

<sup>10</sup> Na hipótese de ser o casamento celebrado sob o regime da separação legal, como corolário da incomunicabilidade dos bens dos consortes por força de lei, não se reconhece aos mesmos direitos sucessórios entre si. Excetua-se, neste caso, a eventual meação a ser apurada quando da dissolução do vínculo conjugal e não por direito de sucessão ao autor da herança, por força do enunciado n. 377 da Sumula do Supremo Tribunal Federal: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

<sup>11</sup> Em conformidade: "Ao se examinar uma herança no falecimento de pessoa casada, há que separar do patrimônio comum (portanto, um condomínio) o que pertence ao cônjuge sobrevivente, não porque seu esposo morreu, mas porque aquela porção ideal do patrimônio já lhe pertencia. O que se inserirá na porção ideal da meação segue as regras da partilha. Excluída a meação, o que não for patrimônio do viúvo ou da viúva compõe a herança, para ser dividida entre os descendentes ou ascendentes, ou cônjuge, conforme o caso" (in: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. op.cit.p. 116).

<sup>12</sup> Na hipótese de ser o casamento celebrado pelo regime da *separação convencional*, há a possibilidade de comunhão dos bens adquiridos pelo esforço comum, como forma de se evitar o enriquecimento ilícito. Em conformidade: "Tendo o casamento sido realizado pelo regime da separação convencional de bens, o cônjuge supérstite deve ser chamado para suceder, concorrendo com os filhos do casal aos bens deixados pelo falecido. Inteligência do art. 1.829, inc. I, do CCB" (in: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento: AGI n. 70020919817. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Data de Julgamento: 24/10/2007. Publicação no DJ: 29/11/2007). No entanto, recentemente o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se em sentido contrário: "Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte" (in: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp. n. 992.749 - MS (2007/0229597-9). Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Data de julgamento: 01/12/2009).

seu quinhão hereditário não poderá ser inferior a um quarto da herança. Ao contrário, se concorrer somente com os descendentes do autor da herança, não haverá a reserva de um quarto da mesma, sucedendo tanto o cônjuge quantos os descendentes apenas do autor da herança por cabeça.

Na ausência de herdeiro da classe dos descendentes é que serão chamados à sucessão os herdeiros de segunda classe: os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens<sup>14</sup>.

Não havendo descendentes ou ascendentes, tocará ao cônjuge a herança por inteiro, como herdeiro universal, por força do artigo 1.829, III, do Código Civil, independentemente do regime de bens do matrimônio<sup>15</sup>.

Por fim, se não houver descendentes, nem ascendentes, nem cônjuge sobrevivente<sup>16</sup>, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau. Na hipótese, ainda, de não existirem herdeiros, legatários ou se todos renunciarem a herança, a mesma ter-se-á por jacente,

<sup>13</sup> Sendo o regime de bens do casamento o da comunhão parcial e da participação final dos aquestos e havendo bens particulares do *de cuius*, haverá a concorrência do cônjuge com os descendentes quanto estes, apenas, afora sua cota parte advinda da meação. Nesse sentido: "Sendo o casamento celebrado sob o regime de comunhão parcial, mas deixando o falecido bens particulares, em relação a estes a viúva concorrerá com os descendentes, cada um tendo direito a frações eqüitativas do patrimônio, pois quanto a este o cônjuge sobrevivente não terá direito à meação, enquanto receberá somente a meação dos bens comuns, dos quais não será herdeira. Isto com base no raciocínio de que onde cabe comunhão não é cabível concorrência com descendentes, pois já teria sido beneficiada e vice-versa" (in: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0024.04.463851-8/001. Relator: Desembargador Nepomuceno Silva. Data de Julgamento: 06/12/2007. Publicação no DJ: 19/12/2007).

<sup>14</sup> A distribuição dos quinhões nesta hipótese dar-se-á na seguinte ordem: a) Se o cônjuge supérstite concorrer com ambos os ascendentes de primeiro grau do autor da herança, ao cônjuge tocará um terço da herança; b) se o cônjuge supérstite concorrer somente com um ascendente de primeiro grau, caber-lhe-á a metade da herança; c) se o cônjuge supérstite concorrer com descendentes de grau mais remoto, ou seja, ascendentes de segundo, terceiro grau em diante do autor da herança, caber-lhe-á a metade, sendo a outra metade distribuída aos ascendentes mais próximos e por linha.

e após a declaração de vacância e o transcurso do prazo de cinco anos, os bens passarão para o domínio público<sup>17</sup>.

### 3. Da Sucessão Legítima do Companheiro

A união estável ao ser reconhecida por nosso legislador constituinte como uma forma de constituição de família, carecendo especial proteção do Estado, evidente que o alcance da proteção estatal atinge os direitos patrimoniais, incluída nele a sucessão, independentemente de um dos companheiros ter sido ou não casado<sup>18</sup>.

Desse modo, na eventualidade da pessoa constituir-se em união estável e vier a falecer sem prévia manifestação de última vontade quanto ao destino de seus bens, a transmissão de sua herança dar-se-á a luz do artigo 1.790 do Código Civil<sup>19</sup>.

No entanto, assim como na sucessão do cônjuge supérstite, há certos requisitos a serem observados para assistir ao companheiro sobrevivente o direito de suceder seu companheiro falecido<sup>20</sup>.

Dentre os requisitos, destaca-se que a união estável deve dar-se entre pessoas desimpedidas de se casar ou ao menos casadas, mas

<sup>15</sup> Em conformidade: "De qualquer forma, em qualquer hipótese, se o autor da herança não tiver descendentes nem ascendentes e for casado, o cônjuge será único herdeiro, independentemente do regime de bens que reger o casamento. Ele ocupa, pois, o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Aliás, nesse sentido o art. 1.838 do Código Civil tem clareza solar quando dispõe que "em falta de descendentes ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente", sendo que tal disposição reprisa o que dispunha o art. 1.611, *caput*, do Código revogado". (in: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70011647161. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Data de Julgamento: 10/08/2005. Publicação no DJ: 18/082005).

<sup>16</sup> Cf. artigo 1830, inciso IV, do Código Civil.

<sup>17</sup> Cf. artigo 1844 do Código Civil.

<sup>18</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*: Lei 10.406, de 10.01.2002.2.ed. São Paulo: Forense. 2005. vol. 6. p. 199.

<sup>19</sup> Neste intróito à sucessão legítima do companheiro, é necessário ressaltar uma crítica à disposição topológica do artigo 1790 do novo Código Civil, disciplinado no Capítulo I, "Das Disposições Gerais", do Título I, "Da Sucessão em Geral", ao invés de estar imerso no bojo do Capítulo I, "Da Ordem de Vocação Hereditária", do Título II, "Da Sucessão Legítima", do Livro V, "Do Direito das Sucessões". Nesse sentido, conferir: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*: Direito das Sucessões (arts. 1.784 a 2.027). 3.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. vol. XXI. p. 54.

separadas de fato, sob pena de configurar relação concubinária, que não gera efeitos no âmbito do direito de família ou das sucessões, mas tão somente em âmbito do direito obrigacional, como sociedade de fato com eventual partilha dos bens comprovadamente adquiridos em comum pelos concubinos, como forma de se evitar o enriquecimento ilícito<sup>21</sup>. Ademais, tal como o casamento, o direito de meação da companheira não se confunde com o direito que lhe assiste a título sucessório<sup>22</sup>.

Sendo assim, assistindo ao companheiro sobrevivente direito hereditário será chamado a participar da sucessão *de cuius*, somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

<sup>20</sup> São os seguintes requisitos condicionantes do direito hereditário do companheiro sobrevivente: a) a união estável deve dar-se entre pessoas desimpedidas matrimonialmente ou ao menos separadas de fato; b) ser sobrevivente ao companheiro falecido; c) encontrar-se em união quando do falecimento do companheiro pré-morto; d) haver bens adquiridos onerosamente durante a união conjugal. Além destes requisitos, soma-se a outros mais específicos da seara sucessória: a) Não haver sido excluído por indignidade; b) Não haver testamento do autor da herança contemplando terceiros, haja vista ser o companheiro herdeiro legítimo facultativo, tal como os colaterais, não lhes sendo assegurada a legítima; c) Haver aceitado a herança, ou seja, não renunciado.

<sup>21</sup> Em conformidade, segue o enunciado n. 380 da Sumula do Supremo Tribunal Federal: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". Em conformidade, conferir artigo 1.727 do Código Civil. No mesmo sentido: "A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro(a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino. Não há, portanto, como ser conferido status de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido". (in: Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial: REsp 931155 / RS. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Data de Julgamento: 07/08/2007. Data de Publicação: DJ 20/08/2007 p. 281).

<sup>22</sup> Em conformidade: "O direito à meação não obsta o reconhecimento concomitante do direito sucessório da companheira sobrevivente, em relação ao patrimônio ad-

a) se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho<sup>23 24</sup>;

b) se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles<sup>25</sup>;

c) se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

d) não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

#### 4. A problemática do art. 1.790 à luz do art. 1829 do Código Civil.

Após uma sucinta análise das duas ordens de vocação hereditária, ressalta-se que não são poucas as diferenças existentes entre a sucessão legítima do cônjuge e do companheiro.

quirido onerosamente na constância da união estável, por força do art. 1790, I, do Código Civil. Diferentemente do que ocorre com o cônjuge, o direito sucessório do companheiro não está vinculado ao regime de bens vigente". (in: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70012430351. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Data de Julgamento: 05/10/2005. Publicação no DJ: 14/10/2005).

<sup>23</sup> A expressão "filhos" alberga os demais descendentes do *de cuius*. Nesse sentido, segue o enunciado n. 266 da Jornada de Direito Civil: "266 - Art. 1.790: Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns."

<sup>24</sup> Em conformidade: "UNIÃO ESTÁVEL - PARTILHA - DIREITO À HERANÇA PELA COMPANHEIRA DE UNIÃO ESTÁVEL - ÚNICO BEM IMÓVEL ADQUIRIDO ONEROSAMENTE NO CURSO DA UNIÃO ESTÁVEL - COMPANHEIRA DO "DE CUIUS" E HERDEIROS FILHOS COMUNS - APLICAÇÃO DO ART. 1.790, I, DO CÓDIGO CIVIL - ADMISSIBILIDADE - RESPEITO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA GARANTIA DA HERANÇA, DO RESPEITO À UNIÃO ESTÁVEL E DA IGUALDADE FILHOS - RESPEITO ART. 5º, XXX, PARÁGRAFO 3º DO ART. 226 E PARÁGRAFO 6º DO ART. 227, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL" (in: Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento: AG n. 5686484400-SP. Relator: Desembargador Oscarlino Moeller. Data de Julgamento: 26/11/2008. Publicação no DJ: 04/12/2008).

<sup>25</sup> Em conformidade: "SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. Herança. Meação. Inconstitucionalidade do art. 1790 II CC/02. Farta discussão doutrinária, que não justifica a ampliação ou redução do texto legal pelo intérprete e aplicador do direito. Inconstitucionalidade não ocorrente, na hipótese. Companheira sobrevivente que faz jus à meação e mais a metade do que couber à herdeira na partilha dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Inteligência dos art. 1725, 1790 II, 1829 I do CC/02 e do art. 226 § 3o da CF. Recurso improvido. (in Tribunal de Justiça de São Paulo. Quarta Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento: AI n. 498.030-4/0-00. Relator: Desembargador Carlos Teixeira Leite. Data de Julgamento: 24/05/2007).



A título de exemplo, basta confrontar o inciso III do artigo 1.829 com o inciso III do artigo 1.790 do Código Civil. Não obstante serem herdeiros de terceira classe, o cônjuge supérstite sucede o falecido como herdeiro universal, na ausência de descendentes e ascendentes, independentemente do regime de bens. Ao contrário, o companheiro supérstite sucede o falecido em concorrência com os ascendentes e colaterais até quarto grau, tocando-lhe apenas um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, se houver.

Estas dentre outras discrepâncias levaram muitos doutrinadores a sustentarem que o inciso III do artigo 1790 afronta ao *princípio da vedação do retrocesso social*<sup>26</sup>, haja vista que o inciso III do art. 2º da Lei n. 8.971/1944 reconhecia ao companheiro a qualidade de herdeiro universal na ausência de descendentes e ascendentes, além de sustentarem igualmente a *inconstitucionalidade material* da sucessão legítima do companheiro quando comparada com a do cônjuge supérstite à luz do artigo 226 da Constituição Federal<sup>27</sup>.

Por força de tantas diferenças, muitos doutrinadores vieram a sustentar ser a sucessão legítima do cônjuge muito mais benéfica do que a sucessão legítima do companheiro, haja vista que a Constituição de 1.988 não veio a equiparar a união estável ao casamento, uma vez que a lei deve facilitar a conversão daquela neste. Logo, feita esta distinção no bojo constitucional e por força da estrutura escalonada

<sup>26</sup> No mesmo sentido, conferir: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2002. p. 225-237; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15.e.d. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. VI. p.154. No que tange ao Princípio da Vedação do Retrocesso Social: "O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos social já realizado e efetivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado" (In: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Plenário. Arguição de Inconstitucionalidade na AC: n. 2002.51.01.016646-0. Relator: Desembargador Federal Reis Friede. Data de Julgamento: 10/01/2008. Data de Publicação no DJU: 12/02/2008 - Página: 1343 / 1344).

<sup>27</sup> No mesmo sentido, segue a jurisprudência: "Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário

do ordenamento jurídico está correto o Código Civil estabelecer duas ordens de vocação hereditária segundo a forma pela qual venha a se constituir a família, aplicáveis distintamente ao casamento e à união estável<sup>28</sup>:

Basta considerar o claríssimo teor do parágrafo §3º do art. 226 da Constituição de 1988. Ali se lê, com todas as letras: "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento".

ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade argüido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC" (in: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70017169335. Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Data de Julgamento: 08/03/2007. Publicação no DJ: 16/03/2007); "As regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais. Isso porque a nova lei substantiva - artigo 1.790, inciso III do Código Civil - rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite. Violação dos princípios fundamentais da igualdade e da dignidade" (in: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70027138007. Relator: Desembargador Rui Portanova. Data de Julgamento: 18/12/2008. Publicação no DJ: 10/03/2009).

<sup>28</sup> Nesse sentido: "União Estável - Direito sucessório. Vantagens e desvantagens dos cônjuges e companheiros segundo a disciplina do novo Código Civil - Participação do cônjuge, em concorrência com os descendentes, na sucessão dos bens particulares do "de cuius" e sua exclusão da herança no que tange aos bens comuns, dos quais recebe apenas a meação que sempre lhe pertenceu Situação exatamente inversa na sucessão do companheiro - Regra do artigo 1790 do Código Civil que, entretanto, não se considera inconstitucional, pois, na comparação global dos direitos concedidos a uns e outros pelo novo Código Civil, a conclusão é a de que o cônjuge restou mais beneficiado, não havendo assim ofensa ao artigo 226 § 3º da Carta Magna" (in: Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento: AG n. 5891964400 SP. Relator: Desembargador Morato de Andrade. Data de Julgamento: 03/02/2009. Publicação no DJ: 20/02/2009). No mesmo sentido: "A união estável não produz, como pacífico entendimento, efeitos sucessórios e nem equipara a companheira à esposa. Com o matrimônio conhece-se quais os legitimados à sucessão dos cônjuges. Na união estável há regras próprias para a sucessão hereditária. Sob diversos e relevantes ângulos, há grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e de ordem prática, entre o casamento e a união estável" (in: Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Embargos de Divergência no Recurso Especial. EREsp. n. 736627-PR (2006/0189409-5). Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Data de Julgamento: 24/06/2008).

Ora, se a lei (ordinária, diga-se) deve facilitar a conversão da união estável em casamento, evidentemente, o parâmetro perseguido pelo constituinte, apesar do reconhecimento de novas formas de conjugalidade, continua sendo o casamento<sup>29</sup>.

O legislador constituinte de 1988, apesar de ter elevado a união estável à categoria de entidade familiar merecedora de proteção do Estado, não a equiparou, em momento algum, ao casamento celebrado nos moldes dos arts 180 e s. do Código Civil. Daí a premissa da aplicação da nova exegese ao citado texto legal da lei civil<sup>30</sup>.

Sendo assim, de forma um tanto quanto pacífica na doutrina e na jurisprudência, prestigiou-se o casamento civil em detrimento da estável<sup>31</sup>. No entanto, recentes julgados estão contemplando hipóteses nas quais a sucessão legítima do companheiro, à luz do artigo 1.790 do Código Civil, vem beneficiando-o com quinhões sucessórios muito superiores ao que lhe assistiriam caso casada fosse, pois:

A diferença nas regras adotadas pelo código para um e outro regime gera profundas discrepâncias,

<sup>29</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil: Direito das Sucessões* (arts. 1.784 a 2.027). op.cit.p.51.

<sup>30</sup> WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro: Direito das Sucessões*. 12.ed. São Paulo: Saraiva. 2002.p.58.

<sup>31</sup> No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o art. 226, §3º da Constituição Federal de 1.988, sustentou a primazia do casamento em detrimento da união estável: "Norma do par. 3º do art. 226 da Constituição de 1988, que [...] coloca, em plano inferior ao do casamento, a chamada união estável, tanto que deve a lei facilitar a conversão desta naquele". (in: Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança: MS n. 21449-SP. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Data de Julgamento: 27/09/1995. Publicação no DJ:17/11/1995.pag.39206); "No artigo 266 da Carta da República, tem-se como objetivo maior a proteção do casamento" (in: Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário: RE n. 397.762-BA. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 03/06/2008. Publicação no DJ: 11/09/2008. p. 611). No mesmo sentido, conferir: Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário: RE n. 590.779-ES. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 10/02/2009. Publicação no DJ:27/03/2009. p.1058. Em complementação: "O art. 226, da Constituição Federal, apenas para a proteção do Estado, reconheceu a união estável

chegando a criar situações em que, do ponto de vista do direito das sucessões, é mais vantajoso não se casar.- A discussão quanto à legalidade da referida diferença é profundamente relevante<sup>32</sup>.

A DIFERENCIAÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS PREVISTA NO ART. 1.790, INCISO II, CÓDIGO CIVIL, ENTRE O CÔNJUGE E COMPANHEIRO COLOCA ESTE EM SITUAÇÃO DE VANTAGEM EM RELAÇÃO ÀQUELE, À MEDIDA QUE, DE ACORDO COM AS NOVAS REGRAS, O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE, ALÉM DA MEAÇÃO A QUE TEM DIREITO EM RELAÇÃO AOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL, PASSOU A FAZER JUS TAMBÉM À METADE DA PARTE NA SUCESSÃO, EM CONCORRÊNCIA COM OS HERDEIROS EXCLUSIVOS DO AUTOR DA HERANÇA<sup>33</sup>.

Com base nos referidos julgados, exsurge a reflexão de estar correta, à luz da Constituição de 1.988, o Código Civil disciplinar duas ordens de vocação hereditária com base na forma por meio da

entre o homem e a mulher, mas não estabeleceu a igualdade de direitos entre a sociedade matrimonial e as uniões de fato, continuando o casamento o fundamento do direito de família" (in: Tribunal de Justiça do Paraná. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento: AG 273910-PR. Relator: Wilson Reback. Data de Julgamento: 26/05/1993).

<sup>32</sup> In: Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Medida Cautelar: MC n. 14509 SP (2008/1595401-0). Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Data de Julgamento: 21/08/2008. Publicação do DJ: 05/09/2008. O caso apreciado revela uma hipótese de concorrência sucessória entre a companheira sobrevivente e a filha do autor da herança na qual, em razão da maior parte dos bens que compunham o espólio serem adquiridos onerosamente no interregno da união, a sucessão legítima da companheira, nos moldes do art. 1790, beneficiou-a com um quinhão sucessório muito superior ao que lhe tocaria caso casada fosse em regime de comunhão parcial de bens, nos moldes do art. 1829, I, em detrimento da filha do autor da herança.

<sup>33</sup> In: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Quarta Turma Civil. Agravo de Instrumento: AI 98466020098070000 DF 0009846-60.2009.807.0000. Relator: Sandoval Oliveira. Data de Julgamento: 07/10/2009. Data de Publicação: 16/11/2009, DJ-e. p. 112.

qual venha a se constituir o núcleo familiar, sendo que o artigo 226 da Constituição veio conferir especial proteção à família, independentemente de sua forma de constituição.

Estabelecido o ponto inaugural da pretensa reflexão, primeiramente há que se ressaltar que o constituinte de 1.988 em momento algum teve por pretensão igualar a união estável ao casamento: *ambas são formas distintas de se constituir família*. Também em momento algum legitimou a forma discriminatória como está sendo disciplinada a sucessão legítima pela legislação infraconstitucional ou que preferiu o casamento em detrimento da união estável, ao contrário das Constituições precedentes que, categoricamente, sustentavam ser a família legítima apenas a constituída pelo casamento civil<sup>34 35</sup>.

Deve-se adotar uma visão teleológica e histórica para se buscar o real sentido do texto constitucional em matéria de família<sup>36</sup>. Pela mera disposição topológica do artigo 226 da Constituição Federal vigente sobrepõe-se ao argumento sustentado por aqueles que legitimam o tratamento discriminatório perpetrado pelo Código Civil de 2002, pois os §§ 1º e 3º, que elecam o casamento e a união estável

<sup>34</sup> Para melhor elucidação: a) Constituição de 1934: "Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado"; b) Constituição de 1937: "Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos"; c) Constituição de 1946: "Art. 163. - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado"; d) Constituição de 1967: "Art. 167. - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos"; e) Constituição de 1967, com redação dada pela EC n.1: "Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos".

<sup>35</sup> Em conformidade: "A partir do art. 226, §3º, da *Lex Legum*, infere-se que o Estado tem a mesma obrigação de proteger o casamento e a união estável e que facilitar a conversão da família convencional em casamento não pode significar a atribuição de graus hierárquicos entre as entidades familiares. Para ser mais exato: casamento e união estável não são a mesma coisa e não querem ser. Todavia, ambas as entidades familiares dispõem da mesma proteção, eis que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, como reza o *caput* do art. 226 da Constituição da República. Distinguem-se, pois, na forma de constituição e prova de sua existência, mas jamais quanto aos efeitos protetivos em relação aos seus componentes (FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 37).

<sup>36</sup> Á título de complementação: "Propende o Direito moderno para atender mais ao conjunto do que às minúcias, interpretar as normas com complexo ao invés de as

como uma dentre as formas de se constituir família, remontam ao *caput* do artigo 226 da Constituição Federal, no qual enuncia que "A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado".

Isto significa que, independentemente da forma como se constituir a família, seja pela união formal do casamento, seja pela união estável, ambas são família, dignas de proteção do Estado, e uma destas proteções – frise-se, destinada à família – dá-se quando da morte de um de seus membros, a lei, por força da garantia do direito de herança, chama a suceder o *de cuius* aqueles que seriam caso houvesse manifestação de última vontade, segundo os laços afetivos familiar<sup>37</sup>.

Prova cabal do assentamento do direito sucessório na estrutura familiar deve-se a progressiva redução dos colaterais na ordem de vocação hereditária<sup>38</sup>, conforme já sustentam dissidentes julgados

examinar isoladas, preferir o sistema à particularidade [...] É com desprezo à interpretação filológica e, nas palavras de Carlos Maximiliano, com o recurso ao "sistemático e ao teleológico" que se atinge o máximo de efetividade da norma constitucional de proteção à família. (Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança: AMS n. 46779 DF 96.01.46779-3. Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa. Data de Julgamento: 14/06/2005. Data de lugamento: 04/08/2005 p.41). A Ministra Nancy Andrigui, integrante da Terceira Turma, da Segunda Seção e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem se destacado por decisões inéditas em matéria sucessória em algumas decisões, chegando a alterar a jurisprudência da Casa para fazer valer o entendimento jurídico mais coerente com as normas infraconstitucionais: "Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica" (Cf: REsp. n. 992749 - MS (2007/0229597-9) e <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95512](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95512)>).

<sup>37</sup> Como supedâneo ao argumento de que a ordem de vocação edifica-se com base no vínculo afetivo dos membros que compõem o núcleo familiar, segue o ensinamento doutrinário: "A ordem de vocação hereditária, pedra angular da sucessão legítima, tem passado, desde a legislação dos romanos, por fases diversas, atenta à sua magna importância, por dizer respeito, intimamente, aos laços de família, cujos direitos tem preocupado, sempre, a todos os legisladores, e por ser o modo regulador da distribuição dos sucessíveis em classes, das quais umas preferem às outras na adição da herança [...] O motivo porque a ordem da vocação hereditária tem variado tanto no

quanto à sucessão do companheiro com demais parentes sucessíveis<sup>39</sup>  
40:

A lei empresta tratamento diferenciado entre os herdeiros necessários (CC, art. 1.845) e os herdeiros legais. Os primeiros, quanto mais próximos os parentes, maiores os laços de afetividade a os unirem, e a conseqüente obrigação de alimentar. Os últimos, a Lei (CC, art. 1.829, IV) os reconhece, mas de forma muito singela. Na linha transversal, a ordem da vocação hereditária deve tomar em consideração a limitação

correr dos séculos, é conseqüência lógica dos vários modos por que os diversos povos tem concebido e organizado o instituto familiar". (in OLIVEIRA, Arhur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões: Da sucessão em Geral e da Sucessão Legítima*. op.cit.p.170); "Chama-se ordem da sucessão ou ordem em que é feita a vocação hereditária da lei, a distribuição dos sucessíveis em classes das quais umas preferem às outras na adição da herança. A organização dessas classes depende das relações familiares, com toda sucessão legítima, feita exceção para o direito hereditário do Estado. (in BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. 4.ed. São Paulo. Editora Freitas Bastos:1945. p.88). "A teoria mais conhecida sobre o fundamento da sucessão legítima é a que a atribui à vontade presumida do autor da herança, que, se testasse, diz-se, razoavelmente os contemplaria na mesma ordem em que os coloca sentimentalmente, graduando a sucessão na mesma ordem de afeição" (SANTOS, J.M.de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado: Direito das Sucessões* (art. 1.572 - 1631).13.e.d.São Paulo: Livraria Freitas Bstos S.A.vol.XXII.ANO.p.247) ; "O que em última análise se pode afirmar é que o amor da prole, a afeição e afinidade da família, principalmente no que toca aos parentes mais próximos, constituem a base, o fundamento real da sucessão legítima, ou se queira ver nas prescrições da lei, até certo ponto, uma presunção da vontade do *de cuius*; ou se entenda que o legislador se empenha em prestigiar e fortalecer a família como elemento imprescindível da ordem social, constituindo o viveiro dos bons cidadãos" (in PACHECO, José da Silva. *Inventários e Partilhas na Sucessão Legítima e Testamentária*. 5.e.d.Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 134).

<sup>38</sup> FERREIRA, Pinto. *Tratado das Heranças e dos Testamentos*. 2.ed.São Paulo: Saraiva.1990.p.74.

<sup>39</sup> Conforme já apreciado, a crítica se faz ao inciso III do artigo 1790 do Código Civil, por meio do qual, inexistindo descendentes, o companheiro sobrevivente sucederá o *de cuius* em concorrência com os colaterais, caso não haja ascendentes, assistindo-lhe, desse modo, apenas um terço dos bens adquiridos na constância da união ao invés de suceder o *de cuius* como herdeiro universal, tal como o cônjuge sobrevivente. Com efeito, somente sucederá o companheiro como herdeiro universal na ausência de colaterais até o quarto grau.

<sup>40</sup> Em conformidade: "Vemos, assim, que a ordem de vocação sucessória tem variado, de uma legislação para outra, atendendo à importância das relações de família e à escala de valores vigentes. Nas legislações modernas, assistimos a uma evolução, no

da vocação nessa classe, de molde a estabelecer uma precisa correspondência entre a sucessão e o instituto familiar dos alimentos. Aqui, nesta causa, entre o autor da herança e os herdeiros de quarto grau na vocação hereditária, que não se conheciam pessoalmente, os vínculos de afetividade estavam bastante esmaecidos<sup>41</sup>.

Desse modo, utilizar do singelo argumento de que a união estável não é igual ao casamento, pois a lei deve facilitar sua conversão neste, segundo depreende-se da interpretação restrita e literal do §3º do artigo 226 da Constituição de 1988, não basta e muito menos justifica o tratamento discriminatório dado a estas formas de constituição de família disciplinadas pelo texto infraconstitucional atinentes à matéria sucessória, motivo pelo qual muitos doutrinadores sustentam a inconstitucionalidade material da sucessão legítima do companheiro aos moldes como se encontra disciplinada pelo artigo 1.790 do Código Civil<sup>42</sup>.

Portanto, deverá haver uma e única ordem de vocação hereditária aplicável indistintamente ao casamento e a união estável, sob pena de entidades familiares iguais sofrerem tratamento desigual, como o fez o atual Código Civil em matéria sucessória.

sentido de limitar o número de colaterais que podem suceder no caso de falecimento *ab intestato*, pois a família moderna é tipicamente família *jure próprio*, concedida em sentido estrito, ou seja, os pais e os filhos, perdendo a sua importância a família patriarcal antiga, a família em sentido amplo, que abrange os colaterais afastados (in WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 9.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais.1990. p.59.

<sup>41</sup>Tribunal de Justiça de São Paulo. 25ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível com Revisão: CR n. 883696009 SP. Relator: Amorim Cantuária. Dara de Julgamento: 04/11/2008. Publicação no DJ: 28/11/2008.

<sup>42</sup> Em conformidade: "O tratamento diferenciado não é somente perverso, é escancaradamente inconstitucional. No mesmo dispositivo em que assegura especial proteção à família, a Constituição reconhece a união estável como entidade familiar, não manifestando preferência por qualquer das formas (CF 226 §3.º)" (in DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais.2008.

.p. 152); "O tratamento diferenciado inegavelmente desobedece ao princípio da igualdade, eis que a união estável e o casamento são entidades familiares sem distinção de ordem patrimonial. Até que seja corrigido este equívoco, pela reformulação da lei, cabe ao juiz simplesmente deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo a sua inconstitucionalidade. Essa é a única forma de se evitar que o equívoco legal traga prejuízos enormes às uniões que merecem especial proteção do Estado (idem.

Prestigia-se, portanto, o Projeto de Lei n. 4.944, de 2005, de autoria do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, com participação de membros do Instituto Brasileiro de Direito da Família, propondo uma nova ordem de vocação hereditária aplicável indistintamente em prol do companheiro e do cônjuge supérstite. Segue-se, por oportuno, a proposta de nova redação aos dispositivos referentes à ordem de vocação hereditária.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;
- III - ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

Parágrafo único: A concorrência referida nos incisos I e II não ocorrerá quando o casamento houver sido celebrado pelo regime da separação convencional de bens e, nos demais casos, dar-se-á sobre os bens em que não incida o direito à meação.

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato ou de direito.

Art. 1.837. Concorrendo com ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente caberá um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente ou companheiro sobrevivente.

p. 71); "Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais (DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Op.cit.p.237).

Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até terceiro grau.

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes".

Nesse diapasão, é de grande valia ressaltar interessantíssimo julgado apreciado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

EM VIRTUDE DAS INÚMERAS CRÍTICAS DIRIGIDAS AOS ARTIGOS 1.790 E 1.829 DO CÓDIGO CIVIL, CERTAMENTE SERÁ NECESSÁRIA A REFORMA DO TEXTO LEGAL PARA EQUILIBRAR O DESEJO DO LEGISLADOR CONSTITUINTE AOS DISPOSITIVOS CONSTANTES DO CÓDIGO. CONTUDO, NÃO É O CASO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, MAS DE ADEQUAÇÃO DA NORMA AO CASO CONCRETO, BUSCANDO A SOLUÇÃO QUE MELHOR DISTRIBUA A JUSTIÇA<sup>43</sup>.

Peca, no entanto, o referido projeto apenas por excluir o cônjuge supérstite da categoria de herdeiro legítimo legitimário. Ao contrário, o mais correto seria elevar o companheiro sobrevivente também à categoria de herdeiro legítimo legitimário, ao lado do cônjuge, dos descendentes e dos ascendentes<sup>44</sup>.

## 5. Conclusões

Após estas breves considerações sobre a sucessão legítima do cônjuge e do companheiro à luz do novo Código Civil, tira-se as seguintes conclusões.

<sup>43</sup> Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Terceira Turma Cível. Apelação. APL n. 45288620068070005. Relator: Mário Zam Bemiro. Data de Julgamento: 12/08/2009. Data de Publicação: 11/09/2009, DJ-e Pág. 209.

<sup>44</sup> Nesse sentido, conferir: DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. op.cit.p.134; PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. *O Cônjuge e o Convivente no Direito das Sucessões: modificações introduzidas pelo Código Civil de 2002*. 1.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2007.p.123

O povo brasileiro garantiu, mediante a Constituição de 1988, a liberdade de determinação sócio-afetiva ao indivíduo a fim de constituir uma família como um instrumento de aperfeiçoamento da personalidade de seus membros, independentemente de sua forma de constituição.

Desse modo, a Constituição de 1988 edificou a família como base da sociedade, assegurando-lhe especial proteção do Estado, independentemente se constituída mediante a forma de casamento ou de união estável. Uma destas proteções conferidas é a transmissão da herança em razão do falecimento de um de seus membros em prol dos demais que compõem o núcleo familiar, segundo uma ordem previamente estabelecida pelo grau de afetividade<sup>45</sup>, razão pela qual a sucessão legítima do companheiro e do cônjuge supérstite devem dar-se nos mesmos moldes legais, conforme propõe o Projeto de Lei n. 4944 de 2005, de autoria do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia.

É fato incontroverso que a união estável é um fenômeno atualmente arraigado na cultura brasileira e em constante expansão, razão pela qual é inadmissível e materialmente inconstitucional legitimar a discriminação perpetrada pela legislação infraconstitucional em matéria sucessória, sob o mero argumento de que a união estável não é equiparada ao casamento. Não foi esta a pretensão do constituinte de 1988, uma vez que o continente sobre o qual se reveste o conteúdo família é irrelevante, sendo este digno de proteção.

Busca-se, no presente trabalho, o direito hereditário à luz da Constituição de 1988, condizente com os valores e a idéia de família contemporânea, almejando-se que o a lei e a jurisprudência sejam mais condizentes à realidade brasileira.

Para a solução do problema ora enfrentado, almeja-se que haja uma nova disciplina legal em matéria sucessória do cônjuge e do companheiro muito mais operacional e efetiva do que a atualmente existente, aos moldes do Projeto de Lei n. 4944, de 2005.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos, e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: publicada em 5 de outubro de 1.988. São Paulo: Saraiva, 1988. vol. 2.

<sup>45</sup> Ou seja, os membros de maior afinidade preferem aos membros de menor afinidade.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. 4.ed. São Paulo. Editora Freitas Bastos:1945.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais.2008.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey.2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA, Pinto. *Tratado das Heranças e dos Testamentos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva.1990.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil: Direito das Sucessões (arts. 1.784 a 2.027)*.3.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.vol. XXI.p. 54.

OLIVEIRA, Arhur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões: Da sucessão em Geral e da Sucessão Legítima*. 4.ed. Max Limonad: 1.952. vol.I.p. 47.

PACHECO, José da Silva. *Inventários e Partilhas na Sucessão Legítima e Testamentária*. 5.e.d. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. *O Cônjuge e o Convivente no Direito das Sucessões: modificações introduzidas pelo Código Civil de 2002*.1.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15.e.d. Rio de Janeiro:Forense, 2004. vol. VI.p.154.

## MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Rogério Greco\*

Dentre as novas tecnologias utilizadas como alternativas ao cumprimento de uma pena de privação de liberdade, podemos destacar o chamado *monitoramento eletrônico*.

Antes de estudarmos propriamente o monitoramento eletrônico, é preciso fazer as seguintes perguntas: O que se pretende, realmente, com a aplicação de uma pena de privação de liberdade? A finalidade é punir aquele que descumpriu uma norma de natureza penal? A pretensão é a de, tão somente, impedi-lo de praticar novos crimes? Temos a esperança de ressocializá-lo? A punição do condenado servirá como exemplo para que os demais membros da sociedade deixem de praticar o mesmo fato? Enfim, são perguntas que estão intimamente ligadas às funções que se atribuem às penas, vale dizer, ao caráter retributivo, bem como à sua natureza preventiva (geral e especial).

Ainda devemos nos fazer mais uma pergunta: Há necessidade de que alguém se veja inserido no sistema prisional, sendo, constantemente, atingido em sua dignidade, para que essas funções atribuídas às penas sejam verificadas? A esta última indagação, somente podemos responder negativamente.

Podemos, com a ajuda da tecnologia, fazer com que a pena, efetivamente, cumpra suas funções, sem que, para tanto, o

---

\* Procurador de Justiça. Especialista em Teoria do Crime pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Doutor em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha).

homem seja retirado do seu meio social. Exemplo disso é o que ocorre com nossos filhos. Quando os corrigimos, não retiramos nossos filhos de casa, não os levamos a um local distante, fazendo com que fiquem isolados de seus irmãos. Na verdade, os colocamos em um lugar onde, embora dentro de sua própria casa, saberão que estarão privados de uma série de "direitos", que lhe seriam naturais caso não tivessem desobedecido a seus pais.

O castigo, mesmo dentro de casa, funciona. Se retirássemos nossos filhos e os levássemos para um local fora do seu ambiente familiar, isso certamente os traumatizaria. É o que acontece com os presos que são retirados do seu meio social, e levados a conviver com pessoas estranhas, hostis, sem falar no fato de que passam a se isolar de seus familiares.

A tecnologia é o presente. Ela já chegou e está à disposição de todos, para inúmeras finalidades. A cada dia se descobre algo novo, uma evolução que, certamente, deverá ser utilizada pelo Sistema Penal.

Juan José González Rus<sup>1</sup> preleciona, com precisão, que através desse fantástico desenvolvimento tecnológico, principalmente a eletrônica e a informática permitem que sejam levadas a efeitos formas de vigilância extensivas e intensivas até então desconhecidas, permitindo, dessa forma, controles que podem ser exercidos sobre todas as pessoas de uma forma geral, ou, ainda, especificamente, sobre um determinado grupo. No que diz respeito especificamente ao sistema penal, dentre essas técnicas, a mais desenvolvida diz respeito à custódia em domicílio sob vigilância eletrônica, que teve um grande desenvolvimento teórico e prático, principalmente nos Estados Unidos e Canadá, cuja aplicação, hoje generalizada, pode determinar conseqüências relevantes sobre as técnicas de controle social e penal.

O monitoramento eletrônico foi criado com a finalidade de fazer com que o condenado não fosse retirado, abruptamente, do seu meio social. Muitos dos seus direitos, como acontece com nossos filhos durante a sua correção, passam a ser limitados. No entanto, o convívio em sociedade ainda permanece. Não é dessocializado, mas sim educado a não praticar o ato que o levou a ter suspensos alguns desses direitos.

<sup>1</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Control electrónico y sistema penitenciario*, p. 71.

Conforme preleciona Edmundo Oliveira:

"a partir de suas primeiras experiências na América do Norte, no início dos anos 80, até sua operacionalização na Europa, no meado dos anos 90, o monitoramento eletrônico é louvado por suas propriedades singulares de individualização da pena (Laville & Lameyre, 2003, PP 370-374). Ele evita os efeitos nefastos da dessocialização do encarceramento – principalmente para os delinqüentes primários – e facilita a manutenção dos elos familiares e o exercício de uma atividade profissional. Esse sistema permite, também, diminuir a taxa de ocupação nos estabelecimentos penitenciários, acolhendo réus e condenados, à pequenas ou médias penas, a um custo bem menor. A prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico afasta de seus beneficiários a promiscuidade e as más condições de higiene, a ociosidade e a irresponsabilidade, encontradas em tantas prisões. Trata-se de um tipo de punição que não acarreta o estigma do associado ao encarceramento, assegurando a continuação de uma vida 'normal' aos olhos do empregador e junto da família".<sup>2</sup>

O sistema de monitoramento eletrônico é feito através de um sinalizador GPS. Mas, o que vem a ser um GPS? GPS é um acrônimo, significando em inglês *Global Positioning System* e em português Sistema de Posicionamento Global. Através do GPS é possível saber a nossa localização exata no planeta. Este projeto foi iniciado há cerca de 30 anos, pelo governo dos Estados Unidos da América, mais precisamente pelo Departamento de Defesa. Foram lançados para a órbita vários satélites com o objetivo de ultrapassar as limitações dos sistemas de localização, que eram utilizados até aquele momento. O sistema foi sendo constantemente melhorado e, atualmente, conta com 24 satélites em órbita, sendo 12 localizados em cada hemisfério, e 6 estações de controle em terra<sup>3</sup>.

Em que pese podermos atribuir as origens do monitoramento eletrônico aos irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel, que realizaram as primeiras experiências no ano de 1964, nos EUA, com dezesseis jovens reincidentes, podemos apontar o Juiz Jack Love, do Estado do Novo México, como sendo o precursor da idéia que, atualmente, vem sendo utilizada em vários países.

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro* - a prisão virtual, p. 9-10.

<sup>3</sup> Os satélites de GPS são equipados com relógios atômicos que tem precisão de bilionésimo de segundos, e transmitem continuamente para os satélites receptores na Terra sinais digitais de rádio com informações sobre a localização e hora exata.



O mais interessante é que o Juiz Jack Love inspirou-se numa edição de *Amazing Spider-Man* de 1977, onde o rei do crime havia prendido um bracelete ao homem-aranha, a fim de monitorar seus passos pelas ruas de Nova York. Após ler a história, o Juiz Jack Love achou que a idéia poderia, efetivamente, ser utilizada no monitoramento de presos, razão pela qual procurou seu amigo Mike Gross, técnico em eletrônica e informática, a fim de persuadi-lo a produzir os receptores que seriam afixados nos pulsos, tal como havia visto na história em quadrinhos.

Em 1983, ou seja, aproximadamente 6 anos depois, após ter realizado, durante três semanas, testes em si mesmo com o bracelete, o Juiz Jack Love determinou o monitoramento de cinco delinquentes na cidade de Albuquerque, a maior cidade do Estado do Novo México. Nascia, também, naquele momento, conforme nos esclarece Edmundo Oliveira, a *National Incarceration Monitor and Control Services*, a primeira empresa a produzir instalações eletrônicas destinadas ao controle de seres humanos.<sup>4</sup>

Atualmente, existem quatro opções técnicas de monitoramento eletrônico, que podem ser adaptadas à pessoa em forma de: a) pulseira; b) tornozeleira; c) cinto; e d) *microchip* (implantado no corpo humano). Nas quatro hipóteses apontadas, a utilização pode ocorrer de maneira discreta, permitindo que o condenado cumpra a sua pena sem sofrer as influências nefastas do cárcere.

Por outro lado, não podemos permitir o monitoramento eletrônico em todas as infrações penais, mas tão somente naquelas em que seja viável a permanência do condenado fora da prisão.

Existem, como sabemos, casos graves que, por enquanto, requerem uma resposta mais severa por parte do Estado. Não se pode, por exemplo, permitir que chefes de organizações criminosas, membros de células terroristas, traficantes de drogas etc. permaneçam monitorados em sua própria residência, pois que, com quase toda a certeza, continuariam a praticar seus crimes, agora com o aval do próprio Estado.

No entanto, em determinadas infrações penais, que não possuam gravidade extrema, seus autores podem ficar limitados espacialmente a um local predeterminado pela Justiça Penal, sem impor-lhes a privação de liberdade dentro do sistema carcerário. Da mesma forma, poderá o monitoramento eletrônico ser utilizado, também em determinadas hipóteses, em substituição às prisões cautelares.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro* - a prisão virtual, p. 28.

## ROGÉRIO GRECO

O sistema de monitoramento permite que os encarregados da fiscalização do cumprimento da pena do condenado/monitorado tomem conhecimento, exatamente, a respeito dos seus passos, uma vez que o sistema permite saber, com precisão, se a área delimitada está sendo obedecida.

Em caso de desobediência, isto é, se o condenado demonstrar que o sistema de monitoramento não está surtindo os efeitos esperados pela Justiça Penal, que a ele confiou essa alternativa, a solução será o seu confinamento no interior do sistema prisional.

No Brasil, depois de intensos debates, foi publicada a Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, que previu a possibilidade de fiscalização do condenado, por meio da monitoração eletrônica, somente em duas situações, vale dizer, quando for autorizada *saída temporária* para aquele que estiver sob o *regime semiaberto*, ou quando a pena estiver sendo cumprida em *prisão domiciliar*, conforme o disposto nos incisos II e IV, do art. 146-B da Lei de Execução Penal.

Foram objeto de veto presidencial os incisos I, III e V, que, respectivamente, permitiam o juiz aplicar a monitoração eletrônica quando viesse:

I - aplicar pena restritiva de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semiaberto, ou conceder progressão para tais regimes;

III - aplicar pena restritiva de direitos que estabeleça limitação de horários ou de frequência a determinados lugares;

V - conceder o livramento condicional ou a suspensão condicional da pena.

Justificando o parecer que pugnava pelo veto presidencial aos mencionados incisos, o Ministério da Justiça arrazoou que:

“A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso.”

O art. 146-C, acrescentado à Lei de Execução Penal pela Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, assevera que o condenado será

instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II - abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça.

Conforme o disposto no parágrafo único, do mencionado art. 146-C, a violação comprovada de qualquer um desses deveres poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: a) a regressão do regime; b) a revogação da autorização de saída temporária; c) a revogação da prisão domiciliar; d) advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas anteriores.

O art. 146-D da Lei de Execução Penal, também introduzido pela Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, determina, ainda que a monitoração eletrônica poderá ser revogada: I - quando se tornar desnecessária ou inadequada; II - se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

Para que ocorra a revogação da monitoração eletrônica, deverá o julgador determinar, antes de sua decisão, a realização de uma *audiência de justificação*, onde serão ouvidos o acusado, devidamente assistido pelo seu defensor, e também o Ministério Público, a exemplo do que ocorre com as hipóteses previstas pelo parágrafo único do art. 146-C da Lei de Execução Penal.

O julgador, quando de sua decisão, deverá analisar o conjunto de situações que o leva a crer que o monitoramento será suficiente para que a pena possa cumprir com suas funções repressivas e preventivas. Assim, os antecedentes penais, a conduta social, a personalidade do agente, a gravidade da infração, etc., deverão ser levados em consideração para efeitos de concessão da possibilidade de cumprimento de pena *extra muros*, via monitoramento eletrônico.

A tendência é que o monitoramento eletrônico fique cada vez mais imperceptível por outras pessoas, que não aquele que o utiliza. Quem não se recorda do tamanho inicial dos telefones celulares? Hoje, são multifuncionais, e os menores possíveis. Da mesma forma, em um futuro muito próximo, ao invés de pulseiras, tornozeleiras ou cintos, o monitoramento poderá ser levado a efeito, por exemplo, através de um aparelho contido no relógio de pulso daquele que se viu beneficiado com a sua utilização.

O microchip subcutâneo já é uma realidade, e impede qualquer visualização por parte de terceiros, podendo, inclusive, conter

todas as informações necessárias relativas ao cumprimento da pena do condenado que dele se utiliza.

Enfim, chegamos à era tecnológica, e temos que utilizá-la em benefício do homem que, em um futuro próximo, verá implodir os muros das penitenciárias que, durante séculos, o aprisionaram. Esse "novo homem" do futuro olhará para trás e não acreditará que seus semelhantes, há poucos séculos, eram enjaulados como animais ferozes, tratados de forma indigna e cruel.

Embora o sistema de monitoramento eletrônico permita o cumprimento das finalidades atribuídas às penas, vale dizer, reprovar e prevenir a prática de infrações penais, parte da doutrina iniciou um movimento contra a sua utilização, conforme esclarece Luzón Peña<sup>5</sup>, alegando que, primeiramente, essa modalidade de cumprimento de pena é demasiado benigna aos condenados, não possuindo, assim, o necessário efeito intimidante, característico da teoria retributiva. Da mesma forma, continua Luzón Peña<sup>6</sup>, no que diz respeito à ressocialização, afirmam que a sanção se centra somente no controle do condenado, e dedica pouco ou mesmo nenhum esforço no seu tratamento ressocializante.

Em segundo lugar, dizem os opositores do monitoramento eletrônico, não existem estudos suficientemente amplos e rigorosos que tenham por finalidade apontar se, realmente, existe uma eficácia preventivo-especial da sanção daqueles que foram submetidos ao monitoramento eletrônico, em comparação aos condenados que cumpriram suas penas, inseridos no sistema prisional. Ou seja, para eles, não se pode dizer, com a necessária precisão, que permitir o cumprimento monitorado de pena *extra muros* não diminui o índice de reincidência.

Com todo o respeito que merecem os opositores do monitoramento eletrônico, não se pode negar que os benefícios de um cumprimento de pena monitorado fora do cárcere são infinitamente superiores aos prejuízos causados no agente que se vê obrigado a cumprir sua pena *intra muros*.

Ressalta Luzón Peña<sup>7</sup> que às acusações de que o monitoramento eletrônico é por demais benigno ao condenado, além de pos-

<sup>5</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión, p. 58.

<sup>6</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión, p. 58.

<sup>7</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión, p. 59.

suir pouca ou nenhuma eficácia intimidante, tem-se rebatido com o correto argumento de que a ele são reservadas somente as infrações penais de pouca gravidade, a exemplo do que ocorre com os delitos de trânsito, subtrações patrimoniais não violentas, consumo de drogas etc. e só excepcionalmente para algum delito que preveja alguma forma de violência, como pode ocorrer com as lesões corporais. Além disso, o prognóstico que se faz do condenado lhe é favorável, ou seja, tudo leva a crer que o cumprimento da pena monitorada *extra muros* exercerá sobre eles os necessários efeitos, evitando-se a prática de futuras infrações penais.

Não podemos nos esquecer que, mesmo com certo grau de liberdade, temos limitada uma grande parcela desse nosso direito. Assim, por mais que, aparentemente, se mostre benigna ao condenado, ainda assim essa forma de cumprimento de pena poderá exercer sua função preventiva (geral e especial), pois que, para a sociedade, ficará demonstrado que o Estado, através do Direito Penal, cumpriu com sua missão protetiva de bens jurídicos, fazendo com que o autor da infração penal fosse por ela responsabilizado, com uma pena correspondente ao mal por ele praticado.

Conforme esclarecimentos de Miguel Ángel Iglesias Ríos e Juan Antonio Pérez Parente, na maioria dos países, a prisão domiciliar com vigilância eletrônica não se contempla como medida única, senão que, com vistas à consecução de expectativas ressocializadoras, o controle telemático se insere dentro de um amplo programa de execução diário, no qual, junto à permanência obrigatória no domicílio ou em um lugar concreto, se permitem saídas predeterminadas para trabalhar ou participar de sessões de terapia, se realizam visitas não anunciadas por funcionários competentes (na parte da tarde, noite, fins de semana, dias festivos), ou com um pré-aviso de trinta minutos; o sujeito tem que submeter a uma análise de sangue, de urina ou de ar aspirado para detectar o consumo de álcool ou drogas, várias vezes por semana, praticadas por pessoal médico especializado ou conectadas ao próprio aparato de vigilância (como ocorre na Suécia), cujos resultados são recebidos informatizadamente pela rede telefônica à central.<sup>8</sup>

### Tecnologias de controle de primeira, segunda e terceira geração

<sup>8</sup> IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, p. 409.

As tecnologias de controle podem ser divididas em primeira, segunda e terceira geração.

A *primeira geração de mecanismos de controle* inclui o *sistema ativo* (vigilância eletrônica ativa) e o *sistema passivo* (vigilância eletrônica passiva), ainda quando se tem implantado também sistemas mistos, que combinam ambos modelos.

A *vigilância eletrônica ativa*, que é a mais freqüente, é, basicamente, de acordo com as lições de Juan José González Rus<sup>9</sup>, integrada por três elementos, a saber: um *transmissor miniatura*, que é fixado ao condenado, de modo que não possa por ele ser removido, a exemplo, como dissemos anteriormente, das pulseiras, tornozeleiras etc., cuja finalidade é a de transmitir um sinal, permitindo a aferição do local onde se encontra; um *receptor-transmissor*, instalado no domicílio ou no local onde se tenha determinado que o condenado deverá permanecer submetido à vigilância, e que tem por finalidade receber o sinal do transmissor nele colocado, que envia, a seu turno, um sinal ao terceiro componente do sistema, que normalmente é um computador central conectado por via telefônica com o transmissor-receptor, que controla o processo e registra tudo o que ocorre com a vigilância, ou seja, se o condenado, efetivamente, está cumprindo com aquilo que lhe fora determinado na sentença, ou se houve algum descumprimento, a exemplo de ter saído do local permitido etc.

Através dessa vigilância eletrônica ativa, se confirma, portanto, a presença do condenado em sua casa, ou mesmo em outro local determinado pela Justiça, bem como as horas previstas para a prática de determinados comportamentos, ou, pelo contrário, sua ausência do local previamente determinado, o que, conseqüentemente, acarretará conseqüências a seu desfavor.

Esse controle, conforme esclarece Luzón Peña<sup>10</sup>, nos Estados Unidos, é feito pelos funcionários que são encarregados do sistema de prova que, em caso de descumprimento pelo condenado, propõem as medidas punitivas correspondentes ou mesmo a aplicação de uma sanção mais dura. Além disso, também possuem a obrigação de manter um contato periódico com o condenado com a finalidade de inspecionar os dispositivos de transmissão (pulseira, tornozeleiras etc.).

<sup>9</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Control electrónico y sistema penitenciario*, p. 72.

<sup>10</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, p. 56.

Por *vigilância eletrônica passiva* podemos entender aquela que é levada a efeito através de um sistema aleatório de chamadas telefônicas, feitas por um computador previamente programado para isso, aos locais onde os condenados encontram-se submetidos a essa modalidade de vigilância. Nesse caso, ao ser realizada a ligação, os condenados devem atender pessoalmente ao telefone. Conforme esclarece Juan José González Rus<sup>11</sup>, nesses casos, é comum que se incorpore ao aparelho telefônico um identificador de voz, evitando-se que o sistema seja burlado pelo condenado, que bem poderia pedir a alguém para que respondesse à chamada em seu lugar. É importante frisar que tanto as chamadas quanto às respostas do condenado permanecem registradas em um sistema informático, que está programado para produzir um alerta caso venha a ocorrer qualquer incidente.

Miguel Ángel Iglesias Ríos e Juan Antonio Pérez Parente aduzem que a principal vantagem do sistema passivo com controle de voz ou mecanismos digitalizados é sua menor estigmatização pública e, em certos casos, podia chegar-se a prescindir da instalação de transmissores no domicílio do vigiado. Como desvantagens se apontam a possível perturbação que as chamadas telefônicas, especialmente no horário noturno, causem ao resto dos moradores ou que o sujeito não escute a chamada por estar no banho, ouvindo música, etc.<sup>12</sup>

A tecnologia de segunda geração foi implantada inicialmente nos EUA a partir do ano 2000, sendo utilizada posteriormente no Canadá e na Grã Bretanha, cujo referente europeu é o denominado sistema Galileo. O Galileo foi concebido desde o início como um projeto civil, em oposição ao GPS americano, ao GLONASS russo e ao Compass chinês, que são de origem militar, tendo várias vantagens, a exemplo da maior precisão, maior segurança e menos sujeito a problemas.

Esse sistema de segunda geração tem a capacidade não somente para controlar a permanência, em um determinado lugar, da pessoa que está sendo objeto do monitoramento, senão que, milimetricamente, detecta sua presença fora do local que havia sido delimitado, apontando, precisamente, o lugar e o horário em que esteve.

<sup>11</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Control electrónico y sistema penitenciario*, p. 72.

<sup>12</sup> IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, p. 414.

Para tanto, o vigiado deverá portar um transmissor similar ao utilizado na vigilância eletrônica ativa, que tem por finalidade enviar os dados de seus movimentos à central, fazendo com que seja disparado um alarme sempre que o vigiado se distancia do perímetro dentro do qual fora confinado.

Por último, conforme esclarecem Miguel Ángel Iglesias Ríos e Juan Antonio Pérez Parente, a *tecnologia de terceira geração* se caracteriza porque ao controle por sistema GPS de permanência ou presença que oferecem os anteriores sistemas apontados, se agrega também a possibilidade de que a central de vigilância receba informações psicológicas, frequência de pulsações, ritmo respiratório para medir o nível de agressividade de um delinquente violento, a excitação sexual em delinquentes sexuais, cleptômanos ou psicopatas. Assim mesmo, ante qualquer descumprimento das obrigações acordadas judicialmente, algumas versões têm capacidade para realizar uma intervenção corporal direta no vigiado, por meio de descargas elétricas programadas, que repercutem diretamente no sistema nervoso central ou por meio da abertura de uma cápsula que lhe injeta um tranquilizante ou outra substância, para o caso de neuróticos agressivos, esquizofrênicos ou adeptos ao álcool.

Este drástico procedimento ainda não se implementou em prisão domiciliar com vigilância eletrônica, porque constitui um castigo físico atentatório contra a dignidade humana; por outro lado, não leva em conta distintas situações de necessidade - urgência médica, incêndio na casa, um acidente - nas quais o vigiado se vê obrigado a abandonar o lugar e a suportar injustificadamente tais descargas elétricas.<sup>13</sup>

### Monitoramento *versus* direito à intimidade

Juntamente com a utilização da tecnologia no cumprimento da pena, vieram as discussões a respeito de sua possibilidade. Como é comum quando surge uma novidade no mundo jurídico, sempre se levantam vozes contra e a favor. No caso do monitoramento eletrônico dos presos, juristas de escol começaram a defender a tese da impossibilidade de sua utilização, ao argumento de que o monitoramento levaria a uma indevida exposição do condenado, uma vez que

<sup>13</sup> IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, p. 415.

todos saberiam que estava cumprindo pena sob essa nova modalidade de vigilância, o que atentaria contra a sua dignidade.

Assim, conforme esclarece Luzón Peña<sup>14</sup>, se tem discutido sobre o fato de a vigilância eletrônica ser ou não uma intromissão excessiva e intolerável sobre os direitos fundamentais do condenado ou mesmo do preso provisório, principalmente no que diz respeito à sua dignidade, aqui representada pelo seu direito à intimidade.

Embora todo raciocínio que tente preservar a dignidade do ser humano seja louvável, não podemos nos esquecer que não existe direito absoluto, a não ser, como se afirma majoritariamente, o direito em não ser torturado ou de ser escravizado. Não podemos, ainda, agir com ingenuidade na defesa de certos princípios fundamentais, sob pena de inviabilizarmos qualquer projeto, mesmo os benéficos à pessoa humana.

No caso do monitoramento, entendemos que, entre colocar o condenado num sistema falido que, ao invés de ressocializá-lo, fará com que retorne completamente traumatizado ao convívio em sociedade, com toda a certeza, será preferível o seu controle pelo Estado em algum local *extra muros*, previamente determinado. Esse local poderá ser a sua própria residência, ou outro qualquer, que viabilize a execução da pena, com o seu perfeito controle.

Tudo será realizado da forma mais discreta possível, ou seja, a utilização da tornozeleira, da caneleira, do cinto ou mesmo a implantação do microchip será feita de modo a não ofender a dignidade do condenado, evitando-se sua desnecessária exposição. Assim, por exemplo, seria inviável o uso de aparelhos que envolvessem o pescoço do condenado, ou mesmo algum outro que fizesse com que tivesse uma excessiva exposição.

O direito à intimidade, cuja violação se atribui à possibilidade de monitoramento, eletrônico, encontra-se no rol dos direitos da personalidade. A personalidade, a seu turno, pode ser apontada como decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana, sig-

<sup>14</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, p. 60.

<sup>15</sup> Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, dissertando sobre o tema, asseveram que "Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais. A idéia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros" (*Novo curso de direito civil - parte geral*, p. 150).

nificando, resumidamente, a capacidade que tem todo ser humano de possuir direitos e de contrair obrigações.<sup>15</sup>

Trata-se, segundo nosso posicionamento, de um direito inato, inerente a todo ser humano. Nos países modernos, torna-se inconcebível afirmar que alguém não tenha personalidade. No entanto, isso nem sempre foi assim. Em um passado não muito distante, os escravos, por exemplo, eram similares às coisas. Podiam ser comprados, vendidos, trocados, açoitados, enfim, eram objeto de negociação e uma ferramenta de trabalho. O mesmo aconteceu, em proporções menores, com as mulheres, que eram entendidas como uma classe intermediária entre os homens e os animais.<sup>16</sup>

Existem direitos que nascem com todo ser humano, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor, religião, a exemplo do que ocorre com o direito à vida, a liberdade sexual, à integridade física, à honra, à intimidade etc., e que dele não podem ser retirados. No entanto, como já afirmamos acima, não existem direitos absolutos, mesmo os considerados personalíssimos. Cite-se, como exemplo, o direito que todas as pessoas têm à liberdade. Contudo, se o agente vier a praticar um fato passível de uma condenação a uma pena privativa de liberdade, esse seu direito cederá no caso concreto. Assim, somente poderemos considerar como absolutos os direitos à personalidade no sentido de serem oponíveis *erga omnes*, e não no que diz respeito à sua intangibilidade.

Embora tenhamos nos posicionado no sentido de que os direitos inerentes à personalidade sejam inatos, isto é, já nascem com todo ser humano e são antecedentes a qualquer disposição normativa, sendo, outrossim, considerados como *direitos naturais*, tal posição não é pacífica. No sentido oposto à escola *jusnaturalista* dos direitos à personalidade encontra-se a posição entendida como *positivista*, que parte do pressuposto que somente haverá *direito* quando este for reconhecido formalmente pelo Estado, através de seus estatutos legais. É a lei, segundo essa corrente, a encarregada de reconhecer e prote-

<sup>16</sup> Simón Carrejo, dissertando sobre o tema, esclarece que: "na linguagem jurídica atual a expressão direitos da personalidade tem significado particular, referido a alguns direitos cuja função se relaciona de modo mais direto com a pessoa humana, pois se dirigem à preservação de seus mais íntimos e imprescindíveis interesses. Com efeito, esses direitos constituem um mínimo para assegurar os valores fundamentais do sujeito de direito; sem eles, a personalidade ficaria incompleta e imperfeita, e o indivíduo, submetido a incerteza quanto aos seus bens jurídicos fundamentais" (*Apud* Edson Ferreira da Silva, in *Direito à intimidade*, p. 8).

ger direitos que foram selecionados através de um critério político, que vai se modificando ao longo dos anos. Novas situações vão surgindo, novos conflitos irão acontecendo, fazendo com que o legislador desperte para a existência de novos direitos, que podem ser considerados como personalíssimos.

Em que pese a força do raciocínio positivista, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento de novos direitos da personalidade, que vão surgindo de acordo com a própria evolução da sociedade, existem determinados grupos de direitos que não se pode atribuir a sua existência ao formal reconhecimento da lei, a exemplo, como já o dissemos, do direito à vida, da integridade pessoal, da honra, da intimidade etc.

Os direitos de personalidade possuem determinadas características que lhes são peculiares, que os distinguem dos demais. Além de serem considerados como absolutos, no sentido de serem oponíveis *erga omnes*, os direitos da personalidade gozam das características da: *generalidade, extrapatrimonialidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e vitaliciedade*.<sup>17</sup>

Verifica-se, portanto, que, de acordo com a sua natureza, bem como com as características que lhe são peculiares, os direitos de personalidade fazem parte do rol pertencente à dignidade da pessoa humana.

Existe controvérsia doutrinária quanto ao uso das expressões direitos humanos e direitos de personalidade. Para uma primeira corrente, *direitos humanos* seriam aqueles positivados no texto constitucional – ou mesmo em algum outro diploma infraconstitucional – oponíveis contra o próprio Estado. Seriam, assim, utilizados como escudo contra a prepotência e o autoritarismo do Estado. Dessa forma, se amoldariam na categoria de *direitos públicos*. Por outro lado,

<sup>17</sup> Cleyson M. Mello e Thelma Fraga, dissertando sobre as mencionadas características, esclarecem: "Generalidade, no sentido de que todos os seus titulares estão protegidos dos direitos da personalidade. Extrapatrimonialidade, os direitos da personalidade não são aferidos objetivamente por um critério econômico. Intransmissibilidade e irrenunciabilidade (...) para os direitos da personalidade, significa que estes não podem sofrer mutação subjetiva e não podem ser abdicados, recusados ou rejeitados pelo titular do direito, respectivamente. Imprescritibilidade está ligada à inexistência de prazo para o seu efetivo exercício. Impenhorabilidade, característica intrínseca à indisponibilidade, significa que o direito não pode ser abarcado por penhora. Vitaliciedade, ou seja, são inatos e permanentes à pessoa" (Direito civil - Introdução e Parte Geral, p. 105).

*direitos de personalidade* seriam aqueles regulados pelo direito civil, que dizem respeito às relações entre particulares.

Como bem observado por Edson Ferreira da Silva:

"sob o aspecto do direito público, os chamados direitos humanos não reclamam simples abstenção do Estado quanto a respeitar e não praticar arbitrariedades contra os direitos fundamentais do homem. Mais do que isso, deve o Estado assegurar a todos, pelos mecanismos específicos do Direito Constitucional e do Direito Penal, o livre gozo das liberdades fundamentais. Os órgãos do Estado destinados à contenção da delinquência e da criminalidade, à apuração de responsabilidades no âmbito penal, desempenham o papel de proteger toda a coletividade em seus interesses fundamentais de segurança e tranqüilidade, dando a todos condições para o cumprimento da natural vocação ao progresso e ao desenvolvimento.

A tutela pública é conferida em atenção ao corpo social como um todo e não a cada indivíduo em particular. Nisto reside a diferença entre tutela pública e tutela privada, entre direitos humanos e direitos privados de personalidade.

Mas não é só. Quando ganham a Constituição, como acontece modernamente, os direitos fundamentais do homem constituem restrição ao poder legislativo do Estado, porquanto as leis infraconstitucionais não poderão restringir, suprimir ou se colocar em conflito com o texto maior, sob pena de invalidade"<sup>18</sup>

Hoje em dia, já não se pode mais discutir que o direito à intimidade faz parte do elenco relativo aos chamados direitos de personalidade que, conseqüentemente, dizem respeito à dignidade da pessoa humana.

As Constituições modernas, a exemplo da Brasileira, não só prevêm expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também direitos que lhe são decorrentes, como acontece com

<sup>18</sup> (Direito à intimidade, p. 21-22).

o direito à intimidade, conforme se verifica pela leitura do art. 5º, X, que diz: *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*

A intimidade, portanto, é um direito fundamental assegurado constitucionalmente, devendo o Estado protegê-lo de todo e qualquer ataque.

Conceituar direito à intimidade não é tarefa das mais fáceis. É extremamente difícil, na verdade, não somente conceituar o que venha a ser direito à intimidade, como também traçar os seus exatos contornos, fazendo uma distinção entre o público e o privado.

São três as principais teorias que disputam o tratamento do direito à intimidade. A primeira delas, denominada de teoria objetiva, adota a chamada *teoria das esferas*, do direito alemão, onde podemos visualizar, figurativamente, vários círculos concêntricos, sendo que no centro se encontra aquilo que existe de mais íntimo, reservado; ao redor, a intimidade familiar; e, por último, na sua face mais externa, a área destinada à esfera pública. É claro que essa definição não é absoluta, mas sim uma mera representação teórica.

A segunda teoria, reconhecida como *subjetiva*, como a própria denominação está a sugerir, entende que somente a pessoa, e mais ninguém, pode determinar o que é ou não íntimo, ou seja, somente ela cabe determinar os limites entre o particular e o público.<sup>19</sup>

Assim, embora seja complexa a sua definição, podemos entender como direito à intimidade aquela porção, inerente ao nosso direito de personalidade, que compete única e exclusivamente a nós, e que deve, de acordo com nossa vontade, ser subtraída do conhecimento público, ou, conforme as lições de Edson Ferreira da Silva,

“o direito à intimidade deve compreender o poder jurídico de subtrair do conhecimento alheio e de im-

<sup>19</sup> Modernamente, assevera L. Rebollo Delgado, surgiu a chamada *teoria do mosaico*, como uma necessidade de proteção da intimidade do indivíduo: “frente às ameaças que de forma genérica os novos engenhos tecnológicos e em concreto a informática supõem. Foi formulada por Madrid Conesa que entende que a ‘teoria das esferas não é válida, haja vista que hoje os conceitos de público e o privado são relativos, pois existem dados que *a priori* são irrelevantes desde o ponto de vista do direito à intimidade, mas que unidos uns com os outros podem servir para configurar uma idéia praticamente completa de qualquer indivíduo, tal como ocorre com as pequenas pedras que formam um mosaico, que em si não dizem nada, mas quando unidas podem formar conjuntos plenos de significado” (DELGADO, Lucrecio Rebollo. *Derechos fundamentales y protección de datos*, p. 38-39).

pedir qualquer forma de divulgação de aspectos da nossa vida privada, que segundo um senso comum, detectável em cada época e lugar, interessa manter sob reserva”.<sup>20</sup>

Esse direito à intimidade deve ceder no caso concreto quando estivermos diante da possibilidade de monitoramento eletrônico. Na verdade, essa limitação ao direito à intimidade é levada a efeito em benefício do próprio condenado, uma vez que, sujeitando-se ao monitoramento eletrônico, ficará livre do ambiente pernicioso do cárcere.

O sistema prisional, com toda certeza, não seria o melhor ambiente para o cumprimento da pena aplicada ao condenado, que, em muitos países da América Latina, eliminariam a sua personalidade.

Assim, por mais que tenhamos que proteger o direito à intimidade daqueles que foram condenados pela Justiça Penal, entendemos que a submissão do autor da infração penal ao monitoramento eletrônico deve ser entendida em seu benefício, mesmo que venha a causar pequenos transtornos.

Por isso é que Rodríguez-Magariños propõe a criação de um novo sistema penitenciário, onde a privação de liberdade das pessoas passe de regra geral à exceção, reservando-se, outrossim, os estabelecimentos prisionais somente para aqueles reincidentes contumazes, que praticam crimes graves, demonstrando, dessa forma, desprezo pelos direitos de seus concidadãos. Como, acertadamente, afirma o renomado autor, a

“vigilância eletrônica nem é a varinha mágica nem é a panacéia, nem cobre – e menos hoje em dia – todos os desejos, mas indubitavelmente é o princípio do fim de um sistema penitenciário baseado em um axioma absurdo: encerrar, dessocializar um indivíduo

<sup>20</sup> SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*, p. 51.

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, p. 170-171.

para fazer dele o homem apto para viver em sociedade".<sup>21</sup>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil - parte geral*. Saraiva, 2005, 6ª edição;
- GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Control electrónico y sistema penitenciario*. Sevilla: VIII Jornadas penitenciarias Andaluzas, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, 1994;
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías: con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos (coord. por Santiago A. Bello Paredes, Alfonso Murillo Villar), 2005;
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*. Sevilla: VIII Jornadas penitenciarias Andaluzas, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, 1994;
- MELLO, M. Cleyson; FRAGA, Telma. *Direito Civil - introdução e parte geral*. Niterói: Editora Impetus, 2005;
- OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro - a prisão virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007;
- RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *Cárcel electrónica*. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007;
- SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, 2ª edição.