

Volume 26– Número 50 – jan./jun. 2020



ISSN 1415-112X

Revista
da **esmape**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO - TJPE
ESCOLA JUDICIAL DE PERNAMBUCO – ESMAPE

ISSN 1415-112X

Revista da esmape

Publicação Científica

Volume 26 – Número 50
jan./jun. 2020

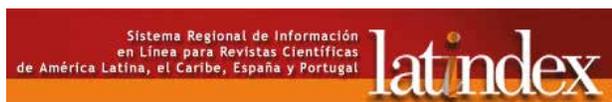
Revista da ESMAPE – Recife – v. 26 – n.50 – p. 01 - 262 – jan./jun. 2020

A Revista da ESMAPE divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

A Escola Judicial de Pernambuco – ESMAPE cumpre, rigorosamente, a Lei do Depósito Legal (Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004), sendo a Revista da ESMAPE preservada como patrimônio jurídico-literário na Biblioteca Nacional.

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

Base de dados indexadora



Revisão: Autores

Diagramação: José William B. M. da Silva

Tiragem: 400 exemplares

Correspondências:

Escola Judicial de Pernambuco – ESMAPE
Rua Desembargador Otilio Neiva Coelho, SN,
Ilha de Joana Bezerra – Recife – PE – CEP 50.080-900
ej.diretoria.geral@tjpe.jus.br
ej.biblioteca@tjpe.jus.br

Revista da ESMAPE / Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco - EJUD-TJPE – Ano 1, n.1 (1996-). – Recife : ESMAPE, 1996 – v. Semestral
ISSN 1415-112x

1. Direito-Periódico. I. Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco - EJUD-TJPE. II ESMAPE

CDD 340.05

Diretoria Geral

Biênio 2018 - 2020

Desembargador Jones Figueirêdo Alves
Diretor-Geral

Desembargador Evandro Sérgio Netto de Magalhães Melo
Vice-Diretor-Geral

Juiz de Direito Saulo Fabianne de Melo Ferreira
Supervisor

COORDENADORES

Pós-Graduação Lato-Sensu
Juíza de Direito Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz

Pós-Graduação Stricto-Sensu
Juiz de Direito Sílvio Romero Beltrão

Formação Inicial de Magistrados
Juiz de Direito Breno Duarte Ribeiro de Oliveira

Vitaliciamento de Magistrado
Juíza de Direito Sônia Stamford Magalhães Melo

Aperfeiçoamento de Magistrados
Juiz de Direito José Ronemberg Travassos da Silva

Aperfeiçoamento de Servidores
Juíza de Direito Adriana Cintra Coelho

Programas Internacionais
Juiz de Direito Sílvio Romero Beltrão
Juiz de Direito Rafael Cavalcanti Lemos



Relações Institucionais
Juiz de Direito Eduardo Guilliod Maranhão

Informatização Jurídica
Juiz de Direito Alexandre Freire Pimentel

Preparação à Magistratura e Cursos Externos
Juiz de Direito Igor da Silva Rego

Extrajudicial
Juiz de Direito Sérgio Paulo Ribeiro da Silva,
Juiz de Direito Janduhy Finizola da Cunha
Tabelião Ivanildo de Figueirêdo Andrade de Oliveira
Tabeliã Alda Lúcia Soares Paes de Souza.

Conciliação e Mediação
Juíza de Direito Karina Albuquerque Aragão de Amorim

Formação Inicial de Servidores
Juiz de Direito Rafael Medeiros Antunes Ferreira

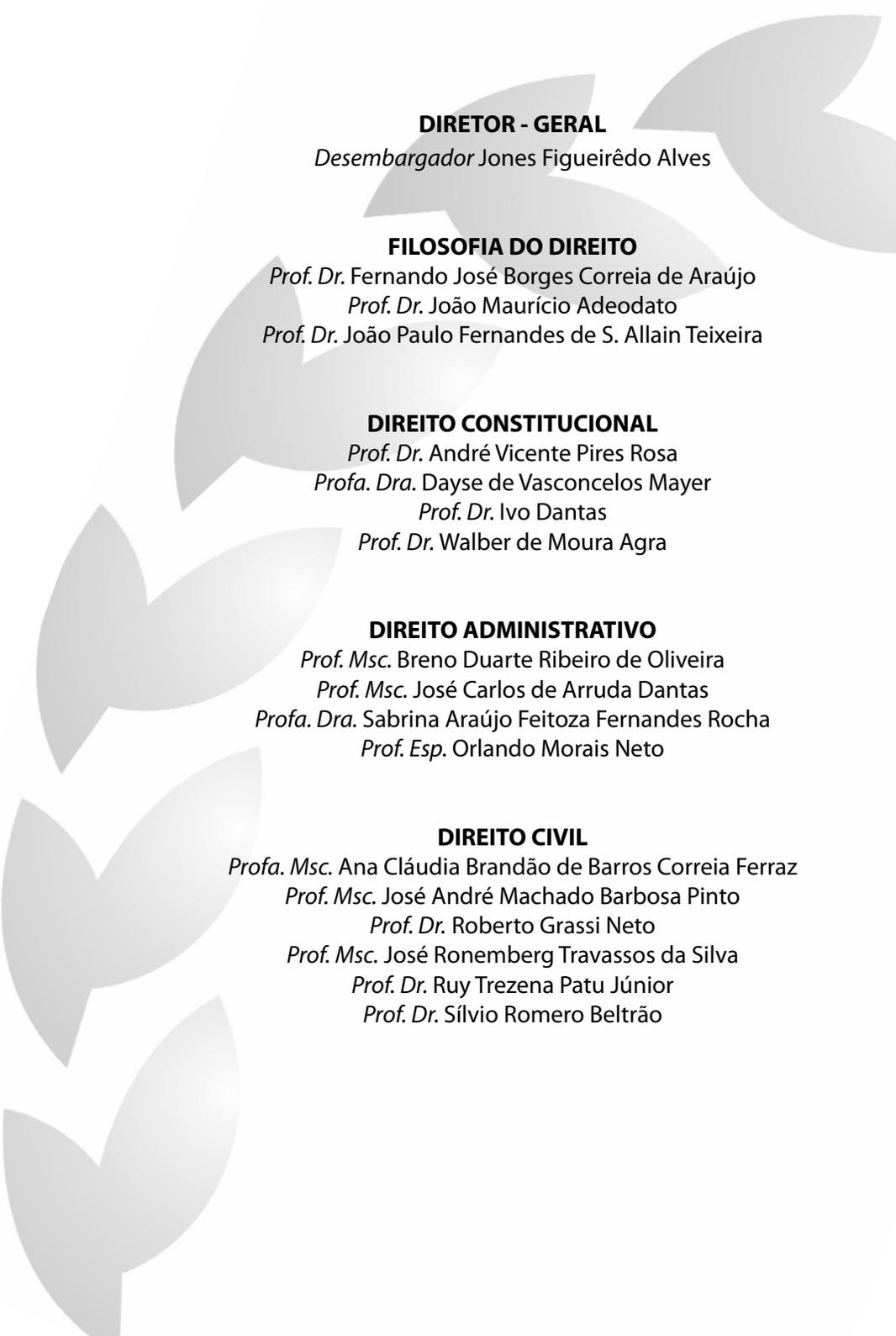
Infância e Juventude
Desembargador Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Juizados Especiais
Juíza de Direito Ana Luiza Wanderley Mesquita Saraiva Câmara
Juíza de Direito Fernanda Pessoa Chuahy de Paula

Pesquisas Científicas
Juiz de Direito Teodomiro Noronha Cardozo

Extensão e Eventos Científicos e Culturais
Juiz de Direito Isaias Andrade Lins Neto

Ensino à Distância
Juíza de Direito Catarina Vila Nova Alves de Lima



DIRETOR - GERAL

Desembargador Jones Figueirêdo Alves

FILOSOFIA DO DIREITO

Prof. Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo

Prof. Dr. João Maurício Adeodato

Prof. Dr. João Paulo Fernandes de S. Allain Teixeira

DIREITO CONSTITUCIONAL

Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa

Profa. Dra. Dayse de Vasconcelos Mayer

Prof. Dr. Ivo Dantas

Prof. Dr. Walber de Moura Agra

DIREITO ADMINISTRATIVO

Prof. Msc. Breno Duarte Ribeiro de Oliveira

Prof. Msc. José Carlos de Arruda Dantas

Profa. Dra. Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha

Prof. Esp. Orlando Morais Neto

DIREITO CIVIL

Profa. Msc. Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz

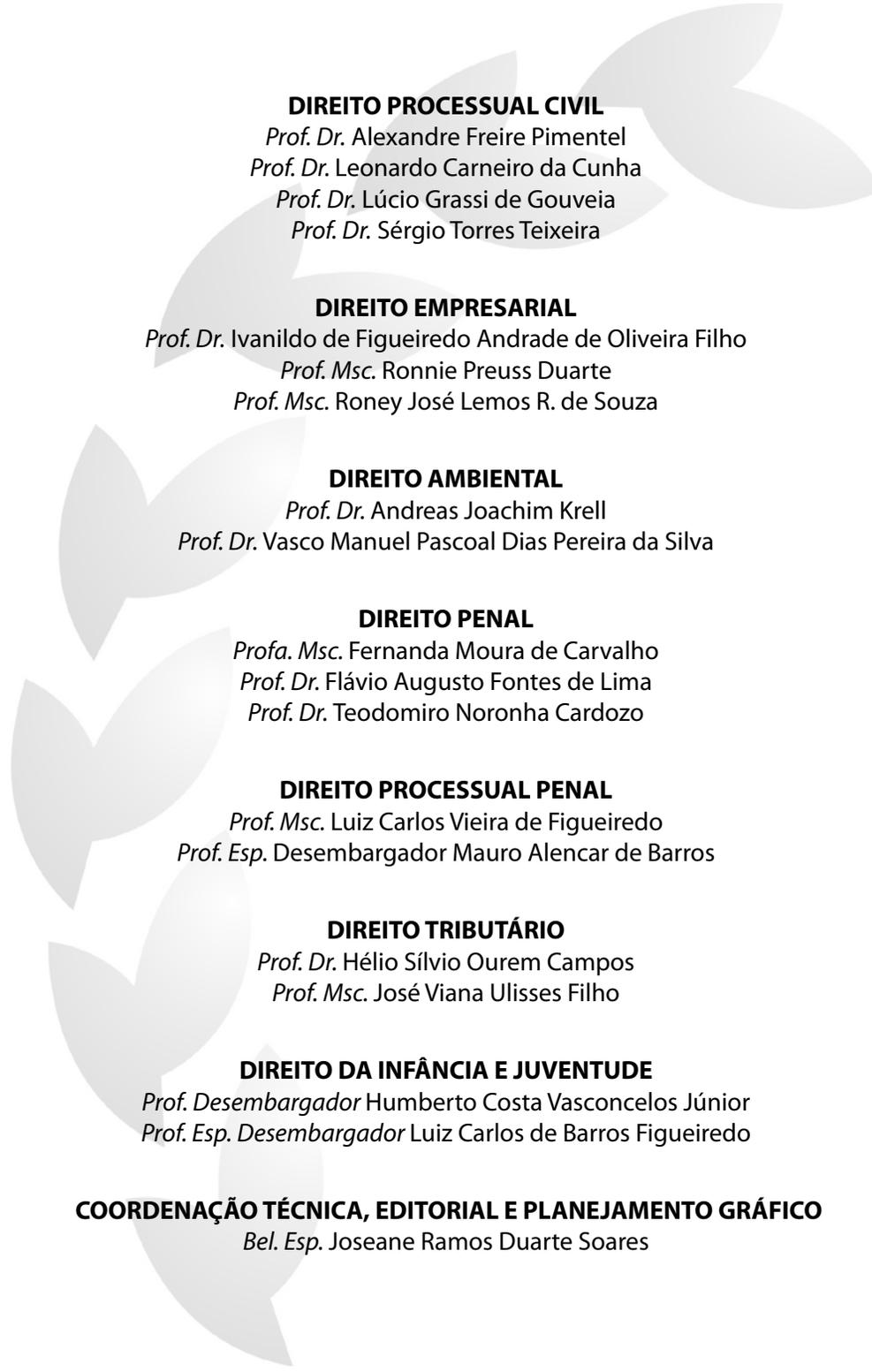
Prof. Msc. José André Machado Barbosa Pinto

Prof. Dr. Roberto Grassi Neto

Prof. Msc. José Ronemberg Travassos da Silva

Prof. Dr. Ruy Trezena Patu Júnior

Prof. Dr. Sílvio Romero Beltrão



DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel
Prof. Dr. Leonardo Carneiro da Cunha
Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia
Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

DIREITO EMPRESARIAL

Prof. Dr. Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho
Prof. Msc. Ronnie Preuss Duarte
Prof. Msc. Roney José Lemos R. de Souza

DIREITO AMBIENTAL

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell
Prof. Dr. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva

DIREITO PENAL

Profa. Msc. Fernanda Moura de Carvalho
Prof. Dr. Flávio Augusto Fontes de Lima
Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Prof. Msc. Luiz Carlos Vieira de Figueiredo
Prof. Esp. Desembargador Mauro Alencar de Barros

DIREITO TRIBUTÁRIO

Prof. Dr. Hélio Sílvio Ourem Campos
Prof. Msc. José Viana Ulisses Filho

DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Prof. Desembargador Humberto Costa Vasconcelos Júnior
Prof. Esp. Desembargador Luiz Carlos de Barros Figueiredo

COORDENAÇÃO TÉCNICA, EDITORIAL E PLANEJAMENTO GRÁFICO

Bel. Esp. Joseane Ramos Duarte Soares

A AUTOTUTELA NA EXPERIÊNCIA CIVILÍSTICA LUSÓFONA	9
Diego Moura de Araújo	
A BUSCA DA FELICIDADE ENQUANTO DIREITO A PARTIR DA DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA AMERICANA: O ABISMO ENTRE O DESEJO E A REALIDADE	23
Eduardo Perez Oliveira	
A LEI Nº 13.146/2015 E SEUS IMPACTOS NA PRESCRIÇÃO: ANÁLISE DO PREJUÍZO CAUSADO PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA AQUELES QUE, POR CAUSA TRANSITÓRIA OU PERMANENTE, NÃO PUDEREM EXPRESSAR SUA VONTADE	41
Jorge de Sá Filho	
DESMISTIFICANDO A ANÁLISE DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE: A POSSIBILIDADE DE VALORÁ-LO TANTO EM FAVOR COMO OU EM DESFAVOR DO RÉU	59
Danielle Christine Silva Melo Burichel	
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: CONTRATUAIS, SUCUMBENCIAIS E RECURSAIS. NATUREZA E DIÁLOGO DAS VERBAS. A CONTRIBUIÇÃO DO CPC PARA A DIGNIFICAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA	73
Jones Figueirêdo Alves	
O DISCURSO DE ÓDIO NO CIBERESPAÇO MOTIVADO PELA PUBLICIDADE DE DECISÕES JUDICIAIS	87
Thiago Tristão	
O NOVO DIREITO EMPRESARIAL E A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS PELA FUNÇÃO ECONÔMICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. APONTAMENTOS ESSENCIAIS IMEDIATOS	101
Jones Figueirêdo Alves	

O TESTAMENTO VITAL E O RESPEITO A AUTONOMIA DE VONTADE DO PACIENTE NA DECISÃO POR CUIDADOS PALIATIVOS 119

Amanda Beatriz Do Nascimento Santos
Bruna Suely Do Nascimento Santos
Nicole Lira Melo Ferreira
Paula Fernanda Soares De Araújo Meireles Costa
Saulo Fabianne De Melo Ferreira
Yasmin Lira Melo Ferreira

PRIMEIRAS APLICAÇÕES RELATIVIZADAS EM FACE DAS INOVAÇÕES PROCESSUAIS DO CPC/2015. UMA NOVA ZONA DE PENUMBRA? 143

Jones Figueirêdo Alves

PRINCÍPIOS ORIENTADORES DOS CÓDIGOS CIVIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS: ETICIDADE, SOCIALIDADE E OPERALIDADE 163

José Raimundo dos Santos Costa

RECURSO ADESIVO – INSTRUMENTO PROCESSUAL AUTÔNOMO 177

Marcelo Lannes

REFLEXÕES SOBRE O IDEAL ARISTOTÉLICO DE JUSTIÇA 191

Adriane Nogueira Naves Perez

A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E O FENÔMENO DA ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA 209

Eurico Brandão de Barros Correia

TUTELA DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE: RELAÇÕES ENTRE DIREITO E RELIGIÃO À LUZ DO CONCEITO DE LAICIDADE 221

Deyvison Heberth dos Reis
Valter Foletto Santin

COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO EM BENEFÍCIO DE TERCEIRO 247

Guilherme Veiga Chaves

A AUTOTUTELA NA EXPERIÊNCIA CIVILÍSTICA LUSÓFONA

Diego Moura de Araújo

Doutorando em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela UNIFAP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco/MT. Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Professor de Direito da Universidade Federal do Amapá, da Escola Judicial do Estado do Amapá e da Escola de Magistratura do Estado do Amapá. Formador de Formadores pela Escola Nacional de Aperfeiçoamento e Formação de Magistrados - ENFAM. Autor e Colaborador de livros jurídicos.

RESUMO

Costumeiramente, a autotutela é vista como uma forma primitiva de resolução dos conflitos através da lei do mais forte. Na doutrina clássica, situam-se como exemplo: a ação direta, a legítima defesa, o estado de necessidade e a defesa da posse. Todavia, no direito contemporâneo, a autotutela vem sendo revisada para ser interpretada como um reforço na autonomia privada e garantidora de direitos, mormente, em casos de inadimplemento contratual.

Palavras-chave: Autotutela. Conflitos. Autonomia privada.

ABSTRACT

Usually, self-protection is seen as a primitive form of conflict resolution through the law of the fittest. In classical doctrine are situated as an example: direct action, self-defense, the state of necessity and the defense of possession. However, in contemporary law, self-protection has been revised to be interpreted as reinforcing private autonomy and guaranteeing rights, especially in cases of contractual default.

Keywords: Self-protection. Conflicts. Private autonomy.

INTRODUÇÃO

O direito é uma ciência dinâmica e deve sempre acompanhar os fatos e mudanças sociais. Em caso de inocorrência, não se estará cumprindo seu objetivo essencial que é a pacificação social por meio da resolução dos conflitos.

Os conflitos são inerentes à sociedade e sempre existirão. Não é à toa que existe a máxima latina: “ubi societas ibi jus”. Se na antiguidade as querelas se limitavam a guerra entre tribos rivais para demarcação de territórios e comida, na atualidade os conflitos ocorrem com maior evidência nas relações contratuais bilaterais.

Na antiguidade, as “perturbações sociais” eram resolvidas pela lei do mais forte e eram comuns as práticas da autotutela como forma primitiva de resolução de conflitos com o império da força. Hoje, os conflitos contratuais, sob a égide do princípio da autonomia contratual, da segurança jurídica e da boa-fé, apresentam formas variadas de resoluções da controvérsia, a exemplo da conciliação, arbitragem, mediação dentre outros.

Ressalte-se que, embora a autotutela tenha perdido sua importância com a presença do Estado, como ente imparcial na pacificação social, ainda persiste o referido instituto desde que autorizado em lei, com caráter de excepcionalidade, sem abuso de direito e servindo para a proteção dos direitos das partes envolvidas.

Além dos casos clássicos da autotutela envolvendo a legítima defesa e o estado de necessidade, a legislação civil também apresenta o direito de retenção, a “exceptio non adimpleti contractus” e a resolução contratual. Todos figuram como meios de autodefesa ou autotutela essenciais na vida moderna, embora nem sempre estudados sob a égide do instituto.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE AUTOTUTELA

Tradicionalmente, dentre as diversas formas de resolução do litígio, encontram-se na doutrina: a autocomposição, correspondente ao sacrifício parcial ou total de interesse próprio; a autotutela, impondo sacrifício no interesse alheio; e a defesa imparcial de terceiro, constante na arbitragem, na mediação e no processo

(estatal ou arbitral)¹. Destas, a autotutela sempre foi tratada como sinônimo de primitividade e de vingança privada mais conhecida pela Lei de Talião: “olho por olho, dente por dente”.

A fundamentação clássica da autotutela se encontrava no próprio direito natural e no direito costumeiro. No primeiro, porque é ínsita ao ser humano a reação contra ato injusto, principalmente, quando se tolhe o direito de propriedade ou ocorre injusta ameaça. Mesmo na ausência de leis, vem da própria consciência humana a necessidade de autodefesa quando não se tinha um ente imparcial que decidia e impunha decisões (Estado) para defender a sociedade. Da mesma forma, no direito costumeiro, era normal que uma pessoa pertencente a uma tribo resolvesse um conflito ou almejasse algum bem da vida, utilizando-se da sua própria força para remover os obstáculos ou mesmo praticar a guerra².

A autotutela caracteriza-se, portanto, como a forma mais antiga de resolução de conflitos³ e ainda existe nos dias atuais, de forma excepcional, devidamente regulada no direito positivo de diversos países⁴. Ela também pode ser denominada como defesa privada, autodefesa, autoajuda e autojustiça.

Ainda sobre a nomenclatura autotutela, muitos civilistas⁵ procuram não utilizá-la por se confundir com o sistema da tutoria que regula a incapacidade dos indivíduos. Nesse pensar, defende ÁNGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ⁶, ao se referir ao Código Civil espanhol, que a autotutela possibilita que uma pessoa

1 ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo, 2006, p. 26.

2 J.E. CARREIRA ALVIM, **Teoria Geral do Processo**, 15. ed. Rio de Janeiro, 2011, p. 8. Ainda segundo o autor ao se referir aos tempos da prevalência da autotutela: “Nessa época, não se tinha uma noção clara da individualidade da culpa, de modo que o ataque a um membro de uma tribo era considerado uma agressão à tribo inteira; pelo que provocava uma reação em massa da tribo agredida, buscando esta impor uma sanção à tribo agressora, aprisionando seus integrantes, matando-os, ou reduzindo-os à condição de escravos”.

3 Importante citar a referência histórica da autotutela mencionada por ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER E CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *ob.cit.*, p. 27, *verbis*: “Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, como soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter, haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada e, quando o Estado chamou a si o *jus punitivum*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se *autotutela* (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, do mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido”.

4 A título de exemplo, pode-se citar Portugal, Espanha, Alemanha, Brasil e Uruguai.

5 J.E. Carreira Alvim, *ob.cit.*, p. 7.

6 Cfr. La autotutela en nuestro Código Civil. **Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor José González García**. Coord. Domingo Jiménez Liébana. Pamplona, 2012, pp. 1416-1417.

tenha capacidade de agir e adotar disposições convenientes para sua futura incapacidade.

Pelo instituto da autotutela no direito espanhol, conforme referido acima, a pessoa pode adotar qualquer disposição relativa à sua própria pessoa ou bens, incluindo a nomeação de um tutor, para o caso de ser declarada incapaz para o futuro. São pressupostos fundamentais da autotutela: capacidade de agir, isto é, ter pela consciência dos seus atos para requerer a própria tutela e a previsão de ser incapacitado judicialmente no futuro⁷.

Destarte, voltando-se à tradicional nomenclatura da autotutela como meio de resolução dos conflitos sem a participação estatal, pode-se defini-la de duas formas. A primeira leva em conta apenas o modelo tradicional de autotutela que é aquela forma primitiva de resolução de conflitos com o emprego da força. Nesse sentido, autotutela ou autodefesa “é a forma mais antiga de solução dos conflitos, constituindo-se fundamentalmente pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvida no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora”⁸.

O mesmo sentido é encontrado na doutrina uruguaia, *verbis*: “La llamada *autotutela*, vale decir la reacción directa y personal de quien se hace justicia com manos próprias”⁹. Nessa concepção, a autotutela se fundamentaria em duas bases: ausência de um juiz ou árbitro distinto das partes envolvidas na querela e a imposição da decisão por uma das partes à outra pelo uso da força. Nesses casos, não se pensa em pedir ou apresentar declaração de existência ou inexistência do direito questionado¹⁰.

Em uma visão mais atual, pode-se definir a autotutela como um interesse buscado diretamente pela parte interessada ou mesmo a reação diante uma lesão a um interesse juridicamente relevante. Destarte, esta concepção “coloca em voga a importância de se situá-la como uma espécie de tutela”¹¹. Não é outro

7 *Idem*, p. 1421.

8 DANIEL AMORIM DE ASSUMPÇÃO NEVES. **Manual de Direito Processual Civil**, 8.a ed. Salvador, 2016, p.97. O mesmo autor acrescenta ainda uma “vantagem” desse meio rudimentar de resolução de conflitos que é a ampla possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário, v.g. “...a autotutela é a única forma de solução alternativa de conflitos que pode ser amplamente revista pelo Poder Judiciário, de modo que o derrotado sempre poderá judicialmente reverter eventuais prejuízos advindos da solução do conflito pelo exercício da força de seu adversário. Trata-se, portanto, de uma forma imediata de solução de conflitos, mas que não recebe os atributos da definitividade, sempre podendo ser revista jurisdicionalmente”, *ibidem*.

9 EDUARDO J. COUTURE, Concepto, límites y denominación del Derecho Procesal Civil. **Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico**. v. XXV, nº1-4, set-abr. 1955-1956, p.83.

10 ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER E CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *ob.cit.*, pp. 27-28.

11 RAQUEL BELLINI DE OLIVEIRA SALLES, **A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro:

o entendimento das escolas alemãs e italianas trazido por RAQUEL SALLES ao mencionar que a autotutela apresenta forte utilidade social, pois se traduz em um poder natural, legítimo e geral de defesa dos direitos dentro dos limites consentidos pelo ordenamento jurídico de cada país¹².

MÁRCIO ALVES PINHEIRO, GEÓRGIA CARVALHO SILVA E AULIETE DE PAULA MENDES são defensores desta visão moderna e utilitária do sistema da autodefesa. Segundo eles, do ponto de vista positivista, podem-se extrair 5 elementos presentes quando se refere a este instituto¹³.

O primeiro deles é a previsão legal direta ou indireta. Com efeito, o exercício da autotutela não pode ser criação das partes, pois seu amparo se situa no âmbito legal ou constitucional mesmo que indiretamente, podendo ser encontrada, inclusive, no âmbito da Administração Pública¹⁴.

O segundo elemento é a proibição do abuso de direito. Tal característica não é novidade e nem uma particularidade específica da autotutela, porque está presente em qualquer ordenamento jurídico. Um exemplo disso está no Código Civil português, art. 334º, ao se referir à ilegitimidade do exercício de um direito que exceda os limites impostos pelos bons costumes, pela boa-fé e pelo fim socioeconômico desse direito¹⁵.

Também nesse aspecto, não poderá o credor se apossar dos bens do devedor, mesmo possuindo um título de crédito válido e não prescrito. Com efeito, o direito oferece soluções válidas e não abusivas, tais como, requerer a execução por pagamento de quantia certa (arts. 724º e ss. do CPC) ou em caso de ausência de título, pode ajuizar uma ação declarativa comum (arts. 552º e ss. do CPC) com objetivo de obter uma sentença declaratória, que é um título executivo¹⁶.

A terceira característica é a excepcionalidade no uso da autotutela. Desta maneira, ela não pode ser usada além dos limites conferidos pela lei e para

Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011. Tese de doutoramento, p. 39.

12 *Idem*, p. 48.

13 Cfr. **A autotutela como meio legal de defesa de direitos**. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/165074-a-autotutela-como-meio-legal-de-defesa-de-direitos>>. Acesso em 19-05-2017.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*. O Código Civil brasileiro apresenta redação semelhante, situando o abuso do direito no âmbito da ilicitude, *verbis*: "art. 187 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

16 JOSÉ ANTÔNIO DE FRANÇA PITÃO e GUSTAVO FRANÇA PITÃO, **Código de Processo Civil anotado**. Tomo I: artigos 1º a 702º. Lisboa, 2016, p. 29.

excepcionalmente, resguardar um direito ameaçado e que não tenha outra forma imediata de agir. O Código de Processo Civil português, logo em seu artigo 1º, é bem claro ao dizer que o uso lícito do recurso à força para assegurar ou realizar direito é medida de caráter excepcional e se subsumi aos ditames legais, correspondendo a um verdadeiro princípio geral.

O quarto elemento é a emergencialidade. Nesse aspecto, difere-se da excepcionalidade, porque a autotutela não pode ser premeditada, isto é, ela é usada na ocorrência imediata de um ato que prejudique um direito devidamente assegurado. Assim, ela visa resguardar um direito que pode perecer ou sofrer grave dano ou de difícil reparação¹⁷.

Por fim, a autodefesa tem que resguardar um direito superior ou equivalente àquele que está sendo agredido. Neste ponto, vale ressaltar que não se pode proteger um bem móvel com a morte de um provável agressor, uma vez que haveria violação da equivalência dos bens a serem protegidos e dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade¹⁸.

2 MEIOS TRADICIONAIS DA AUTOTUTELA

Uma classificação tradicional da autotutela pode ser encontrada na doutrina italiana mencionada por RAQUEL SALLES¹⁹. Segundo a autora, esta classificação se ampara na estrutura e na função precípua da autotutela. A princípio, a autodefesa se dividiria em “unilateral” e “consensual”²⁰.

A autotutela “unilateral” é aquela que ocorre sem prévio acordo das partes envolvidas no litígio, dividindo-se em autotutela ativa e passiva. A primeira se refere a uma conduta positiva para a modificação de uma realidade. Exemplo: corte de árvores que invadem o terreno vizinho, legítima defesa e desforço possessório. A passiva quando se manifesta por uma atitude negativa de resistência à pretensão

17 MÁRCIO ALVES PINHEIRO *et al*, *ibidem*.

18 *Ibidem*.

19 Cfr. *ob.cit.*, p. 62.

20 Independente da classificação utilizada no âmbito civil, a autotutela é definida no Brasil como Crime Contra a Administração da Justiça pelo Código Penal sobre a rubrica exercício arbitrário das próprias razões: “Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa”.

alheia para manter a situação fática atingida. Ex: compensação, retenção e exceção do contrato não cumprido²¹.

Já a autotutela “consensual” ocorre com o prévio acordo e seria uma espécie de “*accertamento*” (arbitragem)²², função cautelar (caução e penhor) e função de execução ou satisfatória (anticrese)²³.

Em relação aos métodos tradicionais de autodefesa, podem ser citados: a ação direta, a legítima defesa, o estado de necessidade e a defesa da posse (desforço possessório)²⁴. Isso no âmbito do direito nacional. Em relação ao direito internacional, a guerra (*jus bellum*)²⁵ é um exemplo clássico.

A ação direta está prevista no art. 336º do Código Civil. Segundo o dispositivo legal, pode-se utilizar do uso da força, em caráter excepcional, com o objetivo de realizar ou proteger o próprio direito quando este meio for indispensável para evitar a inutilização prática do direito, usando o agente dos meios necessários e razoáveis para evitar maior prejuízo²⁶.

Ressalte-se que a ação direta não é exaustiva, já que pode consistir na apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência indevidamente oposta ao regular exercício do direito defendido ou até mesmo

21 RAQUEL BELLINI DE OLIVEIRA SALLES, *ob.cit.*, p.62. Entende-se que, mesmo as doutrinas tradicionais sobre a autotutela, vislumbram outros meios de atuação deste instituto sem o estigma da “primitividade” ou mesmo de método egoísta.

22 Esta classificação da autora confunde a autotutela como uma das espécies de ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Trata-se de um movimento de acesso à justiça (terceira fase) ao entender que este não se resume apenas aos procedimentos judiciais tradicionais, incluindo nos atuais métodos a mediação, conciliação e arbitragem.

23 *Ibidem*.

24 Nota-se que a autotutela tradicional possui fundamento constitucional (art. 21º) no direito de resistência. No entendimento de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I, Coimbra, 2005, p. 207, “o exercício direito de resistência pressupõe o exercício do direito, liberdade e garantia do ofendido por acto de poder”, sendo, por conseguinte, de aplicabilidade imediata aos direitos, liberdades e garantias previstos na norma constitucional. Em relação aos meios tradicionais derivados do recurso à força nos casos e dentro dos limites legais, ABÍLIO NETO, **Código de Processo Civil anotado**. 3.a ed. Lisboa, 2015, 19, cita a ação direta (art. 336º); a legítima defesa (art. 337º); o erro acerca dos respectivos pressupostos (art. 338º); o estado de necessidade (art. 339º); o consentimento do ofendido (art. 340º); a defesa da posse (art. 1277º); a defesa da propriedade (art. 1314º) e os direitos reais (art. 1315º).

25 Como decorrência do direito de guerra, regido por normas de Direito Internacional Público, exemplificam-se ainda as agressões bélicas, invasões, ocupações e intervenções (incluindo-se as econômicas), Cfr. ANTÓNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA *et al*, *ob.cit.*, p. 30.

26 Compreende-se que as mesmas características encontradas no Código Civil são replicadas pela jurisprudência, conforme se vê neste Acórdão da Relação de Évora: “I – O facto do terreno em que foi construída uma barraca de madeira ser propriedade do arguido não é suficiente para lhe permitir o recurso à acção directa. II – Com efeito, são requisitos da defesa directa de propriedade, segundo o art. 336º do CC: a) A existência de um direito próprio; b) A impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercitivos normais; c) A indispensabilidade da acção directa para evitar prejuízo; d) O agente não exceder o necessário para evitar o prejuízo; e e) não importar a acção directa o sacrifício de interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar. III – Entende-se também que o recurso à acção directa, como meio de defesa de um direito, não é admissível quando consista numa actuação oficialmente tipificada como crime se não se verificar uma ameaça ou colocação em perigo do direito do agente” (RE, 20-1-1998: BMJ, 473º-578).

em casos análogos (art. 336, nº1)²⁷. Ademais, a ação direta só é lícita se respeitar a proporcionalidade, ou seja, desde que não sacrifique interesses superiores aos perseguidos pela parte (art. 336, nº2). Sendo assim, o agente deve utilizar de meios racionais para assegurar seu direito.

Outro exemplo de autotutela é a legítima defesa, prevista no art. 337º do CC. Atua em legítima defesa na esfera civil quem repele agressão atual e contrária à lei, à pessoa ou ao patrimônio seu ou de terceiro, o fazendo de forma excepcional quando não se poderia utilizar dos meios normais e ainda desde que o prejuízo ocasionado não seja superior ao resultado da agressão.

Sublinhe-se que, nos ensinamento de CARLOS ROBERTO GONÇALVES²⁸, apenas a legítima defesa real e praticada contra o agressor, não será considerado ato ilícito. Em ocorrendo isso, mesmo existindo danos, fica impedida a ação de ressarcimento de danos. Todavia, em casos de *aberratio ictus* ou de legítima defesa putativa, o causador do dano será obrigado a indenizar. No primeiro caso, porque o erro de pontaria atingiu pessoa diversa da desejada, ensejando a indenização dos danos causados a este terceiro inocente que não foi o causador do dano. Nessa situação, poderá haver ação regressiva contra o injusto ofensor. Por fim, em caso de legítima defesa putativa, há a exclusão apenas da culpabilidade e não da antijuridicidade do ato e, portanto, não exime o réu de indenizar o ato. O estado de necessidade está previsto no art. 339 do CC²⁹. É lícita a ação do agente que destrói ou danifica bem de outra pessoa para remover perigo atual de um dano muito superior ao seu ou de terceira pessoa. Todavia, se o perigo foi provocado pelo autor da destruição ou do dano, haverá o dever de indenizar o lesado.

27 Verifica-se que a ação direta por motivos óbvios, isto é, evitar o excesso e banalizar o instituto, é encarada pela jurisprudência com uma série de restrições sob pena de se cometer o exercício arbitrário das próprias razões. Para exemplificar, cita-se a decisão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: "I – As restrições, ao direito de propriedade, de interesse particular derivam, normalmente, de relações de vizinhança: por haver contiguidade entre dois prédios os proprietários de um e de outro imóvel não são livres de fazer tudo aquilo que se compreenderia num ilimitado *ius utendi, fruendi e abutendi*. II – O art. 1351º do CC estabelece para ambos os proprietários uma recíproca obrigação de *non facere*: nem os autores podem fazer obras que tornem mais oneroso o encargo de receber as águas; nem os réus podem estovar tal escoamento. III – Tendo o resultado provado que o prédio dos autores e réus são confinantes entre si, que o prédio daqueles se situa num plano superior ao destes e que os réus construíram um muro que impede o escoamento das águas providas do prédio dos autores – criando acumulação de água junto ao dito muro e danificando as culturas aí existentes – é de concluir que não podiam aqueles (réus) lançar mão da acção directa através da construção do muro, para assim evitar aquilo que igualmente resultou aprovado: i) no prédio dos autores foram abertos regos que guiam a água impondo uma condução artificial da mesma; ii) o caseiro dos autores despeja cisternas provenientes dos despejos de fossas cujas águas conspurcadas tendem invadir o prédio dos réus (Ac. STJ, de 6.12.2012, Proc. 1523/08: Sumários, 2012, p. 885).

28 Cfr. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral, v.1, 14.a ed. São Paulo, 2015.

29 O exemplo mais recorrente pela doutrina de estado de necessidade é o caso do incêndio em que um vizinho invade a casa de outro, mesmo não havendo ninguém na residência, para buscar água em poço a fim de apagar o fogo da vizinhança. Nesta situação estão presentes as características da imediatidade da intervenção e atualidade do fato, cfr. JOSÉ ANTÔNIO DE FRANÇA PITÃO e GUSTAVO FRANÇA PITÃO, *ob.cit.*, p. 30. Para clarificar esta situação, cita-se um Acórdão da Relação de Coimbra, *verbis*: "Em caso de manifesta urgência, o dono da obra pode proceder diretamente à eliminação dos defeitos e exigir, depois, o reembolso das despesas ao empreiteiro, estando essa conduta legitimada pelo princípio do <estado de necessidade>" (RC, 10-12-1996: BMJ, 462º-499).

Por fim, exemplo bastante recorrente é a autotutela da posse e da propriedade com o uso da força e sem a necessidade de intervenção judicial. O tema é tratado nos arts. 1277º e 1314º do Código Civil. O primeiro artigo corresponde à defesa da posse esbulhada ou turbada em que o possuidor, nestas condições, pode manter-se ou restituir-se na sua posse por sua própria força nos termos da ação direta ou mesmo recorrer ao Tribunal para que seja resguardado seu direito. Já o art. 1314º refere-se à defesa da propriedade também com a utilização da ação direta³⁰.

Enfatize-se que a defesa da posse e da propriedade devem guardar os mesmos requisitos da ação direta, quais sejam, urgência e excepcionalidade no uso da força, impossibilidade de uso de meios normais, proporcionalidade na atuação e não sacrificar interesses superiores aos que o possuidor ou proprietário visam proteger ou realizar³¹.

3 AUTOTUTELA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

A autotutela nas relações contratuais representa uma nova visão deste instituto tão desprestigiado por setores tradicionais da doutrina ao ser atrelado a uma forma antiga de resolução de conflitos. A novel compreensão, na pós-modernidade, traz a autotutela como: a) um mecanismo efetivo na defesa de interesses juridicamente protegidos; b) um reforço da autonomia privada, ou seja, um dos possíveis modos pelos quais os sujeitos autorregulam os próprios interesses e relações; c) reforço na confiança da seara contratual; d) razões de eficiência econômica³² e e) garantidor dos direitos fundamentais.

A autotutela pode ser vista como um mecanismo de defesa dos interesses juridicamente protegidos no momento em que o lesado pode acionar rapidamente instrumentos para evitar uma lesão maior a seu direito independente da tutela

30 Para melhor esclarecer a autotutela nos direitos reais, com fundamento no Direito Civil, cite-se o seguinte Acórdão da Relação do Porto: “Os autores, donos do prédio serviente, não têm direito de o vedar com um portão de ferro, por essa obra importar alteração do modo de exercício da servidão de trânsito que anteriormente se fazia de maneira diversa e possivelmente menos prejudicial para os réus, proprietários dos prédios dominantes. Tal direito só com a autorização dos réus podia concretizar-se. Na falta dessa autorização, os autores terão de recorrer aos meios judiciais competentes – acção de arbitramento – e aí demonstrar os requisitos a que alude o nº 3 com referência ao nº 1 do art. 1568º do CC, para então, e só então, poderem conseguir a alteração do modo de exercício da servidão. Arrombando o portão construído pelos autores, que se encontrava fechado à chave, os réus não praticam qualquer facto ilícito, limitando-se a exercer o direito de defesa da servidão de passagem tal como esta se fazia anteriormente, defesa esta que, nos termos dos arts. 336º, 1277º e 1314º do CC lhes é permitida (RP, 28-4-1971: BMJ, 207º-233).

31 Enfatize-se que à semelhança da legislação portuguesa, o Código Civil brasileiro também apresenta expressamente a autotutela da posse por meio do desforço imediato e da atuação *manu militari* do possuidor nos termos do art. 1210, §1º: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”.

32 RAQUEL BELLINI DE OLIVEIRA SALLES, *ob.cit.*, pp.36-37.

estatal. Pode-se citar a resolução do contrato em caso de impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo devedor. E esse mecanismo de defesa é por consequência um reforço à autonomia privada, regra geral prevista nos contratos – *pacta sunt servanda*.

In casu, podendo-se resolver a querela no âmbito dos particulares, economiza-se tempo e custas, já que não terá que buscar o Poder Judiciário e fazer movimentar a cara máquina judicial. Assim, reforça-se a confiança nas partes e nos contratos por ela formulados dentro da legalidade. Isso porque, os próprios participantes podem buscar um denominador comum ou mesmo uma saída unilateral legal para que “o contratante lesado possa minimizar, prevenir ou estancar os efeitos e prejuízos decorrentes da lesão pelo inadimplemento”³³.

Como garantidor dos direitos fundamentais³⁴, a autodefesa garante a inviolabilidade dos direitos à vida, à igualdade, à segurança e à dignidade previstas nos arts. 1º e 12º e ss. da Constituição da República Portuguesa. Tal fato ocorre no momento em que o contratante fiel protege-se de um ato injusto e ilegítimo da outra parte, em situação de emergencialidade ou na iminência da violação do direito.

Outro fato importante que se deve salientar é que a eficiência da autotutela nas relações contratuais só ocorrerá quando os participantes atuarem com boa-fé, sendo esta cláusula geral de lealdade e colaboração para a consecução dos fins contratuais³⁵. E, atuando-se de boa-fé, estar-se-á evitando problemas decorrentes do abuso de direito, tais como, *venire contra factum proprium*, *supressio, tu quoque* e inalegabilidade³⁶. Evitar o abuso do direito³⁷ é fundamental no exercício da

33 *Ibidem*.

34 MÁRCIO ALVES PINHEIRO *et al*, *ibidem*.

35 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, **Da boa fé no Direito Civil**. 6ª reimpressão, Coimbra, 2015, *passim*.

36 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo**. 3.a ed. Coimbra, 2014, pp. 105-118. Em relação à temática abordada pelo professor António Menezes Cordeiro, cita-se o seguinte acórdão do Supremo Tribunal de Justiça sobre a vedação do *venire contra factum proprium, verbis*: “I – Pode-se falar em abuso do direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*, quando existem condutas contraditórias do seu titular a frustrar a confiança criada pela contraparte em relação a situação jurídica futura. II – Um dos efeitos próprios do abuso do direito (do *venire contra factum proprium*) é a legitimidade de oposição ao seu exercício. III – O contrato de compra e venda, celebrado com vista a locação posterior, e o contrato de locação financeira subsequente estão intimamente ligados, dependendo um do outro e influenciando mutuamente os respectivos regimes jurídicos. IV – Será em sede de interpretação que se surpreenderá o regime jurídico do contrato de compra e venda com vista a locação posterior e o contrato de locação financeira subsequente. V – O regime estabelecido no art. 227º, do CC, aplica-se tanto ao caso de interromperem as negociações, como no do contrato se realizar. VI – À ideia da boa-fé no cumprimento dos contratos estão ligados os deveres acessórios de proteção, de esclarecimento e de lealdade (STJ, Rev. nº 2905/01-7º, 22-11-2001: Sumário, 55º).

37 Comentando o instituto não unitário do art. 334º, do CC, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, **O “abuso do direito” e o art. 334 do Código Civil: uma recepção transviada**. Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento. Lisboa, 2006, p. 627, entende que o ato é abusivo “quando for fundamentadamente movido pela finalidade de causar prejuízo a outrem”. Continua o autor: “Nada na lei obriga a dar ao princípio uma formulação restritíssima, que o leve a só funcionar quando o acto for exclusivamente destinado a causar prejuízo a outrem. Pelo contrário, o sentido

autotutela, uma vez que a excepcionalidade da atuação dentro dos limites legais não pode levar ao desvio de finalidade ou mau uso de acordo com o livre arbítrio do agente ao exceder aos limites impostos pelos bons costumes, pela boa-fé e pelo fim econômico ou social do direito posto em jogo.

Invocando a doutrina italiana, LINA GERI³⁸ descreve uma nova classificação da autotutela dentro das relações contratuais. Segundo ela, a autotutela se divide em três categorias: a) autotutela com função conservativo-cautelar, ex: retenção e *exceptio non adimpleti contractus*; b) autotutela com função satisfativa, ex: venda por autoridade do próprio credor e venda no penhor; c) autotutela com função repristinatória, ex: cláusula resolutiva expressa e resilição unilateral. Ressalte-se que existe uma quarta categoria – autotutela com função mista – porém, a mesma se refere ao instituto da legítima defesa.

É dentro desse contexto que se pode afirmar uma mudança de paradigma do conceito de autotutela. O que antes era vista de forma ultrapassada, hoje é estudado com uma visão garantidora de direitos sem depender da tutela estatal, já que a autonomia privada deu a possibilidade das próprias partes poderem se autorregular e não depender da força estatal para resolução dos problemas mais comezinhos como o inadimplemento do devedor. Com isso, não quer dizer que o Estado não poderá intervir nas relações contratuais, porém ele o fará em situações excepcionais como nos casos de alteração das circunstâncias em que provoque surpreendente desequilíbrio financeiro ou mesmo na recusa do devedor em não permitir a resolução do contrato nos casos legais³⁹.

Outra atuação na autotutela ocorre na relação trabalhista, mais precisamente no direito de greve. Nestes casos, os grevistas suspendem temporariamente o contrato de trabalho, isto é, deixam de cumprir sua jornada normal, não praticam atos que lhes dizem respeito em função do ofício etc. Desta forma, violam

ético que anima as cláusulas gerais conduz no sentido de obviar a condutas desviantes, em que o acto seja essencialmente o motor duma agressão e não instrumento para a prossecução de interesses próprios”.

38 Apud RAQUEL BELLINI DE OLIVEIRA SALLES, *ob.cit.*, p.63.

39 Sobre o uso da autotutela na temática contratual e a sua respectiva importância no direito moderno, novamente, esclarece RAQUEL BELLINI DE OLIVEIRA SALLES, *ob.cit.* pp. 50-51, *verbis*: “Por conseguinte, na seara contratual, o uso dos instrumentos de autotutela deverá necessariamente respeitar valores existenciais e atentar para a ética que deve revestir as relações subjetivas. Deverá, assim, submeter-se ao princípio da boa-fé objetiva, que guiará o seu modo de operação, isto é, o procedimento, assegurando-lhe transparência e lealdade, bem como uma reação adequada e proporcional à lesão sofrida. Deverá, enfim, submeter-se ao princípio da vedação ao abuso, na medida em que somente será legítimo o uso do instrumento se respeitada a respectiva função que lhe é juridicamente reconhecida. A incidência da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso se afiguram como verdadeiros filtros de controle dos instrumentos de autotutela contratual”.

unilateralmente o contrato de trabalho, porém de forma legal e constitucional, desde que não cometam excessos nem violem os dispositivos pertinentes⁴⁰.

Cabe ainda assinalar que, na atualidade, a autotutela não fica adstrita às relações contratuais entre privados. Na própria Administração Pública, como é o caso do Brasil, utiliza-se deste instrumento para dar cabo a litígios e resguardar direitos da sociedade sem que haja a necessária dependência do Poder Judiciário. São as súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal. Diz o primeiro enunciado sumular que “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. E o segundo que “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Por fim, o debate sobre a aplicação ou não da autotutela chegou ao direito alemão. Lá a autotutela ou *Selbsthilfe* é prevista de forma geral pelo §229º do BGB. A doutrina alemã não é unânime em admitir uma autonomia em relação à autotutela. Os apoiadores da aplicação da autotutela na relação contratual defendem que ela não se sujeita a *numerus clausus*, apenas restringindo-a aos princípios da proporcionalidade e da necessidade⁴¹.

Ademais, segundo essa corrente, a figura do *Selbsthilfe* pode ser considerada como um novel princípio fundamental no momento em que ela seria necessária e relevante como integração da defesa jurídica do Estado e sendo parte da ampla defesa jurídica dos agentes envolvidos⁴². Destarte, valoriza-se a autonomia contratual além de assegurar aos cidadãos a tutela de direitos sem a intervenção direta estatal.

CONCLUSÃO

A autodefesa ou autotutela, que está presente na nossa sociedade há anos, passou por várias evoluções. Inicialmente, nas fases pre-histórica e antiga, ela era tida como uma “justiça” dos mais fortes, pois não havia a presença do Estado. Hoje ela passa a ser vista na seara contratual como: a) um mecanismo efetivo na proteção de direitos e na dignidade das partes; b) um reforço na

40 O direito de greve é previsto no art. 57º da Constituição de República Portuguesa e no art. 9º, da Constituição Federal brasileira.

41 RAQUEL BELLINI DE OLIVEIRA SALLES, *ob.cit.*, pp.54-55.

42 *Ibidem*.

autonomia privada; c) uma forma de valorização da confiança dos contratos e d) um mecanismo de eficiência econômica.

Nos diferentes ordenamentos jurídicos estudados, seja brasileiro, português, alemão e italiano, verificou-se que a autotutela está presente e representa um reforço na seara contratual no momento em que se dispensa a figura do Estado-juiz para resolver questões eminentemente particulares.

É uma verdade ululante que o Estado não pode acompanhar e nem interferir em todas as ações dos particulares a ele submetidos, já que ele não é onisciente e nem onipresente. Desse ponto de vista, procurou-se esclarecer que a doutrina e a jurisprudência devem rever o conceito de autotutela. Assim, ela não seria vista como a lei do mais forte, mas como elemento de salvaguarda e proteção de direitos.

Espera-se, portanto, com este breve estudo, ter tentado desmistificar a autotutela ou autodefesa e promover maiores debates em relação a resolução contratual. A partir de uma nova “visão” de um velho instituto, pode-se entender como o direito consegue evoluir para melhor cumprir seu ideal de fazer justiça por meio da pacificação de conflitos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J.E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15.a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ASCENSÃO, J. Oliveira. **O “abuso do direito” e o art. 334 do Código Civil: uma recepção transviada**. Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22.a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. 6ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2015.

_____. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo**. 3.a ed. Coimbra: Almedina, 2014.

COUTURE, Eduardo J. Concepto, limites y denominacion del Derecho Procesal Civil. **Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico**. v. XXV, n.1-4,set-abr. 1955-1956, pp.81-95.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral, v.1, 14.a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NETO, Abílio. **Código de Processo Civil anotado**. 3.a ed. Lisboa: Ediforum Edições Jurídicas Lda., 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8.a ed. Salvador: Editora Juspodium, 2016.

PINHEIRO, Márcio Alves; SILVA, Geórgia Carvalho e MENDES, Auliete de Paula. **A autotutela como meio legal de defesa de direitos**. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/165074-a-autotutela-como-meio-legal-de-defesa-de-direitos>>. Acesso em 19-05-2017.

PITÃO, José António de França e PITÃO, Gustavo França. **Código de Processo Civil anotado**. Tomo I: artigos 1º a 702º. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2016.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011. Tese de doutoramento.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. La autotutela en nuestro Código Civil. **Estudios de Derecho Civil en Homenaje al professor José González García**. Coord. Domingo Jiménez Liébana. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, pp. 1411-1432.

A BUSCA DA FELICIDADE ENQUANTO DIREITO A PARTIR DA DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA AMERICANA: O ABISMO ENTRE O DESEJO E A REALIDADE

Eduardo Perez Oliveira

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade Federal de Goiás (UFG) e em Filosofia pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS). Mestrando em Filosofia pela UFG.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o da felicidade na concepção antiga e moderna a partir do paradigma da Declaração da Independência dos Estados Unidos (1776) e de que modo isso tem influenciado a visão da busca da felicidade no imaginário social e no sistema judicial.

Palavras-chave: Busca da felicidade. Judiciário. Eudaimonia.

ABSTRACT

The present research aims to analyze the concept of happiness in the old and modern conception through the paradigm of the Declaration of Independence of the United States (1776) and how this has influenced the vision of the pursuit of happiness in the social imaginary and judicial system.

Palavras-chave: Pursuit of happiness. Judiciary. Eudaimonia.

INTRODUÇÃO

Para se falar em “felicidade” é preciso reconhecer que se ingressa em um pantanoso setor do interesse humano. Isso porque há uma plêiade de interpretações e visões, notadamente amparadas no nocente relativismo moderno, que impedem um debate seguro.

Logo, é impossível tocar no tema “busca da felicidade” se, previamente, não se souber o seu conteúdo.

Recordando Sêneca, sendo o bem supremo, ou felicidade, também um tema caro aos estóicos, “quando um homem não sabe para que porto se dirige, nenhum vento é o vento certo” (SENECA, 2019).

Assim, a intensa movimentação no sentido de defender o direito à busca pela felicidade em meio a uma algaravia de argumentos pode muito bem significar uma vitória pírrica, ou até mesmo reverter negativamente ao pretendido, uma vez que não se estatui com clareza o que seria essa tal felicidade.

No Brasil, modernamente, a busca da felicidade tem servido para amparar decisões judiciais, notadamente no Supremo Tribunal Federal, buscando um fundamento de cunho mais filosófico que jurídico e um impacto via de regra individual.

O fundamento primevo desse alegado direito encontra-se na Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776, a qual fez constar como direitos inalienáveis do homem a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

O objetivo deste trabalho é o de entender o que motivou os Fundadores dos Estados Unidos da América a incluírem essa busca em patamar tão elevado, reconhecendo positivamente o que seria um direito natural da humanidade.

Para isso abordaremos, no início, como essa felicidade é vista hoje, perpassando sobre a sua positivação em outros países, nos detendo mais demoradamente no exame da filosofia antiga e moderna e qual teria sido a influência sobre os Fundadores e o sentido original da ideia, para só então analisar brevemente o impacto jurídico no Brasil.

Somente sabendo para onde queremos ir é que teremos ventos a favor. Sem isso, não há como ser feliz.

2 A BUSCA PELA FELICIDADE: AMERICAN DREAM

A busca pela felicidade tornou-se uma competição na qual somos obrigados a participar e surge com o nascimento, repetida dentro de um sistema de consumo e interação social que impedem a reflexão.

As propagandas anunciam a importância do “ter” como essencial à completude humana, e as redes sociais estimulam o compartilhamento desse “ter” para que só então o indivíduo possa “ser”. É preciso mostrar uma alegria constante, uma evasão doentia de privacidade.

Essa felicidade do “ter” está plenamente vinculada à satisfação dos prazeres, pautando-se, contudo, por uma construção de um ideal “reflexivo à reflexão”, em outras palavras, a um objetivo preexistente ao indivíduo e que o vincula subliminarmente, submetido à aprovação social que, por sua vez, em comunidade repete o mesmo paradigma em um círculo vicioso.

Há, portanto, algumas ideias socialmente pré-concebidas do que é felicidade, todas elas atadas ao gozo dos sentidos. Segundo esse contexto, a felicidade está intrinsecamente ligada à opulência material, a viagens, consumo de entorpecentes, ócio, vida social agitada, engajamentos sexuais diversos e atividades similares.

Uma abordagem sibarita, ou melhor, hedonista do mundo não é novidade, sendo historicamente rastreável no Ocidente até a Grécia Antiga, embora na atualidade seja mais cirenaica do que epicurista.

O crescimento de um globalismo baseado no consumo, aliado a uma mitigação do valor do conhecimento para além do aspecto pragmático fordiano, acabaram por sedimentar um número limitado de padrões de felicidade.

Grande responsável por divulgar esse estilo de vida foi justamente a indústria do cinema e da televisão, cujos enlatados norte-americanos espalharam essa ideia de felicidade atrelada à opulência material e satisfação dos sentidos, o chamado “*american way of life*”, ou “modo de vida americano”.

Esse “*american way of life*” encontra-se entranhado no Ocidente desde meados do século passado, em razão do protagonismo norte-americano no pós Segunda Guerra, figurando até mesmo nas palavras do mais famoso super-herói, o Super-Homem, que era definido como “defensor da verdade, da justiça e do jeito de vida americano” (LUNDEGAARD, 2006).

Seu acessório é o “*american dream*”, ou “sonho americano”, que o dicionário Webster define como um jeito feliz de se viver, um pensamento de muitos americanos de que algo pode ser alcançado por qualquer um nos Estados Unidos, especialmente trabalhando duro e se tornando bem sucedido¹.

Também pode ser definido, segundo o mesmo dicionário, como “um ideal social americano que enfatiza o igualitarismo e especialmente a prosperidade material”², dando ainda como sinônimo de “*american dream*” o termo “*good life*” (“boa vida”).

É possível concluir, portanto, que para se atingir o “sonho americano” é preciso que exista o “jeito de vida americano”.

3 AS CONSTITUIÇÕES E A FELICIDADE

Esse “*american way of life*” possui diversas interpretações, mas há uma convergência de entendimentos de que seu fundamento estaria na Declaração de Independência de 1776, e na ideia de democracia, notadamente no seguinte trecho:

*Consideramos estas verdades como autoevidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, dentre os quais estão **vida, liberdade e a busca da felicidade***³. (tradução livre e grifo nosso)

Esse entendimento é repercutido por Richard Reeves (REEVES, 2009), pelo site da embaixada norte-americana na Alemanha⁴, por sites de cultura geral como Life Persona⁵ e Wikipedia⁶.

1 Merriam-Webster <https://www.merriam-webster.com/dictionary/the%20American%20dream>, acesso em 11.01.2019, às 20h.

2 Merriam-Webster <https://www.merriam-webster.com/dictionary/American%20dream> acesso em 11.01.2019, às 20h.

3 Encyclopaedia Britannica <https://www.britannica.com/topic/Declaration-of-Independence#ref338515> acesso em 11.01.2019, às 20h.

4 U.S. Diplomatic Mission to Germany <https://usa.usembassy.de/etexts/factover/ch4.htm> acesso em 12.01.2019, às 22h.

5 Life Persona <https://www.lifepersona.com/what-is-the-american-way-of-life-featured-features>, acesso em 12.01.2019, às 22h.

6 Wikipedia https://en.wikipedia.org/wiki/American_way, acesso em 12.01.2019, às 22h.

É natural, pois, que, nessa tríade de direitos de “vida, liberdade e busca da felicidade”, o foco incida no terceiro, relacionando-o diretamente ao paraíso terreno da opulência material e do êxtase dos sentidos.

A indústria cinematográfica, como grande responsável por espargir essa ideia, tem dentre seus inúmeros filmes um que exemplifica de forma cristalina a ligação entre as concepções de riqueza material, felicidade e imposição social mencionadas até então: “The Pursuit of Happyness” (2006), traduzido pobremente como “À Procura da Felicidade”, baseado em fatos reais, no qual o protagonista, um pai de família passando por sérios problemas financeiros, é abandonado pela esposa e precisa cuidar sozinho de seu filho. Na tentativa de mudar de carreira, torna-se estagiário em uma corretora de ações, sem salário, na expectativa de ser efetivado, enquanto passa as noites em abrigos e estações de metrô com seu filho⁷. *Spoiler*: trata-se da trajetória romanceada de Chris Gardner, que teria saído da pobreza para tornar-se multimilionário.

Essa película é a síntese do que se entende por ideal de felicidade no Ocidente, ligado a bens externos e à fortuna, e é exatamente sob esse viés subjetivo e pessoal que o direito à busca pela felicidade tem sido demandado pelos indivíduos.

Tal direito constou expressamente em um texto legal pela primeira vez justamente na Declaração de Independência norte-americana de 1776 (ORTEGA, 2017). Mais tarde, as constituições japonesa⁸ (1947), sul-coreana⁹ (1948) e butanesa¹⁰ (2008) fizeram inserir a busca pela felicidade em seus textos. A carga valorativa, porém, e o momento social foram bem distintos daquele da revolução setecentista levada a cabo pelo nascente Estados Unidos da América.

7 Adoro Cinema <http://www.adorocinema.com/filmes/filme-54098/> em 12.01.2019, às 23h.

8 All of the people shall be respected as individuals. Their right to life, liberty, and the pursuit of happiness shall, to the extent that it does not interfere with the public welfare, be the supreme consideration in legislation and in other governmental affairs. https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html Article 13, acesso em 15.01.2019, às 21h.

9 Article 10 All citizens shall be assured of human worth and dignity and have the right to pursuit of happiness. It shall be the duty of the State to confirm and guarantee the fundamental and inviolable human rights of individuals. https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?lang=ENG&hseq=1, acesso em 15.01.2019, às 21h.

10 Article 9.2 - The State shall strive to promote those conditions that will enable the pursuit of Gross National Happiness. http://www.nationalcouncil.bt/assets/uploads/docs/acts/2017/Constitution_of_Bhutan_2008.pdf. Acesso em 15.01.2019, às 21h.

Seria essa compreensão de busca da felicidade dos séculos XX e XXI idêntica àquela que motivou a sua primeira inclusão em um texto legal pelos Fundadores¹¹?

4 ENTRE DOIS MUNDOS: ANTIGOS E MODERNOS

A felicidade, como dito, é considerada atualmente do ponto de vista subjetivo, ou seja, é um estado de “sentir-se bem”. Dentro de uma abordagem relativista crescente, é tido por feliz aquele que se sente feliz, sem qualquer julgamento moral a respeito. Separou-se a moral da felicidade.

No entanto, não se pode perder de foco que mesmo esse relativismo possui uma limitação: ao mesmo tempo em que essa plêiade de sensações é validada pela modernidade, a mídia e o mercado limitam as hipóteses de felicidade à ideia de consumo.

Em resumo, você é feliz quando se sente feliz, no estado subjetivo e pessoal de felicidade moderna, contudo, esse estado está intimamente ligado à ideia hedonista mais básica de prazer e opulência material, de sucesso e experiências sensoriais.

Essa visão é oposta à dos antigos, como ensina Rafael Rodrigues Pereira (PEREIRA, 2019):

“Em primeiro lugar, é preciso considerar que a maneira pela qual entendemos a felicidade nos dias de hoje é diferente de como os antigos a entendiam, ou, pelo menos, os filósofos antigos. De fato, a discussão sobre “o que é a felicidade” é um dos temas centrais da filosofia grega e romana. O fato de eles acreditarem que este assunto poderia ser discutido de uma maneira intelectualmente robusta já mostra que para eles a felicidade era entendida de forma mais objetiva do que nos dias de hoje.

A felicidade – ou *eudaimonia*, como eles diziam – não corresponde apenas à satisfação de desejos que já temos, mas sim a um padrão

11 Fundadores (Founding) ou Pais Fundadores (Founding Fathers) é como são chamados aqueles filósofos, políticos e escritores que lideraram a Revolução Americana contra o Império Britânico.



de boa vida que estabelece aquilo que devemos desejar. (...) A felicidade, assim, individualizou-se e subjetivou-se. Desde que não interfiramos nos direitos dos outros, estamos livres para sermos felizes como bem entendermos”.

Richard Kraut aponta para o que chama de “extremo subjetivismo”, aquela felicidade que é apenas um estado psicológico, tida, criticamente, como uma meia verdade, questionando se o fato de apenas estar no estado psicológico de felicidade seria alcançar a felicidade verdadeira (KRAUT, 1979. p. 178/179).

Para o autor, o termo felicidade (*happiness*) algumas vezes se refere ao sentimento subjetivo e em outras a um tipo de vida que é feliz. Seria possível, portanto, dizer que uma pessoa é feliz apenas por se sentir assim.

Poderia, ainda, alcinhar-se de feliz aquele que atingisse os padrões que estipulou para sua própria vida, denotando um evidente subjetivismo. Em oposição, no caso do objetivismo, a felicidade dependeria do indivíduo desenvolver seus potenciais, sem o que não se poderia dizer que tem uma vida feliz (KRAUT, 1979. p. 179/181).

Assim como menciona Rafael ao referir-se aos antigos, Kraut refere-se à concepção de Aristóteles sobre *eudaimonia* como um critério objetivo de felicidade: cabe ao ser humano desenvolver suas potencialidades, ou esforçar-se nesse sentido, para ser feliz.

Citando Kraut, Juha Sihvola destaca que as teorias antigas de *eudaimonia*, especialmente a aristotélica, são teorias sobre a felicidade, e que a distinção acerca destas com relação às atuais não é terminológica, e sim substantiva e filosófica (SIHVOLA, 2008. p. 17/18).

A visão dos antigos teria um componente objetivo, de modo que alguém só pode ser feliz se for virtuoso, o que se reconhece independentemente da sensação pessoal de felicidade. E isso difere das visões modernas dominantes, onde o parâmetro é subjetivo, vinculando a felicidade à satisfação dos desejos, sem qualquer julgamento moral de quais sejam.

Contudo, ainda em citação a Kraut, argumenta que existe um elo entre as visões antiga e moderna, que é uma atitude positiva com relação à existência. Nos

antigos, essa atitude derivaria de situações objetivas na vida da pessoa, enquanto para os modernos seria apenas um resultado de um sentimento subjetivo.

Para Kraut, portanto, haveria apenas um conceito de felicidade, mas duas concepções distintas sobre o conteúdo desse conceito.

Se na atualidade o rompimento entre moral e felicidade permitiu essa concepção subjetiva do que é ser feliz, estimulando, contraditoriamente, o que denomino conceitos “objetivos de subjetividade” estimulados pelo mercado e pela mídia, é preciso entender o que tinham em mente os redatores da Declaração de Independência norte-americana em 1776.

Historicamente, o século XVIII presenciava uma grande alteração política e social, já sentida por Montesquieu quando se pôs a escrever “O Espírito das Leis” (1748), temendo as revoltas internas e, preocupado com o caos do porvir, sugerindo a monarquia como a melhor e mais feliz forma de governo.

Duas seriam as revoluções setecentistas a marcar a história de forma indelével: a Revolução Americana e a Revolução Francesa. O exame da busca da felicidade pra fins deste artigo importa apenas à primeira, considerando o histórico delineado.

Nos EUA, como nos recorda Hannah Arendt, já era comum em seu território ainda dominado a reunião dos cidadãos e as decisões coletivas. Havia abundância. Esperança. Já na Europa, a França se via diante de moléstias e fome sob o jugo de um governo despótico, corrupto e sibarita, culminando com a luta pela liberdade e o fim da monarquia (ARENDR, 1988. p. 95).

Esse contraste apontado por Arendt entre as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), traça um cenário de (re)descoberta da antiga tradição grega da participação na *polis*, mas com a inauguração de uma liberdade (francesa) e felicidade públicas (norte-americana), que chamou de “tesouro perdido” em razão de sua efêmera duração (ARENDR, 1988, p. 172).

Existe certo consenso acerca da influência do trabalho de John Locke junto aos Fundadores, notadamente na escolha da mencionada trindade de direitos constante da Declaração.

Thomas Jefferson, contudo, ao utilizar a aludida trindade cardeal de direitos naturais de Locke (LOCKE, 2001, parágrafo 87, p. 132/133) de “vida, liberdade e bens”, substituiu o último por “busca da felicidade”.

O uso desse termo tem sido aplicado genericamente como ligado à abundância material.

Nesse sentido, Carli N. Conklin menciona na abertura de seu artigo *Origins of the Pursuit of Happiness*, como o manejo judicial desse direito visa ao interesse privado e, não raro, em oposição ao governo:

“The pursuit of happiness was used by litigants to argue for everything from the right to privacy to the right to pursue one’s chosen occupation, and it was invoked by the Court to uphold the same. The most recent edition of Black’s Law Dictionary cites to that case law as it defines the pursuit of happiness as the “constitutional right to pursue any lawful business or activity... that might yield the highest enjoyment, increase one’s prosperity, or allow the development of one’s faculties.” (CONKLIN, 2015, p. 197)

Para o autor, essa busca da felicidade assim vista define-se como uma “generalidade purpurinada”¹², inserida no entendimento ordinário dos séculos XX/XXI de felicidade como aquilo que faz a pessoa “sentir-se bem”¹³.

Conklin refuta as teses de que a inclusão da “busca da felicidade” seria mero floreio estilístico ou que essa expressão equivaleria ao termo “propriedade” à época, e esclarece que essa visão equivocada não condiz com o contexto pretendido, vez que a expressão “busca da felicidade” em seu sentido legal no século XVIII estaria muito mais relacionado ao conceito grego de *eudaimonia*, no intuito de “evocar o direito privado de perseguir uma vida vivida em concordância com as leis da natureza e o dever público de governar em harmonia com tais leis” (CONKLIN, 2015, p. 262).

Conforme o autor, Thomas Jefferson dificilmente incluiria tal expressão apenas para garantir o direito de indivíduo de buscar o que o faz sentir-se bem, notadamente por estar diante de um documento que declarava os direitos naturais e políticos do homem (CONKLIN, 2015, p. 199/200).

12 Tradução nossa do termo “*glittering generality*”

13 “The pursuit of happiness as a glittering generality is the definition that has most taken hold, and it makes sense within a common twenty-first century understanding of happiness as “feeling good.” Within this context, the unalienable right to the pursuit of happiness suggests a potentially unmitigated right to pursue that which would make one feel good” (COLKIN, 2015, p. 197).

Fundamenta sua tese no fato de que, no século XVIII, a expressão “busca da felicidade” possuiria um sentido mais amplo. Cita o paralelo entre o contido na obra “The Commentaries on the Laws of England” (1765-1769), de William Blackstone, e a Declaração de Independência, pois ambos os textos assumiriam que tanto a lei da natureza quanto a natureza de Deus precederiam a autoridade humana, e que a busca da felicidade seria um direito concedido ao homem por seu Criador.

De fato, tanto John Adams quanto Thomas Jefferson afirmavam que a Declaração não pretendia promover novas ideias, deixando claro que se baseavam em ideias já existentes e em voga (CONKLIN, 2015, p. 228). Portanto, a “busca da felicidade” deveria basear-se no sentido de algo que era corrente no período.

Dentre os elementos que teriam influenciado os Fundadores, tais como a lei inglesa, a cristandade e o iluminismo escocês, a história e a filosofia antigas teriam papel de destaque, considerando ser fato notório que os Fundadores norte-americanos possuíam conhecimento acerca da Antiguidade Clássica, algo comum entre os homens educados da época. Haveria entre eles uma idealização sobre a República Romana, que os inspirava como modelo, e de homens como Cícero, Marco Aurélio e, no estoicismo, Epicteto, cujas figuras eram tomadas como modelos de excelência na vida pública (CONKLIN, 2015, p. 233/235).

Os Fundadores davam especial atenção aos estóicos, que, na antiguidade, também desenvolveram uma teoria sobre a felicidade equivalente, embora não idêntica, à aristotélica, na qual a virtude é o cerne. Para os estóicos, porém, diferentemente de Aristóteles, a virtude em si era suficiente para a felicidade.

Esse contato dos Fundadores com os estóicos estendeu-se para além de Cícero, sendo Epicteto, que fora um escravo, o favorito de Thomas Jefferson. Desse modo, o estoicismo foi um ponto importante para a redação da Declaração, assim como a visão antiga sobre o que era a escravidão (CONKLIN, 2015, p. 236).

Na antiguidade, a escravidão era um conceito distinto daquele do comércio escravagista europeu da época, resumindo-se, grosso modo, à antítese da liberdade. Para os gregos e romanos antigos um escravo não poderia viver uma vida virtuosa, faltando-lhe autonomia necessária para tanto.

É nesse sentido que os Fundadores empregavam essa visão clássica do que era a escravidão em contraposição à liberdade quando se opunham ao Império Britânico, decorrendo daí a inserção textual de que a tirania a que eram submetidos ameaçava os direitos inalienáveis do homem: a vida, primeira lei da

natureza, a liberdade, tal qual inserta na visão dos antigos, que seria não só a oposição à escravidão, mas também à dominação pelo mais forte, e o direito à busca da felicidade.

Nesse contexto da filosofia antiga, a tirania se torna uma ameaça à busca pela felicidade, porque tal busca confunde-se com a busca pela virtude, e não é possível fazê-lo na condição de escravo ou oprimido, ou seja, sem autonomia. (CONKLIN, 2015, p. 236/237).

Conklin destaca que, embora pareça que a busca da felicidade englobe a ideia de um direito inalienável de realizar aquilo que faz o indivíduo se sentir bem, o termo felicidade (*happiness*), como usado no sentido filosófico natural, moral e legal do século dezoito, incorpora a ideia não apenas de satisfação e contentamento, mas de se estar satisfeito e contente no mais verdadeiro sentido dessas palavras.

Pensadores iluministas contrastavam a felicidade efêmera da satisfação dos desejos daquela real e substancial, oriunda de uma vida virtuosa, ou em conformidade com a natureza, ou, em outros termos, entendiam a verdadeira felicidade no sentido que os antigos definiam a *eudaimonia*, com efeitos tanto no âmbito privado, quanto público, ou comunitário (CONKLIN, 2015, p. 253/254)

A conclusão a que Conklin chega em seu artigo é que o conceito de “busca da felicidade”, como um dever público e um direito privado, evoca um entendimento iluminista dos primeiros princípios da lei pela qual a natureza é governada, e que perseguir tais princípios é perseguir uma vida de virtude, cujo resultado não pode ser outro que não a felicidade, que melhor se define pela teoria dos antigos de *eudaimonia* (CONKLIN, 2015, p. 195)

O que se extrai dessa análise histórica é que o uso do termo “busca da felicidade” como um direito inalienável, quando concebido na Declaração de Independência, refere-se principalmente ao conceito grego de *eudaimonia*, e não a definição atual de felicidade enquanto sensação subjetiva de bem-estar.

Esse entendimento não é exclusivo de Conklin, que, aliás, baseia-se em uma plêiade de referências para chegar à sua conclusão. Hannah Arendt entende que a intenção dos Fundadores não foi a de albergar a felicidade subjetiva:

“O próprio fato de a palavra felicidade ter sido escolhida para se reivindicar uma participação no poder público, traz uma forte indicação de que existia no país, antes da revolução, algo semelhante à “felicidade pública”, e que os homens sabiam que não podiam ser integralmente ‘felizes’, se sua felicidade se restringisse apenas à vida particular”(ARENDR, 1988, p. 102)

Arendt tece a crítica de que “o sonho americano (...) não foi nem o sonho da Revolução Americana – a instituição da liberdade -, nem o sonho da Revolução Francesa – a libertação do homem; foi, infelizmente, o sonho de uma ‘terra prometida’, onde correm o leite e o mel” (ARENDR, 1988, p. 111).

O desvio do ideal da liberdade para o da satisfação das necessidades “contribuiu para que o papel do governo e os objetivos da revolução passassem a garantir a felicidade de todos pela via da abundância ou da satisfação das necessidades, e não mais pela liberdade como base da felicidade pública” (BRITO, 2010, p. 40)

Embora Arendt não mencione a *eudaimonia*, trata-se de uma visão a somar com a de Conklin de que a busca da felicidade constante da Declaração de Independência não é aquela que encontra eco no hedonismo cirenaico e no sensualismo, mas, antes, ampara-se na natureza humana.

Nesse caso, menciona Arendt, no que me parece uma polêmica passagem, que “abundância e consumo sem limites são os ideais dos pobres” e que “liberdade e fausto sempre foram tidos como incompatíveis”, pois “o anseio oculto dos pobres não é ‘a cada um segundo suas necessidades’, mas sim ‘a cada um segundo os seus desejos’”, e a liberdade tende a fugir daqueles que vivem em função de satisfazer esses mesmos desejos (ARENDR, 1988, p. 111).

É, com certeza, uma interpretação ácida, mas que não dista da verdade. Porém, a sua abrangência vai para além dos pobres e engloba toda a humanidade quando se ata à ideia de que a felicidade deve ligar-se a bens externos.

Na atualidade, a expressão “busca da felicidade”, em razão do forte subjetivismo e relativismo moral, pouco ou nada significa além da ideia de que cada um pode fazer o que lhe deixa contente, e, subjacente a isso, que caberia ao estado e à sociedade garantir isso.

Há uma oposição entre o que são os desejos, cuja satisfação gera uma felicidade superficial e efêmera, e a vontade no desenvolvimento da virtude, cuja felicidade daí obtida seria mais real e substancial.

Despejar a felicidade sobre a satisfação dos sentidos, sem virtude, equivale a depositar a esperança sobre uma tábua à deriva no mar, sem controle e totalmente sujeita às ondas. A busca pela virtude, que passa pelo conhecimento de si mesmo, torna-se a verdadeira busca pela felicidade, pois ancorada em valores sólidos e na descoberta daquilo que se é.

A “busca da felicidade” contida na Declaração de Independência americana no século XVIII não possuía, portanto, o sentido relativista hoje impingido, mas equivalia à ideia de *eudaimonia*, que em si também não é totalmente estranha ao conceito de “felicidade pública” arendtiano, visto que o florescer humano englobava esse aspecto da vida pública e política, muito bem expresso pelos Fundadores.

5 IMPACTO JURÍDICO NO BRASIL: O SUPREMO TRIBUNAL

No Brasil, temos como referencial o voto do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na ADI 3300/DF, de 3.2.2006, no qual se discutia a relação homoafetiva (“(...) o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade)(...)” e à arquivada PEC n.º 19/2010, que incluía no art. 6º da Constituição Federal o direito à busca pela felicidade, o que, no entanto, parece desnecessário, diante de um dos fundamentos da República já ser a dignidade humana (art. 1º, III).

Em uma rápida análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, observa-se que a busca da felicidade tem servido para reconhecer temas como cotas em concurso público para negros¹⁴, a multiplicidade de vínculos parentais¹⁵, a

14 ADC 41, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017

15 RE 898060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017

inconstitucionalidade da pederastia como crime militar próprio¹⁶ e a união civil entre pessoas do mesmo sexo¹⁷.

Os fundamentos utilizados nas decisões que invocam a busca da felicidade usualmente se amparam na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal), esta por sua vez no viés kantiano que lhe deu origem, se é que se chega a essa profundidade.

No caso da discussão sobre as cotas para negros em concursos (ADC 41), o ministro Celso de Mello ingressa também na discussão da visão eudaimônica aristotélica para justificar suas razões:

*Outro aspecto que tenho por extremamente relevante consiste na afirmação, constante do douto voto proferido pelo eminente Ministro LUIZ FUX no julgamento do RE 898.060/SC, de que “**Tanto a dignidade humana quanto o devido processo legal, e assim também o direito à busca da felicidade, encartam um mandamento comum: o de que indivíduos são senhores dos seus próprios destinos, condutas e modos de vida, sendo vedado a quem quer que seja, incluindo-se legisladores e governantes, pretender submetê-los aos seus próprios projetos em nome de coletivos, tradições ou projetos de qualquer sorte**” (grifei).*

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, que a busca da felicidade representa o fim natural da vida humana. O eudemonismo, nesse contexto, desempenha um papel de significativa importância, pois encerra a noção, já formulada no Século IV a.C., por ARISTÓTELES (“Ética a Nicômaco”, 1.12.8), para quem “A felicidade é um princípio; é para alcançá-la que realizamos todos os outros atos; ela é exatamente o gênio de nossas motivações”

É curioso apontar que, embora se faça referência à visão antiga da felicidade, o paradigma utilizado é nitidamente moderno, ou seja, a concepção de felicidade

16 ADFP 291, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-094 DIVULG 10-05-2016 PUBLIC 11-05-2016

17 RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJE-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220-01 PP-00572

subjetiva e individual, em oposição à objetividade e coletividade consideradas pelas escolas gregas da antiguidade.

O uso desse direito à felicidade, como apontado por CONKLIN, de forma indiscriminada como um direito, tal qual ocorreu com a chamada dignidade humana, torna tal pretensão uma “generalidade purpurinada”.

O manejo de termos abertos, fora de contexto e sem a observância de sua real significação na origem, apenas recrudescer a visão da felicidade subjetiva e egoísta.

Contudo, como mostram os recentes arestos, o chamado direito à busca da felicidade tem servido de fundamento às decisões judiciais, normalmente de modo a garantir o exercício de direitos individuais em oposição ao estado.

CONCLUSÃO

De tudo quanto visto, a busca da felicidade enquanto direito inalienável não pode ser tida como uma chave-mestre a abrir as portas do desejo, um gênio da lâmpada, representado pelo estado, capaz de satisfazer toda sorte de pretensões e devaneios do indivíduo.

A procura do constante deleite dos sentidos é oposta à ideia de alteridade: onde há o egoísmo do interesse pessoal exclusivo não há espaço para o outro.

Uma sociedade fundada na busca da felicidade sob o viés subjetivista está inegavelmente fadada à destruição, porque igualmente fundada na oposição constante de interesses, onde deveria haver convergência.

É, no meu entender, o fundamento da vida em sociedade e a mola propulsora do tácito contrato social: nos unimos para garantirmos nossa existência (vida), nossa liberdade, evitando não só a escravidão, como também a opressão pelo mais forte, e o direito de buscarmos a felicidade, ou seja, a garantia de que teremos paz e segurança para nos desenvolvermos como seres humanos em nossa natureza mais essencial, representada em infinitos modelos, mas baseada em finitas virtudes.

A fragmentação individual e coletiva do Ocidente deve muito a essa demanda por prazeres, apartando a felicidade do compromisso moral, o que viabilizou que tudo fosse considerado permitido e justificado a partir do relativismo subjetivo.

Exemplificativamente, só conseguimos nos comunicar porque falamos a mesma língua, temos os mesmos alfabetos e damos às palavras os mesmos sentidos. Da mesma forma, uma sociedade comum só é possível se seus componentes comungarem dos mesmos objetivos essenciais. Se cada um fizer o que lhe aprouver porque lhe dá prazer, o entendimento não será viável.

A possibilidade da busca da felicidade é posterior à existência do dever essencial de respeito mútuo previsto pelos defensores do contrato social.

Imaginar a existência de uma sociedade fundada apenas em direitos é o retorno ao estado de natureza, porque não subsistirão deveres que amparem tais direitos.

Impingir à busca da felicidade um caráter subjetivo e individual é não só contrário à origem da ideia, mas também contraditório. A sociedade é formada por indivíduos e o indivíduo depende da sociedade. Aniquilar um pelo outro sempre leva à destruição mútua.

Com base em tais argumentos, soa mais crível que a expressão “busca da felicidade” na Declaração da Independência norte-americana encontre seu fundamento na *eudaimonia* dos antigos, e não no subjetivismo moderno.

Assim, seria equivocado qualquer argumento de defesa da satisfação de desejos ou caprichos a serem supridos pelo estado com base na origem do direito à busca da felicidade, mormente pela via da judicialização, urgindo a retomada de seu sentido original até como forma terapêutica para curar a patologia dos tempos modernos.

REFERÊNCIAS

ARENDR, Hannah. **Da Revolução**. Trad. Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Ática & Ed. UnB.1988.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 dez. 2019, 15h.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 dez.2019, às 15h



CONKLIN, Carli N. Origins of the Pursuit of Happiness, 7 Wash. U. Jur. **Rev. PP.** 195-262 (2015). Available at: http://openscholarship.wustl.edu/law_jurisprudence/vol7/iss2/6

KRAUT, Richard. Two Conceptions of Happiness. *Philosophical Review* 88. 167–197.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Ed. Vozes. 3ª Ed. Petrópolis. 2001.

LUNDEGAARD. Erik. **Truth, Justice and (Fill in the Blank)**. New York Times. 30.6.2006.

https://www.nytimes.com/2006/06/30/opinion/30lundegaard.html?_r=0. acesso em 9.12.2019, 8h.

ORTEGA, Flávia Teixeira. O que consiste o princípio da busca da felicidade? **Jus Navigandi**, 2017. <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/383860617/o-que-consiste-o-principio-da-busca-da-felicidade>. Acesso em 12.12.2019, às 18h.

PEREIRA, Rafael Rodrigues. Filosofia e Felicidade. **Jornal UFG**. 2019. <https://jornal.ufg.br/n/113116-filosofia-e-felicidade>. Acesso em 13.12.2019, às 20h.

REEVES, Richard. What is the American Way of Life?. **Real Clear Politics**. 13.5.2009. https://www.realclearpolitics.com/articles/2009/05/13/what_is_the_american_way_of_life_96463.html. Acesso em 12.12.2019, às 16h.

SENECA, Lucius Annaeus. **Moral letters to Lucilius. Letter 71**: On the supreme good. https://en.wikisource.org/wiki/Moral_letters_to_Lucilius/Letter_71. Acesso em 14.12.2019, às 14h.

SIHVOLA, Juha. **Happiness in Ancient Philosophy**. COLLEGIUM: Studies Across Disciplines in the Humanities and Social Sciences, Volume 3: Happiness: Cognition, Experience, Language. 2008. p 12–22.



A LEI Nº 13.146/2015 E SEUS IMPACTOS NA PRESCRIÇÃO: ANÁLISE DO PREJUÍZO CAUSADO PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA AQUELES QUE, POR CAUSA TRANSITÓRIA OU PERMANENTE, NÃO PUDEM EXPRESSAR SUA VONTADE

Jorge de Sá Filho

Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Pós-graduado em Direito Judiciário e Magistratura do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 6ª Região – ESMATRA VI. Coautor do livro Acesso à Justiça do Trabalho na Pós-Modernidade: Temas de Direito e Processo do Trabalho e suas Inquietações na Sociedade Contemporânea. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

RESUMO

Com o objetivo de garantir um tratamento mais igualitário às pessoas com deficiência, foi editada a Lei nº 13.146/2015, mais conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, comando legislativo que modificou substancialmente a teoria da capacidade civil. Diante dessa evolução normativa, o presente texto tem por objetivo uma análise acurada sobre eventual prejuízo causado aos que, por causa transitória ou permanente, não puderem expressar sua vontade, mais especificamente no tocante ao curso dos prazos prescricionais em relação a tais pessoas, tudo sob a ótica constitucional do direito de acesso à justiça.

Palavras-chave: Capacidade. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Prescrição

ABSTRACT

In order to ensure a more equal treatment of people with disabilities, Law No. 13.146 / 2015, better known as the Statute of the Disabled, was issued, a legislative command that substantially modified the theory of civil capacity. In view of these normative developments, this text aims at an accurate analysis of any damage caused to those who, because of a temporary or permanent cause, cannot express their will, specifically with regard to the expiration of the statute of limitations on such persons, all under the constitutional view of the right of access to justice

Key words: Civil capacity. People with Disabilities. Limitation period.

INTRODUÇÃO

A capacidade civil, tema que gera grande repercussão doutrinária e prática, sofreu consideráveis mudanças com o advento da Lei n. 13.146/2015, mais conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Sob o espírito da valorização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), adotando a moderna concepção civil-constitucional, de se enxergar o direito privado à luz da Constituição Federal, assim como da personalização do direito civil, que deixa em segundo plano o caráter patrimonial e erige a pessoa, sujeito de direitos e deveres, como vetor principal do direito privado, o legislador pátrio editou a referida lei, objetivando conferir tratamento mais igualitário entre pessoas com deficiência e pessoas sem deficiência.

Diante do novo tratamento legislativo, os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, foram substancialmente impactados, o que resultou em uma nova análise e classificação das hipóteses de incapacidade civil absoluta e relativa.

Embora guiado por um espírito nobre, o legislador, ao dar novo tratamento ao tema, criou um ponto de grande polêmica, especialmente em relação aos que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, sujeitos que deixaram de ser considerados absolutamente incapazes, passando a ser considerados relativamente incapazes.

Isso porque, imbricado à capacidade encontra-se o instituto da prescrição, o qual estipula prazos para o ajuizamento de demandas judiciais, sendo estes contados de formas diferentes a depender do grau de incapacidade da pessoa.

Nesse contexto, o presente trabalho, sem pretensão de esgotar todas as nuances acerca do tema, visa abordar o eventual prejuízo sofrido pelos sujeitos acima citados, no que tange ao direito de ação (art. 5º, XXXV, da CF/88), tendo em vista a nova forma de contagem dos prazos prescricionais a qual estão submetidos.

2 TEORIA DAS INCAPACIDADES E SUA EVOLUÇÃO

Tradicionalmente conceituada como a aptidão da pessoa para exercer direitos e assumir deveres na ordem civil (art. 1º do CC/02), a capacidade civil é considerada elemento da personalidade jurídica, que, para as pessoas naturais, segundo entendimento prevalecente na doutrina e jurisprudência, se inicia com a

concepção (Enunciado n. 1 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil e REsp 1.415.727/SC, publicado no Informativo n. 547 do STJ).

A referida capacidade civil, também chamada de capacidade civil plena, subdivide-se em duas: a) a capacidade de direito, aquela que é inerente a toda e qualquer pessoa em razão da sua mera existência, sendo, por tal motivo, considerada ser direitos, ou seja, capaz de adquirir direitos e assumir obrigações, e; b) a capacidade de fato, sendo esta relacionada ao exercício dos atos da vida civil.

Com efeito, em sendo atributo inerente à sua própria existência como pessoa, a capacidade de direito só se perde com a morte da pessoa natural, enquanto que, a capacidade de fato, por estar relacionada ao exercício dos atos da vida civil, ou seja, ao pleno discernimento para a prática de tais atos, pode sofrer restrições em diferentes medidas, o que leva ao estudo da teoria das incapacidades, cuja previsão normativa encontra-se albergada nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002.

No art. 3º do CC/02, o legislador elencou o rol dos sujeitos considerados absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil. Aqui, o legislador previu três tipos de pessoas que considerou não possuir qualquer condição de exercer autonomamente os atos da vida civil, devendo, portanto, ser representadas na prática de tais atos (art. 8º do CPC/73, atual art. 71 do CPC/15), sob pena de nulidade (art. 166, I, do CC/02).

O primeiro tipo (art. 3º, I, do CC/02), tratava dos *menores de dezesseis anos* (menores impúberes). Em tal situação, o critério utilizado pelo legislador foi unicamente o biológico, sendo levado em consideração que tais pessoas ainda estariam em processo de formação, não sendo aptas a atuar de forma autônoma.

O segundo tipo (art. 3º, II, do CC/02), mencionava *os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos*. Nesse inciso, o legislador levou em consideração o critério psicológico, concluindo pela incapacidade absoluta dos que não atuavam com sã consciência, em razão de doença ou deficiência mental. Aqui poderiam ser incluídas, por exemplo, as pessoas com mal de *Alzheimer*.

Como último tipo (art. 3º, III, do CC/02), eram indicados *os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade*. Nesta hipótese, o critério legitimador utilizado pelo legislador foi o fisiológico, considerando como

absolutamente incapazes aqueles que não conseguiam manifestar vontade, a exemplo das pessoas em coma.

Em seguida, o art. 4º do CC/02, elencava, em quatro incisos, os incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer. Neste dispositivo foi considerado que determinadas pessoas deveriam ter somente parcela de sua capacidade restringida, visto que, apesar de não ter o integral discernimento para a prática dos atos da vida civil, resguardavam parcela de consciência. Desse modo, estipulou o legislador que tais pessoas deveriam ser assistidas na prática dos mencionados atos (art. 8º do CPC/73, atual art. 71 do CPC/15), sob pena de anulabilidade (art. 171, I, do CC/02).

Como primeira hipótese de relativamente incapaz (art. 4º, I, do CC/02), estavam indicados *os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos* (menores púberes). Assim como no art. 3º, I, do CC/02, foi levado em consideração o processo de formação em que se encontram essas pessoas, e, por entender que já possuem certo discernimento sobre os atos da vida civil, esses menores foram considerados relativamente incapazes.

A segunda hipótese (art. 4º, II, do CC/02), indicava *os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido*. Utilizando-se de critério semelhante ao utilizado no inciso II do art. 3º, a lei considerou que as pessoas viciadas ou com deficiência mental de baixo grau de repercussão, permaneciam com certa consciência para a prática de determinados atos, razão pela qual deveriam ser somente assistidas por terceiros.

A terceira hipóteses estava prevista no inciso III do art. 4º do CC/02, que mencionava *os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo*, dentre as quais poderiam ser incluídas as pessoas com síndrome de *down*.

Por fim, a quarta hipótese (art. 4º, IV, do CC/02), tratava dos *pródigos*. Estes são os que não possuem controle sobre o próprio patrimônio, pois realizam gastos em excesso e desordenados, a exemplo dos viciados em jogos de apostas. Tendo em vista que tais pessoas não possuem autocontrole unicamente em relação às relações patrimoniais, somente em relação a estas devem ser assistidos.

Este era o cenário jurídico da teoria das incapacidades, na redação original do Código Civil de 2002, tema este que, apesar de produzir grandes debates, gozava de certa estabilidade.

No entanto, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146/2015, a temática sofreu grande impacto, visto que os artigos 3º e 4º do CC/02, foram substancialmente alterados, conforme tabela a seguir:

Art. 3º do CC/02	Art. 3º do CC/02, após a Lei n. 13.146/2015
<p>Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I - os menores de dezesseis anos;</p> <p>II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p>	<p>Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.</p>

Art. 4º do CC/02	Art. 4º do CC/02, após a Lei n. 13.146/2015
<p>Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p>III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;</p> <p>IV - os pródigos.</p>	<p>Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p> <p>III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>IV - os pródigos.</p>

Inicialmente, em relação aos absolutamente incapazes, verifica-se que todos os incisos do art. 3º do CC/02, foram revogados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, restando apenas uma hipótese legal de pessoa absolutamente

incapaz, qual seja, o *menor de 16 (dezesesseis) anos*, que passou a ser previsto no *caput* do dispositivo em análise.

O inciso II do art. 3º, que regulava *os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos*, fora revogado, ante o reconhecimento da igualdade perante a lei entre as pessoas deficientes e as não deficientes, conforme disposição do art. 84 da Lei n. 13.146/2015, que afirma que *a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas*.

Em análise da inovação legislativa, discorre Flávio Tartuce:

O art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, também em prol da inclusão com a dignidade-liberdade, estabelece que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Eventualmente, quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. (TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil – volume único. 9ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. pág. 71).

No mesmo sentido, colocando como regra a capacidade civil plena das pessoas com deficiência, é o comando contido no art. 6º, *caput*, da Lei n. 13.146/2015, segundo o qual *a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa*.

Diante dessa perspectiva igualitária, não mais existia fundamento para manutenção do inciso II do art. 3º no Código Civil, motivo pelo qual foi revogado.

Já em relação ao revogado inciso III art. 3º do CC/02, que regulava a hipótese de incapacidade absoluta dos *que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade*, a situação foi um pouco diferente.

Isso porque a revogação do inciso não resultou na conclusão de que tais pessoas passaram a ser consideradas capazes, assim como ocorreu com as pessoas com deficiência. Na realidade, tais sujeitos de direitos passaram a ser

considerados relativamente incapazes, agora integrando o dispositivo do art. 4º, III, do CC/02.

O legislador, atendo-se unicamente à proteção das pessoas com deficiência, olvidando dos demais institutos jurídicos, ao que parece, extrapolou a técnica, e reconheceu como relativamente incapazes as pessoas que, por causa transitória ou definitiva, não puderem exprimir sua vontade.

Acredita-se que, de alguma forma, o legislador considere ser possível a captação da manifestação da vontade de tais pessoas, razão pela qual as classificou como relativamente incapazes. Todavia, conforme ainda será abordado no presente artigo, esta nova classificação transparece grave equívoco.

No que tange à evolução legislativa do art. 4º do CC/02, que trata dos relativamente incapazes, percebe-se que houve alteração somente nos incisos II e III, sendo excluído do primeiro inciso a expressão *os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido*, assim como, do segundo inciso, o termo *excepcionais, sem desenvolvimento mental completo*, expressões estas que estariam ligadas às pessoas com deficiência, discriminando-as.

Desse modo, o art. 4º, II, do CC/02, passou a tratar somente dos *ébrios habituais e os viciados em tóxico*, enquanto que o inciso III do citado artigo passou a regular *aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade*.

Os demais incisos do art. 4º (I e IV), que tratam dos *maiores de dezesseis e menores de dezoito anos* e dos *pródigos*, não sofreram qualquer alteração.

Em suma, é possível verificar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência teve, dentre outros, o escopo conferir tratamento mais igualitário às pessoas com deficiência quando comparadas às pessoas sem deficiência, retirando do código civil qualquer tipo de expressão que possa levar a uma interpretação discriminatória em relação àquelas.

3 PRESCRIÇÃO E FORMA DE CONTAGEM

Estabelece o art. 189 do CC/02 que *violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206*.

Do citado dispositivo legal depreende-se que a prescrição pode ser conceituada como a perda da pretensão autoral, ou seja, da exigibilidade do direito por parte do credor, em razão do seu não exercício nos prazos legais.

Sobre o assunto, ensina Fredie Didier que a prescrição é o encobrimento (ou extinção, na letra do art. 189 do Código Civil) da eficácia de determinada pretensão (perda do poder de efetivar o direito a uma prestação), por não ter sido exercitada no prazo legal. (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Bahia: juspodivm, 2017, vol. 19ª ed., pág. 485)

Na mesma linha, entende Flávio Tartuce:

Se o titular do direito permanecer inerte, tem como pena a perda da pretensão que teria por via judicial. Repise-se que a prescrição constitui um benefício a favor do devedor, pela aplicação da regra de que o direito não socorre aqueles que dormem, diante da necessidade do mínimo de segurança jurídica nas relações negociais. (TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil – volume único. 9ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. pág. 271).

Registre-se, todavia, que a prescrição não se confunde com a perda do direito. A prescrição diz respeito à perda da exigibilidade do direito alegado pelo credor em detrimento do devedor, em razão da sua inércia prolongada. Uma vez consumada a prescrição, resta fulminada a pretensão, no entanto, o direito subsiste, podendo ser satisfeito pelo devedor. Tanto é assim que o devedor que paga dívida prescrita não pode posteriormente cobrar do credor a devolução do que pagou, conforme se observa da regra contida no art. 882 do CC/02: não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

Diante deste cenário, conclui-se que a característica central da prescrição é a proteção do devedor, o qual não pode permanecer eternamente com a espada de Dâmocles sobre sua cabeça. É dizer, não pode o devedor esperar, por toda a eternidade, o credor tomar a iniciativa de exigir a satisfação do seu direito, estipulando, portanto, a lei, prazos para que o credor exerça tal cobrança, sob pena de não mais poder fazer.

Nesse contexto, considerando não haver controvérsia sobre o tamanho dos prazos, uma vez que são estipulados pela lei, especial atenção deve ser dada pelo aplicador do direito em relação à fixação do termo inicial de seu computo, assim como às eventuais regras de impedimento, suspensão ou interrupção do prazo.

Quanto ao início da contagem, prevalece atualmente a teoria da *actio nata*, segundo a qual o início do prazo prescricional deve ser dar, não a partir da prática do ato danoso aos direitos do seu titular, mas sim a partir do conhecimento da violação por parte deste.

Com máxima didática, ensinam Cristiano Chave de Farias e Nelson Rosenvald:

A tese da *actio nata*, reconhecida jurisprudencialmente, melhor orienta a questão. Efetivamente, o início da fluência do prazo prescricional deve decorrer não da violação, em si, de um direito subjetivo, mas, sim, do conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo pelo respectivo titular. Com isso, a boa-fé é prestigiada de modo mais vigoroso, obstando que o titular seja prejudicado por não ter tido conhecimento da lesão que lhe foi imposta. Até porque, e isso não se põe em dúvida, é absolutamente possível afrontar ao direito subjetivo de alguém sem que o titular tenha imediato conhecimento. (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Parte Geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1., p. 622).

Na jurisprudência também é firme a aplicação da teoria da *actio nata*, conforme recente julgado do STJ, publicado no Informativo de Jurisprudência da Corte Superior n. 493:

O termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização contra ato do Estado ocorre no momento em que constatada a lesão e os seus efeitos, conforme o princípio da *actio nata*. Precedentes citados: AgRg no AgRg no Ag 1.362.677-PR, DJe 7/12/2011; REsp 1.168.680-MG, DJe 3/5/2010; REsp 1.172.028-RJ,

DJe 20/4/2010; REsp 1.089.390-SP, DJe 23/4/2009. (AgRg no REsp 1.333.609-PB, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 23/10/2012.

Fixado o termo *a quo* de contagem do prazo prescricional, atenção redobrada deve ser dada às eventuais hipóteses de impedimento, suspensão e interrupção dos referidos prazos.

Isso porque, as causas de impedimento inviabilizam o início da contagem do prazo prescricional, as causas suspensivas paralisam a referida contagem, voltando a correr de onde parou, após o desaparecimento da causa, e, as causas interruptivas têm o condão de paralisar a contagem do prazo prescricional e reiniciar sua contagem.

No que tange ao impedimento e a suspensão, é possível verificar que geram o mesmo efeito, diferenciando-se somente em ralação ao momento em que ocorrem. É dizer, ou o prazo fica paralisado antes do início da contagem (impedimento) ou o prazo fica paralisado no meio da contagem (suspensão).

Por serem similares, suas hipóteses estão elencadas conjuntamente entre os artigos 197 e 201 do CC/02, não correndo a prescrição, por exemplo, entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal, e, entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar (art. 197, I e II, do CC/02).

Por outro lado, no que diz respeito à interrupção, suas hipóteses estão discriminadas no art. 202 do CC/02, e, ocorrendo qualquer uma delas, o prazo prescricional é paralisado e passa a correr novamente desde o início, como, por exemplo, no caso de o credor realizar protesto cambial em cartório (art. 202, III, do CC/02).

Deve ser ressaltada, todavia, regra importante sobre a interrupção, prevista no *caput* do art. 202 do CC/02, segundo a qual a interrupção da prescrição somente pode ocorrer uma vez. Com efeito, no gancho do exemplo acima citado, realizado o protesto cambial, interrompida estará a prescrição, sendo reiniciado o computo do prazo prescricional. Caso o titular do direito realize novo protesto cambial, nenhum efeito surtirá em relação a contagem, que seguirá o seu curso normalmente.

Destarte, é possível concluir que a prescrição foi criada como instituto protetivo do devedor, a fim de conferir determinada segurança jurídica as relações

negociais, inviabilizando a eternização das dívidas e impondo ao credor a adoção de uma postura proativa na defesa dos seus direitos, sob pena de não mais poder cobra-los.

No entanto, é possível concluir, também, que o CC/02, ao prever expressamente a prescrição, não protegeu somente o devedor. Isso porque, o código, atento a determinadas situações de fato, estipulou as já citadas hipóteses de paralisação da contagem dos prazos prescricionais, protegendo o credor.

4 IMPACTO/PREJUÍZO DA LEI N. 13.146/2015 CAUSADO NA PRESCRIÇÃO DAQUELES QUE, POR CAUSA TRANSITÓRIA OU PERMANENTE, NÃO PUDEREM EXPRESSAR SUA VONTADE

Conforme narrado no primeiro tópico deste artigo, a Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) alterou os artigos 3º e 4º do CC/02. Em decorrência dessa evolução legislativa, *os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade*, antes classificados como absolutamente incapazes (art. 3º, III, do CC/02, redação original), passaram a ser considerados como relativamente incapazes, conforme disposição atual do art. 4º, III, do CC/02, segundo o qual, *são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade*.

A partir da releitura dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao Código Civil, passam a ser consideradas relativamente incapazes, por exemplo, as pessoas em coma, os idosos com mal de *Alzheimer*, os surdos-mudos que não conseguem se expressar, entre outros.

Embora o legislador tenha sido guiado pelo espírito da isonomia entre as pessoas com deficiência e as pessoas sem deficiência, ao editar a referida Lei, não atentou ao grave prejuízo que causou às pessoas acima citadas.

Isso porque, como apontado no segundo tópico do presente trabalho, o código civil estipula prazos prescricionais para que o titular do direito violado busque a satisfação deste contra quem o violou, como forma conferir segurança jurídica as relações negociais.

Foi apontado, ainda, que o código civil, ao abraçar o instituto da prescrição, não teria esquecido por completo do credor, prevendo, em determinadas

situações fáticas, hipóteses de impedimento, suspensão e interrupção dos prazos prescricionais.

No entanto, ao olhar mais especificamente para o art. 198, I, do CC/02, verifica-se que as garantias do impedimento e da suspensão, protegem exclusivamente os absolutamente incapazes.

Destarte, a partir do momento em que o Estatuto da Pessoa com Deficiência modificou os artigos 3º e 4º do CC/02, e passou a classificar como relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, retirou desses sujeitos, também, a garantia do impedimento e suspensão do curso dos prazos prescricionais, prevista no art. 198, I, do CC/02.

Diante desse contexto, imagine a seguinte situação: João, solteiro e sem filhos, é empregado da empresa ABC e exerce a função de motoboy. Em determinado dia de trabalho, João, foi trancado por um ônibus que realizava transporte coletivo municipal, cujo motorista dirigia de maneira imprudente. Em decorrência do trancamento, João caiu da moto e teve sua perna esmagada pelo ônibus. Pedestres que assistiram o ocorrido, ligaram para serviço de emergência, o qual fez o atendimento de primeiros socorros e levou João para o hospital. Lá chegando, o médico constatou que João perdeu muito sangue, encontrando-se em situação de risco de vida, razão pela qual realizou imediatamente procedimento cirúrgico, amputando a perna esmagada de João. Após a cirurgia, o médico concluiu que João deveria ficar internado na UTI, haja vista estar em coma, sem previsão de alta. Tendo em vista que João não retornou ao trabalho, o seu empregador, a empresa ABC, o dispensou por justa causa e não quitou qualquer verba trabalhista devida ao empregado. Após 6 meses, João acordou e teve alta médica. No mês seguinte à alta médica, João sofreu um AVC, sendo socorrido às pressas. Novamente no hospital, João foi internado, ficando novamente em estado de coma, situação que perdurou por 5 anos. Passado esse período, João recobrou sua consciência, teve alta médica e foi para casa.

Ocorrida a situação descrita, indaga-se: seria possível João cobrar judicialmente seus direitos trabalhistas em face da empresa ABC? seria possível João mover uma ação judicial contra a concessionária de serviço público de transporte coletivo de passageiros, objetivando o recebimento de indenização reparatória, em razão do ilícito cometido pelo motorista do ônibus?

De início, cabe registrar que a pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos, até o limite de dois anos após a

extinção do contrato de trabalho (art. 7º, XXIX, da CF/88 c/c art. 11 da CLT). Já o prazo de prescrição das ações indenizatórias movidas em desfavor de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos de transporte é quinquenal, consoante o disposto no art. 1º-C da Lei n. 9.494/97.

Frise-, ainda, que aplicando-se a teoria da *actio nata*, segundo a qual o início do prazo prescricional decorre do conhecimento da violação do direito pelo titular, é possível considerar que o prazo de 2 anos para o ajuizamento da reclamação trabalhista em face da empresa ABC e o prazo de 5 anos para o ajuizamento da ação indenizatória em desfavor da empresa concessionária de transporte público somente tiveram início quando João despertou do primeiro estado de coma.

Naquele momento, é que ele teve o pleno conhecimento de que não recebera seus direitos trabalhistas, assim como verificou que teve uma perna amputada, em razão da conduta ilícita do motorista do ônibus, ou seja, teve o pleno conhecimento da violação dos seus direitos.

Fixados os prazos prescricionais e o termo inicial de contagem, cabe agora analisar o caso antes e depois das novidades trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Primeiro, sob a redação original do Código Civil de 2002, seria possível concluir que João poderia demandar a empresa ABC e a empresa concessionária de serviço público, sem qualquer prejuízo.

Isso porque, na situação em que João estava no estado de coma, ou seja, não podendo exprimir sua vontade, ele seria classificado como absolutamente incapaz (antigo art. 3º, III, do CC/02), e, conseqüentemente, a ele se aplicaria a regra prevista no art. 198, I, do CC/02, segundo a qual não corre a prescrição contra os incapazes do art. 3º.

Dessa feita, os prazos prescricionais para o ajuizamento das duas demandas começariam a correr quando João acordou do primeiro estado de coma, no entanto, seriam suspensos no mês seguinte, em razão do AVC sofrido por João que o colocou novamente em coma. Somente com a nova alta médica de João é que os prazos prescricionais voltariam a correr de onde pararam.

Portanto, não haveria que se falar em prescrição das pretensões, mesmo as ações sendo ajuizadas após quase 6 anos do acidente.

De outro lado, analisando o caso a partir da releitura dada aos artigos 3º e 4º do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, constata-se o enorme prejuízo sofrido por João.

Isso porque, seja em razão do acidente ou em razão do AVC, estando João em coma, vale dizer, incapaz de exprimir sua vontade, será considerado relativamente incapaz (art. 4º, III, do CC/02), e, por conseguinte, a ele não mais se aplica a garantia contida no art. 198, I, do CC/02, que obsta o transcurso dos prazos prescricionais.

Com efeito, os prazos prescricionais para o ajuizamento das duas demandas começariam a correr quando João acordou do primeiro estado de coma, sem qualquer suspensão da contagem em decorrência do AVC sofrido e novo período em coma.

Pela nova classificação dada à teoria das incapacidades pela Lei n. 13.146/2015, João não poderia demandar a empresa ABC nem a empresa concessionária de transporte público, haja vista o fim do prazo prescricional.

Diante de toda essa narrativa, é nítida a prejudicialidade da alteração legislativa causada aos sujeitos que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Afinal, embora soe repetitivo, é preciso dizer que a prescrição tem por objetivo fulminar a pretensão daqueles de dormem, daqueles que são desidiosos na busca da satisfação dos seus direitos. O instituo da prescrição não pode prejudicar aqueles que estão de fato impossibilitados de buscar a efetivação do seu direito violado, como no exemplo de João acima citado.

A atual classificação da incapacidade, relativamente aos que não podem exprimir sua vontade (art. 4º, III, do CC/02), ao que parece, vai de encontro com o art. 5º, XXXV, da CF/88, dispositivo que alberga o direito fundamental de acesso à justiça, bem como com o art. 3º, caput, do CPC/15, segundo o qual *não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito*.

Com o objetivo de sanar tal atecnia do legislador, tramita, atualmente no Senado Federal, o Projeto de Lei n. 757/2015, que visa classificar as pessoas que não puderem exprimir sua vontade, novamente como absolutamente incapazes.

Todavia, a proposta não teve grande apoio parlamentar, conforme explica Flávio Tartuce:



Apesar dessa afirmação, fica a dúvida se não seria interessante retomar alguma previsão a respeito de maiores absolutamente incapazes, especialmente para as pessoas que não têm qualquer condição de exprimir vontade e que não são necessariamente pessoas deficientes. Este autor entende que sim, havendo proposição nesse sentido no citado Projeto de Lei 757/2015, em sua redação originária e contando com o nosso apoio. Cite-se, a esse propósito, justamente a pessoa que se encontra em coma profundo, sem qualquer condição de exprimir o que pensa. No atual sistema, será enquadrada como relativamente incapaz, o que parece não ter sentido técnico-jurídico.

Porém, é interessante destacar que no parecer final originário do Senado Federal a proposta de retorno de regra a respeito de maiores absolutamente incapazes acabou por não prosperar, infelizmente. Conforme constou do relatório da então Senadora Lídice da Mata, “as tentativas presentes no PLS 757 de se retomar o critério da ‘ausência ou insuficiência de discernimento’ (previsto na redação original do Código Civil), em detrimento do critério da ‘impossibilidade de manifestação de vontade’ (eleito pelo EPD), representam um grave retrocesso no tocante ao direito de fazer as próprias escolhas. Sim, é possível que o discernimento de certas pessoas com deficiência seja bem diferente ou até questionável diante de padrões comuns, mas isto não significa que o discernimento não exista e que a vontade manifestada possa ser ignorada”. Acompanharemos o trâmite desta projeção na Câmara dos Deputados, sendo fundamental e necessário o retorno de alguma regra a respeito da incapacidade absoluta das pessoas sem qualquer discernimento para exprimir vontade, repise-se. (TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil – volume único. 9ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. pág. 75).

A luz de tais considerações, permanece em vigor a alteração legislativa gerada Lei n. 13.146/2015, até nova evolução normativa.

CONCLUSÃO

A par dos nobres interesses que moveram a edição da Lei nº. 13.146/2015, mais conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, fato é que a inovação por ela trazida na teoria das incapacidades, a qual é regida pelos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, não foram de um todo benéficas.

Não se olvida a importância de se enxergar as pessoas com deficiência, em regra, como plenamente capazes, de maneira não discriminatória, quando comparadas com as pessoas sem deficiência.

Diante da concepção moderna de personalização do direito civil, deve o sujeito de direitos, a pessoa, ser colocada em primeiro plano também no ramo das relações privadas, ficando em segundo plano os aspectos patrimoniais, tudo à luz dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III).

Porém, conforme trabalhado no presente estudo, o referido Estatuto da Pessoa com Deficiência, obstinado e focado em concretizar o princípio da isonômica, não analisou bem os impactos que poderia causar nos demais instituto jurídicos, sobretudo em relação à prescrição.

Conforme fora apreciado, a nova legislação passou classificar as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, como relativamente incapazes (art. 4º, III, do CC/02), e não mais como absolutamente incapazes (art. 3º, III, do CC/02, na sua redação original), excluindo-as, portanto, da garantia prevista no art. 198, I, do CC/02, que obsta o transcurso dos prazos prescricionais, em relação aos incapazes do art. 3º.

Destarte, a depender da situação concreta, o titular de um direito violado, mesmo não sendo desidioso, pode ser inviabilizado de buscar a satisfação do agente ofensor, o que confronta com o princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88 c/c art. 3º, *caput*, do CPC/15).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.333.609-PB**. Direito Processual Civil e Administrativo. Prescrição. Termo a quo. Ação de Indenização contra o Estado. Agravante: José Vicente de Castro e Outro. Agravado: Estado da Paraíba. Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 23/10/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=O+TERMO+INICIAL+DO+PRAZO+PRESCRICIONAL+PARA+O+AJUIZAMENTO+DE+A%C7%C3O+DE+INDENIZA%C7%C3O+CONTRA+ATO+DO+ESTADO&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 18 dez. 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 19.ed. Bahia: juspodivm, 2017. p. 485

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1, p. 622

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil – volume único**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.



DESMISTIFICANDO A ANÁLISE DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE: A POSSIBILIDADE DE VALORÁ-LO TANTO EM FAVOR COMO OU EM DESFAVOR DO RÉU

Danielle Christine Silva Melo Burichel

Mestre Em Direito Penal Pela Faculdade Damas Da Instrução Cristã. Especialista Em Direito Público Pela Universidade Potiguar. Especialista Em Direitos Difusos E Coletivos Pela Unama. Professora De Direito Penal E Processual Penal. Juíza De Direito – Tribunal De Justiça Do Estado De Pernambuco.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo demonstrar a possibilidade de o juiz sentenciante analisar o comportamento da vítima, circunstância judicial que é, prevista no art. 59 in fine do Código Penal Brasileiro, tanto como circunstância favorável ao réu: quando provocadora do crime ou tão culpada quanto; mas também em desfavor do réu, quando a vítima em nada ou muito pouco contribuir para o evento criminoso. O abrandamento da pena do réu pelo mau comportamento da vítima se justifica pela menor carga de culpabilidade da conduta consistente na diminuição de exigibilidade de conduta diversa. Todavia, ausente qualquer contributo da vítima como válido fator criminógeno, impõe-se ao magistrado considerar tal circunstância como desfavorável ao réu, de maneira a não descurar de seu escorreito labor na dosimetria da pena e, assim, observar o princípio constitucional da individualização da pena.

Palavras-chave: Comportamento da vítima. Circunstância judicial. Fixação pena-base.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the possibility of the sentencing judge to analyze the victim's behavior, which is a judicial circumstance, provided for in art. 59 in fine of the Brazilian Penal Code, both as a favorable circumstance for the defendant: when provoking the crime or as guilty as; but also to the defendant's detriment, when the victim in no way or very little contributes to the criminal event. The easing of the defendant's penalty for the misconduct of the victim is justified by the lower guilt burden of conduct consisting in the reduction of the requirement for different conduct. However, absent any contribution of the victim as a valid criminal factor, it is necessary for the magistrate to consider such circumstance as unfavorable to the defendant, so as not to neglect his labor slippage in the dosimetry of the penalty and, thus, to observe the constitutional principle of the individualization of the penalty.

Keywords: Behavior of the victim. Judicial circumstance. Feather-base fixation.

INTRODUÇÃO

O comportamento da vítima aparece no rol do art. 59 do Código Penal Brasileiro como a última das oito circunstâncias judiciais colocadas ao dispor do juiz para fixação da pena-base. Apesar da inclusão pelo legislador dessa última circunstância na reforma da parte geral de 1984 pelo influxo dos estudos da vitimologia, o que se observa na prática, inclusive com o referendo do Superior Tribunal de Justiça¹ e acolhida da Escola Nacional de Formação de Magistrados², é a verdadeira anulação da referida circunstância judicial, o esvaziamento de seu sentido, na medida em que menciona em julgados que o comportamento da vítima nunca deverá ser valorado em desfavor do réu. A proposta do presente trabalho é demonstrar que o comportamento da vítima há de ser valorado como favorável ou também desfavorável ao réu, evidentemente de acordo com as circunstâncias do caso concreto, como qualquer uma das outras sete previstas no art. 59 do Código Penal e, assim, exercer influência na fixação da pena-base. Para fins de se observar inclusive o princípio constitucional da individualização da pena³, fundamental uma efetiva análise de cada uma das circunstâncias previstas no rol do art. 59, dentre as quais se encontra o comportamento da vítima. Dessa forma,

1 (HC 299.548/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 29/10/2015). (AgInt no REsp 1672642/AL, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 25/05/2018)

2 Entendimento contido no Manual Prático de Decisões Penais da Enfam, no seguinte sentido: "O comportamento da vítima nunca pode ser valorado negativamente, pois se trata de circunstância judicial que apenas pode abrandar a pena, inviabilizando, por consequência, qualquer fundamentação que agrave a pena sob a razão de que o comportamento da vítima não teria contribuído para o crime" (SCHIETTI, 2018, p. 24)

3 Art. 5º, XLVI, da Constituição da República de 1988.

na hipótese de o comportamento da vítima servir como contributo à deflagração da conduta criminosa, tal circunstância há de ser valorada como favorável ao réu; todavia, quando a vítima não exercer nenhuma influência efetiva à consecução do delito, obviamente o juiz há de valorá-la em desfavor do réu⁴.

Há de se lembrar, inclusive, que o intuito do legislador ao incluir mais uma circunstância judicial no rol do artigo 59 do Código Penal Brasileiro não foi o de impossibilitar em absoluto a fixação da pena-base no patamar máximo, se no caso em análise o magistrado sopesar em desfavor do réu todas as oito circunstâncias judiciais como desfavoráveis, o que, aliás, é permitido pela própria letra da lei, no art. 59, II. Logo, equivocado o pensamento que invalida a possibilidade de se considerar eventualmente em desfavor do réu o comportamento da vítima, até mesmo porque se fosse a intenção do legislador apenas e tão somente considerar em favor do réu eventual mau comportamento da vítima na consecução do delito, seria muito fácil incluir essa circunstância, não como judicial no art. 59, mas sim como uma circunstância atenuante no art. 65 do Código Penal Brasileiro, porém assim não o fez.

2 CONCEITO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

A operação de fixação da pena-base demanda a análise pelo juiz de fatores elencados na lei que lhe servem de parâmetro, é o que a doutrina denomina como circunstâncias judiciais, justamente porque ficam exclusivamente a cargo do magistrado analisá-las e ponderá-las como favorável ou desfavorável ao réu.

Circunstância significa que se encontra no entorno, ao redor. Circunda justamente o tipo penal violado. Caso a circunstância judicial coincida com o tipo penal, não deve ser considerada em desfavor do réu pelo magistrado sob pena de incorrer em *bis in idem*. Portanto, as circunstâncias judiciais gravitam em torno do tipo penal e exercem influência no que diz respeito à modulação da pena. Para exemplificar, o homicídio consumado acarreta necessariamente a morte. Dessa forma, o evento morte por si só não se presta a figurar como circunstância judicial, para fins de valoração negativa das consequências do crime, por exemplo, contudo, a morte que traz consequências mais graves que

4 BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 381.

o comum, tal como o homicídio de uma mãe de família, inexoravelmente há de ser sopesada pelo juiz por ocasião da fixação da pena-base⁵.

No Código Penal Brasileiro em vigor, o legislador estabeleceu no art. 59 o número de oito circunstâncias judiciais, a saber: culpabilidade, antecedentes, personalidade, conduta social, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima, todas destinadas a guiar o juiz na individualização judicial da pena⁶.

A escorreita fixação da pena-base demanda sua construção minuciosa, isto é, com a realização da análise de circunstância por circunstância. Esse caminho que o juiz deve percorrer até a decisão do quantum que servirá de índice fundamental para as derradeiras operações rumo à pena definitiva, segundo o sistema trifásico previsto no art. 68 também do Código Penal Brasileiro. Tal formatação da determinação judicial da pena foi prevista em virtude da adoção do sistema das margens penais, cuja pena é relativamente indeterminada.

O juiz consciente de seu relevante papel na atividade de determinação concreta da pena, a qual é a consequência mais importante do direito penal, deve se abster de relegar a segundo plano o momento da dosimetria da pena e nessa laboriosa atividade assume papel preponderante o conhecimento e consideração das circunstâncias judiciais, haja vista que elas se prestam a definir se determinado réu merece uma reprimenda mais ou menos gravosa, ou seja, mais próxima ou não da pena mínima ou máxima cominada ao delito praticado, o que na prática representa diferenças bastante significativas, não apenas em relação ao tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade, mas também em relação ao regime de cumprimento e possibilidade de progressão, ou da fixação de dias-multa. Enfim, a importância de se conhecer as circunstâncias judiciais é fundamental para a aplicação de uma pena suficiente a atender aos postulados de reprovação e prevenção de crimes.⁷

5 Em boa técnica, porém, deveria considerar-se circunstância só aquilo que é acidental relativamente a um crime, já em si punível. Tudo o que é contido no conceito de crime como condição positiva ou negativa de sua existência mínima como facto punível seria, pois, de considerar antes como elemento e não circunstância. (CORREIA, 2014, p. 142).

6 Na redação originária do Código Penal de 1940 eram somente previstas seis circunstâncias judiciais no art. 42. Com o advento da reforma da parte geral do Código pela Lei 7.209/84, foram previstas mais duas circunstâncias para análise do juiz: a conduta social do agente e o comportamento da vítima. A conduta social foi pensada como um desdobramento dos "antecedentes" e o comportamento da vítima decorreu do avanço dos estudos da vitimologia, conforme um pouco mais vagar trataremos ainda neste trabalho

7 Pontua bem a importância da análise das circunstâncias judiciais, o professor Miguel Reale Júnior: "Destarte, é imprescindível que o magistrado liberte-se do fetichismo da pena mínima, para ajustar o quantum da sanção e a sua modalidade, no que entende ser necessário e suficiente a satisfazer a medida de justa reprovação que merece o réu, de acordo com seus antecedentes, conduta social, personalidade, bem como tendo em vista os motivos, circunstâncias e consequências de seu ato." (REALE JUNIOR, 2004. P.88).

Distinguem-se das circunstâncias legais e das causas de aumento e de diminuição de pena, porque estas o próprio legislador cuidou de traçar o conteúdo como favorável ou desfavorável ao réu e sendo, assim impõe ao juiz o dever de agravar ou atenuar a reprimenda, uma vez incidente uma agravante ou atenuante, como se verifica nos arts. 61 e 65 do Código Penal Brasileiro. Também assim o faz em relação às causas de aumento ou de diminuição de pena, em que, uma vez constatadas, cabe ao juiz como regra majorar ou diminuir a pena em frações preestabelecidas pela lei. Não cabe ao juiz lançar seu juízo de valor a respeito daquela determinada circunstância legal ou causa de aumento e de diminuição. Diferentemente acontece em relação às circunstâncias judiciais, em que foi atribuído ao juiz o poder de decidir pelo seu prudente arbítrio se incidem ou não favoravelmente ao réu na fixação da pena-base, isto é, cabe ao juiz ao dosar a pena ponderar se a culpabilidade, antecedentes, personalidade, conduta social, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima como favorável ou desfavorável ao réu.

Vê-se, pois, que a análise das circunstâncias judiciais e, por conseguinte, a fixação da pena-base, constitui atividade muito peculiar do juiz, algo muito particular que emerge do âmbito valorativo de cada magistrado. Porém, a fim de se evitar o tão rechaçado arbítrio incensurável próprio dos regimes absolutistas, em que se delegava ao magistrado o soberano poder de aplicar penas indeterminadas, é que se instituiu balizas interpretativas ao aplicador, balizas essas extrínsecas ao tipo penal, porém circundantes a este, ora relacionadas essencialmente ao fato do autor, ora relacionadas ao autor do fato típico penal.

3 A CONSIDERAÇÃO DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE COMO FATOR FAVORÁVEL AO RÉU

Como já referido alhures, na redação originária do Código Penal Brasileiro em vigor não constava o comportamento da vítima como circunstância balizadora para a fixação da pena-base. Com o advento da reforma da parte geral do Código Penal, entendeu-se por incorporar os estudos da vitimologia como mais um fator a ser ponderado pelo juiz na dosimetria da pena.

A exposição de motivos da reforma da parte geral do Código Penal deixa patente a preocupação em se considerar mais um componente na avaliação da culpabilidade global do réu na prática delitiva por ocasião da determinação judicial da pena, ou seja, a influência ou não da vítima no fato, vejamos:

“As diretrizes para a fixação da pena estão relacionadas no artigo 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo, elenco de penas. Preferiu o Projeto a expressão “culpabilidade” em lugar de “intensidade do dolo ou grau de culpa”, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena. **Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes [...]**” (BRASIL, 1983). Grifo nosso.

Embora o nítido tom arcaico no exemplo utilizado na exposição de motivos para justificar a relevância que o comportamento da vítima pode assumir na prática de alguns crimes, é possível extrair a mens legis da incorporação daquela então nova circunstância judicial no Código Penal Brasileiro como um fator impactante na culpabilidade do agente, portanto, digno de ser sopesado pelo magistrado quando da aplicação da reprimenda penal.

Nessa linha de raciocínio, José Antonio Paganella Boschi associa o comportamento da vítima com a culpabilidade do agente:

“O comportamento da vítima, desse modo, quando analisado, não pode ser separado do momento em que o juiz apreciará a própria culpabilidade, pois ao instigar, provocar ou desafiar o agente, a vítima, direta ou indiretamente, intencionalmente ou não, termina por enfraquecer a determinação do agente em manter-se obediente ao ordenamento jurídico. A circunstância judicial em questão provavelmente seja a que melhor ilustra a conexão das circunstâncias judiciais do art. 59, com os elementos de culpabilidade” (BOSCHI, 2002. p. 213)

A compreensão do comportamento da vítima como fator criminógeno apto a ser relevado nas consequências jurídicas do crime teve origem nos estudos do advogado israelita Benjamin Mendelsohn, que classificou a provocação ou

participação das vítimas como: a) ideais, aquelas completamente inocentes; b) vítimas menos culpadas que os criminosos; c) vítimas tão culpadas quanto os criminosos; d) vítimas mais culpadas que os criminosos; e) vítimas como únicas culpadas. (MENDELSON apud FERNANDES, 2002, p. 137)

Pode-se entender como vítima ideal aquela em que nada contribuiu para ser alvo do crime, como por exemplo vítima de bala perdida ou de terrorismo, por uma clara infelicidade.

As vítimas menos culpadas que os criminosos para Mendelsohn, é a aquela que se põe por ignorância em situação de risco, como por exemplo que frequenta locais perigosos, ou a tal mulher de pouco recato em estupros, ou quem anda com o vidro do carro baixo ostentando relógios caríssimos.

As vítimas tão culpadas quanto o delinquente, são aquelas que assumem uma postura ativa no delito, tal como acontece nas hipóteses de torpeza bilateral em estelionatos, quando a vítima inclusive objetiva também lucrar com a realização do negócio⁸.

A vítima mais culpada que o criminoso é aquela provocadora, a que diretamente induz ou instiga a ação criminosa, como por exemplo nos homicídios emocionais, considerados privilegiados, em razão da previsão legal como causa de diminuição da pena.⁹

Por fim, as vítimas como únicas culpadas acontece quando elas são exclusivamente culpadas pelo fato, como por exemplo quem agride injustamente alguém que reage à agressão em legítima defesa¹⁰ ou quem se atira na frente de um veículo em suicídio. Nesses casos, obviamente, não se está a tratar de conduta criminosa.

De acordo com a classificação ora exposta, percebe-se como perfeitamente passível de ser valorada como circunstância judicial favorável ao réu o comportamento da vítima que seja tão culpada quanto o criminoso ou mais culpada que o criminoso, tendo em vista que apesar de remanescer o caráter

8 Consolidou-se na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a torpeza bilateral não afasta o crime de estelionato (art. 171, CP).

9 Art. 121, § 1º do CP: Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

10 Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem

criminoso da conduta, a culpabilidade se apresenta mais reduzida em virtude da própria postura da vítima.

Portanto, dentro dessa perspectiva, se o comportamento da vítima tão culpada quanto o réu ou mais culpada que este para o fato criminoso acarreta um menor desvalor da conduta e, portanto, numa mais tênue culpabilidade, diante do menor grau de exigibilidade de conduta diversa, a pena não deve sofrer incremento em razão daquela específica circunstância judicial, isto é, o comportamento da vítima.

4 A CONSIDERAÇÃO DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE COMO FATOR DESFAVORÁVEL AO RÉU

Assim como o comportamento da vítima pode servir de contributo para a prática delitiva e, desse modo, rebaixar a culpabilidade do agente, certo é que a ausência de influência da vítima, ou a sua irrelevância na consecução do crime, há de ser entendida como um elemento a mais de censurabilidade na conduta do agente, de modo a necessariamente ser levado em consideração na dosimetria da pena.

Ainda tomando como parâmetro a classificação de Mendelsohn, mencionada no capítulo anterior, vítimas ideais e vítimas menos culpadas do que o criminoso, não devem ter seu comportamento compreendido como circunstância favorável ao réu, mas sim desfavorável.

Pensemos na hipótese em que inadvertidamente um sujeito ao conduzir seu automóvel pelas ruas do Rio de Janeiro, guiado por um aplicativo de celular, acabe por entrar em território dominado por uma facção criminosa e seja barbaramente metralhado sem chance nenhuma de defesa.

Agora, imaginemos a hipótese em que um sujeito diariamente espanque, humilhe e ameace a esposa, a qual, não aguentando mais tanto sofrimento, acabe decidindo matar seu marido após mais um dia de agressões.

Obviamente que as duas hipóteses de homicídio mencionadas como exemplo foram praticadas em contextos deveras distintos, não havendo dúvidas de que a fixação da pena-base há de ser mais elevada no primeiro exemplo da vítima metralhada pela facção criminosa, levando em consideração a irrelevância de seu comportamento para o resultado morte.

Como ficou bastante claro, considerar o comportamento da vítima como circunstância inapta a elevar a pena-base é equivocado, na medida em que verdadeiramente equipara a pena em situações cujo desvalor da conduta é completamente distinto. Explico.

Sabemos que o método mais acertado para a fixação da pena-base é o que o magistrado parte da pena mínima e, de acordo com a análise de cada uma das oito circunstâncias, chega-se ao produto final, levando em consideração as eventuais circunstâncias desfavoráveis ao réu como aptas a incrementar a pena-base para além do mínimo. Por sua vez, as circunstâncias judiciais consideradas favoráveis ao réu ou não influentes por eventual *bis in idem* como explicado alhures, não se prestam a reduzir a pena-base para aquém do mínimo, por imperativo legal previsto no art. 59, II, do Código Penal.

Logo, se a pena parte do mínimo, é óbvio que eventual contributo da vítima para a prática do crime não deverá servir de fundamento para impulsionar a pena-base para além do mínimo legal em desfavor do réu, porque, consoante já dito, cada circunstância tida como favorável não altera a pena-base que é partida do mínimo. Se o conjunto das oito circunstâncias judiciais for todo favorável ao réu, impõe-se a fixação da pena-base em seu patamar mínimo; ao passo que se todas as oito circunstâncias judiciais se apresentarem como desfavoráveis ao réu, nada mais justo do que fixá-la no seu patamar máximo, conforme orienta o referido art. 59, II.

Depois dessa explicação, apresenta-se como algo mais fácil de entender a importância em se valorar o comportamento da vítima como circunstância desfavorável ao réu nas hipóteses em que ela nada contribuir para a prática do crime de que fora alvo, porque se assim não fosse estar-se-ia a beneficiar indevidamente um agente dotado de maior culpabilidade como nos exemplos acima dados, em manifesta afronta ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI da Constituição da República de 1988).

Perfeitamente recepcionado pela Constituição de 1988, o art. 29 do Código Penal reza que cada indivíduo deve ser punido na medida de sua culpabilidade. Então, considerar o comportamento da vítima como circunstância que somente pode ser considerada em desfavor do réu nas hipóteses em que for cabível e considera-la neutra quando a vítima nada contribuir com o delito, é o mesmo que dizer que ambas as situações merecem a mesma pena, porque em um caso como no outro a pena-base permaneceria no mínimo legal em razão daquela circunstância judicial. Em outras palavras, a pena-base não sai do mínimo, seja

quando a circunstância é considerada favorável, seja quando é considerada não influente ou neutra.¹¹

Portanto, equivocada se apresenta a orientação apresentada no bem intencionado e em geral muito útil Manual Prático de Decisões Penais da Enfam, obra coordenada pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, no sentido de que a oitava circunstância judicial prevista no rol do art. 59 do Código Penal, ou seja, o comportamento da vítima, apenas serviria para abrandar a pena do réu mas nunca para recrudesce-la. Primeiro, porque em lugar algum o legislador vedou fosse considerada desfavorável qualquer uma das circunstâncias judiciais, inclusive o comportamento da vítima. Segundo, porque como vimos, há casos em que o comportamento da vítima figura como fator criminógeno e em muitos outros não, segundo a classificação de Mendelsonh. Terceiro, porque se levado a cabo tal entendimento, jamais uma pena-base poderá ser fixada no seu patamar máximo, em frontal contradição com o art. 59, II, do CP, que permite ao juiz fixá-la nos patamares mínimos e máximos, bem como com o já mencionado princípio da individualização da pena, porque seja a vítima contribuindo ou não com o crime que sofreu, a situação jurídica do réu permanecerá a mesma, isto é, deitado no berço esplêndido da pena mínima, mesmo sem merecer.

Faria todo sentido a orientação contida no mencionado Manual caso prevalecesse o entendimento de que a pena deveria ser fixada partindo-se do termo médio ou então do máximo, e desse patamar, fosse abrandada por cada circunstância judicial favorável, porque assim o comportamento da vítima ideal, completamente inocente ou menos culpada que o réu não acarretaria o agravamento da pena, mas também não a manteria no mínimo legal, justamente a mesma pena de quem laborou com culpabilidade reduzida pela ação da vítima, conforme detalhado acima.

Apesar de predominante na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a fixação da pena deve ter como marco inicial a pena mínima, também há quem sustente a posição no sentido de que nada impediria que a pena partisse de um termo médio e até do máximo, como frisou Inácio de Carvalho Neto:

11 É o alerta que Inácio de Carvalho Neto faz ao asseverar: "O problema é justamente que, na utilização de tal critério (tomando-se por base o limite mínimo), não se tem levado em conta o fato de a circunstância ser desinfluyente ao réu, equiparando-se esta à circunstância a ele favorável. Isto gera distorções na pena-base fixada in concreto". (CARVALHO NETO, 2013, P. 106).

Seria, então, o caso de se perguntar: por que, então, não se partir da pena máxima, diminuindo-se a de um quantum para cada circunstância favorável ao réu, em vez de se partir do patamar mínimo, aumentando-se do mesmo quantum para cada circunstância desfavorável ao réu? (CARVALHO NETO, 2013, p. 105).

Mais adiante o citado autor pondera como mais razoável o critério de se partir do termo médio, mas não do mínimo:

Não há dúvida, a nosso ver, ser mais adequada a adoção do termo médio como ponto de partida para a fixação da pena-base. A propósito, Nelson Hungria afirmou, inclusive, que “este termo médio, aplicado empiricamente pelo arbítrio do juiz, já seria uma pena-base” (CARVALHO NETO, 2013, p. 105).

Ciente de que há quem sustente que a pena não deve partir do mínimo¹², deriva-se, daí, duas conclusões possíveis no tocante à valoração pelo magistrado do comportamento da vítima na dosimetria da pena: ou se adota o entendimento de se partir a fixação da pena acima do mínimo legal e com desfaçatez não se piora a situação do réu, o que não me parece razoável, ou, então, segue-se o script comum que adota o critério mais aceito de partida da pena-base do mínimo legal e, assim, de maneira coerente exerce estritamente a proibição do *non liquet* e decide o que tem que ser decidido com a análise completa das circunstâncias judiciais, ou seja, dizer sem constrangimento que o comportamento da vítima é circunstância judicial desfavorável ao réu. Por que não? O que não é possível é furtar ao magistrado a possibilidade de fixar a pena-base no patamar que reputar justo, proporcional e alinhado à censurabilidade da conduta do réu.

12 Ressalte-se que nem sempre predominou o entendimento de que a pena deve-se partir do mínimo legal, inclusive o Código Penal da República de 1890 previa no art. 62, §1º, que: “nos casos em que este código não impõe pena determinada e somente fixa o Maximo e o minimo, considerar-se-hão tres grãos na pena, sendo o grão médio compreendido entre os extremos, com atenção às circunstancias aggravantes e attenuantes, as quaes serão applicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes: § 1º No concurso de circunstancias aggravantes e attenuantes que se compensem, ou na ausencia de umas e outras, a pena será applicada no grão médio”.

CONCLUSÃO

Em que medida a vítima contribuiu para a conduta criminosa? Tais fatos tão caros à análise da culpabilidade sim, devem interferir na aplicação da pena, até mesmo porque quando da fixação da pena-base, quantum fundamental para as demais operações rumo à pena final, o juiz deve estar adstrito ao princípio da individualização da pena que por regra de isonomia deverá necessariamente ser aplicada de maneira adequada a cada agente de acordo com o desvalor de cada conduta criminosa praticada, inclusive por imperativo de justa retribuição proporcionada.

Diante disso, verifica-se como adequado no exercício de fixação da pena, o magistrado ponderar a respeito do comportamento da vítima não apenas no sentido de abrandar a pena, mas também exasperá-la se valorado como desfavorável ao réu. O Comportamento da vítima que contribuiu para a prática criminosa reduz o grau de exigibilidade de conduta diversa pelo agente, o que decerto interfere na culpabilidade e por consequência no quantum de reprimenda. Por outro lado, o comportamento da vítima que nada contribuiu apresenta um nível de inexigibilidade de conduta diversa mais elevado, razão pela qual nada justifica impedir que tal circunstância judicial seja valorada em desfavor do réu, notadamente pela maior culpabilidade que apresenta.

Enfim, o comportamento da vítima é circunstância judicial como qualquer outra, podendo o juiz valorar como favorável ou desfavorável ao réu.

REFERÊNCIAS

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal II**. Almedina: Coimbra. 2014.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 30 de jun. 2018.



BRASIL. **Exposição de Motivos nº 211**, de 9 de maio de 1983. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 25 jun. de 2018.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Lei. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 30 de abr. 2018.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I. Tomo I.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. II.

ROSSETTO. Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014

SCHIETTI, Rogério Cruz. Coord. *et al.* **Manual Prático de Decisões Penais** em:<<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-de-deciso%CC%83es-penais-para-site.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2018.



HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: CONTRATUAIS, SUCUMBENCIAIS E RECURSAIS. NATUREZA E DIÁLOGO DAS VERBAS. A CONTRIBUIÇÃO DO CPC PARA A DIGNIFICAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA¹

Jones Figueirêdo Alves

Desembargador decano do Tribunal de Justiça de Pernambuco, é magistrado de carreira, com 44 anos de judicatura (27.11.1975). Membro da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratua (IBDCont) e diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Integra o Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), e o Instituto dos Advogados de Pernambuco (IAP), como associado colaborador.

INTRODUÇÃO

Assinalo, sob a égide da imensa honraria aqui conferida, que nossa participação, como magistrado e decano de corte estadual em Conferência Nacional da advocacia brasileira, simboliza e representa a aproximação que o Tribunal de Justiça de Pernambuco tem com a advocacia, à exata medida de os seus julgamentos refletirem a presteza de uma jurisdição com o resultado útil do processo obtido pelo eficiente desempenho participativo dos advogados. Sobretudo, reconhecendo, sempre, o relevante papel que a advocacia exercita para a melhor e mais qualificada distribuição de justiça.

Em ser assim, a primeira palavra, por isso mesmo, é a de expressar que uma de suas principais prerrogativas profissionais, dentro do moderno processo judicial, a par de todas que lhe assegurem o mais amplo exercício de atuação, é a de o advogado obter na atual função remuneratória dos honorários, um valor pecuniário compatível com o significado constitucional de sua presença indispensável e cooperativa, preconizada pelo artigo 133 da Carta Magna.

Esta prerrogativa é um valor jurídico, extraído da própria concepção, histórica e terminológica da verba honorária, importando o seu emprego vocabular distinguir o trabalho intelectual como uma honra, em tarefa ou encargo que dialoga com a absoluta confiança do cliente e sob cujo grau elevado de vínculo de confiança mais honra ao advogado exercer o empenho a si confiado.

¹ Apontamentos para a palestra que foi proferida pelo autor, na XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em São Paulo (SP) – nov./2018.

Advirta-se, a tanto, que mesmo quando os honorários eram havidos como verba de ressarcimento, por titularidade da parte vencedora no processo, e não de seu advogado, antecipando a Lei 8.906, de 04.07.1994, que em seu artigo 23 o colocou destinatário da verba, os tribunais assinavam os seus julgados em prol de honorários com valores adequados à dignidade do trabalho profissional desenvolvido.

O arbitramento dos honorários ao alcance de buscar uma remuneração condigna do exercício da advocacia, com variação percentual prefixada por disposição legal, sempre esteve atento a esse poder-dever.

Como tal, vale conferir antigo julgado, onde concluiu-se, de há muito, sob a égide do Código de Processo Civil anterior, o entendimento que:

(i) “o artigo 20, par. 4º, do CPC, ao determinar se decida por equidade, não autoriza se fixem em valor aviltante os honorários por sucumbência” (STJ – 1ª Turma, REsp. n. 18.647, j. em 11.11.1992), ou seja, sufragada a tese há vinte e cinco anos atrás.

Ou seja, mais precisamente, o princípio informador e geral da fixação da verba sempre foi o de prover uma remuneração justa em ordem de identificar de forma objetiva o trabalho executado, sem abstrações ou generalidades. Tanto a teoria da sucumbência, antes, como a da causalidade, ao depois, serviram uniformes à compreensão de os honorários destinarem-se representar um valor justo e devido em razão do processo.

Ganha, também, relevância, nessa linha de conta, o fato de o arbitramento dos honorários não configurar uma questão meramente processual, e sim questão de mérito apta a formar um capítulo da sentença (REsp 1.113.175-DF, Rel. Min. Castro Meira, DJe 7/8/2012).

No ponto, a contribuição que o novo Código de Processo Civil trouxe para a dignificação da verba honorária merece todos os encômios, quando o estatuto processual instituiu uma disciplina regulatória dos honorários advocatícios, com sua aplicação abrangente, dentro do espectro mais denso da demanda judicial. Mais ainda, conferiu seção própria de capítulo II do Livro III e aumentou as hipóteses de incidência dos honorários (art. 85, § 1º), em confronto com o art. 34 do antigo Código. A todo rigor, os honorários agora são tratados com melhor disciplina, na moldura do art. 85 e, ainda, pelo artigo 338.

Será propósito, então, de nossas reflexões adiante expostas, destacar brevemente as várias inovações capazes de concretizar a dignificação da verba honorária, tema central do estudo, e os mecanismos indutores à essa fixação; contemplando, ainda, julgados recentes de maior importância, os aspectos práticos em diálogo das referidas verbas, no curso do processo, e afinal, apontando alguns questionamentos que a melhor doutrina haverá de cotejar.

1 CRITÉRIOS OBJETIVOS

Antes de mais, impede observar que os critérios objetivos à fixação de um valor justo dos honorários sucumbenciais, antes referidos no artigo 20 do CPC/73, ganham um novo elemento decisor, **o do proveito econômico obtido**, que terá sua aplicação nas causas onde não houver valor de condenação.

Assim dispõe o art. 85 § 2º:

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos (...)

A inserção legal do proveito econômico obtido como circunstância reveladora da expressão financeira da demanda, atende a uma construção jurisprudencial sedimentada que arrimou esse novo critério de fixação da verba sucumbencial.

A base de cálculo no resultado econômico da ação tem primazia, portanto, sobre o valor emprestado à causa, designadamente na *práxis* forense atribuído para efeitos fiscais, conquanto muitas vezes conduzam, na prática, ao mesmo resultado (STJ - 1344678/RJ). No caso, bem de ver, a lei não estabeleceu ressalvas ao valor do benefício econômico para a simetria de escala percentual consagrada à aplicação da verba sucumbencial.

Isto significa dizer que não haverá limite de valor, segundo o proveito econômico obtido, nas causas rentáveis, para a aplicação do referido critério em

segunda alternativa legal à definição dos honorários adequados, diversamente do critério escalonado de faixas para os casos de sucumbência da Fazenda Pública.

Ponderação imediata deve ser feita para a exegese da norma, diante de eventual tese de o valor do benefício não ser determinável, impossibilitando a sua mensuração, isto a conduzir ao arbitramento da verba honorária pelo valor atualizado da causa como terceiro critério objetivo aplicável. Não há negar que diversas circunstâncias possibilitam aferir o conteúdo econômico do processo mediante a correta observância da lide.

Essas hipóteses carecem de um exame judicial circunstanciado, a dizer da correta repercussão do resultado econômico da demanda. Ou seja, “para o autor, o **proveito econômico** equivale ao benefício alcançado com o(s) pedido(s) julgado(s) precedente(s), enquanto para o réu, o **proveito econômico** corresponde ao benefício alcançado com a improcedência de um ou mais pedidos formulados pelo autor”.² O proveito de uma parte é o não proveito da outra, a exemplo de quando havendo condenação e execução na lide originária, esse valor equivale ao do benefício econômico buscado nas ações rescisórias, precedentes ou não.

A dignidade da profissão conclama que resulte apurada com maior esforço, a expressão econômica do litígio em proveito das partes do composto da demanda, sempre a permitir que os honorários alcancem essa expressão relevante da causa. Não se pode admitir que a remuneração não esteja condizente com essa referência jurídico-econômica, quando persuade a lei nesse sentido, ao introduzir o critério do proveito para o arbitramento da verba.

Somente quando esse proveito resultar economicamente indeterminado, sem uma aferição possível, terá lugar o critério do valor atualizado da causa, para a determinação adequada da verba honorária. A *práxis* vinha regrado a sua aplicação, na vigência do antigo Código, em substituição à apreciação equitativa, quando aquele não figurava elencado como critério de fixação, ao tempo que agora o critério da apreciação equitativa, diversamente do previsto no artigo 20, § 4º do CPC/1973, fica restrito, apenas como critério excepcional ou subsidiário, às hipóteses do § 8º do art. 85 do CPC/2015, ou seja, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for inexpressivo.

2 TJ-ES - Apelação APL 00085137020158080021 (TJ-ES)

Lado outro, de expressiva importância é a previsão de os critérios de fixação dos honorários terem aplicação **independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive nos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito** (art. 85 § 6º). O tratamento isonômico para as demandas, sem diferença da natureza delas ou de seu resultado, nos efeitos da sucumbência, é mais um instrumento que dignifica a verba honorária destinada ao advogado.

2 TITULARIDADE PERSONALÍSSIMA

Não bastasse a previsão contida no artigo 23 do Estatuto do Advogado, quando a Lei 8.906/1994 veio atribuir destinatário certo para a verba honorária, com a titularidade personalíssima do advogado à percepção dos honorários, constituindo a sentença título executivo a seu favor (art. 24), o novo Código de Processo Civil consagra, por definitivo, a natureza jurídica dos honorários sucumbenciais, ao preceituar que a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao **advogado do vencedor**.

É que na forma da dicção do art. 20 do CPC/19783, a bem dizer extraída da teoria da sucumbência, desenvolvida na obra de Chiovenda (em 1900), a sentença condenava o vencido **a pagar ao vencedor** as despesas processuais que antecipou e os honorários advocatícios. A indevida inclusão dos honorários sucumbenciais como espécie de despesas do processo, conferia-lhe a natureza de verba ressarcitória destinada ao vencedor, para efeito de deixá-lo incólume financeiramente perante a demanda, sem qualquer desfalque patrimonial decorrente da lide. A ideia de uma pretendida recomposição econômico-patrimonial da parte permitiu a proposição do art. 20 do CPC/73 conferir a titularidade dos honorários à parte vencedora do processo, como reparação indenizatória pelo que gastou com o advogado.

Segue-se, então, que o artigo 85, caput, do CPC/2015, menciona que *a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor*, expressando no seu § 14. que estes *honorários constituem direito do advogado e tem natureza alimentar*, enquanto o artigo 82, § 2º, em contraponto, dispõe que *a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou*.

De efeito, o novo CPC, também se harmoniza ao princípio da causalidade da demanda, pelo qual a parte que deu causa à demanda, suportará os consectários lógicos da relação de causalidade a responder por honorários do advogado da parte contrária.

Isto mais se evidencia, em extensão, nos casos de:

(i) perda de objeto da lide, devidos os honorários por quem deu causa ao processo (art. 85 § 9º);

(ii) ilegitimidade passiva da parte, alegada em contestação, facultado ao autor a alteração do polo passivo, com alteração da petição inicial, pagando este os honorários ao procurador do réu excluído, fixados entre três e cinco por cento do valor da causa, ou sendo este irrisório, por apreciação equitativa (art. 338 e § único);

(iii) reconhecimento jurídico da procedência do pedido, com o cumprimento simultâneo da prestação reconhecida, com horários reduzidos pela metade.

(iv) pagamento do débito tributário pelo devedor antes de citado, impondo-se a verba honorária mesmo que a relação jurídica processual não tenha sido formada, para efeito de extinção da execução fiscal, como tem decidido o STJ (REsp. 1592755, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, 24.05.2016).

A repartição das verbas, nas suas esferas próprias, despesas processuais e honorários de sucumbência, é demonstrada pelo novo Código, com maior nitidez, em sua natureza diferenciada, como institutos jurídicos processuais distintos.

Honorários de sucumbência, iniciais ou recursais, não tem natureza de ressarcimento à parte, pelo que não integram as despesas do processo, inclusive as de contratação do próprio advogado, que também se faz remunerado em seu trabalho no processo pela parte adversa.

A nova tutela jurídica processual em favor da dignidade do trabalho advocatício, pelos honorários sucumbenciais devidos, principiologicamente está assentada em quatro postulados:

(i) autonomia da verba, destinada ao advogado como remuneração essencial ao seu trabalho no processo (art. 85, caput);

(ii) alcance mais amplo do instituto da sucumbência honorária, quando se irradia sua incidência, na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução resistida ou não, e nos recursos interpostos, *cumulativamente*. (art. 85 § 1º).

(iii) a qualificação dos honorários como verba de natureza alimentar (art. 85 § 14).

(iv) a condenação em honorários constitui parte integrante da sentença, de sorte que esta omissa, não faz coisa julgada quanto ao direito personalíssimo do advogado, tornando cabível ação autônoma para sua definição e cobrança (art. 85 § 18). Os honorários de sucumbência não precluem pelo não manejo de recurso, despartado, neste ponto, da condenação principal, podendo, assim, serem exigidos em ação própria. A inovação do parágrafo 18 ao art. 85 desconstrói e extingue a Súmula 453 do STJ.

A propósito, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, aponta que “*não há razão para se considerar imutável o que decidido não foi*” indicando as incongruências teóricas do verbete sumular, a partir de desnecessária a interposição de embargos declaratórios contra a decisão omissa a respeito do pagamento de honorários, por constituir dever legal do juiz fixá-los.

A autonomia dos honorários sucumbenciais, pela titularidade do destinatário, diversa das despesas do processo, conduziu a um **outro significativo avanço instituído pela parte final do art. 85 § 14 do CPC/2015**, que aqui também se aponta, sob o relevo da vedação compensatória, nos casos de sucumbência recíproca, antes admitida pelo art. 21 do CPC/1973.

Ali se dispunha que recíproca e proporcionalmente seriam distribuídos e compensados entre os ligantes, os honorários e as despesas, quando ambos, em parte, fossem vencedor e vencido.

Agora, a compensação das verbas honorárias é vedada em caso de sucumbência parcial, obviamente porque cada verba honorária é destinada ao advogado em respectivo, afirmando mais uma vez a titularidade exclusiva de cada um deles sobre os seus respectivos honorários, e por não ser, obviamente, um devedor do outro.

De mais a mais, o art. 21 do antigo texto codificado, nunca se justificou por confrontar-se com a regra do art. 368 do Código Civil, segundo a qual para efeito da compensação de obrigações recíprocas ter-se-iam duas pessoas ao mesmo tempo como credor e devedor, uma da outra, extinguindo-se as obrigações até onde se compensarem. Nada obstante, verbete da Súmula 306 do STJ, por sua Corte Especial, admitia em 03.11.204, a compensação prevista no art. 21 do CPC, o que se apresenta agora superada pelo novel CPC.

3 CARÁTER ALIMENTAR DA VERBA HONORÁRIA

De tudo o que até agora coloca-se em análise, sublinhe-se com o maior realce que se exige, o caráter alimentar da verba honorária.

Pertencendo ao advogado os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor, consoante dispõe o art. 23 do Estatuto da Advocacia, certo é que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 47, a saber:

“Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor **consustanciam verba de natureza alimentar** cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.”

Duas questões atualíssimas, desafiam o devido trato do tema, que se apontam mercê da natureza alimentar da verba.

Recentemente entendeu o Supremo que o verbete, em questão, “sumulou a matéria relativa tão somente aos honorários advocatícios incluídos na condenação, na forma do §1º do art. 100 da Constituição Federal e do art. 23 da Lei 8.906/94” (...) não havendo que se falar, portanto, (...) expedição de RPV, em separado e independente do crédito principal, para pagamento destacado de honorários contratuais.” (RE 968116 AgR, Primeira Turma, Relator Ministro Edson Fachin, julgamento em 14.10.2016, DJe de 4.11.2016).

No entanto, em Reclamação nº 26.259, houve o ministro Luís Roberto Barroso, de admiti-la procedente, por decisão monocrática de 01.06.2017, expressando que “a natureza autônoma e o caráter alimentar são comuns aos honorários sucumbenciais, por arbitramento judicial e contratuais, violando a Súmula Vinculante 47 a decisão que exclui do seu âmbito de incidência os honorários advocatícios contratuais”.

Afigura-se-nos que a natureza da verba não se desnatura do seu caráter alimentar, quando toca aos honorários advocatícios contratuais, enquanto crédito do advogado, porquanto constituir direito material autônomo, diferentemente de



quando referidos honorários contratuais se apresentem como despesa processual em ordem de integrar o direito de ressarcimento da parte vencedora no processo, como tem sido entendido componente ao princípio da reparação integral dos danos.

Aliás, em percuciente estudo, FELIPE CUNHA DE ALMEIDA, sustenta da possibilidade de a verba dos honorários contratuais ser incluída no rol dos pedidos, “fazendo parte dos prejuízos que a parte suporta em determinada demanda”, para os fins do artigo 82 § 2º do novo CPC. No ponto, urge frisar que o montante gasto com os honorários contratuais do advogado constituído pela parte integra as despesas necessárias ao ajuizamento da demanda e ao processo em si mesmo.

Assim, a se constituir a verba que se pretende ressarcida como despesa do processo, suficiente que o contrato de honorários instrua o pedido principal, como dispêndio do credor à ação proposta, configurando perdas e danos, para a prudente análise do magistrado sobre o instrumento contratual de honorários exibido para ressarcimento e sobre a justa contratação onerosa, em valores razoáveis, servindo ao princípio da reparação plena dos danos, a partir da atuação da parte adversa que ensejou a necessidade da demanda contra si proposta ou da defesa que essa se obrigou oferecer no processo.

Bem de ver, à luz do que determina o atual art. 82 § 2º, CPC/2015, que o STJ se posicionou a respeito, a teor do acórdão seguinte:

“Aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores dispendidos pela outra parte com os honorários contratuais, que integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos art. 389, 395 e 402 do CC (STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Fátima Nancy Andrigui, DJe de 24.06.2011).

Anota-se, no entanto, que sendo as verbas honorárias, convencionais e sucumbenciais, cumuláveis entre si, como bem refere o art. 23 da Lei 8.906/94 (EA), pelo que destinadas ao mesmo profissional, este poderá acaso não recebidos ainda os honorários contratados, inclui-los como parcela de sua remuneração, ao tempo da promoção da lide para fins da condenação de referidas verbas pela parte sucumbente.

Segunda questão, de maior relevância, exsurge ao tempo da cobrança ou execução da verba honorária impaga, nitidamente alimentar, no atinente aos custos da propositura da ação competente ao implemento da obrigação.

Em vigor desde 13.07.2017, a Lei estadual nº 15.016/17, estabelece em seu artigo 6º que estão isentos do pagamento da Taxa Única dos Serviços Judiciais, que tem por fato gerador a prestação de serviços públicos de natureza forense, os processos de alimentos e de execução de alimentos. Nessa latitude, **situam-se, indubitavelmente, incluídos, na isenção, os honorários advocatícios sucumbenciais perseguidos**, de titularidade exclusiva do advogado, pelo seu caráter manifestamente alimentar.

Anota-se, ainda, que referida lei, houve de estabelecer que na hipótese de recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência, ou *"initio litis"*, fixados em favor do advogado, poderá a taxa do serviço ser paga ao final pelo advogado credor, se vencido.

Estas duas questões postas, alinham-se por um denominador único do prestígio à remuneração profissional do advogado. Será certo admitir honorários contratuais com a mesma natureza dos sucumbenciais, em seu caráter alimentar, como, igualmente, reclama-se que nos demais Estados da Federação, as leis de custas judiciais consagrem o princípio da isenção do pagamento nos processos de reclamo dos honorários. São, efetivamente, políticas públicas de valorização do trabalho do advogado.

4 HONORÁRIOS RECURSAIS

Instituto jurídico novo introduzido pelo CPC/2015 é o dos honorários pela sucumbência recursal, cogitado pelo art. 85 § 11, em prevendo que o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente, levando o trabalho adicional realizado em grau recursal.

A todo rigor, não se trata de uma nova verba honorária superposta aquela já fixada em primeiro grau da jurisdição, em pretensão de corrigir o uso abusivo dos recursos, porquanto limita-se apenas a majorar os honorários, como verba honorária adicional.

O cabimento dos honorários recursais fica condicionado:



(i) à verba honorária sucumbencial dever ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso (STJ – 3ª Turma, Ag. In. no Agr. em REsp. nº 1.084.466, Rel. Marco Aurélio Bellize);

(ii) não terem sido atingidos na origem os limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC, para cada fase do processo, implicando o percentual máximo de 20% sobre a condenação, o proveito econômico obtido ou o valor atualizado da causa, nos casos das relações privadas ou nos limites dos percentuais escalonados e tarifados nas causas em que a Fazenda Pública for parte.

O cabimento segue, portanto, o grau recursal específico, ou seja, a cada instância recursal instalada, tendo a Corte Especial do STJ adotado o entendimento no sentido de os honorários recursais somente terem aplicação quando houver instauração de novo grau recursal, e não a cada recurso interposto no mesmo grau de jurisdição. (Ag. Int. nos Embargos de Divergência em Agravo em Resp. 802.877-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe. 09.05.2017). A decisão alinha-se ao Enunciado 16-ENFAM, segundo o qual “não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição.”

Pois bem.

Os critérios de cálculo dos honorários recursais começam a ser exemplificados nos mais recentes julgados do STJ, adotando parâmetros de fixação como tais adotados em grau inferior, para efeito de a majoração observar os mesmos métodos, conforme elucida o julgamento em sede em EDcl. no Agint no REsp. nº 1.573.573-RJ, da relatoria do Min. Marco Aurélio Belizze,

O mais interessante, nesse julgamento, é a opção do julgador em interpretar não se tornar exigível a **comprovação do trabalho adicional** do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba, permitindo-se admitir que a majoração atende mais a medida de desestímulo à litigância procrastinatória, sob o princípio dissuasório do recurso abusivo.

A 1ª Turma do STF no ARE 971,774. Agr., em relatoria para o Acórdão do Min. Edson Fachin, adotou, em 06.09.2016, tal diretiva julgadora, superando os anteriores acórdãos do Pretório Excelso que afastaram a incidência da majoração honorária, quando não apresentadas contrarrazões ou contraminuta do recorrido.

A nosso sentir, melhor interpretação deve ser dada ao ditame do artigo 85, quando afirma devidos os honorários advocatícios sob a cláusula “e nos recursos

interpostos, cumulativamente", a poder significar cabíveis os honorários recursais em todo e qualquer recurso manejado pela parte.

Em outra latitude, LUIZ HENRQUE VOLPE CAMARGO tem entendido que "os honorários são cabíveis em qualquer recurso que impugnar pronunciamento judicial fundado em uma das hipóteses do art. 485 ou 487, inclusive no agravo de instrumento nos casos em que a decisão interlocutória impugnada versar sobre o mérito da causa (1.015, II), ou na liquidação de sentença (art. 1015, § único), porquanto, em casos que tais, o juiz deverá fixar honorários a favor do advogado do vencedor.

Se bem se vir, o efetivo exercício do poder de ofício de o tribunal integrar a sentença omissa por ocasião do recurso do vencido, com o arbitramento de honorários sucumbenciais, não significando dita fixação "*reformatio in pejus*" ou majoração da verba à título de verba recursal, o mesmo sucederá com a aplicação de verba recursal em agravo, nada obstante inexistente anterioridade de verba honorária na decisão agravada.

É inegável o mérito da instituição de honorários recursais no novo sistema processual, como fator dissuasório aos recursos infundados. Em ser assim, a nova disciplina sucumbencial vem consagrar, nesse propósito, o estímulo à rápida duração do processo.

Retenha-se, todavia, que a remuneração profissional dos honorários **não deve ser minorizada em primeiro grau a valores pouco expressivos**, sob o pálio de conferir uma margem percentual residual à majoração pela instância recursal superior diante de eventual recurso. Não se pode visualizar que honorários menores satisfarão o sucumbente a admitir, sem resistência, a decisão de primeiro grau. E, muito ao revés, a condenação em honorários no juízo recorrido no máximo legal, não oportunizará a majoração na sede recursal, incentivando, abertamente, os recursos.

Bem por isso, há de se professar, de *lege ferenda*, que o escopo dissuasório da verba recursal deverá fundar-se em uma nova verba sucumbencial, específica para os recursos, como verba cumulativa, sem restringir os limites próprios percentuais já preordenados da sucumbência de primeiro grau. Essa hipótese, condiz, em boa medida adequada, com a dignificação das verbas honorárias, em todos os graus próprios da jurisdição.



5 CONCLUSÕES

Diante de tais considerações, impende, ao final, dedicar o tema de honorários aqui exposto à toda advocacia nacional comprometida com a efetividade dos direitos em boa justiça aplicada.

Reconhecer, conclusivamente, que a dignificação das verbas honorárias está a exigir diálogo permanente entre si, contribuindo para o arbitramento conforme, seguro e eficiente, no formato de justiça feita também ao trabalho profissional de cada patrono de parte.

Essa dignificação exige, naturalmente, ampliações percentuais que o CPC não ofereceu, a contento, tudo a ensejar a aplicação da sucumbência, para todos e qualquer grau recursal próprio.

Veja-se, a tanto, o acórdão seguinte:

“Com a interposição de embargos de divergência em recurso especial tem início novo grau recursal, sujeitando-se o embargante, ao questionar decisão publicada na vigência do CPC/2015, à majoração dos honorários sucumbenciais, na forma do § 11 do art. 85, quando indeferidos liminarmente pelo relator ou se o colegiado deles não conhecer ou negar-lhes provimento”. (AgInt nos Embargos de Divergência em REsp. n. 1.539.725 - DF (2015/0150082-1). Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira).

Ora bem.

Sem margens devidas de majoração, ou sem verbas recursais independentes, os graus próprios jurisdicionais não experimentarão, com eficiência, a sucumbência recursal no espírito que decididamente a inspirou.

Será representativo, portanto, para o devido e adequado processo civil contemporâneo e sob a égide da afirmação da efetividade ótima da jurisdição, que os valores sucumbenciais guarneçam honorários em magnitude que traduza, com fidelidade, o trabalho do advogado em sua indispensabilidade à administração da justiça.

Há uma crítica no que diz respeito à introdução do instituto jurídico, o dos honorários de sucumbência recursal, pelo Código de Processo Civil, porquanto estão eles já mitigados diante do fato de não lograrem um arbitramento superior aos limites preconizados nos parágrafos 2º e 3º, do art. 85 do CPC. Significa dizer que os honorários recursais, tão decantados pela doutrina, não estão considerando

a sua teleologia maior, isto porque, na verdade, não se trata de uma verba honorária nova, apenas uma verba adicional. É preciso que os critérios de cálculos honorários acompanhem a melhor jurisprudência no que diz respeito a não poder ser minorizados, em primeiro grau, a valores pouco expressivos sobre o palio de se permitir que honorários recursais, grau por grau, possam ser ampliados.

A minha colocação, portanto, é no sentido de que a dignificação das verbas honorárias exige, um diálogo permanente, contribuindo para que o arbitramento seja conforme, seguro e eficiente no formato de uma Justiça feita também ao trabalho profissional de cada patrono da parte. O advogado procura a Justiça de seu cliente e por essa razão a própria Justiça deve ser feita a ele no trabalho determinante à obtenção do direito da parte.

O DISCURSO DE ÓDIO NO CIBERESPAÇO MOTIVADO PELA PUBLICIDADE DE DECISÕES JUDICIAIS

Thiago Tristão

Juiz de Direito

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a utilização do ciberespaço para prática do discurso de ódio em decorrência da publicidade de decisões judiciais. A abordagem utilizou como referência decisão da Suprema Corte Americana que foi divulgada em websites brasileiros e que provocou reação dos internautas com comentários que ultrapassam a liberdade de expressão assegurada constitucionalmente. Quanto a metodologia aplicada, esta constitui-se no emprego do método de abordagem indutivo bem como técnica de pesquisa documental, baseada em consulta ao material bibliográfico, doutrinas, artigos, legislações e outros instrumentos normativos. Concluiu-se, que as tecnologias de informação e comunicação - TIC que poderiam ser utilizadas em exclusivamente em benefícios daqueles que acessam a internet acabam sendo também instrumento fomentador de ofensa e intolerância.

Palavras-chave: Tecnologias da Informação e Comunicação; Discurso de ódio; Decisão Judicial.

ABSTRACT

The present work deals with the use of cyberspace to practice hate speech as a result of the publicity of judicial decisions. The approach used as reference the decision of the Supreme Court that was published in Brazilian websites and that provoked reaction of the internauts with comments that surpass the freedom of expression assured constitutionally. As for the methodology applied, this is the use of the method of inductive approach as well as documentary research technique, based on consultation of bibliographical material, doctrines, articles, legislation and other normative instruments. It was concluded that information and communication technologies (ICTs) that could be used exclusively for the benefit of those who access the Internet end up being also an instrument that foments and propagates offenses and intolerances.

Keywords: Information and Communication Technologies. Hate speech. Judicial decision.

INTRODUÇÃO

O espaço *online* está cada vez mais sendo frequentado pelos brasileiros, sendo que a internet tornou-se uma ferramenta que contribui de maneira significativa para o exercício do direito humano à informação e comunicação. Nesse sentido, cabe ressaltar, que a moderna tecnologia possibilita que conteúdos variados, inclusive de decisões judiciais que antes ficavam restritas - de regra - ao Diário Oficial impresso, sejam disponibilizados em rede e acessados por milhares de pessoas em poucos instantes que sem esforço e utilizando de alguns clicks conseguem impulsionar o conteúdo, muitas vezes com manifestações pessoais. Assim, os leitores acabam transformando-se de meros receptores de informações para protagonistas na disseminação de suas opiniões pessoais sobre o conteúdo disponibilizado.

Contudo, não obstante os limites constitucionais bem como a regulamentação ordinária vigente do ciberespaço, verifica-se uma crescente propagação de discurso de ódio, dentre os quais decorrentes da publicidade de decisões judiciais no ciberespaço, utilizando os transgressores do manto de proteção não absoluta da liberdade de expressão bem como da falsa sensação de que estão no anonimato atrás de uma tela de computador. Deve ser observado que o enfrentamento do discurso de ódio (*hate speech*) é tratada no âmbito internacional, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH – bem como na legislação doméstica, especialmente o Código Penal vigente.

Com o escopo de demonstrar o quanto as publicidades de decisões judiciais estão sendo utilizada para disseminação do discurso de ódio através das Tecnologias de Informação e Comunicação – TIC, o presente trabalho fez uma abordagem da publicidade referente à decisão proferida pela Suprema Corte Americana, na data de 04 de junho de 2018, a qual ficou conhecida como o “Caso do Confeiteiro do Colorado”. A referida decisão ganhou notoriedade, seja no direito alienígena ou mesmo no âmbito doméstico, em razão de haver uma decisão colegiada sobre um caso concreto polêmico onde colidências de princípios constitucionais sensíveis como liberdade religiosa e não discriminação tiveram que ser enfrentadas e conseqüentemente propiciou terreno fértil no meio online para disseminação do discurso de ódio quando dos comentários dos internautas desse conteúdo.

O estudo do presente tema ganha relevância considerando que as Tecnologias de Informação e Comunicação, em especial a internet, possibilitaram a transcendência de fronteiras na seara informativa, comunicativa e relacional.

Contudo, ainda que as referidas tecnologias estejam integrando o mundo em redes globais de instrumentalidades, acabam criando um fator paradoxal de que, embora esse fenômeno aumente a maneira de organização e interação das pessoas por outro lado potencializa a fomentação e alcance dos discursos de ódio.

1 O DISCURSO DE ÓDIO – DISSEMINAÇÃO IMPULSIONADA PELO USO DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO – TIC

Inicialmente, cumpre destacar que as Tecnologias de Informação e Comunicação, em especial a internet, possibilitaram a transcendência de fronteiras na seara informativa, comunicativa e relacional. Assim, as referidas tecnologias estão integrando o mundo em redes globais de instrumentalidades, criando um fator paradoxal de que, embora esse fenômeno aumente a maneira de organização e interação das pessoas por outro lado potencializa a fomentação e alcance dos discursos de ódio.

Para Castells (2001, p. 497), “Redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades, e a difusão da lógica das redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultural. Embora a forma de organização social das redes tenha existido em outros tempos e espaço, o novo paradigma da tecnologia da informação fornece a base material para sua expansão penetrante em toda a estrutura social”.

Considerando a relevância das redes para caracterização da sociedade na era da informação, para o autor supramencionado, a mesma pode ser entendida como um “conjunto de nós interconectados, sendo o nó o ponto no qual uma curva se entrecorta. Concretamente, o que um nó é depende do tipo de redes concretas de que falamos [...]. Por sua vez, dentro de determinada rede os fluxos não têm nenhuma distância, ou a mesma distância, entre os nós. Portanto a distância física (física, social, econômica, política, cultural) para um determinado ponto ou posição varia entre zero (para qualquer nó da mesma rede) e infinito (para qualquer ponto externo da rede). A inclusão/exclusão em redes e a arquitetura das relações de rede, possibilitadas pela tecnologia de informação que operam à velocidade da luz, configuram os processos e funções predominantes em nossas sociedades” (CASTELLS, 2001, p. 498).

Não pode deixar de ser mencionado que o espaço virtual está cada vez mais sendo frequentado pelos brasileiros. Nesse sentido, pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, mostra que no ano de 2016 o

Brasil possuía 116 milhões de pessoas conectadas à internet, ou seja, o número de brasileiros *online* correspondia a 64.7 % da população. Diante desse expressivo número e considerando a constante evolução tecnológica, em 2014, houve a promulgação da Lei nº. 12.965, demonstrando a preocupação do legislador brasileiro em regulamentar o uso da internet e apresentar diretrizes para atuação do Estado, seguindo dessa forma o caminho trilhado por outros países.

Contudo, não obstante os limites constitucionais bem como a regulamentação ordinária vigente do ciberespaço, verifica-se uma crescente propagação de discurso de ódio, dentre os quais os discursos xenofóbicos, utilizando os transgressores do manto de proteção não absoluta da liberdade de expressão bem como da falsa sensação de que estão no anonimato atrás de uma tela de computador.

Deve ser observado que o enfrentamento do discurso de ódio (*hate speech*) é tratado no âmbito internacional inclusive pela Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH – onde expressamente, no artigo 2º, está assegurado o direito da pessoa humana não ser discriminada por motivo, dentre outros, de origem nacional.

Ao referir o tema ódio, Joaci Góes explica que de forma majoritária esse sentimento pode ser compreendido pelas pessoas como “[...] uma bomba que pode explodir a qualquer momento, ou uma arma carregada que deve ser evitada ou manipulada com muito cuidado.” Ainda, segundo o autor supracitado “[...] O Antropólogo Edward Hall explica que enquanto o anglo-americanos, por exemplo, costumam graduar a manifestação do ódio, evoluindo de um pedido para uma advertência e, assim, num crescendo, até a ruptura explosiva que sinaliza o fracasso de um acordo, os latinos e os povos do Oriente Médio aguentam calados, o quanto puderem, até explodirem de vez, quando, então, se iniciam as negociações. O que representa o fim das negociações para uns é o princípio para outros.” (GÓES, 2004, p. 335/336).

Nesse sentido, o discurso de ódio pode ser entendido pode ser compreendido nas palavras de CARCARÁ (2014, p. 62): “O discurso de ódio, como forma de manifestação de pensamento, traz consigo o direito de externar uma ideia e ao mesmo tempo incide sobre a esfera da autonomia privada, posto dirigir-se a contaminar determinado ambiente com uma ideia de fúria contra um grupo vulnerável, propagando-a sem possibilidade de diálogo, de liberdade de escolha, do exercício livre da autonomia privada”.



Assim, a agressão decorrente do discurso de ódio pode possuir um efeito espiral, ou seja, a vítima numa forma de proteção ou mesmo de autoafirmação muitas vezes acaba transformando-se em autor da mais agressão na medida em que repele as ofensas iniciais, contribuindo mesmo que de forma inconsciente para perenidade do ciclo da violência decorrente do discurso de ódio. Também acabam ocorrendo incitações de violências a serem replicadas por terceiros que tomam conhecimentos daquelas ofensas, conforme recente artigo publicado por Leal da Silva e Dalla Favera:

[...]“Todos os que partilham de características distintas (raça, cor) ou comungam de posições contrárias (políticas, religiosas) ao emissor do discurso do ódio são inferiorizados e apontados como inimigos responsáveis por uma série de problemas e desgraças. Estabelece-se a lógica maniqueísta do *bom* (o emissor do discurso) contra o *mau* (características e ideias do opositor), incitando-se os demais a aniquilar todos os que representam um perigo aos seus princípios e valores, tidos como absolutos.[...]

Não é diferente quando as ofensas e agressões decorrentes do discurso de ódio possuem carácter discriminatório, especificamente relacionados a nacionalidade. Nesse aspecto, a ofensa não pode ser compreendida como uma simples diferença decorrente da nacionalidade do cidadão, ou seja, a mesma possui um carácter pejorativo fundamentado em critérios ilegítimos que estão baseados na inexistente percepção de superioridade de um grupo em relação a outro. Nesse sentido está o artigo publicado por Leal da Silva, Nichel, Lehman Martins e Kolbe Borchart “O discurso de ódio compõe-se de dois elementos básicos: discriminação e externalidade. É uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor. A fim de formar um conceito satisfatório, devem ser aprofundados esses dois aspectos, começando pela externalidade”

Os fluxos migratórios sempre existiram, contudo, intensificam-se especialmente quando ocorre período de beligerância ou mesmo crises humanitárias e econômicas, impulsionando os nacionais a buscarem refúgios em outros países onde muitas vezes são recebidos com discursos xenofóbicos. Ao

referir sobre a questão, cabe colecionar o entendimento de Samantha Mayer-Pflug (MAYER-PFLUG, 2009, p. 111):

[...]quando um determinado grupo, segundo critérios adotados naquela sociedade, deve receber um determinado tratamento isonômico e não obtêm porque uma parcela da sociedade deve receber um determinado tratamento isonômico e não obtêm porque uma parcela da sociedade entende que eles não fazem jus a esse tratamento. Viola-se diretamente, nessa hipótese, a dignidade daquele grupo, pois se nega um direito legítimo a eles, em razão de uma parcela ou até mesmo toda a sociedade entender que eles não são merecedores, não estão no mesmo nível que os demais ou ainda pior não os reconhecem como sujeitos de direito.

A violência em decorrência dos discursos xenofóbicos intensificou-se com a universalização da internet, sendo que atualmente verifica-se que em decorrência do agravamento da situação política e econômica da Venezuela, muitas pessoas estão migrando para os países que fazem fronteira, havendo especialmente no Brasil uma onda de hostilidade no ciberespaço com teor xenofóbico.

Para disseminação dessa intolerância, utiliza-se como pseudo - argumento a impossibilidade do Brasil de receber imigrantes pela já precária infraestrutura somada a ausência de emprego para seus nacionais desconsiderando assim tratados e convenções dos quais o país é signatário. Assim, em decorrência da crescentexenofobia *on-line* contra os imigrantes venezuelanos, os mesmos acabam estigmatizados de forma negativa e sofrem na realidade *off-line* duplamente, por abandonar seu país e muitas vezes familiares e conviver com intolerância numa nova terra sem qualquer referência ou perspectivas de concreta de futuro.

No campo normativo brasileiro a xenofobia está regulamentada, seja no âmbito constitucional ou mesmo infra legal como ilícito penal. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa Brasileira, consigna expressamente no artigo 5º, inciso XLII a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sendo que a Lei Federal n.º 7.716/89 prevê os crimes resultantes de discriminação ou preconceito por motivo de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Mercê destaque o artigo 20 da referida Lei Federal que qualifica a conduta de praticar, incitar ou induzir o racismo, por meio de comunicação social ou publicação. Além

disso, o artigo 140, parágrafo 3º do Código Penal, que criminaliza a injúria por elementos discriminatórios, sendo a xenofobia uma das formas de discriminação.

A tipificação para manifestações discriminatórias em decorrência da nacionalidade, ainda que no ciberespaço, não esgota a problemática quando invocada a liberdade de expressão como garantia assegurada constitucionalmente. Nesse sentido, Samantha Mayer-Pflu explica que “o discurso de ódio, como visto, é um dos aspectos polêmicos da liberdade de expressão, e como tal entra em conflito com outros valores igualmente assegurados pela Constituição como a dignidade da pessoa humana e a vedação da prática do racismo (MAYER-PFLUG, 2009, p. 219).

Havendo discursos xenofóbicos cabe a atuação do Poder Judiciário na busca da pacificação social e prevenção de reiteração de condutas análogas respeitadas as normas internas e internacionais, preservando o respeito da dignidade da pessoa humana daqueles que são vítimas dessas agressões que ocorrem utilizando as Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC).

Assim, conclui-se que a propagação do discurso de ódio xenofóbicos proferidas contra imigrantes Venezuelanos nessa organização social formada por nó ganha relevância não apenas pela abrangência que a mesma alcança quando realizada por intermédio do ciberespaço, atingido número indeterminado de pessoas ou segmentos da sociedade, mas também especialmente pela agressão existente, ainda que implicitamente contra aqueles que já estão buscando refúgio pelas violências em todos o sentido que sofrem em sua pátria, acarretando retrocessos na sociedade democrática brasileira que deve ser pautada na obediência das normas legais e respeito à dignidade da pessoa humana.

2 DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE AMERICANA

O presente trabalho versa sobre a utilização dos princípios constitucionais como métodos de construção das decisões judiciais. Objetiva verificar como é realizada a ponderação de tais princípios em especial aqueles relacionados a dignidade da pessoa humana, como, liberdade religiosa, de expressão e vedação à discriminação nas decisões judiciais. Para tanto utiliza como referência de análise a decisão proferida pela Suprema Corte Americana na data de 04 de junho de 2018, a qual ficou conhecida como o “Caso do Confeiteiro do Colorado”.

Nessa seara questiona: a decisão reconhecida como o “Caso do Confeiteiro do Colorado” pode influenciar no direito pátrio? Para responder a essa indagação, aplicou-se o método de abordagem indutivo, procedimento comparativo e técnica de pesquisa bibliográfica.

Inicialmente, cumpre destacar que todo ser humano já nasce com direitos e garantias, não podendo estes ser considerados como uma concessão do Estado. No século XX, especificamente após a 2ª Guerra Mundial, iniciou-se com maior ênfase o processo de internacionalização dos direitos humanos, possibilitando dessa forma que houvesse a expansão de um vetor ético universal para tornar viável aos Estados relacionarem suas normas internas com a moral (PIOVESAN, 2011).

O avanço das tecnologias contribuiu de forma significativa para esse processo sobre um outro viés, ao passo que tornou possível a divulgação e interpretação das decisões proferidas pelas cortes de justiça fora dos limites geográficos do país de origem. Tais decisões acabam por influenciar o ordenamento jurídico de outras nações, principalmente, quando abordam questões relativas às relações humanas, transformando-se em verdadeiros “*Leading case* globais”. Para Piovesan (2011) “a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional”.

Neste prisma, a violação a direitos humanos não pode ser aceita como questão doméstica do Estado, mas deve ser enfrentada como problema de relevância internacional. Portanto, não foi diferente com relação a situação envolvendo o confeiteiro americano - Jack Phillips - e o casal homoafetivo - Charlie Craig e Dave Mullins. O fato ocorreu em 2012, data em que o casamento homoafetivo no Colorado ainda não havia sido reconhecido legalmente.

No caso em tela, o casal desejava promover a celebração do seu casamento e solicitaram ao confeiteiro que confeccionasse o bolo personalizado que seria servido na referida festividade. Contudo, não obstante consentir com a venda de bolos, doces e salgados existentes no seu estabelecimento comercial houve manifesta recusa por parte de Jack Phillips, em razão de sua oposição religiosa aos casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Desse modo negou-se a utilizar os seus talentos artísticos para confeccionar um bolo que não seria para um casal tradicional, mas sim homoafetivo.

Diante desse fato, o casal apresentou uma acusação formal à Comissão de Direitos Civis do Colorado, conforme preceitua a *Colorado Anti-Discrimination Act* (CADA) que, dentre outras finalidades, combate à discriminação baseada

na orientação sexual. Cabe mencionar que, tanto a referida Comissão como o Tribunal Estadual do Colorado entenderam que o confeitiro infringiu normas legais, tendo a celeuma jurídica chegado à Suprema Corte Americana, na qualidade de Tribunal Constitucional Americano. O referido julgamento acabou proporcionando um amplo debate jurídico sobre ponderação dos princípios constitucionais na Suprema Corte Americana, trazendo à baila que o contexto da liberdade de expressão vai para além da fala, visto que está intrinsecamente ligado também as condutas/trabalho.

Segundo o relator “ [...] as liberdades aqui afirmadas são a liberdade de expressão e o livre exercício da religião. O discurso livre deste caso é difícil, pois poucas pessoas que viram um lindo bolo de casamento podem ter pensado em sua criação como um exercício de fala protegida” (SUPREME COURT, OF THE UNITED STATES, 2018). Tal construção argumentativa, bem como a decisão em comento produz efeitos no Brasil, considerando a ordem principiológica implícita e explícita pátria.

Nesse contexto, imperioso destacar que, garantias como a liberdade religiosa e de expressão, bem como a vedação à discriminação e dignidade da pessoa humana estão respectivamente pactuadas no art. 5º, incisos, VIII e IX, bem como no art. 3º, inciso IV e ainda no art. 1º, III, todos da Constituição Federal da República de 1988. Com relação a liberdade religiosa, cabe mencionar que objeções religiosas e filosóficas são protegidas a tal ponto que membros do clero, por exemplo, que se opõem ao casamento gay por motivos morais e religiosos não são obrigados a realizar a cerimônia. Assim, a recusa de alguns líderes religiosos em promover a celebração do casamento por ofender seus princípios e dogmas é considerada um exercício de religião/culto. Registra-se que hodiernamente, os casais homoafetivos reconhecem e aceitam esse fato sem diminuir sua própria dignidade.

Contudo, tais atitudes não podem ser consideradas absolutas, deve existir limitações pois, caso contrário, possibilitará a existência de uma longa lista de pessoas que venham a fornecer bens e serviços para casamentos, salvo para homossexuais (negativa exclusivamente em razão do sexo dos clientes), resultando em um estigma inconsistente em toda a comunidade, com conseqüente retrocesso nos avanços já alcançados.

Importante ressaltar que a liberdade religiosa assegurada no texto constitucional como uma garantia individual, não pode ser usada indiscriminadamente para justificar a discriminação, sendo incongruente

sustentar com veemência sua defesa como argumento de autoridade para ferir/ causar humilhação a um semelhante, sendo evidente que os não-cristãos devem tolerar a expressão da religiosidade dos cristãos e vice-versa. Outrossim, a garantia da liberdade de expressão, que está dissociada da garantia de informação, não fica limitada apenas ao direito do cidadão de externar suas opiniões, ideias, juízo de valor ou mesmo qualquer forma de manifestação do pensamento.

Fazendo uma interpretação extensiva da referida garantia, verifica-se que a mesma também pode ser compreendida na inexistência de obrigação de realização de trabalhos artísticos - como a confecção do bolo de casamento personalizado - para expressar uma mensagem da qual seu autor não venha a concordar por convicções de ordem pessoal. Assim, a liberdade de expressão não existe apenas para proteger as opiniões pessoais que estão de acordo com os valores defendidos pela maioria, mas também aquelas que chocam, agridem e muitas vezes vão de encontro com direitos que estão reconhecidos de forma paulatina como o respeito a diversidade sexual.

Nesse sentido, não podemos deixar de relacionar o direito à liberdade de expressão como direito da personalidade, integrante do estatuto do ser humano, fundamental para a concretização e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana de forma pioneira foi reconhecida como princípio fundamental da Constituição Federal da República de 1988, podendo ser considerada um núcleo que irradia efeitos a todo ordenamento jurídico pátrio. Ademais, a dignidade da pessoa humana assim como os direitos fundamentais servem como um suporte axiológico que possibilita a formação de uma base interpretativa ao sistema jurídico brasileiro.

Segundo Kant (2008, p. 59), ao se reportar a dignidade humana ensina que essa, deve ser considerado como um agir de tal forma que “possas usar a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

Ainda, para Kant (2008, p. 38):

[...] só poderemos esperar pela paz universal quando os monarcas e ditadores, que se consideram os possuidores únicos do Estado, forem coisa do passado, quando cada homem em cada país, for respeitado com fim absoluto em si mesmo, e quando as nações aprenderem que

é um crime contra a dignidade humana cada homem utilizá-lo como simples instrumento para lucro de outro homem.

Assim, o aplicador do direito ao invocar como fundamento do julgamento a dignidade da pessoa humana, numa situação concreta onde duas pessoas possuem pretensões distintas, como o caso em tela (casal homoafetivo x confeitiro) deve usar das cautelas necessárias para que ao deixar de acolher alguma das pretensões almejada haja também mitigação da dignidade da pessoa.

Para Alexy, regras e princípios se diferem, apesar de ambos serem considerados pelo autor como normas. Para ele, o critério que distingue regras de princípios é o critério qualitativo. Para tanto, o conflito entre regras pode ser solucionado por meio de cláusula de exceção ou declaração de invalidade de uma das regras. Enquanto que as colisões entre princípios devem ser solucionadas por meio da ponderação a partir da máxima da proporcionalidade, onde um princípio precederá o outro a depender do caso concreto (ALEXY, 2006, p. 92-93).

Nessa acepção, registra-se que toda forma de discriminação, ainda que indireta, deve ser repudiada e não deve possuir espaço no atual estágio de desenvolvimentismo da sociedade moderna, considerando que a mesma significaria uma desigualdade entre pessoas. No Brasil, o art. 3º inciso IV bem como o art. 5º, *caput*, ambos da Constituição Federal da República de 1988 asseguram a igualdade entre todos vendando distinção de qualquer natureza (BRASIL, 1988).

Para Piovesan (1998, p.206) “toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais” considera-se atos de discriminação. No Brasil, deve ser observado que, para efetivar a igualdade em sua plenitude a mesma não poderá ficar restrita em assegurar tratar de maneira desigual aqueles que são desiguais, mas efetivamente impedir que seja perpetrada as desigualdades que marcam a história nacional e que mitigam o gozo de direitos com relação a grupos minoritários e muitas vezes vulneráveis como os homossexuais.

De forma morosa os direitos dos casais homoafetivos estão sendo reconhecidos pelo Estado bem como pela sociedade, sendo que o Poder Judiciário possui papel de fundamental importância na efetivação da erradicação da discriminação ao garantir que não haja distinção, simplesmente em razão

da opção sexual, no exercício do direito daqueles que buscam a prestação jurisdicional. Assim, ainda que o operador jurídico brasileiro tenha uma formação típica romano-germânica, ou seja, ao estar diante de uma situação concreta buscará no primeiro momento dirimir por meio da utilização de um raciocínio lógico onde a norma positivada seria a premissa maior e o fato a premissa menor, sendo a consequência a subsunção da norma ao fato. Entretanto, nem sempre essa técnica poderá ser utilizada ou mesmo os tradicionais critérios de solução de conflito normativo - hierárquico, temporal e especialização.

Logo, percebe-se que o presente caso contribui de forma significativa para reflexões sobre a jurisprudência pátria em temas que remontam conflitos entre princípios constitucionais bem como a necessidade de recorrer a ponderação ensinada por Alexy como técnicas eficazes de modo a não gerar retrocesso nos avanços de direitos e garantias já alcançados.

Desse modo, ressalta-se que as democracias mais estáveis são também aquelas que efetivamente asseguram os direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias. Assim, conclui-se que nenhum direito possui carácter absoluto, sendo que havendo aparente conflito de princípios deverá o intérprete recorrer a ponderação como meio de não permitir a mitigação de qualquer direito constitucional, em razão da inexistência de hierarquia entre os mesmos.

CONCLUSÃO

As Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) são uma realidade e cada vez mais influência na forma de organização e comunicação da sociedade mundial, estando o cidadão exposto às notícias e fatos que são disponibilizados através da internet, sendo que somente mais recentemente o legislador brasileiro passou a ter preocupação em regular de forma específica as condutas praticadas no mundo *online*.

Assim, de mero expectorares das notícias e fatos (televisão, rádio impressos variados etc) as novas tecnologias além de atingir um número maior de pessoas em curto lapso de tempo, permitem aos usuários da internet tornarem replicadores dos próprios conteúdos, ou seja, transmitir a terceiros opiniões e manifestações pessoais.

O que poderia ser compreendido como vantagem e oportunidade de interação entre pessoas que pensam diferente ou possuem pontos de vista

divergentes sobre determinado assunto, tornou-se campo fértil para que houvesse também a proliferação e instigação do discurso de ódio.

Essa liberdade de poder se expressar, sem um prévio filtro do conteúdo, que o internauta possui no ciberespaço também é utilizada de forma indevida quando ocorre a publicidade de decisões judiciais com conteúdo polêmico, ou seja, em vez de ocorrer a aproximação da sociedade com o Poder Judiciário através de debates construtivos, hodiernamente as mesmas servem como combustível em muitos casos para divulgação de conteúdo ofensivo a pessoa ou grupos de pessoas que eventualmente possuam relação ou sejam atingidas direta ou indiretamente pelo julgado.

Desse forma, ressalta-se que as democracias mais estáveis são também aquelas que efetivamente asseguram os direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias, sendo que nenhum direito ainda que sensível como a liberdade de expressão possui carácter absoluto, devendo haver a reprimenda legal quando do cometimento de manifesto abuso, conforme verifica-se na proliferação do discurso de ódio.

REFERÊNCIA

ALEXY, Roberty. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Código Penal. Brasília: Senado Federal, 1940.

BRASIL. Lei nº.7.716/1989. Brasília: Senado Federal, 1989.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:<http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:<http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

CARCARÁ, Thiago Anastácio. **Discurso do ódio no Brasil**: Elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 5.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. v. I, p. 497 e 498.

FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo, s.d.



GÓES, Joaci. **Anatomia do ódio: na família, no trabalho, na sociedade**. Rio de Janeiro: Topbooks Editora e Distribuidora de Livros, 2004, p. 23 e 335.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios** Contínua. Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?indicador=1&id_pesquisa=153. Acesso em: 08 out. 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

LEAL DA SILVA, Rosane; BOLSON DALLA FAVERA, Rafaela. Estudo do caso Klayman v. Zuckerberg and facebook: da liberdade de expressão ao discurso do ódio/ Study of the case klayman v. zuckerberg and facebook: from freedom of speech to hate speech. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 273-292, ago. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/923> Acesso em: 12 out. 2018.

MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 111

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Doutrinas essenciais de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2011.

SILVA, Rosane Leal da et al. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 445-467, jul. 2011. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23964/22729>. Acesso em: 12 Out. 2018.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Masterpiece Cakeshop V. Co Civil Rights Commission. Disponível em: < https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_new2_22p3.pdf >. Acesso em: 01 out. 2018.

ONOVODIREITOEMPRESARIALEAREGULAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS PELA FUNÇÃO ECONÔMICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. APONTAMENTOS ESSENCIAIS IMEDIATOS

Jones Figueirêdo Alves

Desembargador Decano do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Membro da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC).

HOMENAGENS:

1. Ao Presidente da Comissão Especial de Análise do Novo Código Comercial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), jurista Gustavo Ramiro Costa Neto.
2. Ao jurista Prof. Otávio Lobo (PE), comercialista notável.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho cuida de incursionar sobre os aspectos nucleares dos denominados *contratos empresariais*, diante de sua primária regulação pelo atual projeto do novo Código Empresarial.¹ O ponto de partida é o da procurada ruptura das projeções de um contrato *menos contratual*, antevisto por JOSSERAND, ou seja, quando por uma atuação mais intervencionista do Estado nas relações econômicas e obrigacionais, a liberdade contratual e a autonomia privada sofreram mitigações, em seus princípios, e restrições, em suas práticas, onde a igualdade jurídico-formal dos contratantes nem sempre vislumbrou-se como igualdade material-real.

¹ Essa denominação tem maior consistência jurídica ao invés de Código Comercial, ante uma visão contemporânea e sistêmica dos temas nele ordenados. A propósito, Ivanildo Figueirêdo em sua importante obra "Teoria Crítica da Empresa", refere com acerto sobre essa nova e adequada denominação.

Agora, na disciplina dos contratos empresariais, o *locus* regulatório será o próprio Código, ao pretender este instituir regimes jurídicos adequados, diante de a relação obrigacional envolver somente contraentes empresários; tendo, demais disso, o negócio jurídico entre os referidos contratantes, uma função econômica diretamente relacionada à exploração da atividade empresarial (art. 350, PLS 487).²

Registre-se, porém, na esfera contratualista da codificação empresarial pretendida, que regimes jurídicos contratuais específicos referentes aos contratos empresariais, reclamaria, às expressas, a exclusão do Código Civil, de determinados tipos contratuais ali disciplinados, que designadamente envolvem, por sua natureza, atividades empresariais (v.g. de agência e de distribuição - artigos 710/721, CC; venda por amostras - artigo 484, CC; venda a contento e da sujeita a prova - artigos 509/512, CC); e não, particularmente, relações civis. Mais ainda, situam-se, dentre aqueles, os de *factoring*, *franchising*, locações em shopping centers e outros do tipo.

Os contratos em espécies, reclamam, portanto, de forma eficiente, que sejam regulados distintamente: a) pelo Código Civil, quando for o caso do tipo contratual e das partes nele envolvidas ou b) pelo Código Empresarial, com disciplina regulatória própria, pela natureza das atividades dos contratos empresariais típicos. Mais precisamente, esses últimos deverão, por segurança jurídica, observar somente os princípios, regras, métodos, critérios e técnicas do novo Código. Tal distinção obriga-se a um ordenamento jurídico consistente e, sobretudo, não se permitindo disciplinas normativas paralelas quando sem cabimento suposta ocorrência de relações jurídicas distintas nas espécies.

Realmente. GERSON BRANCO³ observa que muitos dos contratos típicos previstos nos Código Civil são unicamente mercantis. Indica, a respeito, que “embora a estrutura legal não discrimine, a possibilidade jurídica de sua realização está associada à prática reiterada de uma atividade considerada como objeto da empresa, segundo a determinação do art. 966⁴ do Código Civil”. No caso, não se revela lógico, por coerência de autonomia dos sistemas, cuide o Código Civil de contratos tipicamente empresariais, com regulação mais abrangente, em algumas vezes, que aquela a ser empreendida no próprio Código Empresarial.

2 Art. 350 (PLS 487): Quando a relação obrigacional envolver apenas empresários, como credor e devedor principais, e estiver relacionada à exploração de suas empresas, aplicam-se as normas específicas deste Código.

3 BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aprovação crítica do regime de contratos no projeto de Código Comercial (parte 1). In: Consultor Jurídico, 25.07.2018. Web: www.conjur.com.br/2016-jul-25/falhas-sistematicas-disciplina... Acesso em 04.01.2019. Lado outro, ele salienta que

4 Art. 966, CC: Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.



Lado outro, ocorrerão hipóteses, onde um determinado tipo de contrato, possa, em situações específicas, constituir relações empresariais ou apenas relações puramente civis, como nas dos contratos de compra e venda, locação, seguro, depósito, mútuo e mandato, ou mesmo nas de comodato e de doação (embora não onerosos), cabendo estarem eles, os contratos por espécie, nas suas latitudes, submetidos às disposições do Código Empresarial ou do Código Civil, tudo conforme as relações contratuais ali existentes.⁵

A tanto, os sistemas contratuais devem guarnecer, com higidez, a aplicação das disciplinas regentes, cumprindo a ambos os Códigos (Empresarial e Civil) regerem, com precisão, a respeito.⁶ No mais, acrescente-se a eles uma integração normativa, sob a égide do Diálogo das Fontes,⁷ entre o Direito Empresarial e o Direito Civil, para a devida incolumidade de determinados institutos jurídicos codificados, como os da (a) lesão, b) enriquecimento sem causa, c) locupletamento ilícito, entre outros institutos, posto que as relações jurídicas empresariais, a exemplo das relações jurídicas civis, não poderão desconsiderá-los.

De mais a mais, impende, cuidar-se impostergável uma moderna Teoria Geral dos Contratos Empresariais, sobre a qual os melhores doutrinadores, presentemente, têm dispensado, em concepção, as suas maiores atenções, a exemplo das formulações feitas pela jurista PAULA FORGIONI.⁸

A esse respeito, a professora Ana Frazão dedicou importante estudo sobre uma nova teoria contratual baseada em soluções organizacionais, onde o Direito Societário e o Direito Contratual contemplem as peculiaridades dos contratos empresariais. Alude questão primacial no atinente a estes contratos, destacados os *associativos* (de cooperação) e os *híbridos* - onde situados todos os contratos empresariais de longa duração – para, superando uma visão clássica do contrato, serem admitidas as “novas e múltiplas funções do contrato”. Por meio delas, adotar-se-á o emprego de soluções organizacionais garantidoras da manutenção e adaptação do vínculo contratual. Defende, nesse passo, a criação, pela doutrina

5 Situa-se, aos casos de dualidade, as hipóteses dos contratos de depósito, mútuo e mandato: “Quando feitos por empresários no exercício de sua atividade, serão sempre onerosos e submetidos aos princípios e regras do Direito Empresarial” (BRANCO, *idem*).

6 Interessante observação apresenta GERSON BRANCO, quando aponta que “tanto a doutrina quanto a jurisprudência tem disciplinado, relativamente aos contratos de comodato de tanques de combustíveis, doação de amostras, etc., a partir da ótica do Direito Empresarial, e não do Direito Civil.

7 Teoria desenvolvida pelo jurista alemão Erik James e introduzida no direito brasileiro pela civilista Cláudia Lima Marques.

8 FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2011.

mais avançada, de uma teoria contratual que consolide e sustente soluções de governança baseadas em mecanismos organizacionais.⁹

2 OS PROJETOS LEGISLATIVOS DE CODIFICAÇÃO

No Congresso Nacional tramitam dois projetos de codificação de um novo direito comercial. Não apenas um novo Código, preponderando, admitir, na presente hipótese legisferante, que essa codificação haverá por reunir novos princípios regedores, novas normas fundamentais, e uma devida reforma microeconômica sistematizada, capaz de unificar, no âmbito do direito comercial, todas as disciplinas das atividades empresariais.

Aliás, normas de conteúdo econômico, que se apresentem consentâneas com as das demais avançadas economias do mundo, contribuirão, sem dúvida, entre seus efeitos, para a otimização de resultados benéficos da reforma legislativa ao desenvolvimento econômico.

Adianta, considerar, ainda, que a formulação também se mostra atenta à jurisprudência dominante no trato das relações empresariais entre as empresas e empresários, enquanto atividades econômicas no universo dos seus interesses específicos.

Na Câmara dos Deputados, o projeto é o de nº 1.572, de 2011, tendo o relatório, com novo substitutivo, a cargo do Deputado PAES LANDIM, sido apresentado em 04.06.2018. O texto é formado por 785 artigos, a partir de esboço elaborado pelo prof. Fábio Ulhoa Coelho.

No Senado Federal, o projeto é o de nº 487, de 2013, tendo como Relator o Senador PEDRO CHAVES, que apresentou o Relatório em 11.12.2018. O texto é formado por 987 artigos.

No Senado, uma Comissão de Juristas, formada por dezenove consagrados comercialistas, sob coordenação do ministro João Otávio de Noronha,¹⁰ presidente do Superior Tribunal de Justiça e relatoria do professor Fábio Ulhoa Coelho, instalada em 07.05.2018, ofereceu trabalho expressivo para consolidar,

9 FRAZÃO, Ana. Contratos empresariais. Em busca de uma teoria contratual baseada em soluções organizacionais. In: Portal Jota, 04.10.2017. Web: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/contratos-empresariais-04102017>.

10 O ministro João Otávio Noronha manifestou-se no sentido de precisar o país, urgentemente, “de uma legislação moderna e mais inteligente, capaz de fortalecer as relações comerciais, eliminar conflitos e inserir o país no mercado comercial globalizado”



com rigor técnico-jurídico, naquela Alta Casa, o projeto de legislação codificada empresarial.

Ambos os projetos legislativos coexistem em suas versões, para uma apreciação conjunta e edição final do futuro Código Empresarial. Na prática, a incorporação dos textos em um só resultará no aproveitamento de matérias que um ou outro projeto não cuidou de tratar, ou de não tratar de forma exauriente, apurando-se eventuais incompletudes ou dissonâncias. Em suma, o Código Empresarial, mesmo como obra não definitiva, ou obra mínima, resultará, de qualquer modo, em aprimoramento do direito comercial; o que tudo reclama e resulta, para a maturidade da codificação, a sua experimentação judiciária e, de parte dos doutrinadores, uma teoria crítica das mudanças nele apresentadas à sociedade e economia brasileiras.

Não há negar, diante disso, que a textualização de um novo Código Empresarial, mesmo sujeito a futuras inserções ampliativas legais, destina-se, teleologicamente, fortalecer as relações empresariais e o ambiente econômico delas extraído (precisamente as relações entre empresas); contribuindo, destarte, no contexto dos contratos, a uma maior segurança dos negócios jurídicos.

Afinal, o nosso Código Comercial em vigor é de 1850, as leis esparsas não se acham atualizadas e o Código Civil de 2002 não cogitou de normatizar um direito empresarial em sua magnitude, apenas introduzindo, no seu Livro II, normas do Direito de Empresa (artigo 966 a 1.195).

3 REGIME JURÍDICO CONTRATUAL PRÓPRIO

A função econômica dos contratos empresariais ganha um novo paradigma, a vinculação dos contratos do gênero aos imperativos da economia.

Não se apresenta mais suficiente o paradigma da função social do contrato, instituído pelo art. 442 do Código Civil e, como tal, isoladamente considerado. Para além disso, resulta instituída no direito contratual empresarial a função econômica dos contratos empresariais (art. 371, PLS 487) ¹¹, para efeito de sua formação e execução e, mais ainda, da sua interpretação conforme (art. 372, inciso II, PLS 487) ¹².

11 Art. 371 (PLS 487): O contrato empresarial deve cumprir sua função econômica e social.

12 Art. 372. Inciso II. As cláusulas devem ser interpretadas tendo em vista o cumprimento da função econômica do contrato.

A esse propósito, a lição da doutrina tem apontado a necessária diretiva, lecionando IVANILDO FIGUEIRÊDO:

“a comercialidade ou mercantilidade do ato econômico deve ser juridicamente considerada, isto para que as atividades empresariais sejam diferenciadas das demais atividades econômicas, não empresariais ou civis. Essa diferenciação é necessária para que o específico objeto do ato ou negócio seja dogmaticamente determinado, e assim possa se definir: a) a incidência e aplicação das normas de direito comercial sobre os atos e negócios jurídicos de natureza econômica, em face da legislação especial e extravagante ao Código Civil; (...)”¹³

Em ser assim, a sujeição dos contratos empresariais a um regime jurídico próprio, revela-se situação de maior relevância, sob o pálio do interesse social por uma regulação econômico-contratual apta a consolidá-los em sua natureza e atividades.

Este reconhecimento tem como premissa de base a causa contratual, de onde resulta evidenciada a significação dos seus fins econômicos, emanando consequências de amplo interesse para a economia onde gravitam as atividades contratadas. A causa contratual é determinante e diferenciadora.

4 PRINCIOLOGIA GERAL

Princípios gerais de direito que organizam o devido modelo principiológico para a interpretação jurídica dos tribunais e da doutrina devem servir também ao direito comercial, sem nenhuma distinção de sua aplicação comumente feita às relações civis. Soluções apropriadas, como se requer, sem qualquer desprezo aos princípios gerais.

As relações empresariais, todavia, devem ser interpretadas, ainda, por uma realidade fenomênica das *regras de mercado*, que atuam, nas relações e nos contratos complexos, como uma nova forma indutora de maior segurança dos

13 FIGUEIRÊDO, Ivanildo. Teoria Crítica da Empresa. São Paulo: Editora IASP, 2018, 624 p.; p. 495



negócios jurídicos. Significativo exemplo é o que se determina, salvo cláusula em contrário, pela observância do “uso ampla e frequentemente observado no respectivo segmento do mercado, que conheciam ou deviam conhecer” (artigo 379, § Único, PLS 487; art. 290 § único, PL-CD 1.572).

Bem é certo entender-se, por isso mesmo, que os contratos empresariais, a par de dispensarem maiores formalidades (não solenes), não se harmonizam, também, com uma intervenção estatal regulatória mais abrangente, aperfeiçoando-se, precipuamente, pelos princípios da a) autonomia da vontade das partes, b) da plena vinculação das mesmas ao contrato, e do c) reconhecimento dos usos e costumes do comércio (art. 14, incisos I, II e IV; PLS 487) . Nessa concepção, evidencia-se o princípio de intervenção mínima do Estado, em benefício objetivo da dinâmica empresarial mais satisfatória.

5 A NÃO INCIDÊNCIA DO CDC

O projeto afasta, expressamente, a incidência do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) nas relações obrigacionais entre empresários, em contratos de figura de comércio, onde claramente presentes os empresários entre si como partes contraentes. Por óbvio, somente os terceiros, na hipótese, seriam os destinatários finais de produtos e serviços por eles contratados. Lado outro, retenha-se que as questões contratuais e patrimoniais envolvendo sociedades empresariais devem obter, de fato, sintonia com as próprias características dos contratos empresariais.¹⁴

O Superior Tribunal de Justiça tem firmado sua jurisprudência no sentido da não incidência do CDC, para esses tipos de contrato (v.g. contrato de franquia e demais contratos mercantis). De efeito, o artigo 366 (PLS 487) dispõe que “o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) não é aplicável aos contratos empresariais”.

Entretanto, o mesmo STJ tem sufragado a teoria finalista mitigada, equiparando como destinatários finais econômicos alguns contratantes, a exemplo das microempresas e o microempreendedor individual, uma vez colocados, como pessoa jurídica, em posições de vulnerabilidade.

14 Neste sentido, vale destacar os importantes estudos de Ricardo Lupion, em sua obra “Boa-Fé Objetiva nos contratos empresariais. Contornos dogmáticos dos deveres de conduta” (Livraria do Advogado Editora, 2011) e de Paula Forgioni em seu estudo “interpretação dos negócios empresariais”, in “Contratos empresariais: Fundamentos e Princípios dos contratos empresariais”. Wanderley Fernandes (coord); (Ed. Saraiva, 2007).

A propósito, **DANILO MERGULHÃO**, refere que a jurisprudência tem aplicado a teoria, que “admite a incidência do CDC, ainda que a pessoa física ou jurídica não sejam tecnicamente como destinatárias do produto ou do serviço, quando estejam em situação de vulnerabilidade diante do fornecedor”, como distinguiu o julgamento do Recurso Especial n. 476.428/SC, da relatoria da Min. Nancy Andrigui.¹⁵

Importa reconhecer que a vedação prevista pelo artigo 366 (PLS 487) não comunga com a posição dos julgados de referência, melhor servindo continuar operando o que os julgados proclamam, mitigando-se a vedação prevista para validar, em contraponto, as atuais diretivas de interpretação do conceito de consumidor, consoante a reportada teoria finalista mitigada.

6 RELAÇÕES CONTRATUAIS ASSIMÉTRICAS

A nova codificação cuida de reger sobre os contratos empresariais onde manifeste-se uma assimetria das relações contratuais entre empresários. Assim entendida, quando a assimetria for verificada, em juízo, diante de as relações contratuais apresentarem dependência econômica entre a empresa de um contratante em relação à do outro (art. 17 § 1º, PLS 487)¹⁶

A proteção do contratante empresarialmente dependente nas relações contratuais assimétricas, figura como princípio aplicável a todos os contratos empresariais (art. 14, III, PLS 487), e constitui, em sua essência, um inegável avanço normativo, no campo do direito empresarial. Surge ao encontro de uma jurisprudência recorrente, que tem reconhecido as relações assimétricas e busca coibir o abuso de direito em tais relações. Não existem, em bom rigor, contratos assimétricos; sim partes assimétricas, presumidamente sujeitas a prejuízos significantes.

No ponto, esse princípio de proteção e sua aplicação eficaz, figuram como tradução exemplar da função econômica dos contratos empresariais, elencada nos artigos 371 e 372 do PLS 487. Com diligência de cuidado, retenha-se que o efetivo cumprimento da função econômica do contrato empresarial, a par de sua

15 **MERGULHÃO**, Danilo Rafael da Silva. *Contratos Interempresariais de Seguro. A Boa fé objetiva como limitador da autonomia da vontade das partes*. Curitiba: Editora Juruá, 2008, 184 p., p. 91.

16 Art. 17 § 1º (PLS 487): A assimetria das relações empresariais entre empresários será considerada pelo juiz em razão da dependência econômica entre a empresa de um contratante em relação à do outro.

indissociável função social a ser cumprida, obriga a pronta correção de assimetrias relacionais, acaso observadas, na formação ou execução do contrato.

Bem de ver que nas relações obrigacionais assimétricas, subjacente a vulnerabilidade econômica de um dos contratantes, uma das principais consequências, mais das vezes, situa-se na incidência da onerosidade excessiva.

De partida, malgrado o princípio imperante, o projeto, todavia, afasta a *mera vantagem excessiva de uma das partes* como causa fundante de revisão judicial do contrato (ou de invalidação do negócio jurídico ou desconstituição da obrigação) (art. 17, § 2º, PLS 487)¹⁷. Embora, paradoxalmente, venha admiti-la, adiante, em patamar de perdas, pela parte prejudicada em face do desequilíbrio contratual, desde que superior a 20% do valor do contrato (Art. 376 § 2º).

A hipótese mitigada de onerosidade excessiva, a admiti-la, com a expressão da lei, em uma margem de perda, por álea extraordinária, que corresponda em montante equivalente a até 20% do valor do contrato, desmerece o próprio instituto jurídico e, sobretudo, o princípio objetivo da equivalência material do contrato.

Não há negar que ditas consequências econômicas do desequilíbrio contratual superveniente, devem ser sopesadas, independente do percentual de perdas, para efeito de eventual revisão do contrato, quando a depender da expressão econômica do negócio jurídico um quinto do seu valor poderá ter (ou não) um significado altamente expressivo. Eis presente e oportuna advertência de LAUTENSCHLÄGER, ao referir que:

“a aferição da equivalência e do desequilíbrio deve se dar mediante a análise do caso concreto e de todas as suas circunstâncias, desde a celebração até a ulterior execução do contrato. Ou seja, chamado a compor a lide, o magistrado deve medir, objetivamente, se as prestações contratadas são ou não indutoras de um real equilíbrio de direitos e obrigações, independentemente da fase contratual em que as partes se encontrem”¹⁸.

17 Art. 17 § 2º (PLS 487): Mesmo nos contratos empresariais assimétricos, a mera vantagem excessiva de uma das partes relativamente à da outra não é causa de revisão judicial, invalidação do negócio jurídico ou desconstituição da obrigação.

18 LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de A.C. *Ativismo Judicial disfuncional nos contratos*. São Paulo: Editora IASP, 2018, 351 p., p. 217.

Ora bem. A consequência da onerosidade excessiva deve ser repelida, em qualquer fase do contrato, demonstrando-se evidente que um eventual desequilíbrio contratual, sem previsão expressa e voluntária de margem razoável de perda, não poderá afastar a revisão judicial, ou mais propriamente, o acesso ao pronunciamento da jurisdição, sob pena de supressão de um direito constitucionalmente assegurado. Uma desconexão flagrante com a Constituição e que fere o sistema jurídico de conformação com a Carta Magna. O sistema não poderá olvidar que a onerosidade excessiva está imbricado com sua interpretação sob a égide do princípio da Boa-Fé Objetiva, cláusula aberta instituída no Código Civil de 2002 (artigos 113 e 422), cuja aplicação é indissociável a qualquer contrato. Outro elo que estabelece irrestrito à análise da onerosidade excessiva é o da própria função econômica do contrato empresarial, e que se contrapõe ao estabelecimento, no texto codificado, de previsão percentual de perda autorizativo para a revisão contratual.

No mais, a vedação de aferição de onerosidade excessiva verificada a menor de 20% do valor do contrato, implicaria, quando menos, afastar o excesso da onerosidade, independente do caso concreto, e das implicações econômicas significantes do prejuízo extraídas, desse montante, porquanto a lei já admitirá, simplesmente, menos excessiva a onerosidade (ou seja, menor a *onerosidade excessiva* enquanto e não obstante *excessiva*), por mera operação aritmética abstrata ao caso concreto.

7 UMA EMPRESARIALIDADE PARA OS CONTRATOS DO TIPO ¹⁹

A teoria da empresa, já adotada pelo Código Civil de 2002 (art. 966), deverá servir ao novo Código Empresarial para identificar as relações interempresariais dos contratos, e definir, por sua natureza e atividades, os denominados contratos empresariais. A estes já mencionados em capítulo próprio do Código projetado, acrescentam-se os demais contratos, que guardam idêntica natureza empresarial: a) os de colaboração; b) de logística; c) de investimento conjunto; d) o fiduciário e f) o de fomento comercial.

A codificação projetada cuida de reger os contratos de colaboração empresarial, onde um empresário, contratado por outro (seja o fornecedor de produto fabricado

19 A propósito: Mergulhão, Danilo Rafael da Silva. Contratos Interempresariais de Seguro. A Boa fé objetiva como limitador da autonomia da vontade das partes. Precisamente: 3.4. Empresarialidade (pp. 123-127). Curitiba: Editora Juruá, 2008, 184 p.



ou comercializado, seja o prestador de serviços) atua como seu colaborador, com as obrigações de criar, consolidar ou ampliar o mercado atinente, mediante intermediação ou aproximação. Tipos contratuais de colaboração predominantes são os contratos de a) mandato mercantil, b) gestão de negócios, c) comissão mercantil; d) agência; e) distribuição; f) concessão mercantil g) franquia empresarial; h) contrato de venda direta. Vale, considerar, que essa regulação deve ser exauriente, perdendo o Projeto a devida oportunidade nesse alcance, porquanto, tratando-se de relações contratuais nitidamente empresariais, razão inexistirá para seu tratamento pelo direito civil.

8 OS CONTRATOS DO AGRONEGÓCIO

Merecem também maior destaque os contratos de agronegócio. O agronegócio como atividade empresarial tem seu conceito fundamental oferecido pelo artigo 613 do PLS 487, considerando-o “rede de negócios que integra as atividades econômicas organizadas de fabricação e fornecimento de insumos, produção, processamento, beneficiamento e transformação, comercialização, armazenamento, logística e distribuição de bens agrícolas, pecuários, de reflorestamento e pesca, bem como seus subprodutos e resíduos de valor econômico”.

Os contratos do tipo convivem no texto codificado, segundo as regras que já instruem os títulos de financiamento do agronegócio, conforme reconhece RAFAEL PEREIRA ²⁰ Segue-se, por isso, dizer o artigo seguinte do projeto, que incluem-se no agronegócio, (a) os contratos de financiamento e títulos de crédito a ele relacionados; b) as operações de precificação e sua proteção realizadas em mercado de balcão e de bolsas de mercadorias e futuros e c) a gestão de risco agrícola ou agroindustrial, bem como os instrumentos contratados junto ao mercado segurador.

Como se observa, estes dois dispositivos, no largo espectro que apresentam, oferecem uma exata dimensão da atividade empresarial no agronegócio, cumprindo, de consequência, dar-lhes a merecida densidade de aplicação.

Os contratos do agronegócio, no objeto de suas formulações, indicam tipicidades próprias, regulando-se, no texto codificado, os a) contratos agrários, segundo os clássicos contratos de arrendamento rural (artigos 617, I, e 618, PLS 487) e de parceria (agrícola, pecuária, agroindustrial ou extrativista, artigos 617, II,

20 PEREIRA, Sávio Rafael, representante do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (2018).

e 619, PLS 487); e b) o de depósito de produtos agropecuários (artigos 621/629, PLS 487). Esses contratos regem-se pelas nova disposições do Código Empresarial e da legislação especial. A atividade empreendedora de tais contratos, exorta a inserção no texto codificador de todas as demais disposições constantes da legislação esparsa, para efeito de suas regulações integrais.

O *agribusiness* ampliado pela variação de interesses e o progresso dos negócios do setor, tem se apresentado indutor de novos contratos complexos, onde a liberdade contratual permite práticas negociais e atividades econômicas extensivas.²¹

Os conceitos do agronegócio ganharam uma maior dimensão, em seu conjunto organizado de atividades, pelo que seu desenvolvimento deve ser acompanhado de uma normatização contínua e eficiente. A atividade empresarial chegou à lavoura, com um regramento inicialmente tímido dos negócios. Agora, com o Código, a produção (atividade) rural inscreve-se ao seu importante papel econômico no histórico desenvolvimentista do país, como atividade empresarial, à conta de sua nova realidade econômica, muito distante da vivenciada pelo Estatuto da Terra, de 1964.

Essa providência de completude normativa contribuirá, indubitavelmente, para uma mais sólida segurança jurídica e melhor traduz a razão de ser de um novo Código.

9 VARAS ESPECIALIZADAS

Nessa esteira, de uma visão macro da realidade empresarial que fomenta os contratos de tipo, a relação jurídica que neles se contém deverá ter sua análise para além da mera contemplação de um Código Empresarial condutor.

Impende que a experimentação judiciária, atenta à modernidade da economia, suas especificidades e os seus efeitos macroeconômicos, visualize os contratos sob esse espectro maior, com a densidade do conhecimento apto.

Neste alcance, a criação de varas judiciais especializadas em direito comercial ou empresarial se apresenta como importante política pública de organização judiciária, observando-se que muitos Judiciários dos Estados federativos já oferecem unidades julgadoras, com essa competência exclusiva, para efeito de

21 Foram categorizados vinte e nove (29) contratos do agronegócio das mais diferentes áreas e produtos, segundo os estudos realizados e referidos em percuciente análise feita por Weimar Freire da Rocha Júnior, Maurício Vaz Lobo Bittencourt e Marcia Carla Pereira Ribeiro (Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento, vol. 2, n 2, 2015).



uma melhor qualificação da prestação jurisdicional. No mesmo sentido, deve ser estimulada a criação de varas com competência de Direito Marítimo, como sucede com a experiência do Judiciário do Estado de Pernambuco, que dispõe na Comarca de Ipojuca (onde situado o Porto de Suape), de uma Vara com essa especialização²².

O mesmo se afirme, por imperativo de identidade das mesmas razões, da necessidade de criação de Varas especializadas em Agronegócios, nos Estados onde predominante essa economia.

10 CRÍTICAS E PROPOSIÇÕES

Ao fim e ao cabo da presente análise, cumpre assinalar, por imperativo, as reflexões críticas e proposições apresentadas aos projetos legislativos (PLS 487/2013 e PL-CD 1.572/2011), no curso das audiências realizadas e em discussões doutrinárias temáticas do texto. Vejamos:

10.1. Embora o direito comum, através do Código Civil e da legislação esparsa, trate de regular os contratos típicos que menciona, observa-se, que nem todos os contratos empresariais se acham regulados pelo projetado Código Empresarial.

O PLS 487/2013 menciona no Título II do Livro II do Código Empresarial os de (1) compra e venda mercantil (artigos 377/391); (2) fornecimento ou de compra e venda continuada (artigos 392/393); (3) compra e venda em leilão (artigos 394/400). Ainda: a) os contratos de colaboração mercantil por intermediação ou aproximação (artigos 401/404), a saber os de (4) mandato mercantil (artigos 405/421); (5) gestão de negócios do empresário (artigos 422/425); (6) comissão mercantil (artigos 426/431); (7) agência ou representação comercial (artigos 432/433); (8) distribuição (artigos 434/437); (9) concessão comercial (artigos 438/444); (10) franquia empresarial (art. 445/448); (11) contrato de venda direta (artigos 449/451); b) os contratos de logística, a saber os de (12) armazenamento; e (13) transporte de cargas (artigos 462/472); c) os de (14) investimento conjunto (artigos 473/475); d) o (15) contrato fiduciário (artigos 476 489); o (16) contrato de fomento comercial (artigos 490/496).

22 O Livro IV do Código Empresarial projetado (“Do Direito Comercial Marítimo”), disciplina as atividades econômicas marítimas exploradas por pessoas naturais ou jurídicas.

O PL-CD 1.572/11 menciona no Título II do Livro II do Código Empresarial os mesmos contratos (artigos 289/366), o fazendo, entretanto, com acentuadas diferenças; a exemplo de não remeter à compra e venda mercantil as regras contratuais do contrato em espécie previstas na legislação civil, (quando compatível com o Código), como cuidou o parágrafo único do art. 377 do PLS 487.

De efeito, a ausência de regulação de determinados contratos, não se apresenta conveniente ser suprida pela chamada de aplicação geral do direito comum. GERSON BRANCO identifica a séria omissão quando refere, em artigo, que “surpreendentemente o contrato de seguro não está regulado no projeto do Código”.²³

10.2. Em evidente pertinência, os contratos empresariais reclamam uma melhor definição da atuação contributiva das Juntas Comerciais, que o texto define com clareza e precisão. Essa atuação, reflete o jurista GUSTAVO RAMIRO, “pode ser decisiva no contexto do processo empresarial, pois contribuiria para evitar o ajuizamento de demandas que poderiam ser resolvidas administrativamente”. Afirma, com segurança, que “deveríamos criar estrutura que regulasse o processo comercial no âmbito das juntas comerciais, pois estaríamos avançando para a desjudicialização das questões empresariais”²⁴

10.3. A sobreposição de procedimentos constantes da legislação vigente deve ser evitada na codificação empresarial e a necessidade de instituírem-se cláusulas de remissão, pena de provocar insegurança jurídica, serviram de advertência feita pelo processualista SIQUEIRA FREIRE, durante audiência pública perante a Senado (09.05.2018).²⁵ A esse propósito, somente o artigo 977 do PLS 487 cuidou de estabelecer que “todas as remissões legais aos artigos 887 a 926 do Código Civil, passam a ser feitas aos artigos deste Código que tratam de atos cambiários”. A codificação empresarial é alternativa que se apresenta mais objetiva para reduzir o acervo de leis esparsas que contribuem para uma insegurança jurídica. Na exata medida, o Código será sempre aperfeiçoado para sistematizar a ordem normativa das questões de empresa, tratando das sociedades e contratos.

10.4. A incidência de determinados institutos jurídicos disciplinados pelo Código Civil não pode, efetivamente, ser afastada quando diante de relações jurídicas empresariais versadas no Código de regência, sob pena de implicar em

23 BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aprovação crítica do regime de contratos no projeto de Código Comercial (parte 1). In: Consultor Jurídico, 25.07.2018. Web: www.conjur.com.br/2016-jul-25/falhas-sistematicas-disciplina... Acesso em 04.01.2019;

24 COSTA NETO, Gustavo Ramiro. “Reforma do Código Comercial não pode gerar ambiente de incerteza jurídica, diz professor”; matéria (entrevista) do Senado Federal, 09.05.2018; Web: www12.senado.leg.br/noticias/matérias/2018/05/09; acesso em 04.01.2019;

25 SIQUEIRA FREIRE, Alexandre Reis. Idem: “Reforma do Código Comercial”(..);



prejuízo manifesto de uma das partes empresárias. Logo, os institutos da lesão, do contrato em estado de perigo, do enriquecimento sem causa, do locupletamento ilícito, e tantos outros, poderão ser considerados para sua aplicação, em determinadas situações, sob a devida apreciação judicial, independente de não se tratarem de meras relações civis.

11 CONCLUSÕES

11.1. Os projetos parlamentares de codificação, ora submetidos a uma análise plenária devem ser apreciados, com o devido aprimoramento que informe e sustente a importância da autonomia do direito empresarial. Entendemos que não deve ser protraída a aprovação de um texto codificado, ante eventuais opções por microsistemas normativos, que não atenderão, a contento e a tempo instantâneo, as exigências do desenvolvimento econômico mais acelerado.

11.2. As diversas falhas sistemáticas na disciplina dos contratos em espécies, apontadas pela doutrina,²⁶ devem ser corrigidas, a ensejar melhor compreensão do tratamento legal conforme; sem prejuízo, todavia, da aprovação abreviada de um novo Código Empresarial.

11.3. Os efeitos de um moderno Código Empresarial sobre os mais diversos contratos empresariais operam uma permanente responsabilidade legislativa para que estes sejam dotados de eficiência, segurança jurídica, operosidade econômica e, sobretudo, oferecendo maiores garantias às realizações práticas das atividades contratuais.

Com inegável acerto, ARNOLDO WALD, sustentou, em recente análise, pela incontestável importância de um novo Código para a dignificação urgente do direito comercial, expressando, em síntese, que:

a) “o século XXI, que é o da urgência, da mudança, da descontinuidade e da grande ruptura, já não se conforma com a obsolescência na área jurídica, não mais permitindo a mora do Direito em relação aos fatos”;

b) “a evolução da nossa economia e as novas dimensões sociais e políticas do país exigem uma legislação compatível com o nosso desenvolvimento” e, nessa consequência,

26 Muitas delas indicadas por Gerson Luiz Carlos Branco em seus estudos.

c) (...) “propõe-se, agora, que também pensemos num Código Comercial ou Empresarial, abrangendo o Direito Societário, os Contratos Comerciais, os Títulos de Crédito e as soluções para a Crise da Empresa”.²⁷

Efetivamente, em visão prospectiva do consagrado jurista, um novo Código se apresenta, como instrumento indutor de uma economia destinada ao desenvolvimento empresarial, de ritmo célere e continuado.

11.4. A função econômica dos contratos empresariais alcança, com Código Empresarial, o principal fomento para uma melhor interpretação, aplicação e execução dos referidos contratos, dando-lhes maior autonomia, principiologia adequada e objetivos próprios. Essa desejada reforma microeconômica do país começa, iniludivelmente, com a edição de um novo Código Empresarial.

11.5. Uma ressignificação jurídica dos impactos contratuais empresariais na economia, desde que dotados dos requisitos, antes referidos, deve ser construída, continuamente, por uma moderna doutrina da Análise Econômica do direito contratual empresarial.²⁸

12 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E LEITURA COMPLEMENTAR

Obras:

ALVES, Jones Figueirêdo. Novo Código Civil Comentado. Artigos 421 a 729. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo (SP): Editora Saraiva; 7ª. ed. revista e atualizada, Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva, 2010, 2.142 p.;

ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007.

DUARTE, Ronnie Preuss. Teoria da Empresa à luz do novo Código Civil. Apresentação: Jones Figueirêdo. Prefácio: Paulo Otero. São Paulo: Método, 2004, 172 p.;

FIGUEIRÊDO, Ivanildo. Teoria Crítica da Empresa. São Paulo: Editora IASP, 2018, 624 p.;

FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2011.

27 WALD, Arnoldo. Opinião: Novo Código Comercial será importante para o desenvolvimento econômico. In: Consultor Jurídico, 14.12.2018; Web: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-14/wald-codigo-comercial-importante-desenvolvimento>

28 Essa análise envolve, com a verticalização adequada, especialistas de elevada qualificação como os juristas LUCIANO TIMM, no país, e FERNANDO ARAÚJO no exterior (Portugal). O primeiro presidiu a Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). O segundo, autor da consagrada e precursora obra “Teoria Econômica do Contrato”, Coimbra: Almedina, 2007;



_____. Interpretação dos negócios empresariais. In: "Contratos empresariais: Fundamentos e Princípios dos contratos empresariais". Wanderley Fernandes (coord); São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de A.C. Ativismo judicial disfuncional nos contratos. São Paulo: Editora IASP, 2018, 351 p.

LUPION, Ricardo. Boa-Fé Objetiva nos contratos empresariais. Contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, 220 p.

MERGULHÃO, Danilo Rafael da Silva. Contratos Interempresariais de Seguro. A Boa fé objetiva como limitador da autonomia da vontade das partes. Curitiba: Editora Juruá, 2008, 184 p.

Artigos:

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aprovação crítica do regime de contratos no projeto de Código Comercial (parte 1). In: Consultor Jurídico, 25.07.2018. Web: www.conjur.com.br/2016-jul-25/falhas-sistematicas-disciplina... Acesso em 04.01.2019;

COSTA NETO, Gustavo Ramiro. "Reforma do Código Comercial não pode gerar ambiente de incerteza jurídica, diz professor"; matéria (entrevista) do Senado Federal, 09.05.2018; Web: www12.senado.leg.br/noticias/matérias/2018/05/09; acesso em 04.01.2019;

FRAZÃO, Ana. Contratos empresariais. Em busca de uma teoria contratual baseada em soluções organizacionais. In: Portal Jota, 04.10.2017. Web: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/contratos-empresariais-04102017>.

SIQUEIRA FREIRE, Alexandre Reis. Idem: "Reforma do Código Comercial" (...);

LOBO, Jorge. Publicização do Direito Comercial. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 60, abr./junho 2016; 408 p.; pp. 167-186;

WALD, Arnoldo. Opinião: Novo Código Comercial será importante para o desenvolvimento econômico. In: Consultor Jurídico, 14.12.2018; Web: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-14/wald-codigo-comercial-importante-desenvolvimento>



O TESTAMENTO VITAL E O RESPEITO A AUTONOMIA DE VONTADE DO PACIENTE NA DECISÃO POR CUIDADOS PALIATIVOS

Amanda Beatriz Do Nascimento Santos

Graduanda do Curso de Direito na Universidade Católica de Pernambuco.

Bruna Suely Do Nascimento Santos

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogada e Pós Graduanda em Direito Notarial e Registral pelo Curso Damásio de Jesus.

Nicole Lira Melo Ferreira

Graduanda do Curso de Medicina na Universidade Católica de Pernambuco.

Paula Fernanda Soares De Araújo Meireles Costa

Bacharel em Direito pela SOPECE. Graduanda do Curso de Medicina na Universidade Católica de Pernambuco.

Saulo Fabianne De Melo Ferreira

Professor da Escola Judicial de Pernambuco - ESMAPE. Juiz de Direito Titular da 3ª Vara de Sucessões e Registro Público do Recife, Pernambuco.

Yasmin Lira Melo Ferreira

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogada e Pós Graduanda em Direito Digital pelo CERS.

RESUMO

O propósito deste trabalho consiste na análise da autonomia do paciente, especialmente no direito de decisão sobre o tipo e o nível de tratamento que quer se submeter, ao optar por cuidados paliativos, contextualizando no Ordenamento Jurídico. Essa apreciação passa pela constatação da fragilidade da saúde do paciente e o grau de consciência por uma opção que pode afetar sua integridade corporal e sua saúde. A perspectiva médica será abordada, a título de um olhar interprofissional sobre o tema, inserido na contextualização do direito fundamental à vida e à saúde.

Palavras-Chave: Direito à saúde. Testamento vital. Cuidados paliativos.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation consists on the analysis of patient's autonomy, especially the right to decide on the type and level of treatment the person wants to submit, by opting for palliative care, contextualizing in the legal system. This interpretation involves the observation of the fragility of the patient's health and the degree of awareness of an option that may affect their body integrity and health. The medical perspective will be approached as an interprofessional look at the theme, inserted in the context of the fundamental right to life and health.

Key-Words: Health Right; Living Will; Palliative Care.

INTRODUÇÃO

Destaca-se, no presente trabalho, a preocupação pela “arte de bem morrer”. E, nesse contexto, deve ser ressaltada a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como paradigma da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, inciso III e art. 5º, inciso III, da Constituição Federal.

Vê-se, entretanto, que grandes mudanças estão sendo exigidas na postura das pessoas, com a evolução das tecnologias e métodos na Medicina, que torna a longevidade humana quase uma certeza na vida de um indivíduo. Ocorre que, diante desse cenário, já se questiona até onde se deve estender a vida humana e a que custo.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina, atento ao princípio da dignidade da pessoa humana, já admitiu a prevalência da vontade consciente e livre do moribundo, ao não permitir a intervenção inútil ou paliativa em face de sua pessoa, se essa intervenção não puder impedir o resultado final da morte, e, apenas tiver como significado: infligir sofrimentos difíceis de serem suportados.

A temática ora abordada fala do direito de morrer com dignidade, do direito de ter qualidade de vida, nos últimos dias de vida, dando-se ênfase a autonomia de vontade e aos valores da pessoa, com doença incurável ou terminal.

A Constituição Federal limita o direito à autonomia de vontade, uma vez que o direito à dignidade da pessoa humana é uma cláusula pétrea constitucional. Para tanto, faz-se mister esclarecer que não existe o direito de uma pessoa sobre si mesma, uma vez que a vida de uma pessoa não pode estar subjugada ao domínio

da vontade livre, se esta vontade não respeitar o próprio titular do direito, de ter uma vida e uma morte digna.

Inserido nesse contexto, o primeiro tópico abordará o desenvolvimento dos direitos da personalidade, com enfoque no princípio da dignidade da pessoa humana e a valorização da prática de cuidados paliativos, como forma de dar mais autonomia e preservar uma melhor qualidade de vida aos pacientes. Em seguida, será ofertado um viés multidisciplinar, com a perspectiva da área da saúde sobre o tema, no contexto da bioética e seu desdobramento no âmbito nacional. Por fim, o último tópico versa sobre o testamento vital, documento que ganha cada vez mais relevância, uma vez que expressa a vontade do particular sobre quais tratamentos opta ter no caso de doença terminal, resguardando, assim, a sua autonomia.

Observa-se, portanto, que a ética do fim da vida ganha contornos multidisciplinares. Nesse sentido, haverá a óptica médica nesse trabalho juntamente com a perspectiva jurídica, a fim de galgar caminhos ainda não percorridos, mas fundamentais para a construção da dignidade da pessoa humana, inclusive, para se morrer de forma digna.

1 DODIREITOFUNDAMENTALAVIDAESAÚDE:POSSIBILIDADE DE DECISÃO DO PACIENTE POR CUIDADOS PALIATIVOS

Os direitos da personalidade são entendidos como direitos irrenunciáveis e intransmissíveis, inerentes a todas as pessoas, visando essencialmente a proteção da personalidade e a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana¹. Para tanto, faz-se necessário não apenas a imposição de abstenções de atos contra esses direitos, como também a prática de ações, a fim de promover a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana, como princípio normativo, possui uma dimensão protetiva, na medida em que tutela a integridade psicofísica dos indivíduos, e uma dimensão promocional, ao passo que reconhece pressupostos mínimos de existência, inclusive no âmbito material. Sobre essa temática Ana Paula Lemes de Souza entende que:

1 BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Art. 11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12 dez. 2019.

A dignidade da pessoa humana se tornou, no ordenamento jurídico brasileiro, uma espécie de totem, um símbolo sagrado e indefinível, que circula duplamente entre as dimensões mágicas e práticas. Com seu poder simbólico, passou a figurar em demandas das mais diversas, trazendo sentidos cada vez mais distintos e inimagináveis para sua mensagem. Nos tribunais, esse metaprincípio passou a ser uma espécie de mestre ou xamã na grande manta principiologica ordenamentária, e tem se disseminado como uma palavra-chave, ou mantra sagrada, invocada como uma entidade jurídico-protetora dos oprimidos (ou, a depender, também dos poderosos).²

Originalmente, os princípios eram vistos como conselhos éticos ou morais, não sendo passíveis de exigibilidade em casos concretos, havendo uma primazia pela literalidade das leis. Nesse contexto, a valorização dos princípios decorre de um desenvolvimento jurídico, com fundamentos introduzidos pela Constituição Norte Americana, de 17 de setembro de 1787, e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

É importante ressaltar, ainda, a perspectiva adotada por Robert Alexy³, que entendia os princípios como “mandamentos de otimização”, ou seja, os princípios servem para conceder harmonia e racionalidade à aplicação do Direito, por meio do uso do procedimento de ponderação dos princípios e da proporcionalidade.

Na medida em que as regras são rígidas, possuindo pouco grau para interpretação e de execução vinculada, os princípios podem ser aplicados às mais diversas situações, adequando-se à conjuntura fática. Dessa forma:

Para Alexy, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em

2 SOUZA, Ana Paula Lemes de. **Dignidade humana através do espelho: o novo totem contemporâneo**. In: TRINDADE, André Karam (Org.); SOARES, Astreia (Org.); GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *Direito, arte e literatura: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte: CONPEDI, 2015. p. 22-41. Disponível em: <<http://conpedi.danielolr.info/publicacoes/66fsl345/y861uih8/0wTU99M77OSUDLxQ.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

3 ALEXY, Robert. **Derecho e razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações, no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (...).⁴

Quanto aos direitos humanos, Norberto Bobbio defende que são *“nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”*⁵. No mesmo sentido segue Hannah Arendt, entendendo se tratar de um processo de constante construção e reconstrução, a mesma assevera, ainda, que *“a destruição dos direitos de um homem, a morte da sua pessoa jurídica, é a condição primordial para que seja inteiramente dominado”*⁶.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi fruto de lutas sociais visando a queda da monarquia absolutista francesa e o reconhecimento de direitos fundamentais como a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Tal documento é reconhecido como o marco histórico que representa a primeira geração de direitos, surgida no final do século XVIII e início do século XIX, englobando os direitos civis e políticos do indivíduo, reconhecendo-os como inalienáveis, como é possível perceber:

4 AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy - Esboço e críticas**. Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

5 BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988. p.9. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

6 ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. p. 502. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_arendt_origens_totalitarismo.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

(...) considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente junto a todos os membros do corpo social, lembre-lhes permanentemente seus direitos e deveres (...).⁷

Apesar do significativo progresso percebido em razão dos direitos liberais, eles se mostraram ineficazes a assegurar a dignidade da pessoa humana⁸ e com o fim da 1ª Guerra Mundial começou a se fortalecer a concepção de um Estado de Bem-Estar Social, no qual seria possível exigir do Estado a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A democratização da política rompera a hegemonia absoluta da burguesia no Parlamento, abrindo caminho, no plano político, para a afirmação das necessidades dos extratos mais desfavorecidos da população. Surge então, na virada para o século XX, o Estado do Bem Estar Social, e com ele a consagração constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdência, à educação, etc.)⁹.

Em 1948, foi adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que até os dias atuais exerce forte influência sobre a elaboração de constituições nacionais e tratados internacionais, dentre outros documentos. Inclusive, seu ideal de fraternidade também serviu de influência à construção do que ficou conhecido

7 Declaração de direitos do homem e do cidadão (1789). Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

8 SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.30

9 CASAGRANDE, Jéfferson Ferreira; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. **Os Paradigmas Jusfundamentais Liberal, Social e Pós-Social com base na visão de Daniel Sarmiento**. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 11, Nº 1, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/94>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

como terceira geração de direitos, que ganhou forças a partir dos anos 1960 e tem como foco os direitos difusos e coletivos, por exemplo, o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à autodeterminação dos povos.

Dessa forma, a Carta das Nações Unidas é um marco de elevada importância ao reconhecimento de direitos básicos universais aos seres humanos, pautando-se em especial no respeito à dignidade e ao valor da pessoa humana e nos ideais da solidariedade, conforme é possível destacar de seu preâmbulo, pelo qual os governos e os povos se comprometem efetivamente a garantir o reconhecimento e o cumprimento dos direitos humanos, *in verbis*:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, (...) a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações (...) ¹⁰.

O Brasil, além de signatário de tal documento, foi um dos primeiros países a ratificá-lo, sendo que essa Declaração serviu de inspiração ao legislador constituinte quando da elaboração da Carta Magna de 1988, buscando assegurar uma vasta gama de direitos individuais, sociais e difusos ou coletivos dos indivíduos frente ao Estado e à sociedade:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução

10 Assembleia Geral da ONU. (1948). "Declaração Universal dos Direitos Humanos" (217 [III] A). Paris. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.¹¹

Dentre os direitos sociais elencados na Constituição Federal de 1988, vale destacar o direito à saúde, que, seguindo as diretrizes da DUDH, não se restringe apenas ao atendimento médico ofertado pelo Estado, mas, sim, visa assegurar amplamente a qualidade de vida e a dignidade humana, abarcando, portanto, a integridade física, intelectual e psíquica dos particulares.

Quanto a proteção da personalidade prevalece, via de regra, a autonomia privada, cabendo ao Estado a tutela apenas nos casos de lesões à dignidade do titular. Na esfera da integridade física, aplica-se essa garantia tanto para a proteção sobre o corpo vivo ou morto, como também o livre consentimento informado do paciente, este último previsto no artigo 15, do Código Civil de 2002, pelo qual “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”¹².

Essa exigência está ligada à necessidade de fornecimento de informações detalhadas aos pacientes, sobre seu estado de saúde e os tratamentos disponíveis, bem como os seus riscos. Trata-se de obrigação dos médicos, baseando-se, inclusive, nos princípios da transparência e do dever de informação¹³ e de um direito dos pacientes, prezando pela sua autonomia, a qual:

(...) No que se refere a esfera político-jurídica é traduzida como independência, e implícito nesse conceito estão os significados de auto-afirmação, reflexão crítica, conhecimento do próprio interesse, qualidades estas relacionadas, indeterminadamente, com conceitos de ações, crenças e razões para agir. Sob essa perspectiva, os indivíduos estão livres das interferências externas ou sociais e o Estado posiciona-se de forma neutra diante desse direito. Nesse contexto, o indivíduo não tem consideradas suas limitações sociais,

11 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 de dez. 2019.

12 BRASIL. **Lei nº. 10.406, 10 de janeiro de 2002 – Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12 dez. 2019.

13 BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Art. 6º, inciso I, e art. 31. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 12 dez. 2019.

econômicas e/ou físicas, e o Estado, se protege em sua neutralidade e na postura de não-interferência¹⁴.

Esse entendimento segue em conformidade com os preceitos da Organização Mundial de Saúde, que define qualidade de vida como: *“a percepção do indivíduo de sua inserção na vida, no contexto da cultura e sistemas de valores nos quais ele vive e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações”*. Assim, prevalece que, para resguardar a dignidade e qualidade de vida dos pacientes, é de suma importância garantir a sua autonomia e bem-estar.

A prática dos cuidados paliativos como uma área distinta da medicina tradicional se desenvolveu na década de 1960, na Inglaterra, e, segundo a Organização Mundial de Saúde:

consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameace a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos espirituais¹⁵.

Nesse sentido, a prática de cuidados paliativos tem ganhando espaço no Brasil e no mundo, especialmente nas últimas décadas, uma vez que tem como foco o cuidado integral, por meio da prevenção e do controle de sintomas, priorizando o paciente, mas também se aplica aos demais envolvidos, como familiares, cuidadores e a própria equipe de saúde, de tal forma que:

Assim, cuidados paliativos objetivam a melhoria na qualidade de vida dos pacientes e de seus familiares por meio da humanização, da aplicação de princípios epidemiológicos, científicos e de gestão

14 OLIVEIRA, Aline Cristine de; SILVA, Maria Júlia Paes da. **Autonomia em cuidados paliativos: conceitos e percepções de uma equipe de saúde**. Acta paul. enferm. vol.23 no.2 São Paulo Mar./Apr. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002010000200010>. Acesso em 10 dez. 2019

15 WORLD HEALTH ORGANIZATION. Cancer pain relief and palliative care report. Geneva: WHO, 2002.

no tratamento, de informações, de educação para a saúde e na administração de cuidados.

Pouco conhecemos sobre o processo de tomada de decisões em pacientes em cuidados paliativos, sobretudo quanto à autonomia dessas pessoas. Sabemos que o desenvolvimento psicológico-moral, melhor que a idade cronológica, pode expressar a capacidade para a tomada de decisões. Existem várias abordagens para a caracterização do desenvolvimento psicológico-moral, cuja evolução gerou a proposta de que seja classificado em sete diferentes estágios de desenvolvimento, desde o pré-social até o integrado¹⁶.

Por via de consequência, a qualidade de vida do paciente e de todos em sua volta é o objetivo principal do direito à autonomia de vontade, na medida em que a morte deve ser compreendida como um processo natural, não devendo ser antecipada ou prolongada. Nesse contexto, o paciente e familiares devem ser informados sobre a condição de saúde do paciente, bem como das opções de tratamentos e os possíveis riscos, respeitando-se os valores étnicos, culturais e religiosos, de forma a estender, também, pelo tempo necessário, os cuidados no apoio ao luto dos familiares¹⁷, resguardando-se, com isso, a dignidade da pessoa humana.

2 PERSPECTIVA MÉDICA SOBRE CUIDADOS PALIATIVOS NO CONTEXTO DA BIOÉTICA

Sabe-se que o modelo vigente que rege a conduta e o princípio da atividade biomédica se baseia na cura total de doenças que acometem os pacientes. Assim, com considerável frequência, aqueles enfermos considerados “não passíveis de cura” eram muitas vezes esquecidos pelo próprio sistema de saúde, cujo modelo se restringe e se perpetua erroneamente, até os dias atuais, na remissão da doença.

16 WITTMANN-VIEIRA, Rosmari. GOLDIM, José Roberto. **Bioética e cuidados paliativos: tomada de decisões e qualidade de vida**. Acta paul. enferm. vol.25 no.3. São Paulo. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002012000300003>. Acesso em 10 de dez. de 2019.

17 GOMES, Ana Luisa Zaniboni; OTHERO, Marília Bense. **Cuidados paliativos**. Estud. av. vol.30 no.88 São Paulo Sept./ Dec. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000300155>. Acesso em 12 dez 2019.

Percebe-se, assim, que, por muito tempo, o principal objetivo da Medicina estava intimamente relacionado com a ideia de cura.

Um notável avanço tanto na área de tecnologia quanto no desenvolvimento de novas terapias representou um “divisor de águas” na área de saúde, correspondendo ao período de tempo a partir da segunda metade do século XX. Com tal avanço, tornou-se realidade o fato de que muitas doenças, antes consideradas incuráveis e mortais, se transformassem em crônicas, acarretando na longevidade dos portadores dessas doenças juntamente com um aumento na expectativa de vida e no envelhecimento progressivo da população¹⁸.

Ainda com a existência desses avanços e construção de conhecimentos celebráveis que impactaram a vida de pessoas antes acometidas por um diagnóstico de prognóstico pouco favorável, *“a morte continua sendo uma certeza, que ameaça o ideal de cura e preservação da vida”*¹⁹, como afirma Dalva Yukie Matsumoto.

Assim, continuam a existir doenças que por hora ainda não possuem respectiva cura definitiva e juntamente com a perpetuação do ideal de cura na área biomédica, muitos pacientes considerados fora de possibilidades terapêuticas curativas ou são dispensados ou são sobrecarregados com tratamentos infundados.

Esse fato por ser claramente exemplificado pelo acúmulo desses pacientes em hospitais, recebendo assistência inadequada, focada frequentemente em uma cura inexistente em relação aos conhecimentos biomédicos no contexto atual, utilizando-se de métodos invasivos e de alta tecnologia.

Os métodos optados por muitos profissionais da área de saúde, cujas escolhas apontam as melhores das intenções para a cura do paciente, configuram-se, em alguns casos, como algo insuficiente, exagerado e até muitas vezes desnecessário para paciente, ignorando o sofrimento e a dor do mesmo, sobrepondo o referido sofrimento com a falsa ideia de salvação, frequentemente vinculada a profissão de médico²⁰.

18 CARVALHO, R. T.; PARSONS, H. A. (Org.) **Manual de Cuidados Paliativos**. São Paulo: Academia Nacional de Cuidados Paliativos (ANCP). Disponível em: <<http://biblioteca.cofen.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/Manual-de-cuidados-paliativos-ANCP.pdf>>. Acesso em 13 dez 2019.

19 Idem, p. 23.

20 Idem.

Essas abordagens que tendem, quase sempre, a ignorar o sofrimento dos pacientes são na maioria das vezes incapazes, por falta de conhecimento adequado, de tratar ou mitigar os sintomas mais prevalentes, sendo o principal sintoma e o mais dramático: a dor²¹.

Nesse contexto, vale ressaltar, inclusive, o que consta no inciso XXII, no Capítulo I, do Código de Ética Médica, que trata dos princípios fundamentais, *in verbis*:

Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados²².

Já no parágrafo único do art. 41, previsto no Capítulo V, o qual trata da relação com pacientes e familiares, do Código de Ética Médica, há uma referência com relação aos pacientes e familiares, que estabelece, *in verbis*:

Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal²³.

Assim, na óptica do abandono ou até do excesso de condutas desnecessárias, recentemente, foram tecidas reconsiderações acerca da concepção reducionista do paradigma biomédico, aliado aos questionamentos éticos, envolvendo cuidados direcionados a doentes terminais. Esse fato foi o estopim para o surgimento de movimentos sociais em prol da morte, menos sofrida, mais digna

21 Idem, p. 23.

22 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2217 de 27/09/2018 – Código de Ética Médica**. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 14 de dez. 2019.

23 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2217 de 27/09/2018 – Código de Ética Médica**. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 14 de dez. 2019.



e com maior autonomia de vontade, por parte do paciente, permitindo, assim, o desenvolvimento dos cuidados paliativos²⁴.

Segundo a definição da Organização Mundial de Saúde:

Cuidado Paliativo é uma abordagem que promove a qualidade de vida de pacientes e seus familiares, que enfrentam doenças que ameacem a continuidade da vida, através da prevenção e alívio dor sofrimento. Requer a identificação precoce, avaliação e tratamento da dor e outros problemas de natureza física, psicossocial e espiritual²⁵.

É nesse sentido que a busca do paciente por uma morte digna, quer seja, a título de perseguir um direito, ou como uma mera expressão da autonomia do paciente sobre o próprio corpo se trata de uma busca pelas práticas médicas humanizadas, com a preocupação não, apenas, de curar, mas, sim, de oferecer ao paciente o maior conforto possível, a quem está em seus momentos finais de vida.

Nessa nova perspectiva é que o direito a autonomia do paciente lhe confere a possibilidade de morrer dignamente, e, isso, por via de consequência, está intimamente associado ao desenvolvimento do que se convencionou chamar: cuidados paliativos²⁶.

E seguindo essa evolução conceitual, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução CFM nº 1.805/2006 estabeleceu o seguinte:

É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal²⁷.

24 DAMÁSIO, Anne Christine; PAIVA, Fabianne Christine Lopes de; ALMEIDA JR, José Jailson de. **Ética em cuidados paliativos: concepções sobre o fim da vida**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n3/v22n3a19.pdf>>. Acesso em: 14 de dez. 2019.

25 WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Definition of Palliative Care**. Disponível em: <<https://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>>. Acesso em: 14 de dez. 2019.

26 MEIRELLES, Jussara Maria Leal; RIVABEM, Fernanda Schaefer. **Eficácia jurídica das diretivas antecipadas de saúde à luz do ordenamento brasileiro**. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/375/315>>. Acesso em: 14 de dez. 2019.

27 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.805/2006**. Disponível: <>. Acesso em: 14 de dez. 2019.

Pode-se concluir que é necessária uma discussão sobre a morte e sobre o morrer, no contexto profissional não apenas da área de saúde mas no campo jurídico, uma vez que se faz necessário lidar com essa perspectiva, de não apenas lutar pela vida, mas, sim, se importar com o sofrimento que isso possa causar ao paciente²⁸.

3 TESTAMENTO VITAL COMO UMA SOLUÇÃO PARA AUTONOMIA DE VONTADE DO PACIENTE EM VULNERABILIDADE

Problematizada a questão da tutela da vida, que vai muito além da simples ideia de “viver”, o direito à vida, portanto, deve ser enxergado juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988. Desse modo, não basta apenas viver, mas é preciso viver e morrer de maneira digna.

A partir do momento em que falamos em direito a vida, tem-se como consequência lógica: a morte. E, dessa forma, o direito de morrer com dignidade está intimamente ligado com a concepção de vida digna.

Com a evolução e os grandes avanços tecnológicos, inclusive na área da Medicina, torna-se cada vez mais necessário o questionamento acerca da possibilidade de o paciente manifestar sua vontade, no que diz respeito aos tratamentos que tem como objetivo prolongar o fim da vida, os quais, por vezes, se dão por um processo lento e sofrido, contrariando a diretriz da dignidade da pessoa humana.

Tal discussão traz à baila a contradição entre o direito à vida e a questão da autonomia e autodeterminação do paciente terminal em relação a sua escolha de prosseguir ou não com aquele tratamento.

Nesse contexto, as chamadas Diretivas Antecipadas de Vontade surgiram como instrumento de autodeterminação do paciente, garantindo e reafirmando a autonomia privada do paciente e o seu direito de decidir sobre os procedimentos médicos que deseja ser submetido.

28 Idem.

A principal espécie de Diretiva Antecipada de Vontade é o testamento vital, que materializa essa questão e é um tema bastante discutido tanto na seara médica quanto na área jurídica.

A figura da Diretiva Antecipada de Vontade e do *living will*, traduzido para o português como testamento vital, tem origem nos Estados Unidos da América (EUA), sendo positivadas em 1991, pela Lei Federal *Patient Self Determination Act*, como instrumentos de manifestação da vontade do paciente no que diz respeito aos cuidados médicos²⁹.

O ordenamento brasileiro ainda não possui legislação específica para tratar do tema, de modo que essa forma de declaração de vontade vem sendo orientada pela Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a qual define, em seu art. 1º, as diretivas antecipadas de vontade como:

(...) o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade³⁰.

A referida Resolução prevê, ainda, que deve haver a prevalência da vontade do paciente, a qual deverá ser sempre levada em consideração pelo médico.

É preciso, assim, respeitar a autonomia privada do paciente, em caso do término da vida, tendo em vista que, como afirma Luciana Daldata, "*a declaração prévia de vontade do paciente terminal é válida no Brasil, mesmo com a inexistência de legislação específica, a partir de uma interpretação principiológica do ordenamento jurídico pátrio*"³¹.

A partir da breve análise do contexto de sua origem e com base nas diretrizes fixadas pela mencionada Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), é possível extrair, agora, o conceito e alguns aspectos fundamentais do chamado testamento vital.

29 DALDATO, Luciana. **História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente**. Disponível em: <<https://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>>. Acesso em: 13 de dez. 2019.

30 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995, de 9 de agosto de 2012**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 13 de dez. 2019.

31 DALDATO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Atlas, 2015.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges define o testamento vital como sendo:

(...) um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade. Visa-se, com o testamento vital, a influir sobre os médicos no sentido de uma determinada forma de tratamento ou, simplesmente, no sentido do não tratamento, como uma vontade do paciente que pode vir a estar incapacitado de manifestar sua vontade em razão da doença³².

Por sua vez, Ernesto Lippmann aponta que o fundamento legal do testamento vital seria:

(...) a autonomia da vontade, a livre escolha do ser humano e o princípio constitucional de sua dignidade humana, sendo importante que seus desejos sejam documentados e manifestados de forma consciente e esclarecida, o que se faz através do testamento vital, que registra o tratamento que o paciente deseja receber quando sua morte se aproximar³³.

Pode-se, portanto, dizer que a ideia do testamento vital é ser um instrumento hábil para o paciente, quando estiver em fase terminal ou com alguma doença irremediável, para fins de declarar a sua vontade, de forma escrita, acerca de quais tratamentos médicos quer se submeter, ou não, definindo, assim, os limites terapêuticos.

Importante salientar que, tecnicamente, o testamento vital não é um testamento propriamente dito, uma vez que não é uma manifestação de vontade que vai produzir efeitos *pos mortem*. A produção de efeitos do testamento vital é durante a vida, e, não após a morte.

32 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e dinastia – você sabe o que são?**. Disponível em: <<http://www.radiocriçiuma.com.br/portal/vernoticia.php?id=16487>>. Acesso em: 13 de dez. 2019.

33 LIPPMANN, Ernesto. **Testamento Vital**. São Paulo: Matrix, 2013, p. 21.

Assim, o testamento vital difere do testamento civil, com previsão no Código Civil, sendo este, o ato de última vontade pelo qual a pessoa dispõe, total ou parcialmente, do seu patrimônio para depois da morte podendo, inclusive, tratar de questões não patrimoniais.

Vale destacar que o testamento vital não se confunde com o chamado mandado duradouro, outra espécie de diretiva antecipada de vontade. O mandado duradouro, segundo Luciana Daldata, consiste no *“documento pelo qual o paciente nomeia um ou mais procuradores que deverão ser consultados pelos médicos, em caso de incapacidade deste – permanente ou temporária, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre tratamento ou não tratamento”*³⁴.

Mesmo não existindo uma regulamentação sobre o testamento vital para definir, de forma mais precisa, os requisitos para o referido instrumento, pode-se mencionar que a informação e o discernimento do paciente são elementos imprescindíveis e que devem estar presentes quando da elaboração do testamento vital.

Ademais, é importante que essa declaração de vontade seja expressa e escrita, a qual prevalecerá sobre a manifestação de vontade dos familiares e sobre parecer não médico, sendo, portanto, válida e apresentando eficácia imediata. Dessa forma, a vontade manifestada pelo paciente por meio do testamento vital vincula o médico e sua equipe e os parentes, inclusive.

A jurisprudência vem tratando da aplicação das diretivas antecipadas de vontade e do testamento vital, de modo a respeitar o desejo do paciente. Nesse sentido, cumpre destacar o seguinte entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE. ORTOTANÁSIA. Pretensão de estabelecer limites à atuação médica no caso de situação futura de grave e irreversível enfermidade, visando o emprego de mecanismos artificiais que prologuem o sofrimento da paciente. Sentença de extinção do processo por falta de interesse de agir. Manifestação de vontade na elaboração de testamento vital gera efeitos independentemente da chancela judicial. Jurisdição voluntária com função integrativa da vontade do interessado cabível apenas aos casos previstos em lei. Manifestação

34 DALDATO, Luciana. **Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade**. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Aspectos-registrais-das-diretivas-antecipadas-de-vontade.pdf>>. Acesso em: 13 de dez. 2019.

que pode ser feita por meio de cartório extrajudicial. Desnecessidade de movimentar o Judiciário apenas para atestar sua sanidade no momento da declaração de vontade. Cartório Extrajudicial pode atestar a livre e consciente manifestação de vontade e, caso queira cautela adicional, a autora poderá se valer de testemunhas e atestados médicos. Declaração do direito à ortotanásia. Autora que não sofre de qualquer doença. Pleito declaratório não pode ser utilizado em caráter genérico e abstrato. Falta de interesse de agir verificada. Precedentes. Sentença de extinção mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1000938-13.2016.8.26.0100; Relator (a): Mary Grün; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 32ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/04/2019; Data de Registro: 11/04/2019)³⁵

Na mesma linha de pensamento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul estabeleceu que:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA.À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para «aliviar o sofrimento»; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15

35 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Apelação Cível 70054988266/RS**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs?ref=serp>>. Acesso em: 13 de dez. 2019.

do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível, Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em: 20-11-2013)³⁶.

Percebe-se, assim, que o testamento vital, como instituto que traz mais segurança para a atuação do profissional da saúde, funciona como instrumento de concretização da autonomia da vontade e da autodeterminação do paciente, e, conseqüentemente, garante o princípio da dignidade da pessoa humana, que está presente, tanto na vida, como na morte. Daí que, diante da sua importância, o testamento vital merece maior atenção, tornando-se necessária sua regularização a fim de definir suas condições e características, para dar mais efetividade ao direito de autonomia do paciente.

CONCLUSÃO

O testamento vital é uma ferramenta de grande contribuição para a autonomia da vontade, pois tem o papel de desnudar o excesso de cuidados terapêuticos, bem como auxilia na afirmação da autonomia existencial do ser humano, para ter o domínio não só da sua vida, como também da sua morte, deixando o desejo da natureza agir onde a Medicina não pode alcançar.

O avanço da Medicina aumentou a expectativa de vida das pessoas, através de inovações terapêuticas e várias possibilidades de intervenção nos processos da vida humana. Mesmo tendo essa construção de princípios não absolutos, o princípio do respeito à autonomia da vontade e o princípio do domínio do homem sobre seu corpo e mente, têm ficado em evidência e com isso, tem ganho espaço com embasamentos ético-morais, inclusive a prática na Medicina Intensiva teve notável evolução ao longo dos últimos anos.

36 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Apelação Cível 1000938-13.2016.8.26.0100/SP**. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697337255/apelacao-civel-ac-10009381320168260100-sp-1000938-1320168260100?ref=serp>>. Acesso em: 13 de dez. 2019.

Diante da maior possibilidade de interferência, nos processos de continuidade da vida humana, alcançada pela Medicina, o prolongamento do processo de morrer, o significado da morte e o entendimento de finitude da vida humana, passou a integrar essa discussão, que pode ser expressa na ideia de morte digna.

Posto isso, o conceito de autonomia privada de vontade do indivíduo, aquela que torna a ação legítima, garante que os interesses individuais da pessoa sigam adiante com sua vontade, defendendo, desse modo, o direito de autodeterminação. Atualmente, a autonomia da vontade carece de novas atualizações, diante do tema da morte digna, tanto, por parte dos profissionais do Direito como da Medicina, necessitando-se, com isso, promover o diálogo entre essas áreas, com fins de dar mais subsídios para o respeito da vontade do paciente terminal e de sua maneira de pensar sobre como ter uma morte digna.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2ª Edição, 2011.

_____, Robert. **Derecho e razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy - Esboço e críticas**. Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_arendt_origens_totalitarismo.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

Assembleia Geral da ONU. (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos (217 [III] A). Paris. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988. p.9. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2019.

_____. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 12 dez. 2019

_____. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12 dez. 2019.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Apelação Cível 70054988266/RS**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs?ref=serp>>. Acesso em: 13 de dez. 2019.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Apelação Cível 1000938-13.2016.8.26.0100/SP**. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697337255/apelacao-civel-ac-10009381320168260100-sp-1000938-1320168260100?ref=serp>>. Acesso em: 13 de dez. 2019.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CASAGRANDE, Jéfferson Ferreira; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. **Os Paradigmas Jusfundamentais Liberal, Social e Pós-Social com base na visão de Daniel Sarmento**. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 11, Nº 1, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/94>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

CARVALHO, R. T.; PARSONS, H. A. (Org.) **Manual de Cuidados Paliativos**. São Paulo: Academia Nacional de Cuidados Paliativos (ANCP). Disponível em: <<http://biblioteca.cofen.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/Manual-de-cuidados-paliativos-ANCP.pdf>>. Acesso em 13 dez 2019.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.



CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.805/2006**. Disponível: <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 14 de dez. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995, de 9 de agosto de 2012**. Disponível em: <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 13 de dez. 2019.

DALDATO, Luciana. **Aspectos registrai s das diretivas antecipadas de vontade**. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Aspectos-registrai s-das-diretivas-antecipadas-de-vontade.pdf>>. Acesso em: 13 de dez. 2019.

_____, Luciana. **História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente**. Disponível em: <<https://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>>. Acesso em: 13 de dez. 2019.

_____, Luciana. Testamento vital. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DAMÁSIO, Anne Christine; PAIVA, Fabianne Christine Lopes de; ALMEIDA JR, José Jailson de. **Ética em cuidados paliativos: concepções sobre o fim da vida**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n3/v22n3a19.pdf> >. Acesso em: 14 de dez. 2019.

Declaração de direitos do homem e do cidadão (1789). Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. Salvador: Ed. JusPodvim, 2019.

FURTADO, Gabriel Rocha. **Considerações sobre o testamento vital**. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Furtado-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em: 13 de dez. 2019.

GOMES, Ana Luisa Zaniboni; OTHERO, Marília Bense. **Cuidados paliativos**. Estud. av. vol.30 no.88 São Paulo Sept./Dec. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000300155>. Último acesso em 12 dez 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LIPPMANN, Ernesto. **Testamento vital**. São Paulo: Matrix, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

NOGUEIRA, Ana Gabriela Tolentino de Melo. **Validade do testamento vital: a realidade brasileira**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52552/validade-do-testamento-vital-a-realidade-brasileira>>. Acesso em: 13 de dez. 2019.

OLIVEIRA, Aline Cristine de; SILVA, Maria Júlia Paes da. **Autonomia em cuidados paliativos: conceitos e percepções de uma equipe de saúde**. Acta paul. enferm. vol.23 no.2 São Paulo Mar./Apr. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002010000200010>. Acesso em 10 dez. 2019.

RIBEIRO, Andréia da Rocha; et al. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal: reflexão bioética**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a10v21n1.pdf>>. Acesso em 13 dez. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.30

SOUZA, Ana Paula Lemes de. **Dignidade humana através do espelho: o novo totem contemporâneo**. In: TRINDADE, André Karam (Org.); SOARES, Astreia (Org.); GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). Direito, arte e literatura: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte: CONPEDI, 2015. p. 22-41. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/y861uih8/0wTU99M77OSUDLxQ.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

WITTMANN-VIEIRA, Rosmari. GOLDIM, José Roberto. **Bioética e cuidados paliativos: tomada de decisões e qualidade de vida**. Acta paul. enferm. vol.25 no.3. São Paulo. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002012000300003>. Acesso em 10 de dezembro de 2019.



WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Definition of Palliative Care**. Disponível em: <<https://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>>. Acesso em: 14 de dez. 2019.

PRIMEIRAS APLICAÇÕES RELATIVIZADAS EM FACE DAS INOVAÇÕES PROCESSUAIS DO CPC/2015. UMA NOVA ZONA DE PENUMBRA?¹

Jones Figueirêdo Alves

Desembargador Decano do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa (FDUL). Membro da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont.) e do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Preside a Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais em Pernambuco. Presidiu o Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE).

NOTA PRÉVIA DE HOMENAGEM

Como é possível perceber diplomas de direito material e de direito processual que, transitando entre si, no trato da regulação de determinados temas jurídicos, reclamam compatibilidade para uma aplicação sistêmica diante do CPC/2015; de igual modo, evidencia-se também observar uma necessária relação dialogal das tutelas jurisdicionais diferenciadas com o referido Código Processual de 2015. Em menos palavras, ganha inegável importância jurídica a articulação do direito processual específico em suas diferentes hipóteses com a processualística civil codificada.

Por essas mesmas razões, constituiu um marco expressivo nos atuais estudos processuais a magna conferência ministrada pelo prof. Ubiratan do Couto Mauricio, quando, tratando de um direito especial (o direito canônico), colocou o seu modelo legal em face do atual CPC.² A proficiência de suas reflexões ali oferecidas estimula o presente trabalho, dedicadamente destinado à homenagem.

¹ “A Zona de Penumbra” é o termo empregado pelo consagrado processualista Luiz Guilherme Marinoni quando coloca em discussão “os limites da função interpretativa deferida ao juiz” (...). Daí se propor, na linha da separação entre dispositivo e norma, a demarcação do instante em que o juiz deixa de interpretar a lei e elabora norma compatível com a Constituição, a despeito do significado do dispositivo „ (...) In: “A Zona de Penumbra entre o STJ e o STF”. São Paulo: Thompson Reuters Brasil/RT, 07/2019, 1ª ed., 216 p.

² A sua conferência encerrou o I Seminário de Estudos Processuais, promovido pela Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – ESMAPE com a Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro, realizado no início de 2019.

lo. Não sem razão, atualmente ganha destacado relevo o diálogo de fontes como importante técnica de aplicação normativa.

Lado outro, um novo fenômeno exegético impõe-se observado ao tempo da aplicação de determinadas normas processuais apresentadas pelo novo Código de Processo Civil, quando, nada obstante o regramento literal do texto, busca-se dar interpretações variadas, sejam restritivas ou ampliativas ao seu conteúdo.³ No ponto, identifica-se um mesmo viés, o da necessidade de um diálogo aperfeiçoado entre o processo de jurisdição e os institutos jurídicos de direito material.

INICIAÇÃO AO TEMA

As questões adiante postas objetivam, em voo de superfície, sinalizar topicamente, a necessidade de maiores reflexões sobre o estado atual da aplicação do novo CPC, que se sujeita à sua devida maturidade no tempo de sua experimentação jurisdicional.

Em ser assim, cumpre-nos indicar algumas questões extraídas de possíveis e eventuais relativizações normativas, empreendendo a análise a partir de questionamentos e ponderações nos casos em espécie. Vejamos umas e outras.

AS PRIMEIRAS RELATIVIZAÇÕES EXPERIENCIADAS

1 TAXATIVIDADE MITIGADA

A primeira hipótese vocacionada para relativizar inovação contida em norma processual do novo CPC constituiu-se a definir a natureza do rol do art. 1.015 do estatuto processual. A possibilidade de uma interpretação extensiva ao dispositivo a admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisões que versem sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do aludido dispositivo foi reconhecida, na questão submetida a julgamento (Tema 988), pelo Superior Tribunal de Justiça.

³ Exemplo mais característico é o da mitigação da taxatividade do art. 1.015 do CPC, no que diz respeito ao rol das hipóteses do agravo de instrumento.

Ao definir o STJ que o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, a relativização está posta ao exame dos casos concretos.

O questionamento fica, assim, atento à seguinte indagação: Em rol pretensamente exaustivo do art. 1.015 do CPC, mas que pode admitir interpretações extensivas, podem, afinal, remanescer outras hipóteses em que não será possível extrair a pretendida taxatividade mitigada?

Resposta elucidativa parece-nos confortada em decisão da Corte Especial, de 05.12.2018, em sede do REsp. n. 1704520-MT, da Relatoria da Min. Nancy Andrigui. Mais precisamente: a taxatividade mitigada tem o escopo de admitir a interposição de agravo de instrumento “quando verificada a urgência da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”. É esta a singular circunstância que autoriza a relativização do rol extraído do art. 1.015 do CPC.

2 ASTREINTES E REVISÃO RETROATIVA. PERMANECE A POSSIBILIDADE DE REVISÃO RETROATIVA DO VALOR DA MULTA (ASTREINTES), SEM OFENSA À COISA JULGADA, SOB A ÉGIDE DE INIBIR ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, ANTE EVENTUAL MENOR RELEVÂNCIA DA INFRINGÊNCIA EM FACE DA EXORBITÂNCIA QUANTITATIVA DO SOMATÓRIO NOMINAL AFINAL ALCANÇADO?

Estejamos atentos para o regramento do § 1º do art. 537 do novo CPC.⁴

O aludido § 1º trata da possibilidade de revisão do valor da multa quando, segundo orienta Luiz Guilherme Marinoni “... a redução, porém, não pode ter efeitos retroativos, atingindo valores que já incidindo; só reduz as multas vincendas” (Novo Código de Processo Civil Comentado, 2ª edição revista, ampliada e atualizada, 1º edição, 2015, p. 670).

É exatamente a questão posta. Poderá haver, então, a relativização ao texto expresso, sem malferimento à ideia-força da nova disciplina das *astreintes* trazida pelo novo CPC?

4 “Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento...”

O Superior Tribunal de Justiça compreendeu, sob a égide do antigo Código, pela redução da multa prevista no artigo 461 do CPC/73, não havendo falar em preclusão ou ofensa à coisa julgada. Orientou que o valor da multa cominatória “pode ser alterado pelo magistrado a qualquer tempo, até mesmo de ofício, quando irrisório ou exorbitante, não havendo falar em preclusão ou ofensa à coisa julgada” (AgInt no AREsp 162.145/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 28-03-2017, DJe 19/04/2017).

Ocorre entendido que *“essa jurisprudência permanece inalterada sob a égide do novo Código”*. (AREsp. n. 1453181, Min. Luis Felipe Salomão, cf. decisão monocrática de 27.03.2019, DJe. 02.04.2019).

Apontam-se, daí, as primeiras relativizações quanto à higidez das multas vencidas, agora sob a vigência do Código de 2015. A tanto, são citados o AgInt. No AREsp. 1221517-PR, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, julgado em 02.10.2018, DJe 10.10.2018 e o AgInt no ARES, N. 1185895/PR, 4ª Turma, julgado em 02.10.2018, DJe 15.10.2018).

Ora bem. A fixação de multa para a hipótese de descumprimento de obrigação de fazer encontra-se expressamente autorizada pelo art. 536, §1º c/c art. 537 do CPC/2015 (regras similares às previstas no art. 461, §§ 4º e 6º do CPC/73).

Nelson Nery Junior, no ponto, esclarece: “o objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória” (Nery Junior, Nelson; Andrade Nery, Rosa Maria de. Código de Processo Civil Comentado. 10ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 673).

Então, por certo que o objetivo das astreintes é justamente a obtenção do resultado prático equivalente, pois se trata de medida que tende a intimidar o devedor a fazer algo. Nesse sentido, pode ser deferida, mesmo que de ofício pelo julgador, quando este entender pela sua necessidade e o seu valor não pode ser irrisório, sob pena de não alcançar o fim a que se destina.

A multa nada mais é, portanto, do que meio efetivo de coerção, e em se tratando de devedor de acentuado poder econômico, o valor fixado não pode ser singelo. Caso contrário, ficaria a seu critério satisfazer a obrigação ou pagar multa ínfima, nulificando-se, portanto, a coerção indireta por ela objetivada.

Neste influxo, apenas quando verificada a existência de desproporcionalidades ou de excessos capazes de causar lesão a uma das partes ou ganho excessivo à outra, é que cabe adequar a multa pecuniária a parâmetros razoáveis.

Mas, impende, observar, que a possibilidade de alteração do valor, em consonância com a nova regra processual cogente, deve alcançar, nos termos da lei, apenas a multa vincenda. Confortam-se, contudo, as aplicações relativizadas, sob os influxos de uma leitura nova.

Sobejaria, no meu primeiro entender imediato, apenas a questão intertemporal, a saber quando a tutela jurisdicional que fixou a multa tenha-se dado na vigência do antigo CPC. De efeito, pode o magistrado, a requerimento da parte ou de ofício, revisar o valor, a periodicidade ou o montante da multa, quando se achar fora dos parâmetros da razoabilidade ou quando se tornar exorbitante.⁵

Entretanto - pergunta-se - a questão posta poderá atrair a aplicação do artigo 8º do mesmo CPC/2015, para efeito da observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ao tema da não redução dos valores das astreintes já vencidas, como impõe o § 1º do art. 537 do referido Código processual?

É nessa exata latitude a relativização possível da norma, que já se apresenta e se acha indicada nos primeiros julgados do tema. Aliás, no AgInt no AREsp 162.145/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, então julgado em 28-03-2017, os referidos princípios ali eram colocados determinantes, a partir do próprio tribunal de origem (TJSP), cuja decisão estava em exame. Assinalou-se, então:

“Porém, mesmo após o trânsito em julgado, nada impede a modificação do montante, para mais ou para menos, conforme seja suficiente ou excessivo. Com efeito, a multa por descumprimento de decisão judicial não pode ensejar enriquecimento sem causa da parte a quem favorece, devendo ser reduzida

⁵ Nesse sentido, confira-se: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DO CONSUMIDOR. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO AGRAVADA QUE REDUZ O VALOR DAS ASTREINTES ACUMULADAS PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. INCONFORMISMO DO AUTOR. MULTA FIXADA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO PROCESSUAL REVOGADO. A orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, na vigência do Código revogado de 1973, sempre foi no sentido da possibilidade da modificação do valor da multa a qualquer tempo quando irrisória ou exorbitante. Por outro lado, a literalidade do art. 537, §1º, do Novo Código de Processo Civil, conduz, inicialmente, a interpretação de que só seria possível a revisão em relação às parcelas vincendas. No caso, a fixação da multa e o descumprimento da decisão se deram na vigência do antigo Código de Processo Civil, época em que a legislação e a jurisprudência permitiam a redução de forma retroativa. Diminuição dos valores da execução ao patamar razoável, de acordo com a condenação imposta. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ - 0017973-36.2018.8.19.0000, Rel. Peterson Barroso Simão, 3ª CC, DJ 09/04/2018).

a patamares razoáveis, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.”

Segue-se conveniente entender, porém, o exame de causalidade, para dirimir o cabimento da redução retroativa da multa diária. Isto porque, decididamente, importa, antes de tudo, observar o valor da multa diária fixada em seu montante, exagerado que seja na hipótese. Caso o valor da multa/dia, por si só, não se mostre elevado, pouco influirá, em seguimento, que ao depois, esteja a quantia aparentemente exagerada pelo valor afinal alcançado. O somatório das multas diárias não repercutirá ou deverá repercutir à pretendida redução, isto porque deverá o valor final estar sempre situado ao longo do período do descumprimento do preceito e ante o importante significado de sua extensão omissiva.

Logo, em considerando a incidência diária da multa em seu valor de origem e apenas nesta, deveremos, então, obter a solução necessária para a devida adequação da referida multa por descumprimento de tutelas jurídicas. Relativize-se, mas nem tanto. E o tema continuará a merecer maiores reflexões doutrinárias.

3 FIXAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA. À FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL, OS CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO DO § 2º DO ART. 85 DO CPC SÃO HÍGIDOS OU HIERÁRQUICOS EM SEUS TRÊS GRAUS DE ORDEM DE PREFERÊNCIA OU, A DEPENDER DO CASO CONCRETO, PODERÁ ESSA ORDEM SER ALTERADA OU INVERTIDA, NO EFEITO DA DIGNIFICAÇÃO DO TRABALHO PROFISSIONAL DO ADVOGADO, RELATIVIZANDO-SE A ORDEM DE VOCAÇÃO?

O Código de Processo Civil, em seu art. 85, §2º, do CPC/15, dispõe:

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...) § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendido: ...”

Pois bem. O dispositivo supramencionado é claro no sentido de que os honorários sucumbenciais devem ser arbitrados no percentual entre o mínimo



de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou do valor atualizado da causa.

Sucede de suma importância registrar que a Segunda Seção, no REsp n. 1.746.072/PR, da Relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI (Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, julgado em 13/2/2019, publicado no DJe 29/3/2019), definiu que a fixação da verba honorária entre os percentuais de 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) deve obedecer a seguinte ordem de preferência (art. 85, § 2º, do CPC/2015): (i) primeiro, sobre o valor da condenação; (ii) segundo, não havendo condenação, sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor; (iii) terceiro, não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa,

Senão vejamos:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATÓRIA (ART. 85, § 2º). REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º). PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O novo Código de Processo Civil - CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido.

2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º).

3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.

4. Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).

5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo. 6. Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido. (REsp n. 1.746.072/PR, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/2/2019, DJe 29/3/2019.)” (g.n)

A tese jurídica firmada é a de a ordem de preferência ou ordem de vocação à fixação da base de cálculo da verba honorária, dever subsumir-se ao caso concreto,

de tal modo a conduzir a uma das hipóteses legais prévias. Impedindo, destarte, o avanço para uma outra categoria subsequente, aparentemente indicando, assim, que quando houver parcelas de condenação, estas iniludivelmente servirão de base primeira e absoluta, sem a quebra da ordem, à fixação dos honorários.

Entretanto, haverá ou não violação aos parâmetros legais estabelecidos no art. 85, § 2º, do CPC/2015, quando em ação de natureza dúplice, estejamos diante de resultado sentencial, onde para fixar o valor da condenação, haja antes a decisão judicial vir de desconstituir o negócio jurídico?

Tal é a hipótese, v.g., de contrato de empréstimo fraudulento, cujo proveito econômico obtido pelo vencedor, na sua anulação, seja exatamente em valor superior ao da própria condenação fixada em valores indenizatórios por danos materiais e morais.

O Superior Tribunal de Justiça, ao que se apresenta na sua jurisprudência atual, em face do novo CPC, tem desconsiderado situações que tais, onde decisões de natureza híbrida, formada de tutelas de dois capítulos, um de cunho desconstitutivo de uma dívida e outro de cunho condenatório ressarcitório, não faz eleger a quebra da ordem de preferência do art. 85, § 2º, do CPC.

Cediço que foi sedimentado pela Corte de Uniformização de Jurisprudência que o CPC atual estabeleceu uma ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários advocatícios, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria, tem-se, por enquanto, uma resposta jurisprudencial negativa a uma eventual relativização da norma em comento. Contudo, a nosso sentir, uma flexibilização possível no trato da questão posta guarda, à sua aplicação, fomento de maior dignificação da verba honorária.

4 AÇÕES DE FAMÍLIA. O ART. 693 DO CPC PARA AS AÇÕES DE FAMÍLIA PERMITE, ALÉM DO SEU ROL EXPRESSO, OUTRAS AÇÕES DE CARÁTER CONTENCIOSO, QUE ENVOLVA O DIREITO DE FAMÍLIA, RETIRANDO-SE-LHE O EVENTUAL CARÁTER EXAURIENTE, NOTADAMENTE QUANDO LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE ASSEGURA DIREITOS RESSARCITÓRIOS POR AÇÕES “EX DELICTO” PARA O RESSARCIMENTO DOS DANOS, DESIGNADAMENTE NO ÂMBITO DAS QUESTÕES DE FAMÍLIA?

A resposta relevante é positiva. Tenha-se, de logo, presente, às expressas, o Enunciado 72 do FPPC:

“O rol do art. 693 não é exaustivo, sendo aplicáveis os dispositivos previstos no Capítulo X a outras ações de caráter contencioso envolvendo o Direito de Família”.

A questão alcança maior fomento, diante da recente Lei nº 13.871/2019, que determina o ressarcimento de todos os danos causados e dos custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) às vítimas de violência doméstica e familiar e dos dispositivos de segurança em medidas protetivas por elas utilizados.⁶

A novel lei inicia uma política pública de imediata reparação integral em face dos danos causados pelo agente ofensor. De efeito, constrói-se uma nova doutrina de direito ressarcitório para a devida efetividade das reparações cíveis cabíveis, quando os danos ao erário por crimes e ilícitos civis não são, ainda, ordinariamente ressarcidos ao Estado.

Não há negar: visíveis se apresentam, em suas muitas variáveis, os danos cometidos ao Estado pelos infratores de leis penais, cumprindo-lhe, como terceiro prejudicado, ingressar no feito penal ou promover a ação cível competente, autônoma e independente, para o ressarcimento dos danos.

A Lei nº 13.871/2019 inova bastante. As alterações apresentadas são significativas, sob o relevo impositivo de o agressor responder, de imediato, pelas consequências de seus atos. No ponto dos impactos consequenciais, cumpre anotar, com o devido destaque:

(i) retenha-se decisivo que o ressarcimento de que tratam os §§ 4º e 5º, acrescidos ao art. 9º da referida lei, não configurarão atenuante genérica ou causa para diminuição da pena e, outrossim, não ensejarão a possibilidade de substituição da pena aplicada (art. 9º, § 6º), diferentemente do que dispõe o Código Penal. Bem de ver que a Lei nº 11.340/06 deve ser observada, sempre, como um microsistema legal, embora não estabeleça as penas dos seus tipos penais (!);

⁶ A nova lei altera a Lei nº 11.340, de 07.08.2006 (Lei Maria da Penha), acrescentando outros três parágrafos ao seu art. 9º, em dispondo sobre as responsabilidades do agressor para os pagamentos devidos.

(ii) o ressarcimento independerá do processo em curso a que submete o agressor, ou seja, não precisará ser o agente ofensor antes condenado, por independência ou autonomia entre as esferas cível e penal;

(iii) a regra geral do § 4º ao art. 9º da Lei 11.340/06 determina que “aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados (...)”. A cláusula “*todos os danos causados*” reflete, em bom rigor, a legitimidade da ação tanto em face da vítima como em face do Estado-Administração, para a proposição das ações ressarcitórias cabíveis. Segue-se que o mesmo parágrafo, em sua segunda parte, faz acrescer dever o agente ofensor “ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar (...)”.

Impende urgente, portanto, o manejo mais usual das ações cíveis “*ex delicto*”, não apenas nomeadamente pelo Estado-Administração, como exercício inafastável de direito que, aliás, pertence, como destinatário final, a todos os contribuintes e à sociedade civil. Pertence àquele protagonista dos próprios conflitos familiares, relativizando a pretendida hipótese de um caráter exaustivo do art. 693, caput do CPC/2015.

5 OBRIGAÇÕES ALIMENTARES. IMPORTA RELATIVIZAR A APLICAÇÃO PROCEDIMENTAL COGITADA NO § ÚNICO DO ART. 693 DO CPC PARA TRABALHAR AS NOVAS VARIÁVEIS DO ARBITRAMENTO DAS VERBAS ALIMENTARES, EM RELEITURA DO ART. 1.694 § 1º DO CÓDIGO CIVIL?

Importa bastante. (05.1.) A primeira das variáveis é atinente às limitações do suplemento. A obrigação alimentar dirigida aos ascendentes de graus imediatos, diante da não exação paterna, já era tratada em Assento de 09 de abril de 1772, ali previsto que na falta dos pais, esta seria atribuída aos ascendentes paternos e, faltando esses, aos ascendentes maternos, vindo afinal o CC de 1916, estabelecer que os ascendentes no mesmo grau, responderiam todos em conjunto, como se sobressai do art. 1.699 do atual Código.

O sentido pragmático do provimento complementar dos alimentos, pelos avós, volta-se a uma garantia do mínimo existencial, segundo o padrão de vida primário dos próprios pais. Mais precisamente: O suprimento de alimentos em

face dos avós deverá dirigir-se às necessidades básicas do alimentário, não tendo eles o alcance de alimentos superiores à fortuna dos pais.

A jurisprudência tem orientado que *“(...) os filhos têm direito aos alimentos segundo a fortuna dos pais, não sendo lícito cotejar fortunas entre os avós e destes com as dos pais para pedir contra quem for mais bem aquinhoado”*.

(Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2. Turma Cível, Apelação Cível 19980110345078, relator Des. Getúlio Moraes Oliveira, DJ de 25.10.2000, p. 18).

Em ser assim, em melhor expressão, uma de duas: (i) os avós são chamados à falta dos pais ou quando estes incapazes de prover, por si mesmos, por motivos justificáveis, os alimentos aos filhos: (ii) a responsabilidade secundária e sucessiva dos avós ocorre por hipossuficiência do alimentante de prover integralmente a obrigação, aditando-se o princípio da complementaridade, sempre no liame de corresponder a quantificação dos alimentos ao que razoável seria satisfazer os alimentos pelos principais obrigados. Em menos palavras, como acentua o Des. Sérgio Fernandes de Vasconcelos Chaves, *“se os pais são pobres, as condições dos filhos que geraram obviamente são limitadas”* (TJRS – 7ª Câmara Cível, AI nº 70010914331, 22.06.2005).

Esta obrigação sucessiva e complementar, por sua excepcionalidade marcante, está preordenada e dependente de uma prévia comprovação da insuficiência paterna, pelo que, de comum, faz empreender duas alternativas: (i) demanda revisional antecedente contra o pai para a majoração dos alimentos ou (ii) demanda cumulativa, figurando os avós, em pedido acessório, para a complementação dos alimentos.

De todo modo, o adimplemento parcial ou integral pelos avós subordina-se à premissa já discutida de os alimentos se destinarem apenas ao pensionamento das condições essenciais à dignidade do alimentário. Alimentos naturais, alimentos de subsistência, neles entendidos os necessários à sua sobrevivência e não os alimentos civis, destinados a assegurar ao beneficiário vida compatível com a sua condição social.

Aliás, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça enfatiza que a compatibilidade com a condição social é conceito que deve ser interpretado com moderação, referindo a Relatora Min. Fátima Nancy Andrighi no Recurso Especial nº 933.355 que a genérica disposição legal contida no art. 1.694, caput, do Código Civil deve ser compatibilizada com a disposição do artigo subsequente, quando o art. 1.695, define os requisitos caracterizadores à fixação dos alimentos.



(5.2.) Outra variável como questão de relevo situa-se no que diz respeito à responsabilidade sucessiva do avô ancião de prover os alimentos integrais.

Com a edição do Estatuto do Idoso, a doutrina tem expressado que *“salvo casos especialíssimos, em que a outorga não prejudicará a dignidade humana dos avós, será inconstitucional a concessão dos alimentos sucessivos, mas, tão-somente, os complementares”*⁷. Ou seja, a responsabilidade alimentar avoenga será preferencialmente acessória, ainda assim, sem o comprometimento das condições do alimentante ancião. Essa posição da doutrina reclama, contudo, melhor formulação ou adequação finalística.

É que nesse contexto avulta inevitável a análise da circunstância de quando se tratarem os netos alimentandos de pessoas sob a tutela constitucional do art. 227, crianças ou adolescentes legitimados a uma proteção também integral e absoluta.

Diante da ponderação dos interesses em conflito, entre prestador e favorecido dos alimentos, ambos tutelados constitucionalmente por suas qualidades etárias, creio que se poderá afirmar, a responsabilidade subsidiária do avô ancião, seja ela sucessiva ou complementar à obrigação alimentar subsidiária do art. 1.698, proporcionalizando-se, no caso concreto, a definição do *“quantum”* alimentar ou admitindo a não prestação reclamada.

Nessa esteira, a obrigação suplementar do dispositivo, aos netos que alcançaram a maioridade, haverá, outrossim, de merecer maiores temperamentos, porquanto é o pretense alimentante que estará a merecer a proteção integral dos filhos e netos.

A relevância de tal fundamento é extraída do que dispõe o art. 229 da Constituição Federal: *“Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade”*. No ditado constitucional, a velhice é cronologização do curso de vida, independente de suas carências, razão pela qual é fenômeno juridicamente determinante a diferenciar, em casos que tais, o avô ancião prestador de alimentos.

Por tal conduto, merece também ser relativizado o binômio *necessidade-possibilidade*, contido como regra de fixação, segundo o qual, na forma do par.

7 “Alimentos no Código Civil”, Thompson/IOB, 2004, p. 230.

1º do art. 1.694, os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Em se tratando de avô ancião, o critério da possibilidade terá de ter preponderância substancial, uma melhor mensuração, a prevalecer sobre o da necessidade do beneficiário, diante da assimetria etária e em favor daquele alimentante.

Outro entendimento estará em confronto com os regramentos constitucionais de proteção à pessoa idosa, de forma integral, a inibir limitações que possam vulnerá-la enquanto devedor de alimentos, com desfalque do seu direito personalíssimo de envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

(5.3.) Com a mesma diretiva aqui sublinhada, retenha-se, com atenção, a norma especial do art. 12 da mesma Lei nº 10.74, configuradora da solidariedade da obrigação alimentar ao idoso e que lhe garante a opção entre os prestadores de pensão alimentícia. A obrigação alimentar, disciplinada no Código Civil, não reconhece a solidariedade dos obrigados por extensão, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros (art. 1.696).

Em se tratando, porém, de alimentando idoso, a obrigação alimentar é solidária, permitindo a lei que este proponha a ação somente contra o parente em melhores condições de prestar-lhes os alimentos, não incidindo, sequer, a regra do art. 1.698 do Código Civil permissiva de o demandado puder chamar ao processo os demais co-obrigados.

A definição incontroversa da natureza solidária da relação obrigacional de alimentos ao idoso, por vínculo parental, tem escólio mais recente e preponderante da jurisprudência, na conformidade da lei, acentuando o S.T.J., por sua 3ª Turma, no Recurso Especial nº 775.565/SP, com relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrighi, que *“o Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (art. 3º), assegura celeridade no processo, proibindo intervenção de outros eventuais devedores de alimentos”*.

Aqui, mais uma vez, rompe-se o normativismo do Código Civil, o de o dever alimentar parental ser subsidiário, divisível e não-solidário, como observado no art. 1.698 do Código Civil, para assinalar-se a solidariedade do débito alimentar, que afinal prepondera, a despeito de uma aparente antinomia do art. 11 do mesmo Estatuto, ao prescrever que os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil.

A questão da legitimidade passiva na ação de alimentos em favor do idoso se torna extreme de dúvida, a teor do art. 12 do Estatuto, recaindo a totalidade



da obrigação, em qualquer dos co-obrigados, em condições de responder, mais objetivamente, o encargo, sem prejuízo deste se valer, ao depois, de ação regressiva.

Entretanto, a disposição do art. 285 do Código Civil, a tornar exigível pelo devedor que satisfaz a dívida por inteiro, a cota de cada um dos co-devedores, presumindo-se iguais no débito, as partes dos demais, não se aperfeiçoa à hipótese da dívida alimentar, porquanto estes, na forma da lei civil, deverão responder pela obrigação conjunta, dita solidária, na proporção dos respectivos recursos. Eis o problema.

Convenha-se, daí, pela relativização do preceito, sub-rogando-se o alimentante, nos créditos do alimentando idoso, frente aos demais devedores da obrigação, onde a pretensa unidade da prestação alimentícia, reportada aos co-obrigados, haverá de ser repartida, apurando-se, sim, na ação de regresso, a quota-parte na proporção dos recursos de cada um deles. Esta, parece-nos, a melhor solução, sob a égide de assegurar a plena efetividade do direito dos alimentos do idoso.

Se é certo, porém, que os alimentos, no ditame da lei, alcançam todo parente do idoso, sob o espectro do art. 1.694 do Código Civil, exato também será problematizar a extensão obrigacional, diante do necessário vínculo da afetividade, como questão subjacente à obrigação decorrente do simples vínculo parental.

No ponto, Roberto Mendes de Freitas Júnior, em seu recente estudo "Obrigação Alimentar: o novo Código Civil e o Estatuto do Idoso", suscita o problema, adiantando que *"para a imposição da obrigação de prestar alimentos, ou do dever de cuidado com a pessoa idosa, não basta o mero vínculo de parentesco: necessário que exista vínculo afetivo entre alimentante e alimentando, entre cuidador e paciente, para tornar certa a obrigação, com fundamento na necessária solidariedade familiar. Não havendo qualquer relação de afetividade entre as partes, não se pode impor a obrigação alimentar, tampouco o dever de cuidado, apenas com base na relação de parentesco, uma vez que ausente o fundamento para tanto, ou seja, o vínculo afetivo."*

É, de fato, o liame da afetividade que traduz, modernamente, o significado das famílias, em concreção da solidariedade familiar. Através dela, o direito a alimentos se perfaz exigível, não se afigurando legítima a pretensão por quem

desertou da prestação do afeto, quedando-se inerte ao exercício solidário na comunidade familiar.

Nessa perspectiva, promana, com identidade lógica, o disposto no art. 1.593 do Código Civil, assinando que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consangüinidade ou outra origem.

Essa disposição cuida de reconhecer, inclusive, conforme Enunciado em Jornada de Direito Civil do STJ, outras espécies de parentesco civil, além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

De boa nota pensar, então, em tema de obrigação alimentar avoenga, colocarem-se os avós socioafetivos ou por ficção legal, em mesma posição de sujeito passivo da obrigação dos avós naturais. Os netos existentes por razão da paternidade socioafetiva, ou aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha ocorrido prévia autorização do marido, este com paternidade ficta, na forma do art. 1.597, inciso IV, do Código Civil, serão netos de parentesco civil, em face dos avós assim reconhecidos na expressão do valor significativo do afeto e da dicção da lei.

Avós devedores e credores idosos, de uma obrigação alimentar, devem ser reconhecidos sob a égide de um novo substrato fático-jurídico onde estejam assentes, por vínculo manifesto, o direito-dever de convivência mútua e uma profunda relação de afetividade. Rompem-se os dogmas, relativizam-se os institutos, verticalizam-se, a um tempo instante, novos paradigmas. As obrigações alimentares não ficam rendidas a um simples implemento nominal monetário. Elas carregam consigo uma oblação de dignidade da pessoa e, por tal cumprimento, dignificam-se as famílias e o direito a elas concernente.

6 MITIGAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE. IMPENHORABILIDADE DE SALÁRIOS PODE SER MITIGADA POR INFERÊNCIA DA RAZOABILIDADE, PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE EM FAVOR DO DIREITO DO EXEQUENTE?



Eis mais um caso de aplicação relativizada de norma processual, diante de hipótese em que se questiona se a regra geral de impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos do devedor (art. 833, IV, CPC/2015) pode ou não ser excepcionada.

A questão foi sopesada com base na teoria do mínimo existencial, tendo sido reconhecida a possibilidade de se excepcionar a regra geral, “quando o montante do bloqueio se revele razoável em relação à remuneração pelo devedor percebida”, de modo a não afrontar a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família. (STJ – Corte Especial – ERESp. n. 1582475-MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 03.10.2018).

Com essa relativização, deixa de ser exceção única à impenhorabilidade da verba salarial o pagamento de pensão alimentícia, servindo ao pagamento de outros débitos não alimentares, e, assegurando-se ao credor “o direito ao recebimento de tutela jurisdicional capaz de dar efetividade, na medida do possível e do proporcional, a seus direitos materiais”.

Mais uma vez, aqui, predomina um perfeito diálogo entre o direito processual e o direito material, para a efetivação desse último, implicando o exemplo da aplicação relativizada de norma do processo.

NOTAS CONCLUSIVAS

a) O novo Código de Processo Civil por sua experimentação judiciária tem exigido dos seus operadores uma lúcida visão contextualizada de suas normas, em profícuo e valioso trabalho hermenêutico destinado a uma adequada interpretação e, sobretudo, à maturidade do próprio texto codificado processual. Toda nova lei precisa de tempo para sua maturação.

b) Antes de mais, evidencia-se que os seus novos institutos e técnicas, introduzidos no sistema processual, não estão a sugerir hipóteses não expressamente previstas, admitidas que sejam por meras ampliações interpretativas, como se possível fosse extrair das normas mais do que elas dizem, com novos espaços criados que podem comprometer o próprio sistema e, sobretudo, oferecer insegurança jurídica. As opções que a lei indica situam-se, em princípio, nas suas próprias latitudes, certo que não parece crível tenha o legislador cometido omissões heterodoxas, quando é certo que as interpretações extensivas tendem a um pretendido suprimento por técnica decisória de ampliação do sentido da norma nem sempre por uma subsunção antecedida e cabível.

c) De consequência, os institutos de relativização acima enunciados atuam, problematizam e provocam importantes reflexos no novo CPC. Impende, por suas aplicações pontuais, dentro da prática processual, a necessidade, portanto, de uma segurança jurídica que possa nortear o trabalho jurisdicional formador de suas incidências;

d) A doutrina processual face essa experimentação jurisdicional reveladora de relativizações a determinados dispositivos do novo CPC, haverá por certo de atribuir a devida importância para uma adequada valoração da atividade segura de uma jurisdição eficiente.

e) Essas relativizações processuais convergem a parâmetros já utilizados, v.g., na relativização da coisa julgada. Como se observa, impõe-se adotar, em todos os casos, as premissas técnicas e principiológicas do devido processo legal justo.

f) Nessa linha de pensar, a homenagem a um grande jurista, o prof. Ubiratan do Couto Mauricio.

RESENHAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Honorários Advocatícios**. Coleção "Grandes Temas do Novo CPC", vol. 2. Coordenador Geral: Fredie Didier; Salvador (BA): Editor JusPodivm, 2015, diversos autores (97); 1.168 p.;

DIAS, Luciano Souto. OLIVEIRA, Natale Franciela. A Fundamentação das Decisões Judiciais como Garantia de um Processo Justo: Análise Das Inovações Trazidas Pelo Novo Código de Processo Civil Face à Necessidade de um Rápido Pronunciamento Decisório. In: Revista virtual Cidadania e Acesso à Justiça, vol. 2, jan./julho, 2016. Web: <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/366>

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAIDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas repetitivas (IRDR)**. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2016. 1ª ed., 428 p.;

JOBIM, Marco Felix. FERREIRA, William Santos. **Direito Probatório**. Coleção "Grandes Temas do Novo CPC", vol. 5. Coordenador Geral: Fredie Didier; Salvador (BA): Editor JusPodivm, 2015, diversos autores (61); 964 p.;



MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes**. Coleção “Grandes Temas do Novo CPC”, vol. 3. Coordenador Geral: Fredie Didier; Salvador (BA): Editor JusPodivm, 2015, diversos autores (42); 780 p.;

MACEDO, Lucas Buril de. Peixoto, Ravi. FREIRE, Alexandre. **Processo de Conhecimento. Provas**. Coleção “Novo CPC. Doutrina Seleccionada”, vol. 3. Coordenador Geral: Fredie Didier; Salvador (BA): Editor JusPodivm, 2015, diversos autores (35); 694 p.;

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada sobre Questão. São Paulo: Thompson Reuters/Revista dos Tribunais, 2018, pp.;

MOUZALAS, Rinaldo. SILVA, Blecaute Oliveira. MARINHO, Rodrigo Saraiva. **Improcedência**. Coleção “Grandes Temas do Novo CPC”, vol. 4. Coordenador Geral: Fredie Didier; Salvador (BA): Editor JusPodivm, 2015, diversos autores (39); 552 p.;

REDONDO, Bruno Garcia. SANTOS, Welder Queiroz dos. SILVA, Augusto Vinicius Fonseca e. VALLADRES, Leandro Carlod Pereira. **Juizados Especiais**. Coleção “Repercussões do Novo CPC”, vol. 7. Coordenador Geral: Fredie Didier; Salvador (BA): Editor JusPodivm, 2015, diversos autores (55); 695 p.;

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação Denocrática do Poder Judiciário no Novo CPC**. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2016. 1ª ed., 208 P.;

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistema de Precedentes e Direitos Fundamentais**. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2015. 1ª ed., 285 p.;

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões Judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil**. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini (Coord.). Prefácio: Lenio Luiz Streck. Apresentação: Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2015. 1ª ed., 367 p.;

TOSCAN, Anissara. **Preclusão Processual Civil. Estática e Dinâmica**. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini (Coord.). Prefácio: Manoel Caetano Ferreira Filho. Apresentação: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2015. 1ª ed., 367



PRINCÍPIOS ORIENTADORES DOS CÓDIGOS CIVIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS: ETICIDADE, SOCIALIDADE E OPERALIDADE

José Raimundo dos Santos Costa

Doutorando pela Universidade Autónoma de Lisboa-PT; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa-PT; Mestre em Políticas Públicas Universidade Federal de Pernambuco – (UFPE); Professor de Direito Processual Civil (UNIVERSO-Recife-PE); Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

RESUMO

O Código Civil Brasileiro de 2002 sofreu influência de outras codificações europeias a exemplo do Código Civil Português de 1966, além de ter introduzido valores constitucionais contemplados na Constituição Federal de 1988. Uma característica marcante no código foi a adoção de enunciados genéricos as denominadas normas de cláusulas gerais que contemplam conceitos indeterminados.

Uma nova ordem jurídica foi introduzida no país, na qual os valores morais e sociais foram valorizados gerando a necessidade da instituição de novos princípios, que reclama uma nova forma de conceber o sistema jurídico, dando novas dimensões interpretativas aos conceitos dos institutos do direito civil, à luz dos princípios constitucionais decorrentes da humanização dessa nova ordem advindas da constitucionalização do direito civil.

A tutela patrimonialista do direito civil, com a nova ordem constitucional pautada principalmente pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da socialidade, foi substituída, passando a valorizar a pessoa humana como o centro das relações jurídicas.

A Constituição brasileira assim como a portuguesa estabelecem como sendo o princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, valorizando uma visão mais humanista do que patrimonialista de ambos os sistemas jurídicos, que é sustentada nos princípios da eticidade, socialidade e operalidade, que são objeto desse estudo.

Palavras-chave: Princípios. Eticidade. Socialidade. Operalidade.

ABSTRACT

The Brazilian Civil Code of 2002 was influenced by other European codifications, such as the Portuguese Civil Code of 1966, in addition to introducing constitutional values contemplated in the Federal Constitution of 1988. A striking feature in the code was the adoption of generic statements called clause norms, which include indeterminate concepts.

A new legal order was introduced in the country, in which moral and social values were valued generating the need for the establishment of new principles, which calls for a new way of conceiving the legal system, giving new interpretative dimensions to the concepts of the institutes of civil law, in the light of the constitutional principles arising from the humanization of this new order arising from the constitutionalization of civil law.

The patrimonialist tutelage of civil law, with the new constitutional order based mainly on the principles of human dignity and sociality, was replaced, valuing the human person as the center of legal relations.

The Brazilian Constitution as well as the Portuguese establish as the fundamental principle, the dignity of the human person, valuing a more humanist than patrimonial view of both legal systems, which is based on the principles of ethics, sociality and operality, which are the object of this study.

Keywords: Principles. Ethics. Sociality. Operality

INTRODUÇÃO

A interpretação das normas jurídicas passa por instrumentos fundamentais para a exata compreensão da opção política escolhida pelo legislador a fim de orientar o sistema jurídico de determinada sociedade. Esses instrumentos não os princípios do direito, que servem para orientar o intérprete das normas jurídicas em geral. Indo mais além, podemos afirmar que além dos princípios gerais do direito, cada ramo do direito recebem a orientação política de seus respectivos princípios. Assim, o Direito Civil recebe orientações de seus princípios informadores para a interpretação de seus institutos.

No caso brasileiro, é momento de construção interpretativa dos dispositivos do Código Civil de 2002, compatibilizando-os com a ordem constitucional

introduzida pela constituição de 1998, de forma crítica, procurando introduzir os valores constitucionais, a fim de se buscar ao máximo a eficácia social do ordenamento civil-constitucional.¹

O nosso Código Civil sofreu influência de outras codificações Europeias, tais como o Código Civil Alemão, O Código Civil Italiano de 1942 e o Código Civil Português de 1966.

Uma das principais características do Código Civil de 2002 foi a adoção da técnica das “cláusulas gerais”, procurando “associar seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas.”²

O novo Código Civil Brasileiro, introduziu inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sem qualquer outro ponto de referência valorativo. Essa técnica legislativa impões ao intérprete que “promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da república, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública.”³

1 DA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA DOGMÁTICA PARA O DIREITO PRIVADO

Com a Constituição brasileira de 1988 instaurou-se uma nova ordem jurídica no país, valores morais e sociais foram potencializados com a instituição de novos princípios, que reclama uma nova forma de interpretar o sistema jurídico. Essa nova ordem constitucional, com seu conjunto de regras e princípios, necessariamente a incidir nas relações intersubjetivas de interesses, sendo, portanto, necessária dar novas dimensões interpretativas aos conceitos dos institutos do direito civil.

Essa constitucionalização do direito civil impõe uma revisão dos conceitos dos institutos do direito civil, na medida em que houve uma mudança de paradigma posto que o ser humano passou a ser o centro do ordenamento jurídico em contraposição à importância patrimonialista concebida no sistema jurídico anterior.

1 TEPEDINO, Gustavo, 2003, p. XV.

2 TEPEDINO, Gustavo, 2003, p. XIX; “Do ponto de vista metodológico, duas são as principais características do Código Civil: 1. A unificação do direito das obrigações; 2. A adoção da técnica das cláusulas gerais, ao lado da técnica regulamentar, como resultado de um processo de socialização das relações patrimoniais, introduzindo-se no direito codificado a função social da propriedade privada e da atividade contratual”. (TEPEDINO, Gustavo, p. XVIII).

3 TEPEDINO, Gustavo, 2003, p. XX.

Dentro do sistema liberal, conforme afirma Marcos Ehrhardt, “restava bem evidente a distância entre o Direito Constitucional e o Direito Civil”, com o advento do Estado social priorizou-se a tutela jurídica dos interesses individuais.⁴

Com a adoção pelas Constituições modernas da socialidade e a dignidade da pessoa humana como valores fundamentais, os sistemas de direito privado passam a ser orientados pelas normas fundamentais constitucionais.⁵ Constatase, então que o direito civil “deixa de ser centro de regulação da ordem privada, e o intérprete passa a se valer dos princípios constitucionais para reunificação do sistema, evitando antinomias provocadas por núcleos normativos díspares, correspondentes a lógicas setoriais nem sempre coerentes”.⁶

A perspectiva patrimonialista do direito civil, cuja tutela se destina ao patrimônio, não mais se coaduna com a nova ordem constitucional pautada principalmente pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da socialidade, que coloca a pessoa humana no centro das relações jurídicas privadas.⁷

No Brasil a constituição federal de 1988, estabeleceu em seu art. 1º, incisos I e III, como sendo fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III), princípio este que deve orientar o legislador e o aplicador do direito.

A Constituição da República Portuguesa, também estabelece em seu artigo 1º a dignidade da pessoa humana como como princípio fundamental da República.⁸

Segundo o professor Carlos Alberto da Mota Pinto ao se posicionar acerca do foco do direito como sendo a convivência humana, destaca o seguinte: ⁹

4 EHRHARDT, Marcos Júnior, 2011, p. 113. “Junta-se a isso a constatação de que a patrimonialização das relações civis, um dos traços mais marcantes dos códigos de inspiração liberal, é incompatível com os valores fundamentais na socialidade e na dignidade humana, adotados pelas Constituições modernas.” (EHRHARDT, Marcos Júnior, 2011, p. 113).

5 Sobre essa constatação afirma Marcos Ehrhardt “Surge então um sistema orientado por normas fundamentais, ou seja, o código é gradativamente substituído pelo processo de constitucionalização do Direito Civil. (EHRHARDT, Marcos Júnior, 2011, p. 114).

6 EHRHARDT, Marcos Júnior, 2011, p. 114.

7 Afirma Marcos Ehrhardt, “Assume-se então uma postura de reconhecimento da pessoa como centro nuclear de todo o direito, em especial o civil. Mas não qualquer pessoa ou aquele conceito formulado pelas escolas formalistas, mas sim como sinônimo de ser humano. O direito, assim, encontra seu fundamento e sua razão de existir como meio de proteção e promoção do desenvolvimento da pessoa, que agora não mais pode ser concebido como um dado formulado e construído pela ordem jurídica, mas preexistente. Por conseguinte, um dado pré-normativo, que é composto de valor em si mesmo.” (EHRHARDT, Marcos Júnior, 2011, p. 32).

8 Artigo 1º - (República Portuguesa) – Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

9 PINTO, Carlos Alberto da Mota, 1996, p. 84.

O direito só pode ser concebido, tendo como destinatários os serem humanos em convivência. A aplicação do direito civil a essa convivência humana desencadeia uma teia de relações jurídicas entre os homens, relações traduzidas em poderes (direitos) e deveres jurídicos 'lato sensu'. Num sentido puramente técnico ser pessoa é precisamente ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações; é ser um centro de uma esfera jurídica."

Neste contexto se pode afirmar que todo direito é constituído e destinado para disciplinar as relações jurídicas intersubjetivas, logo visa disciplinar os interesses dos homens, justificando, assim, ser o homem o centro de todo o direito, contudo, sempre levando em consideração o ambiente social em que vive.¹⁰

Essa concepção decorre da noção de responsabilidade social dos de cada cidadão individualmente considerado. Assim evoluímos de uma "concepção individualista passou-se para uma concepção individual-social."¹¹

2 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS E BRASILEIRO

2.1 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE PRINCÍPIOS

O professor CLAUD-WILHELM CANARIS, da Universidade de Munique/Alemanha, ao prefaciara edição Alemã (Theorie der Rechtsprinzipien) do Livro do professor HUMBERTO ÁVILA (Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos), ressalta a importância da obra prefaciada ao reconhecer que "a oposição entre *regra* e *princípio*, ambos compreendidos em igual medida como normas, não pode ser vista no sentido da exclusividade contraditória, mas no que uma e a mesma norma jurídica pode funcionar tanto como regra quanto como princípio". Da mesma forma ressalta a distinção feita entre regras e princípios, destacando "o fato de as regras terem diretamente a descrição de um comportamento ou a atribuição de uma competência como objeto, visando apenas indiretamente a obtenção de um fim, ao passo que os princípios

10 PINTO, Carlos Alberto da Mota, 1996, p. 84-85.

11 PINTO, Carlos Alberto da Mota, 1996, p. 101.

visam, inversamente, diretamente à consecução de um fim e influem, apenas indiretamente, nos modos comportamentais ou nas atribuições de competência necessária para tal".¹²

Para Humberto Ávila, o mais importante não é saber qual a mais acertada denominação de um ou de outro princípio, o importante é saber qual a forma mais adequada para assegurar sua aplicação e efetividade, entretanto como a interpretação das normas jurídicas, para dar efetividade ao direito depende de processos discursivos, essa tarefa se torna complexa ante o alto grau de subjetividade.¹³

Na tentativa de distinguir "texto" e "norma" afirma o professor Humberto Ávila, "Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos".¹⁴ Ressalta-se, com essa afirmação, a necessidade de se desvincular o "texto" e seus "sentidos", isso porque a ação de interpretar o texto normativo não deve ser definida como simples descrição do significado, como se em cada texto normativo preexistisse um significado intrínseco, que prescinde de interpretação.¹⁵

Nesse contexto, podemos afirmar, como na lição do mestre Humberto Ávila, que a interpretação "não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto".¹⁶

Contudo, esse entendimento de que os significados são construídos pelo intérprete da norma jurídica, não deve ser compreendido como absoluto. Assim, devemos ter a devida compreensão de que no texto normativo, sempre haverá sentidos que preexistem ao processo interpretativo, decorrentes entre outros

12 ÁVILA, Humberto, 2007, p. 14.

13 "A matéria bruta utilizada pelo intérprete – o texto normativo ou dispositivo – constitui uma mera possibilidade de Direito. A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete. Esses conteúdos de sentido, em razão do dever de fundamentação, precisam ser compreendidos por aqueles que os manipulam, até mesmo como condição para que possam ser compreendidos pelos seus destinatários" (ÁVILA, Humberto, 2007, p. 24).

14 ÁVILA, Humberto, 2007, p. 30.

15 "Isso, porém, não ocorre, pois, o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundamentadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica (ÁVILA, Humberto, 2007, p. 31).

16 ÁVILA, Humberto, 2007, p. 31-32.

fatores, de conteúdos da linguagem em geral que estabelecem certos conceitos aos signos linguísticos.¹⁷

Se considerarmos a definição de princípios como “as normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização”¹⁸, imprescindível é a sua influência na interpretação de outras normas do mesmo sistema jurídico, principalmente as regras. Neste particular os princípios se apresentam como normas essenciais para a interpretação das regras.¹⁹

Na classificação dada por Humberto Ávila, “no plano da eficácia direta, os princípios exercem uma *função integrativa*, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras”²⁰. Nesse contexto, portanto, mesmo que um determinado objetivo inerente ao fim buscado pela regra não esteja expressamente nela previsto, o princípio irá assegurá-lo.

Sobre a aplicação dos princípios constitucionais no direito civil destaca o professor Carlos Aberto da Mota Pinto:²¹

Tratando-se de princípios básicos do direito civil, aceites e desenvolvidos pelas normas, dando-lhes um sentido e assinalando-lhes uma função, naturalmente que encontrarão guarida na Constituição: alguns com expressa consagração, outros nitidamente pressupostos por algumas normas constitucionais. Constituem o sistema interno do nosso sistema interno, por oposição ao sistema externo.

17 “Wittgenstein, refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral. Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. Miguel Reale faz uso da *condição a priori intersubjetiva*: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado.” (ÁVILA, Humberto, 2007, p. 32-33).

18 ÁVILA, Humberto, 2007, 1996, p. 91.

19 Idem, p. 97.

20 Idem, p. 97.

21 PINTO, Carlos Alberto da Mota, p. 82-83.

Cada um desses princípios se constitui em propostas de bases para a construção e interpretação do direito civil, exprimindo uma realidade jurídica contemporânea, que se manifesta através das normas do direito civil.

2.2 O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE

Pelo Princípio da Socialidade busca-se uma transformação do foco do direito privado do indivíduo para a coletividade. As codificações originadas sob o manto do liberalismo, tradicionalmente buscaram a proteção dos direitos individuais, notadamente os referentes à propriedade privada. Com o advento do Estado Social, o foco desloca-se do indivíduo pensado isoladamente para a pessoa vista enquanto ser social, enquanto integrante de uma coletividade. Busca-se, assim, assegurar, a justiça social a partir da felicidade individual de cada integrante dessa sociedade.

Desse princípio extrai-se que o sistema jurídico deve garantir o direito subjetivo individual de cada pessoa, contudo, deve também e conjuntamente atender as expectativas da coletividade na qual está inserida, cuja prosperidade depende da solidariedade social decorrente da realização de cada direito subjetivo individual.²²

Como afirma Marcos Ehrhardt Júnior:

O substrato do Direito Civil passa a valorizar com maior ênfase o plano da vida em sociedade, segundo os ditames da solidariedade e da justiça social, compromisso essencial em tempos de massificação das relações sociais após o surgimento da sociedade de consumo e o desenvolvimento dos meios de transporte e comunicação, que servem de esteio ao fenômeno da globalização.²³

Não é por outro motivo que o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, levando em consideração o contexto sociocultural e o momento

22 Assinala o professor Luiz A. Carvalho Fernandes que "A personalidade jurídica do Homem é, pois, uma qualidade imposta ao Direito, por considerações mais de ordem axiológica do que lógica; nela encontra projecção a dignidade imanente da pessoa humana, para plena realização dos seus interesses, que ao direito cabe assegurar e em função dos quais afinal existe". (FERNANDES, Luiz A. Carvalho, 2009, p. 83).

23 EHRHARDT JÚNIOR, Marcos, 2011, p. 119.



histórico da aplicação da lei, estabelece que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige às exigências do bem comum”.

No Código Civil Brasileiro de 2002 o Princípio da Socialidade se apresenta mais evidente nos institutos da propriedade e do contrato, cujo exercício desses direitos, foram submetidos à necessária observância da respectiva função social e à proteção do patrimônio ambiental, cultural e artístico da sociedade, conforme dispõe os artigos 421²⁴ e 1.228, § 1º²⁵ do Código Civil Brasileiro.²⁶

Afirmando que o direito privado serve para organizar a vida da pessoa em sociedade, ressalta o professor Ewald Heinrich Horster:²⁷

O direito privado encontra-se assim ao serviço da auto realização dos homens, salvaguardando a multiplicidade e diversidade de agir dos mesmos, ao conferir-lhes a possibilidade da conformação autónoma das suas relações jurídicas na sua convivência com os outros. Por isso, o direito privado corresponde aos princípio da organização individualista da nossa sociedade.

Assim, a capacidade de exercer direitos e de assumir obrigações remete a cada pessoa a responsabilidade no exercício de seus interesses individuais, porém, sempre considerando a sua vida em sociedade, ou seja, o interesse da coletividade.²⁸

24 Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

25 Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

26 Idem, p. 119.

27 HORSTER, Heinrich Ewald, 1992, p. 53.

28 Assinala o professor Carlos Alberto da Mota Pinto que a “personalidade das pessoas singulares é assim uma qualidade jurídica ou um estatuto onde se vaza diretamente a dignidade do homem, de todos os homens – e não apenas a máscara com que alguns actores se movimentam no palco da vida sócio-jurídica.”(PINTO, Carlos Alberto da Mota, p. 86).

2.3 O PRINCÍPIO DA ETICIDADE

O Princípio da Eticidade²⁹ encontra-se presente na maioria das codificações atuais, pois significa serem os valores éticos “condicionantes de toda e qualquer relação entre particulares, exigindo-se dos figurantes um comportamento ético que fomente a confiança em qualquer situação negocial”.³⁰

A introdução desse princípio nas codificações modernas revela o afastamento das mesmas do rigor formal das codificações erigidas sob o domínio do Estado liberal.

O princípio propicia aos magistrados maior discricionariedade na sua interpretação do texto normativo, buscando nesse processo mental de interpretação considerar os fins éticos do texto e do sistema normativo. Isso é de fundamental importância, posto que, sem essa valoração ética a interpretação judicial, estritamente literal pode gerar uma conclusão que contraria o propósito da norma jurídica produzindo, assim, uma decisão nem sempre justa.

Com a advento do Estado social, houve a necessidade de se incorporar uma nova realidade normativa, que evoluísse a concepção do princípio da eticidade da ótica do liberalismo para a nova realidade da democracia social.

Nesse contexto é que o Código Civil brasileiro de 2002 estabelece que na aplicação de suas normas sejam sempre levados em consideração a probidade e a boa-fé objetiva, cujos postulados encontram-se insertos nos textos dos artigos 113³¹, 187³² e 422³³.

Ressalta-se que o dever de interpretar os negócios jurídicos conforme a boa-fé objetiva encontra-se informada pelos quatro princípios fundamentais para a atividade econômica privada, quais sejam: 1. A dignidade da pessoa humana

29 A palavra ética tem origem no vocábulo grego *ethos*, que exprime o significado de costume. A ética visa estudar as condutas de pessoas que integram uma determinada sociedade num determinado momento histórico, isto porque os valores éticos sofrem influências direta da evolução da sociedade em todos os seus aspectos, tais como o tecnológico, o econômico, o social, o religioso etc.

30 EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. 2011, p. 119.

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

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

33 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé.

(art. 1º, III, CF); 2. O valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF); 3. A solidariedade social (Art. 3º, I, CF) e 4. A igualdade substancial (art. 3º, III, CF).³⁴

No Direito Civil Português o princípio da eticidade, também se revela como sinônimo do princípio da boa-fé, que visa tutelar os valores éticos insertos na ordem jurídica. Assim como no Direito brasileiro, o princípio da eticidade contempla todo o sistema jurídico, mas adquire especial relevância no Direito Civil e, mais especificadamente no direito contratual, onde convive harmoniosamente com o princípio da autonomia privada.

O Código Civil Português, traz expresso o princípio da eticidade ou da boa-fé em vários dispositivos, tais como: Art. 243.º, n.º 2 (A Boa Fé consiste na ignorância da simulação ao tempo em que foram constituídos os respectivos direitos); art. 291.º, n.º 3 (considera de boa fé ao terceiro que desconhecia, sem culpa o vício do negócio nulo ou anulável); art. 612.º (má fé é consciência do prejuízo que o ato causa ao credor); art. 1260.º, n.º 1 (posse da boa fé significa quando o possuidor ignorava, ao adquiri-la, que lesava o direito de outrem); arts. 1647.º e 1648.º, n.º 1 (a possibilidade da declaração do casamento celebrado em boa fé nulo ou anulado e art. 2076.º, n.º 2 (impossibilidade da ação contra terceiro de boa fé que adquiriu bens do herdeiro aparente).

No direito contratual também sofre grande influência do princípio da eticidade, quer seja na sua celebração (art. 227.º do Código Civil), quer seja, durante a sua execução (art. 334.º do Cód. Civil) e também após sua extinção (art. 762.º do Cód. Civil).

2.4 O PRINCÍPIO DA OPERABILIDADE

Pelo Princípio da Operabilidade se busca dar maior eficácia aos preceitos jurídicos contidos num determinado sistema jurídico. Afinal, em sempre o direito é capaz de prever todas as situações fáticas possíveis e não é possível a sua atualização na mesma velocidade da evolução da sociedade. Assim, através de técnicas legislativas como as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, pode-se assegurar a efetiva prestação jurisdicional na medida em que possibilita ao juiz aplicar o direito interpretando a norma jurídica segundo as peculiaridades do caso concreto.

34 TEPEDINO, Gustavo, 2003, p. XXXI.

O Princípio da Operabilidade, portanto, permite ao juiz, no seu mister de interpretação, maior poder discricionário para analisar cada caso segundo suas particularidades a fim de decidir sobre a tutela jurisdicional adequada ao caso.

No caso brasileiro, o legislador do Código Civil de 2002, optou por lastrear o sistema jurídico de cláusulas gerais que permite a “constante incorporação de soluções aos novos problemas de uma sociedade em constante mutação e evolução.”³⁵

As cláusulas gerais contidas no Código Civil brasileiro de 2002, representam uma alteração relevante no direito privado brasileiro, com a ressalva feita por Gustavo Tepedino, “desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea.”³⁶

CONCLUSÃO

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, houve a necessidade do deslocamento do foco do sistema jurídico do patrimônio da pessoa, para a própria pessoa considerada como sujeito de direitos e obrigações, dentro do contexto da sociedade em que está inserido.

Essa nova concepção trouxe reflexos diretamente no direito privado e particularmente no direito civil. Contudo a normatização desse novo contexto teve início na mudança da ordem constitucional dos estados modernos.

A dogmática constitucional passou a utilizar de princípios fundamentais para orientar a atividade legislativa e a hermenêutica. As principais constituições passaram ter como principal fundamento a dignidade da pessoa humana e a socialidade.

A Constituição Brasileira de 1988, seguindo essa tendência mundial, também adotou a dignidade do ser humano considerada na sua extensão de ser social, elevando à categoria de princípios fundamentais valores éticos e sociais como base das relações intersubjetivas.

35 EHRHARDT JÚNIOR, Marcos, 2011, p. 120. “Tem-se pois, com as cláusulas gerais um antídoto à tipicidade que tradicionalmente caracteriza as normas casuísticas dos códigos e que ao longo dos anos vêm perdendo sua eficácia social (efetividade)”. (EHRHARDT JÚNIOR, Marcos, 2011, p. 121).

36 TEPEDINO, Gustavo, 2003, p. XX.

O direito civil passou a adotar os princípios constitucionais como base das relações privadas, adotando como base de sua codificação os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade.

O Princípio da Eticidade é traduzido pelos institutos que exigem um comportamento ou atitudes éticas das pessoas envolvidas nas relações jurídicas, quando se explicita a necessária boa-fé na contratação e no exercício de direitos.

O Princípio da Socialidade, corresponde à qualificação da pessoa como sujeito de direitos e obrigações, porém, no contexto social. Os direitos individuais devem ser interpretados dentro de sua importância na construção e desenvolvimento da sociedade em que o sujeito está inserido. A exemplo do exercício do direito de propriedade que exige que o mesmo seja vinculado à função social da propriedade.

E, o princípio da operabilidade, instituído através da técnica legislativa de cláusulas gerais, visando adequar o direito posto à fatos sociais considerados concretamente.

Enfim o direito civil em Portugal e no Brasil, seguindo a ordem jurídica incorporadas pelos estados modernos adotaram princípios constitucionais voltados para a valorização do ser humano enquanto ser socialmente considerados.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. Ampl. e atual. São Paulo, Malheiros, 2007.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. A Caminho de um direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**, v. 65.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). **A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito Civil. LINDB e Parte Geral**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodwum, 2011.

RODRIGUES, Rafael Garcia. "A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). **A parte geral do novo Código Civil: Estudos na**

perspectiva Civil-Constitucional. 2. ed. rev. e atual.- Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). **A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HORSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil.** Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Teoria Geral do Direito Civil I: Introdução Pressupostos da relação Jurídica.** 5. ed. rev. e atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil.** 3. ed. actual. – Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

RECURSO ADESIVO – INSTRUMENTO PROCESSUAL AUTÔNOMO

Marcelo Lannes

Advogado e Fundador do Escritório Lannes Consultoria e Advocacia.

Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco

RESUMO

O Recurso Adesivo através da História. No presente estudo afastamos a alegada preclusão consumativa arguida pela parte contrária, apresentando um histórico e uma análise da jurisprudência moderna destacando a autonomia desta ferramenta processual. O conceito do Recurso Adesivo foi desenvolvido para possibilitar à parte que sucumbiu de forma parcial e que se encontra satisfeito com a sentença a obter uma vitória completa após a abertura da via recursal pela parte contrária. O Recurso Adesivo segue a sorte do principal no que concerne aos requisitos de admissibilidade, uma vez superada esta fase no recurso principal surge a autonomia do subsidiário. Foi observada ainda a existência de duas espécies peculiares de recurso subsidiário: Recurso Adesivo Cruzado e Recurso Adesivo Antecipado. No caso do Recurso Adesivo Cruzado este ocorre sempre junto aos Tribunais Superiores sendo interposto um Recurso Especial adesivamente ao Recurso Extraordinário ou o inverso. No caso do Recurso adesivo antecipado a parte apresenta o apelo no prazo recursal e informa que este recurso irá aderir a eventual recurso que venha a ser interposto pela parte contrária, servindo como meio dissuasório do ímpeto recursal.

Palavras-chave: Recurso Adesivo. Apelação. Preclusão Consumativa. Trânsito em Julgado. Requisitos. Antecipado. Cruzado. Admissibilidade. Requisitos. Autonomia. Devolução do Mérito.

ABSTRACT

The Adhesive Resource through History. In the present study, we exclude the alleged consummate preclusion argued by the opposite party, presenting a history and an analysis of modern jurisprudence highlighting the autonomy of this procedural tool. The concept of the Adhesive Appeal was developed to enable the party that partially succumbed and is satisfied with the sentence to obtain a complete victory after the opening of the appeals court by the opposing party. The Adhesive Appeal follows the fate of the principal with regard to the admissibility requirements, once this phase in the main appeal is overcome, the subsidiary's autonomy arises. It was also observed the existence of two peculiar species of subsidiary resource: Cross Adhesive Resource and Early Adhesive Resource. In the case of the Cruzado Adhesive Appeal, this always occurs with the Superior Courts, with a Special Appeal being filed against the Extraordinary Appeal or the other way around. In the case of the early adhesive Appeal, the party submits the appeal within the appeal period and informs that this appeal will adhere to any appeal that may be filed by the opposing party, serving as a deterrent to the appeal impetus.

Keywords: Adhesive feature. Appeal. Consummatory preclusion. Judged Transit. Requirements. Anticipated. Crossed. Admissibility. Requirements. Autonomy. Return of Merit.

INTRODUÇÃO

neste artigo procuramos elucidar a preclusão consumativa alegada por aqueles que apresentam contrarrazões ao Recurso Adesivo, apresentando um histórico e uma análise da jurisprudência moderna destacando a autonomia desta ferramenta processual.

1 HISTÓRICO DO RECURSO ADESIVO

O Recurso adesivo nasceu em Roma, berço da maioria dos institutos processuais modernos e, ressalvadas algumas poucas diferenças, se apresenta quase idêntico ao encontrado no Brasil a partir do Código de Processo Civil de 1973 (artigo 500).

No Direito comparado encontramos o Recurso Adesivo sendo chamado de impugnação incidental na Itália, enquanto na Alemanha é conhecido como

recurso por adesão, e na França por Recurso Incidental, já em Portugal aparece como Recurso Subordinado.¹

Contudo, apesar das diversas nomenclaturas o seu espírito continua sendo o mesmo, qual seja, possibilitar àquele que sucumbiu em pequena parte e que se encontra parcialmente satisfeito com a sentença obter uma vitória completa após a abertura da via recursal pela parte contrária, como foi ensinado pelo Processualista José Carlos Barbosa Moreira, *in verbis*:

Ora, podia acontecer que alguma das partes, embora não totalmente satisfeita, se sentisse inclinada, por qualquer razão, a conformar-se com o julgamento, v.g., para evitar ulteriores incômodos e despesas. Se, entretanto, não interpusse o recurso no prazo comum, sujeitava-se a ver prosseguir o feito, apesar disso, em virtude da interposição pela parte contrária, talvez no último instante do prazo. Tomada assim de surpresa, sofria, afinal de contas, dupla frustração: abster-se de recorrer por achar que o encerramento imediato do processo era compensação bastante para a renúncia à tentativa de alcançar integral satisfação, e no entanto a compensação lhe escapava; pior ainda, já não dispunha de meio idôneo para, retificando a posição primitiva, ir buscar no juízo recursal o que deixara de conseguir no grau inferior de jurisdição. Na prática, o que sucedia as mais das vezes era a interposição, por ambos os litigantes, de recursos que, no fundo, nenhum fazia questão fechada de interpor. Cada qual estaria disposto a permanecer omissis e a permitir que a decisão passasse em julgado, mas sob a condição de que o outro observasse comportamento idêntico.” (Comentários ao Código de Processo Civil, 15. ed., Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 308-309).

¹ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Boletim Legislativo n. 11**. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/boletim-no-11-de-2013-recurso-adesivo-interposto-antes-do-principal>> Acesso em: 18 de fevereiro de 2019

Assim, temos que o Recurso Adesivo foi incorporado ao ordenamento pátrio no Código de Processo Civil de 1973, visando a diminuição dos Recursos ao oferecer às partes uma tentativa velada de acordo, com uma sinalização processual de que a demanda pode ter seu fim na sentença.

2 TIPOS DE RECURSO ADESIVO

Durante o estudo histórico do Recurso Adesivo, verificou-se que nem sempre sua interposição foi bem entendida e na maioria das vezes foi mal utilizada, contudo o Recurso Adesivo Antecipado e o Recurso Adesivo Cruzado merecem uma atenção detalhada.

RECURSO ADESIVO ANTECIPADO

Nesta modalidade a parte apresentaria o seu Recurso Adesivo de forma condicional, ou seja, indicando à outra parte que está parcialmente satisfeita e que não se opõe ao término do Processo no estado que se encontra.

Entendem alguns doutrinadores, fundamentados no Código de Processo Civil de 1973, ser “viável a antecipação do recurso adesivo mediante a sua interposição após o início do prazo legal do recurso principal, ainda que este último não tenha sido apresentado. Nessa hipótese, seguirá válida a regra de que a sina do adesivo será a mesma o principal, de maneira que a não interposição deste credenciará o juízo *a quo* a inadmitir aquele.”²

Fundamentado em Carnelutti, Paulo Cesar Aragão defendeu esta mesma hipótese, in verbis:

impossível afirmar-se, peremptoriamente, que o recurso principal é o que se interpõe primeiro, no processo civil pátrio. O gênio carneluttiano, ainda à vigência do Código italiano de 1865, bem

2 OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Boletim Legislativo n. 11**. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/boletim-no-11-de-2013-recurso-adesivo-interposto-antes-do-principal> > Acesso em: 18 de fevereiro de 2019

notou que não era a precedência cronológica, mas a autonomia o traço básico do recurso principal, nada impedindo, num exemplo, que o patrono da parte, vindo de uma comarca afastada da capital e tomando conhecimento de acordão parcialmente desfavorável ao seu constituinte, presente a *fattispécie* psíquica aqui tantas vezes já referida [ou seja, o “consentimento condicional”], ofereça, desde logo, prevendo sua dificuldade em voltar ao tribunal, recurso adesivo, como verdadeira explicitação do *animus* de recorrer *si et in quantum* seu adversário o faça, manifestando, formalmente, uma proposta de transação processual.

Tal recurso, insólito, porém não ilegal, há de permanecer nos autos aguardando a interposição do recurso principal. Só **quando a possibilidade de** realização deste desapareça por inteiro, seja pela fluência *in albis* do prazo, pela renúncia (art. 502), ou pela aquiescência (art. 503), é que caberá **a** prolação junto ao **órgão a quo** de juízo negativo de admissibilidade.

A dependência do recurso adesivo para com o recurso principal é muito menos referente ao *iter* procedimental deste – que no direito brasileiro carece de individualidade formal –, do que ao juízo de admissibilidade, podendo haver adesão sem que ainda exista procedimento de recurso principal. O que a lei veda é a admissão do recurso sem a existência de um principal a que corresponda, não a interposição enquanto aquela eventualidade ainda é viável. (...)

Podemos, assim, enunciar o princípio, válido **à luz do direito brasileiro**: “todo recurso adesivamente oferecido, ainda que no prazo do recurso principal, terá **sempre sua vitalidade condicionada à deste.**”³

Contudo, nos parece que esse entendimento não poderia ser aplicado anteriormente, uma vez que a legislação processual definia o momento exato de sua interposição como sendo no prazo de que a parte dispõe para responder ao recurso principal. Como se verifica da redação do inciso I do artigo 500 do Código de processo Civil de 1973 e do inciso I do § 2º do Artigo 997 do Código de Processo Civil de 2015.

3 ARAGÃO, Paulo César. Recurso Adesivo. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 32-33.

Neste ponto, devemos ter em mente que a legislação processual existe para nivelar as partes, não podendo ser flexibilizada de modo a causar insegurança procedimental.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão da extemporaneidade no julgamento dos Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 703.269, sob relatoria do Ministro Luiz Fux modificou o seu entendimento passando, atualmente, a permitir o conhecimento de recursos interpostos antes da publicação de acórdão. Segue a Ementa do referido julgamento:

Ementa: embargos de declaração nos embargos de divergência nos embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Conversão em agravo regimental. **Interposição de embargos de divergência antes da publicação do acórdão embargado. Extemporaneidade. Instrumentalismo processual. Preclusão imprópria para prejudicar a parte que contribui para a celeridade processual. Boa-fé exigida do estado-juiz. Agravo regimental provido. 1. A extemporaneidade não se verifica com a interposição de recurso antes do termo a quo e conseqüentemente não gera a ausência de preenchimento de requisito de admissibilidade da tempestividade. 2. O princípio da instrumentalidade do Direito Processual reclama a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n.º 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010). 3. As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, não sendo possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso por ela interposto antecipadamente, em decorrência de purismo**

formal injustificado. 4. Os embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.2011). 5. In casu, pugna-se pela reforma da seguinte decisão: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO PROTOCOLADA ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. EXTEMPORANEIDADE. INTERPOSIÇÃO DE DOIS RECURSOS CONTRA A MESMA DECISÃO. OFENSA AO POSTULADO DA SINGULARIDADE DOS RECURSOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, DE MANEIRA OBJETIVA, MEDIANTE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O ACÓRDÃO PARADIGMA E A DECISÃO EMBARGADA, DA EXISTÊNCIA DO ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO ADMITIDOS”. 6. Agravo regimental provido para cassar a decisão de inadmissão dos embargos de divergência com fundamento na extemporaneidade recursal. (AI 703269 AgR-ED-ED-EDv-ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015, grifamos)

Assim, uma vez flexibilizada a regra do prazo processual para permitir a interposição de Recurso antes da intimação do acórdão, entende-se atualmente, uma vez que toda a legislação deve ser coerente e harmônica, ser possível interpor o Recurso Adesivo condicional, até como estratégia que busca a desistência da outra parte.

RECURSO ADESIVO CRUZADO

Essa modalidade de Recurso Adesivo somente é possível perante os tribunais superiores e em casos excepcionais, posto que seria apresentado Recurso adesivo diverso do Recurso interposto pelo adversário. Nesse caso se apresentaria o Recurso Especial adesivo ao Recurso Extraordinário ou ao contrário.

Essa hipótese é tão específica que não foi possível localizar um único julgamento, porém existe enquanto filosofia processual e por isso deve ser destacado. Segundo o Professor Pedro Miranda de Oliveira⁴,

pouco se escreveu sobre o recurso excepcional adesivo cruzado. Isso para não se afirmar que nada existe na doutrina processual brasileira e para se evitar injustiça aos autores que eventualmente tenham tratado do tema, mas que, não obstante, desconhecemos seus textos. Por outro lado, em incessante pesquisa realizada na base de dados dos tribunais superiores (STF e STJ) não encontramos registro algum acerca do assunto, embora saibamos que essas pesquisas jurisprudenciais são perfeitamente fálveis

Assim em virtude da raridade, vamos imaginar uma⁵

situação onde a parte fundamente a sua pretensão em questão constitucional e questão federal, vindo o tribunal a acolher o pedido, mas rejeita o fundamento constitucional (ou federal). A parte vencida, porque sucumbente, poderá interpor recurso especial para discutir a questão infraconstitucional que foi acolhida. Neste caso, a parte vencedora não tem interesse recursal para interpor recurso extraordinário (para discutir a questão constitucional, que foi rejeitada), uma vez que, como foi vitoriosa na questão principal, não tem interesse em recorrer para discutir simples fundamento. Ocorre que a parte vencedora, neste caso, pode sofrer prejuízo, em razão de não poder recorrer extraordinariamente: em sendo dado provimento ao recurso especial, a questão constitucional restará preclusa, não mais podendo ser discutida.

4 OLIVEIRA, Pedro Miranda De. Recurso Excepcional Adesivo Cruzado. Disponível em: < <http://docplayer.com.br/storage/33/15877627/1550848257/P4t85IQcLXd1sK8aGOG3fg/15877627.pdf> > Acesso em: 22 de fevereiro de 2019)

5 (SILVA JUNIOR, Denarcy Souza e. Do Recurso Adesivo ao Recurso Adesivo Cruzado. Disponível em: < <https://emporiadodireito.com.br/leitura/do-recurso-adesivo-ao-recurso-adesivo-cruzado-por-denarcy-souza-e-silva-junior> > Acesso em: 13 de fevereiro de 2019)

Portanto, em casos específicos seria possível oferecer um Recurso de forma subsidiária a um apelo diverso da outra parte.

3 REQUISITOS

De acordo com a doutrina aplicável, e o que se depreende da leitura do artigo 997 do Código de Processo Civil “seriam pressupostos para a interposição na forma adesiva: a) sucumbência recíproca; e b) recurso de uma parte e o silêncio da outra parte (aquela que poderá interpor o recurso adesivamente).”⁶

Deve ser ressaltado que o recurso adesivo não é complemento do Recurso principal ou meio de se conseguir dilação de prazo recursal. O principal pressuposto do recurso adesivo é que a parte não tenha interposto recurso ou praticado ato de aceitação da decisão de forma tácita ou expressa (art. 1000 do Código de Processo Civil).

A necessidade de sucumbência recíproca é cristalina, uma vez que no caso de a parte haver obtido a satisfação do seu direito não teria interesse recursal nem mesmo para interpor o recurso principal quanto mais o adesivo, como já decidiu de forma reiterada o Superior Tribunal de Justiça. Segue abaixo ementa de julgado recente da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

RECURSOS ESPECIAIS E ADESIVO. PROCESSUAL CIVIL E FIANÇA. **DECISÃO QUE NÃO TEM CAPÍTULO DESFAVORÁVEL AO RECORRENTE. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADESIVO. INVIABILIDADE.** OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. APONTAMENTO DE DISPOSITIVO LEGAL TIDO POR VIOLADO. IMPRESCINDIBILIDADE. EXAME DO LAUDO PERICIAL PELO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. DESCABIMENTO. PRORROGAÇÃO DE PRAZO PARA PAGAMENTO. CARACTERIZAÇÃO DE NOVAÇÃO A ENSEJAR A EXONERAÇÃO DA FIANÇA. INEXISTÊNCIA. **1. O recurso adesivo foi interposto após o julgamento dos embargos infringentes, também manejados pela recorrente e integralmente acolhidos, razão pela qual é patente a inexistência**

6 DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 153.

de interesse recursal, pois esse recurso deve ter por objeto algum capítulo que tenha sido desfavorável à parte. (REsp 1257350/AL, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 21/11/2018, grifamos)

Já no tocante à necessidade de existência de um recurso principal pela parte contrária, por mais que pareça óbvia também já foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. **RECURSO ADESIVO. AUSÊNCIA DE RECURSO PRINCIPAL INTERPOSTO PELA PARTE CONTRÁRIA. DESCABIMENTO.**

1. O fato de a ora agravante não ter interposto o cabível Recurso Especial torna preclusa a apreciação em Recurso Adesivo, de qualquer questão federal controvertida, tendo em vista que não houve interposição de Recurso Especial pela parte contrária.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 825.554/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 25/05/2016, grifos nossos)

Por fim, temos que, existindo sucumbência recíproca e tendo sido interposto recurso admissível pela parte contrária passará o Recurso Adesivo à sua análise e consequente julgamento. Nesse tópico também nos socorremos de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - **RECURSO ADESIVO QUE REÚNE CONDIÇÃO DE Apreciação, tendo sido o mérito DA APELAÇÃO PRINCIPAL EXAMINADO E AFASTADA A TESE PRETENDIDA.**

1. Examinado o mérito da apelação principal, o recurso adesivo preenche os requisitos para o seu processamento e julgamento.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1510983/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 26/10/2015, grifamos)

Assim, sendo o Recurso Adesivo interposto por parte que tenha sucumbido, e não apresentado o competente recurso no prazo recursal será conhecido e terá seu mérito analisado se o Recurso Principal for também conhecido.

4 AUTONOMIA DO RECURSO ADESIVO

O Recurso Adesivo segue a sorte do principal no que concerne aos requisitos de admissibilidade, uma vez superada esta fase no recurso principal surge a autonomia do subsidiário.

O Superior Tribunal de Justiça acertadamente já se pronunciou sobre o tema ao julgar em 16 de dezembro de 2014 o Recurso Especial 1285405/SP constando do Informativo 554 de fevereiro de 2015, que restou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. **PEDIDO JULGADO PROCEDENTE APENAS QUANTO AOS DANOS MORAIS.**

1. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO PELO RÉU E RECURSO ADESIVO DA VÍTIMA. CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL DETERMINANDO O PAGAMENTO DE PENSÃO MENSAL À AUTORA. FORMULAÇÃO DE PEDIDO DE DESISTÊNCIA DO RECURSO PRINCIPAL PELO RÉU. INDEFERIMENTO PELO RELATOR NO TRIBUNAL DE ORIGEM. APLICAÇÃO DOS ARTS. 500, III, E 501 DO CPC. MITIGAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Como regra, o recurso adesivo fica subordinado à sorte do principal e não será conhecido se houver desistência quanto ao primeiro ou se for ele declarado inadmissível ou deserto (CPC, art.500, III), dispondo ainda a lei processual que “o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso” (CPC, art. 501).

A justificativa para a desistência do recurso como direito subjetivo individual da parte, o qual pode ser exercido a partir da data de sua interposição, até o momento imediatamente anterior ao seu julgamento, decorre do fato de que, sendo ato de disposição de direito processual, em nada afeta o direito material posto em juízo.

Ocorre que, na hipótese, a apresentação da petição de desistência logo após a concessão dos efeitos da tutela recursal, reconhecendo à autora o direito de receber 2/3 de um salário mínimo a título de pensão mensal, teve a nítida intenção de esvaziar o cumprimento da determinação judicial, no momento em que o réu anteviu que o julgamento final da apelação lhe seria desfavorável, sendo a pretensão, portanto, incompatível com o princípio da boa-fé processual e com a própria regra que lhe faculta não prosseguir com o recurso, a qual não deve ser utilizada como forma de obstaculizar a efetiva proteção ao direito lesionado.

Embora, tecnicamente, não se possa afirmar que a concessão da antecipação da tutela tenha representado o início do julgamento da apelação, é iniludível que a decisão proferida pelo relator, ao satisfazer o direito material reclamado, destinado a prover os meios de subsistência da autora, passou a produzir efeitos de imediato na esfera jurídica das partes, evidenciada a presença dos seus requisitos (prova inequívoca e verosimilhança da alegação), a qual veio a ser confirmada no julgamento final do recurso pelo Tribunal estadual.

Releva considerar que os arts. 500, III, e 501 do CPC, que permitem a desistência do recurso sem a anuência da parte contrária, foram inseridos no Código de 1973, razão pela qual, em caso como o dos autos, a sua interpretação não pode prescindir de uma análise conjunta com o referido art. 273, que introduziu a antecipação da tutela no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei n. 8.952, apenas no ano de 1994, como forma de propiciar uma prestação jurisdicional mais célere e justa, bem como com o princípio da boa-fé processual, que deve nortear o comportamento das partes em juízo, de que são exemplos, entre outros, os arts. 14, II, e 600 do CPC, introduzidos, respectivamente, pelas Leis n. 10.358/2001 e 11.382/2006.

2. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1285405/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014 grifos nossos)

Em que pese o referido acórdão ter sido fundamentado com base na boa-fé processual, temos que se mostra claramente a autonomia adquirida pelo Recurso Adesivo no caso, posto que uma vez recebido o recurso principal – verificando a presença de todos os requisitos de conhecimento - foi conhecido o recurso subsidiário e deferida a antecipação de tutela que nem mesmo, a desistência do principal foi capaz de anular.

Em diversas oportunidades as partes ao apresentarem contrarrazões ao Recurso Adesivo o impugnam utilizando o princípio da preclusão, posto que entendem ser este vinculado aos temas impugnados pelo Recurso Principal.

Contudo, tal argumento carece de fundamento legal, posto que uma vez aberta a via recursal pelo Recurso Principal toda a matéria impugnada será devolvida ao Tribunal, não havendo diferenciação se foi trazida via recurso principal ou subsidiário. Neste ponto deve

Uma vez conhecido o admitido o Recurso principal e, por consequência, o Recurso Adesivo toda a matéria tratada na sentença será passível de exame e modificação, devendo ser observado o disposto no artigo 1.013 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 1.013 – A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

Assim, se uma parte ingressa com ação indenizatória procedente em parte reconhecendo o dano material e não o moral, ao verificar que a parte contrária interpõe recurso de apelação visando a reforma do julgado para excluir sua culpa pode interpor recurso adesivo visando o reconhecimento do dano moral e eventual acréscimo do dano material.

Conclusão

Trata-se o Recurso Adesivo de modalidade recursal na qual a parte vincula o conhecimento de seu recurso ao preenchimento do pré-requisito pela parte contrária. Pode ser interposto no prazo recursal – como instrumento sinalizador de um acordo – ou pode ser interposto no prazo de contrarrazões.

Uma vez verificado que o Recurso principal preenche todos os pré-requisitos o Adesivo adquire sua autonomia, uma vez que toda a matéria impugnada é devolvida ao conhecimento dos órgãos colegiados, como previsto no artigo 1.013 do Código de Processo Civil.

Assim, devem as partes atentar para uma análise cuidadosa dos riscos inerentes a abertura da via recursal ao invés de interpor recursos pelo mero dever de recorrer o que poderá acarretar um aumento exponencial da sucumbência sofrida em primeira instância.

REFERÊNCIAS

DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 153.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, v.3, p. 221.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 11. ed. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 329.

SILVA JUNIOR, Denarcy Souza e. **Do Recurso Adesivo ao Recurso Adesivo Cruzado**. Disponível em: < <https://emporiododireito.com.br/leitura/do-recurso-adesivo-ao-recurso-adesivo-cruzado-por-denarcy-souza-e-silva-junior>> Acesso em: 13 nov. 2019.

REFLEXÕES SOBRE O IDEAL ARISTOTÉLICO DE JUSTIÇA

Adriane Nogueira Naves Perez

Procuradora do Estado de Goiás,

Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela UCAM;

Pós-graduada em Filosofia pela UFG

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo identificar o que Aristóteles entende por justiça, sua teleologia, as principais características desta virtude em especial, bem como os conceitos de justiça geral e particular, esta subdividida em justiça distributiva e justiça retificatória, de acordo com o que consta na obra de Aristóteles, especialmente no livro V da *Ética a Nicômaco* – Tratado da Justiça.

Palavras-chave: Aristóteles, virtude, justiça, justiça geral, justiça particular, justiça distributiva, justiça retificatória.

ABSTRACT

The present research aims to identify what Aristotle understands for justice, the teleology of this virtue, the main features of this virtue in particular, as well as the concepts of general and particular justice, the last one subdivided into distributive justice and rectificatory justice, according to what is stated in the work of Aristotle, especially in *Ethica Nicomachea V - Treaty of Justice*.

Keywords: Case management. Formal adaptability. Efficiency.

INTRODUÇÃO

Na *Ética a Nicômaco*¹ (*EN*), Aristóteles empreende (não só, mas também) uma análise em separado das variadas virtudes morais por ele concebidas. Especificamente quanto à virtude da justiça, Aristóteles emprega um livro inteiro ao seu estudo, ao contrário das demais virtudes, que são analisadas em alguns poucos capítulos, sendo certo, portanto, que uma tal virtude é considerada central em relação às demais virtudes cooperativas. E, de fato, essa afirmação pode ser corroborada a partir da leitura da conclusão apresentada na *EN V*²: “*Fique determinado deste modo acerca da justiça e das outras virtudes, as virtudes morais*”.

Pode-se dizer que a justiça, como virtude cooperativa por excelência, é idealizada pelo autor como um dos fios condutores do homem à sua finalidade, seu *telos*, que é, em última instância, o sumo bem, sinônimo de felicidade. Com efeito, a concepção aristotélica de justiça não pode ser dissociada da noção de eudaimonia, que é fulcral às teorias éticas antigas, notadamente na tradição grega. A felicidade é, para Aristóteles, uma atividade da alma cujo fundamento repousa na virtude.

A seu turno, a virtude da justiça – *dike* – para Aristóteles envolve não apenas uma única e simplista significação. Ao abrir o livro *V*, o autor fixa uma premissa que norteará a interpretação do conceito de justiça, assim mencionando:

Constatamos, de fato, que todos propõem entender por justiça aquela disposição com base na qual os agentes se põem a praticar atos justos, com base na qual tanto agem corretamente quanto almejam as coisas justas; do mesmo modo também sobre a injustiça: todos propõem entender por injustiça aquela disposição com base na qual os agentes agem injustamente e almejam as coisas injustas. Por esta razão, seja isto posto como premissa também por nós, primeiramente em linhas gerais.

Mais à frente, o autor destrincha o termo, interpretando-o tanto na perspectiva geral/universal quanto na particular, sendo certo que, genericamente,

1 Doravante *EN*.

2 *EN 1138B 13*. Está sendo utilizada a tradução de Zingano (2017).

a ideia de justiça do autor funda-se na igualdade. De fato, a tão conhecida máxima, em tradução livre, "*devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades*", é atribuída originariamente ao autor em estudo.

Por sua vez, a justiça particular subdivide-se em justiça distributiva e retificatória (ou corretiva), cada uma com nuances próprias e podendo ser lograda a partir de proporções matemáticas especificadas no Tratado da Justiça (livro V da *EN*).

Feito este brevíssimo resumo, consigna-se que este artigo tem por desiderato demonstrar que Aristóteles possui variados conceitos de justiça, os quais devem ser interpretados à luz do seu contexto histórico, apartado por milênios do contexto atual. Demais disso, pretende-se extrair a conceituação de justiça, sob a ótica do pensador, levando-se em conta o seu próprio sistema filosófico e aqueles com que dialogava à época, notadamente o platônico.

É certo, portanto, que o tema da justiça, situado em um ponto de confluência entre a ética e a política, é de extrema relevância tanto para a Filosofia quanto para o Direito, estando presente em discussões filosóficas que perpassam pela antiguidade à modernidade. A propósito, refletir sobre a justiça, notadamente tendo como foco o pensamento aristotélico, amiúde voltado à concretização daquilo que se nomina "boa vida", apenas alcançada por intermédio da virtude, é também um meio de induzir bases para a construção de uma sociedade mais moral e mais justa.

1 DOS CONCEITOS DE JUSTIÇA DESENVOLVIDOS POR ARISTÓTELES NA *EN V*

Consoante já antevisto, o tema da justiça apresenta-se como de especial relevo para Aristóteles, que dedicou todo um livro da *Ética* a Nicômaco para estudo do assunto, o livro V, nominado Tratado da Justiça. Só isso denota, por si só, a importância do estudo desta virtude em particular no contexto geral da teoria ética aristotélica, mormente porque os demais livros contêm partes de alguns temas específicos ou mesmo temática variada.

Feito este breve introito acerca da amplitude da justiça no âmbito da obra aristotélica, a seguinte questão diretamente se apresenta: o que é agir com justiça?

Para Aristóteles, justiça e igualdade estão intrinsecamente coligadas. Ser justo é, portanto, ser igual. Sobre a relação entre justiça e igualdade, ZINGANO (2017, p. 26) assim discorre:

A noção de igualdade é a noção fundadora para toda teoria da justiça, no entender de Aristóteles: uma relação é justa, uma pessoa é justa, uma associação é justa, uma cidade é justa se promover a igualdade, se visar à igualdade. Mais precisamente, o termo primário ao qual se aplica a justiça é a ação feita em relação a outrem: uma ação é justa, em última instância, porque promove a igualdade entre os agentes envolvidos.

Esse liame entre justiça e igualdade apresentado na obra aristotélica é uma herança platônica. Com efeito, na República³, Platão, ao tratar da democracia, expressamente menciona que este regime *“distribui uma certa igualdade de mesmo modo a iguais e desiguais”*. Comentando esse trecho, Zingano (2017, p. 27) esclarece que, de acordo com Platão, a democracia pressupõe um nivelamento entre todos que não leva em conta as diferenças de cada um (igualdade formal), e por isso procede de modo injusto, uma vez que os homens são naturalmente desiguais. Um outro tipo de igualdade, no qual reside a verdadeira justiça política, distribui os bens levando em consideração justamente tais diferenças: ao mais virtuoso cabem mais bens, ao menos virtuoso, menos bens (igualdade material). Assim, segundo o entendimento de Platão, distribuir bens igualmente entre desiguais resulta em injustiça e não em justiça, sendo o adágio *“dar a cada um segundo o seu mérito”* o germe da teoria aristotélica que, de certo modo, equipara a justiça (mormente a justiça particular, que será minudenciada mais adiante) à igualdade material.

Para além, não é equivocado sustentar que a ideia aristotélica de justiça, em sentido estrito, lida especificamente com os conceitos de perdas e ganhos, seja de bens materiais ou imateriais. Ora, a própria concepção de mérito que permeia o conceito de igualdade material evoca uma noção de bem a ter ou a perder.

Por outro lado, segundo a teoria aristotélica da ação, ao agente é conferido papel de destaque na consecução das virtudes, e com a justiça não é diferente.

3 República. VIII 558c5-6



O caráter do homem justo, em compatibilidade com a teoria da virtude como uma atividade, é formado a partir da repetição de ações justas, que aperfeiçoam nele esta disposição (*hexis*). Sobre o assunto, Polansky (2014, p. 153) explana o seguinte:

All agree, Aristotle affirms, that justice is a disposition ($\xi\epsilon\iota\varsigma$, *hexis*) according to which people are capable of doing and do just actions and wish for the just things, while injustice is a disposition leading to unjust actions and the wish for unjust things (1129a6–11).

É preciso destacar, também, que a justiça, assim como as demais virtudes, guarda correspondência com o conceito de mediania, que transpõe toda a obra aristotélica, podendo ser definida como um justo meio que se situa *“entre cometer uma injustiça e sofrer uma injustiça, pois consiste em ter mais; o outro, em ter menos”*⁴.

No final do capítulo 1 e início do capítulo 2, Aristóteles também faz uma interessante incursão sobre o par justo/injusto, elucidando que o justo e a justiça podem ser ditos de muitos modos, bem como seus opostos, o injusto e a injustiça⁵. E prossegue mencionando que:

(...)

é injusto tanto quem age contra a lei quanto quem é ganancioso e fomenta a desigualdade, de sorte que, de toda evidência, o justo será, conseqüentemente, tanto quem se ampara na lei quanto quem pugna pela igualdade. Portanto, o justo é quem se ampara na lei e o igual; o injusto, o contrário à lei e o desigual. (EN 1129a30b1)

Deste modo, em suma, a justiça para Aristóteles correlaciona-se com o conceito de igualdade; guarda pertinência direta com perdas e ganhos; é uma virtude disposicional, que se adquire/aperfeiçoa pelo exercício; é uma forma

4 EN 1133b30 – 1134a1

5 EN 1129 a25-27

especial de mediania e não possui acepção unívoca. Pode ser considerada, também, uma virtude completa ou inteira, porque significa o bem do outro, ou seja, quem a possui serve-se dela em relação a outrem e não somente em relação a si mesmo⁶. Trocando em miúdos, por intermédio da justiça se pratica o que é vantajoso para os outros e não apenas para si mesmo.

Esclarecida a noção geral do termo “justiça” para o autor, necessário registrar que a conceituação completa não é de simples apreensão, demandando uma pormenorização e classificação de ao menos quatro conceitos diferentes que dela emanam: a justiça geral e a justiça particular, sendo esta última subdividida em justiça distributiva e justiça retificatória (ou corretiva).

No item 2.1, serão elucidados especificamente os conceitos de justiça geral e particular. No item seguinte, serão apresentadas as subdivisões da justiça particular em justiça distributiva e retificatória.

1.1 DA JUSTIÇA GERAL

No decorrer dos cinco capítulos iniciais do livro V da *EN*, Aristóteles distingue os sentidos de justiça geral e de justiça particular.

Para introduzir o conceito de justiça geral, o próprio autor resgata a definição anteriormente dada ao justo e ao injusto, sendo o primeiro quem se ampara na lei e o segundo quem age contrariamente à lei⁷.

Natalli (2013), acerca desta distinção, aduz que, por intermédio de uma série de argumentos dialéticos:

(...)

Aristóteles estabelece que, sendo duas as formas de injustiça, aquela que é contra a lei e aquela que não respeita a igualdade, haverá também duas formas de justiça, uma que comanda que respeitemos tudo o que prescrevem as leis, escritas e não escritas, e uma que prescreve que não queiramos mais do que nos cabe.

6 *EN* 1129b27- 36

7 *EN* 1129b12



Para Aristóteles, as leis têm em mira o interesse comum, seja com base na virtude, seja segundo algum outro modo semelhante, razão pela qual há um sentido quando se diz que são justas as prescrições que promovem e preservam a felicidade ou suas partes em prol da comunidade política⁸. No ponto, para ilustrar que a lei, a par de buscar o bem comum, proíbe vícios e compele ao exercício das demais virtudes, Aristóteles invoca exemplos, tal qual a determinação ao homem que faça os feitos do corajoso, como não abandonar o posto nem fugir do inimigo, ou do temperante, como não cometer adultério nem usar de violência.

Assim, Zingano (2017, p. 34) pronuncia, sobre a justiça em sentido geral, que, segundo Aristóteles, é justo todo aquele que age de acordo com as prescrições morais:

(...)

é justo quem é temperante, generoso, tolerante, e assim por diante. Para ser mais preciso, neste sentido amplo, ser justo é equivalente a ser um agente moral na relação com outrem: como Aristóteles expressamente assinala, a justiça em seu sentido geral é a virtude em geral na medida em que é dirigida aos outros.

Portanto, a justiça, da perspectiva geral, é descrita como virtude em relação aos outros⁹, correlacionando-se às ações prescritas por lei (ser justo é relacionar-se com os outros conforme as prescrições morais). Significa a justiça em sentido geral, pois, a aderência do sujeito à lei, identificando-se com a virtude completa não em absoluto, justamente por ser dirigida aos outros e não apenas a si mesmo.

1.2 DA JUSTIÇA PARTICULAR

Ultrapassado este entendimento, Aristóteles aponta uma subdivisão que segue o movimento unidirecional gênero → espécie. Neste cenário, a justiça geral aparece como gênero do qual a justiça particular é espécie: toda justiça particular é uma aplicação da justiça geral; mas nem toda justiça geral é um caso

8 EN 1129b15-20

9 EN 1129b26-27

da justiça particular. Impende explicitar, neste contexto, que a justiça particular é diretamente ligada, de acordo com o pensamento aristotélico, a ganhos e perdas. E, de fato, a conformação à lei moral (justiça geral), isto é, o atendimento às prescrições legais nas relações com o outro, nem sempre guarda pertinência com perdas e ganhos materiais, com que lida especificamente a justiça particular.

Sobre a justiça particular, Natali (2013) aponta excerto introdutório do conceito no Livro V, em que Aristóteles estabelece que, se há uma injustiça particular, diversa do desobedecer às leis em geral, então existe também uma espécie particular de justiça¹⁰. De acordo com a percepção do comentador:

Para estabelecer o primeiro ponto, Aristóteles procede através de dois argumentos. No primeiro argumento, Aristóteles parte dos sêmeia (“Sinal que ela existe é o seguinte”, 1130a 16), como já o vimos fazer anteriormente. Os sinais citados são constituídos, todos, de avaliações morais que podem ser dadas ao comportamento dos maus (a 16-22)¹³. Existem aqueles que realizam atos imorais, sem, no entanto, pretender mais do que lhes cabe, e outros, ao invés, que querem mais do que lhes cabe. Com base em um tal sinal, pode-se concluir *hoti estin*, que existe um tipo de injustiça ‘particular’ relacionada à distribuição de bens. Ela é meros da anterior:

“Assim, existe também uma segunda forma de injustiça (*estin ara allê tis adikia*), que se deve entender como uma parte da injustiça geral, e um certo tipo de injusto, parte do injusto total, que é aquele contrário à lei” (1130a 22-24).

No segundo argumento, faz-se referência aos fins: Aristóteles indica que no caso da injustiça ‘particular’ a razão (*to heneka tou*) do mau comportamento é a busca do ganho desonesto, e não a busca do prazer ou outras causas, como acontece nos outros tipos de comportamento imoral (a 22-34). A injustiça particular, portanto, tem um fim distinto daquele dos outros vícios.

No terceiro argumento, Aristóteles soma os dois argumentos precedentes. Ele observa que todos os maus atos que não visam atingir um ganho desonesto são censurados porque constituem uma

10 EN 1130 a32b4



forma de injustiça, enquanto é censurada como 'injustiça' a busca de ganho desonesto (1130a 24-32).

Ao concluir este raciocínio, Natali (2013) explicita, em breves linhas, que: a) existe um certo tipo de injustiça diferente daquela geral e, por implicação, também existe um certo tipo de justiça diverso da geral; b) este segundo tipo de injustiça tem por escopo o ganho de bens externos e o prazer que se obtém deste ganho; e c) esta espécie de injustiça pertence ao mesmo gênero do oposto da virtude geral, por serem ambas relacionados ao outro. Deste modo, a partir da extração do conceito oposto ao de injustiça particular, Natali (2013) diz que a justiça particular corporifica exatamente "*o prazer de respeitar a igualdade e de recusar-se a um ganho desonesto*". Sobre este ponto, convém colacionar o trecho da *EN* de que resulta tal exegese:

De modo que é evidente que há uma outra injustiça como parte além da injustiça inteira, sinônima a esta porque a definição ocorre no mesmo gênero. Com efeito, ambas exercem sua capacidade na relação com outrem, mas uma se dá em relação à honra, aos bens ou à sua preservação – se acaso tivéssemos um único termo para abarcar todos eles – e por causa do prazer proporcionado pelo ganho, ao passo que a outra diz respeito a tudo aquilo que concerne ao homem virtuoso. (1130a 32-b4)

É preciso deixar claro, portanto, que o ato injusto, sob a ótica da justiça particular, é apenas e tão somente aquele que é realizado visando a obtenção de um ganho injustificado ou a minoração injustificada de um prejuízo.

No entanto, o exame do conceito de justiça particular, para ser completo, não prescinde do entendimento desta virtude como uma mediedade. Sobre a questão específica da mediedade incidente sobre a justiça, Natali (2013) acentua o seguinte:

Esta definição da justiça 'particular' não está completa, porque não mostramos qual o tipo de *mesotês* ela seja e entre quais extremos

se ache. A resolver este ponto são dedicados os capítulos que se seguem, V 5-7, e, somente após ter encontrado um tal *meson*, poderemos dar a definição da justiça particular.

Com efeito, ao exibir sua doutrina da mediedade na *Ética a Nicômaco*¹¹, Aristóteles apresenta ao leitor uma ideia geral segundo a qual as virtudes podem conter extremos, tanto pela deficiência quanto pelo excesso, de forma que o agir correta e moralmente corresponderia a um ponto médio entre estes dois polos. No livro II da *EN* Aristóteles expõe, didaticamente, um exemplo que tem o objetivo de melhor elucidar essa concepção de mediedade. Diz o filósofo que tanto a prática excessiva de exercícios físicos quanto a deficiente destroem o vigor, consequência que também se nota no caso da alimentação em excesso ou em falta, pois também corrompem a saúde¹². Assim, a doutrina da mediedade propõe, seguindo esta mesma lógica, que no campo moral o ponto de exatidão da virtude também se encontra na justa medida.

Ao ampliar este raciocínio, Aristóteles defende que os benefícios da mediedade incidem sobre todas as virtudes, e com a justiça não poderia ser diferente, embora o próprio filósofo diga que *“a justiça é uma mediedade, porém não do mesmo modo como as virtudes anteriores, mas porque concerne ao que é igual; a injustiça, aos extremos”*¹³.

Neste sentido, Natali (2013), Stewart (1892), Broadie e Rowe (2002) e Zingano (2017) apresentam seus convergentes pontos de vista sobre como se deve entender o ponto específico da mediedade na justiça, podendo-se utilizar a opinião de Natali como um certo resumo das posições dos demais comentadores ora citados, mormente quando preleciona que:

A discussão que segue, portanto, não diz respeito ao plano subjetivo, aquele das emoções do agente, e nem mesmo àquele da intensidade de suas ações, mas à valoração dos bens e das qualidades das pessoas envolvidas. Como diz Aristóteles: *“necessariamente tem-se o*

11 Doravante *EN*.

12 *EN* 1104 a 10-19. Estamos utilizando a tradução de Broadie-Rowe (2002) para excertos da *EN*, exceto para o livro V. Para este usamos a tradução brasileira de Zingano (2017).

13 *EN* 1133b30-1134a1



*justo com ao menos quatro termos, pois as pessoas entre as quais há uma relação justa são duas e duas as coisas com respeito às quais há uma justa relação” (1131a 18-20). Segue-se uma complicada divisão do justo distributivo e do justo corretivo, baseada em uma série de proporções diversas. Essa divisão pode ser encontrada em todos os manuais e não nos é necessário repeti-la aqui. O objeto do estudo quantitativo é *to dikaion*, ‘o justo’, expressão com a qual se indica, com toda a evidência, a correta quantidade de bens. Os maus extremos aos quais este se opõe serão o ter bens demais ou muito pouco em relação ao próprio mérito. (NATALI, 2013, p. 162).*

Assim, a mediedade, especificamente no âmbito da justiça particular, pode ser entendida como a correta distribuição dos bens externos aos sujeitos, sem que a ninguém sejam conferidos bens em excesso ou em falta, o que se faz a partir da aplicação casuística de regras matemáticas, a depender de se tratar a justiça particular de uma justiça distributiva ou retificatória, consoante será esposado com mais detalhes a seguir.

Feita essa breve digressão à doutrina aristotélica da mediedade, e voltando à justiça particular propriamente dita, Zingano (2017, p. 35) expressa que seu conceito é mais difundido socialmente, porquanto a figura das perdas e ganhos nas relações com os outros, isto é, das trocas justas, possui papel central no desenvolvimento da sociedade. Ilustrativamente, o comentador cita trechos da *Ética* e da *Política*¹⁴, em que Aristóteles deixa claro que o que mantém a cidade unida são as relações comerciais justas, as quais estão justamente ao abrigo da justiça particular. E, para definir o conceito aristotélico de justiça particular, nominada por ele como justiça₂, Zingano (2017, p. 35) se arvora nos seguintes argumentos:

O que é justiça₂, então? É aquela relação que promove a igualdade entre pelo menos dois agentes quanto aos bens exteriores. Esta é a relação de justiça que interessa a Aristóteles: a justiça₁ (geral) relata todo tipo de atividade em relação a outrem, ao passo que a justiça₂ promove a igualdade no tocante a estes bens, e é aqui que a noção de justiça se fixa como figura básica das relações sociais e políticas.

14 Ver *EN V 8 1132b33-34* e *Pol. II 2 1261a30*.

Em suma, a justiça particular reside em um ponto intermediário entre ganho e perda; ser o agente de uma injustiça significa ter mais do que lhe cabe por direito e ser vítima de uma justiça significa ter menos; a ação justa corresponde justamente à doutrina da mediedade, isto é, buscar o meio termo entre o fazer e o sofrer uma injustiça.

Mas Aristóteles vai além, pois, na sua visão, a ação justa é aquela que promove a igualdade quanto à partição dos bens externos de duas diferentes formas, a depender do caso: de forma distributiva ou corretiva/retificatória, consoante será melhor explicitado no tópico seguinte.

1.2.1 DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E DA JUSTIÇA CORRETIVA OU RETIFICATÓRIA

Conforme já acenado alhures, Aristóteles subdivide a justiça particular em duas, a depender do tipo de igualdade que se deve aplicar em uma dada situação: a justiça distributiva e a justiça corretiva/retificatória. É esta, pelo menos, a interpretação que os comentadores extraem do seguinte excerto da *EN*:

Da justiça particular e do justo fundado nela, uma espécie é o justo que se dá nas distribuições de honra, de bens e de todas as outras coisas que são partilháveis entre os membros do regime político (pois nestas coisas é possível ter de modo desigual ou igual um em relação ao outro); a outra espécie é o justo corretivo nas transações. Deste último há duas espécies, pois as transações são umas voluntárias, as outras involuntárias
(...)

Para Broadie e Rowe (2002, p. 339), a discussão sobre distribuição e retificação foca em certos arranjos. Destarte, a justiça distributiva cuida, como o nome já diz, da distribuição dos bens conforme uma proporção que Aristóteles chama de geométrica. A justiça distributiva, portanto, está relacionada à divisão de honras e de bens entre os cidadãos da *polis*, sendo, pois, fundamental na vida política. Embora pareça ser mais compatível com o domínio público, a justiça distributiva também encontra aplicabilidade no âmbito do domínio privado.



Ao comentar sobre distribuição de ganhos públicos entre os cidadãos, Zingano (2017, p. 176) traz a lume um interessante exemplo. Ao lembrar Plutarco, cita a lei dos filhos bastardos editada no tempo de Péricles, relatando que, quando da doação de trigo pelo rei do Egito aos atenienses, os filhos bastardos, isto é, aqueles que não fossem nascidos de pai e mãe atenienses, por não serem considerados cidadãos, ficaram de fora da distribuição, o que ocasionou muita celeuma jurídica.

Aqui cabe questionar como seria feita esta divisão de forma justa, no entender de Aristóteles. Desconsiderando a questão dos filhos bastardos, para o filósofo, o intermediário entre o ter mais e o ter menos é o ponto em que se encontra a justiça, o que, de certo modo, corresponde ao significado de igualdade. A distribuição justa envolve partir bens externos entre pessoas, e por isso requer ao menos quatro termos a serem colocados em proporção, nos moldes do que Aristóteles assenta:

Visto que o igual é um meio termo, o justo é certo meio termo. O igual requer pelo menos dois termos. O justo, então, é necessariamente um meio termo e igual, isto é, relativo a algo e envolve pessoas, a saber: enquanto é meio termo, o é de coisas (estão são o mais e o menos); enquanto é igual, envolve dois itens; enquanto é justo, refere-se às pessoas. Portanto, o justo necessariamente requer pelo menos quatro termo: àqueles para os quais se dá o justo são duas pessoas; aqueles em que se dá o justo, as coisas, são duas. (EN 1131a14-20)

Mas, para que a distribuição seja justa, o próprio autor menciona que ela deve ser feita de acordo com algum mérito ou valor das partes em relação aos bens divididos (EN 1131a26). Assim, independentemente do significado que se pretenda conferir ao vocábulo mérito, sempre que ele puder ser justamente estabelecido haverá uma distribuição justa. Sob este prisma, interessante registrar que a justiça distributiva é teleológica, isto é, a definição dos direitos de cada um não prescinde de se perscrutar qual a finalidade de uma determinada distribuição.

Insta salientar, noutro espectro, que a distribuição difere das transações. A distribuição pressupõe a existência de coisas em comum ou ainda não atribuídas a ninguém, e cuja partição será feita segundo algum princípio aplicável aos sujeitos

que pretendem receber tais coisas. As transações, a seu turno, são explicadas quando, pela interação voluntária ou involuntária entre as partes, o estado inicial dos bens externos é alterado, seja por intermédio de um contrato, em que as partes acordam em vender e comprar certa quantidade de ouro a um preço x , ou de um delito, em que algum bem é retirado de alguém contra a sua vontade, por exemplo.

A outra espécie de justiça particular, a justiça corretiva ou retificatória, incide justamente sobre as transações voluntárias e involuntárias, estabelecendo uma forma de corrigir distorções causadas entre sujeitos em razão da prática de injustiças ou de delitos, de acordo com uma proporção aritmética.

Deste modo, a justiça corretiva ou retificatória apresenta um ponto de convergência com o direito, seja no âmbito civil, mormente dos contratos, seja no âmbito penal, exurgindo como uma forma de reparar danos causados por condutas criminalmente tipificadas ou ilícitos civis. O objetivo da justiça corretiva é justamente o de restituir os sujeitos ao exato *status quo ante*, sem levar em consideração variáveis tais quais a posição social ou política do indivíduo, incidindo de forma imparcial tanto na esfera pública quanto na privada.

É interessante notar que, ao fundar a justiça corretiva tendo por base a reparação na exata medida do dano, Aristóteles não erige a punição como inerente ao sistema da justiça retificatória. Traçando um paralelo entre o entendimento de Aristóteles e o de Platão acerca da justiça retificatória, Zingano (2017, p. 184) assim explana:

[A justiça corretiva] é analisada em termos da proporção dita aritmética, compreendendo uma parte cível, tipicamente dedicada a transações, e uma parte penal. Em ambas as partes, que Aristóteles pretende examinar sob a forma de um mesmo tipo de justiça, não há menção a punições para além da exata correção medida em termos de ganhos e perdas, que deve proporcionar uma correção aritmética do que foi lesado. Tal procedimento contrasta fortemente com a proposta platônica, segundo a qual o justo deve incluir uma pena não simplesmente reparatória, mas pelo menos dupla em relação ao dano e, sobretudo, possuir função fortemente dissuasiva em relação à repetição destes atos ou a outras pessoas cometendo os mesmos atos.



Destarte, a proporção aritmética utilizada em sede da justiça retificatória obedece à regra da reparação na exata intensidade do dano, sem que haja, segundo o entendimento aristotélico, qualquer preocupação repressiva ou punitiva. A lei deve levar em consideração o dano causado e, assim, tentar restituir as coisas ao estado anterior, de modo tal que a pessoa que sofreu um prejuízo terá direito a receber precisamente aquilo que perdeu. Em contrapartida, o causador do ilícito deverá entregar nem mais nem menos do que aquilo que ganhou injustamente. Corroborando esta exposição, confira-se extrato da *EN*:

(...)

mas a lei considera unicamente a disparidade relativamente ao dano e procede como se fossem iguais, quem quer que tenha cometido ou sofrido injustiça, quem quer que tenha infligido um dano ou tenha sofrido um dano. De sorte que o juiz procura tornar igual o injusto que consiste nesta desigualdade. (*EN* 1132a4-7)

Zingano, no artigo "*Aristotle on justice and punishment: a reappraisal*", apresenta severas críticas de Burnet¹⁵ à teoria aristotélica, justamente por despir de caráter repressivo a justiça retificatória. Nesta linha, o comentador cita a indignação de Burnet, para quem a teoria da justiça retificatória de Aristóteles soa infantil, uma vez que, no seu entender, a justiça não pode ser feita a partir da simples compensação, tampouco haverá efeito profilático caso não sejam previstas punições mais severas do que a mera determinação de devolução do ganho obtido injustamente.

Hardie (1980, p. 194) segue a mesma lógica ao aduzir que:

Aristotle's account of judicial redress as the restoration of equality is in one respect surprising, and indeed unsatisfactory. The notions of crime and punishment are not considered; there is no discussion of the principles relevant to punishment as an act of the state.

15 Zingano apud Burnet (1900, 218-219).

No entanto, apesar destas críticas, a conclusão de Zingano no mencionado artigo é no sentido de preservar a contundência da teoria aristotélica também no que concerne à justiça retificatória. Segundo explica o comentador, Aristóteles apenas desconecta as noções de justiça e punição. A punição de alguém por ter cometido um erro, ainda que o castigo seja recomendável e racional por diversos motivos (pedagógico, dissuasivo, formativo ou mesmo retaliativo), não se fundamenta em princípios de justiça (o que não autoriza a interpretação de que Aristóteles seria contrário à punição, uma vez que o autor apenas pensa separadamente as duas noções: os princípios de justiça, de um lado, e as motivações para a punição, de outro).

Deste modo, fazendo uma breve recapitulação, o que se percebe é que Aristóteles apresenta uma subdivisão da justiça particular em distributiva e retificatória. A justiça distributiva equivale ao adágio popular “dar a cada um o que lhe é devido, de acordo com seus méritos”, relacionando-se diretamente, pois, com a distribuição de bens externos. Sandel (2009, p. 234) traz um interessante exemplo sobre o posicionamento de Aristóteles quanto à forma justa de partição de bens segundo os méritos de cada um:

Imaginemos que estamos distribuindo flautas. Quem deve ficar com as melhores? A resposta de Aristóteles: os melhores flautistas. A justiça discrimina de acordo com o mérito, de acordo com a excelência relevante. E, no caso das flautas, o mérito relevante é a aptidão para tocar bem. Seria injusto basear a discriminação em qualquer outro fator como riqueza, berço, beleza física ou sorte.

Por sua vez, a justiça retificatória diz com a reparação do prejuízo em sua exata medida, não sendo imune a sua conceituação a graves críticas, como aquela alusiva à ausência de estímulo à ação justa quando a punição cinge-se à mera compensação do dano causado.

CONCLUSÃO

O tema da justiça, conforme assaz ventilado, apresenta-se como de grande importância para Aristóteles. Os estudos empreendidos pelo filósofo acerca desta



virtude em particular podem ser encontrados, na quase totalidade, no livro V da *Ethica Nicomachea*, que serviu de principal fonte para a presente pesquisa.

Como se pode perceber, a conceituação aristotélica de justiça não é de simples apreensão, demandando um incursionamento em diferentes acepções da justiça, derivadas de uma separação desta virtude em gênero e espécie: o gênero, a justiça geral, equivalente ao agir em conformidade com a lei moral, e a espécie, a justiça particular, que se relaciona a perdas e ganhos de bens externos, sendo subdividida em justiça distributiva (dar a cada um o que lhe é devido, conforme seus méritos) e justiça retificatória ou corretiva (reparar os prejuízos causados por injustos civis ou penais na exata medida do dano).

Sendo assim, o presente artigo teve por pretensão justamente aclarar o laborioso conceito de justiça desenvolvido mormente na *Ethica Nicomachea* V de Aristóteles, em ordem a pontificar as razões pelas quais a teoria em questão, ultrapassados mais de 2 milênios, não perdeu sua força e vigor, sendo perfeitamente aplicável hodiernamente.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. In: Os Pensadores. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo. Abril Cultural, 1984.

ARISTÓTELES, **Política**. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BROADIE, S., and C. Rowe. **Aristotle: Nicomachean Ethics; Translation, Introduction, and Commentary**. New York: Oxford University Press, 2002.

HARDIE, W. F. R. 1980, **Aristotle's Ethical Theory**, Oxford, Oxford University Press.

NATALI, C. O método de investigação da definição da justiça na *Ethica Nicomachea* V. Revista Dois Pontos.

PLATÃO. **A República**. 7. ed. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

POLANSKY, R. 2014. *Giving Justice Its Due*. In: POLANSKY, R. (ed.) *The Cambridge Companion to Aristotle's Nicomachean Ethics*. New York: Cambridge University Press, p. 151-179.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 4ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

ZINGANO, M. **Ethica Nicomachea V 1-15: tratado da justiça/ tradução e comentário de Marco Zingano**; texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017.

_____. *Aristotle on justice and punishment: a reappraisal*. Acessível em: https://www.academia.edu/38740332/Aristotle_on_Justice_and_Punishment_a_reappraisal. Acesso em 11/04/2019.

A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E O FENÔMENO DA ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA

Eurico Brandão de Barros Correia

Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE); Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Escola Judicial de Pernambuco (ESMAPE); Mestrando em Direito.

RESUMO

O artigo aborda as principais características da tutela antecipada antecedente, especificamente quanto a seus efeitos após seu deferimento, tendo por foco a análise da situação jurídica da denominada estabilização da demanda. O trabalho analisa o atual entendimento da jurisprudência sobre os meios de impugnação para obstar o fenômeno da estabilização.

Palavras-chave: Tutela Antecipada antecedente. Estabilização. Impugnação.

ABSTRACT

The article deals with the main characteristics of the previous anticipated tutelage, specifically regarding its effects after its approval, focusing on the analysis of the legal situation of the called demand stabilization. The paper analyzes the current understanding of jurisprudence on means of contestation to counteract the phenomenon of stabilization.

Keywords: Anticipated antecedent tutelage. Stabilization. Objection.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo fazer uma breve análise acerca da tutela provisória, mais especificamente a tutela antecipada requerida e caráter antecedente, instituto introduzido no nosso ordenamento jurídico por força da reforma do Código de Processo Civil de 1973, levado a efeito pela Lei 13.105/2015.

Os artigos 303 e 304 do CPC/2015, passaram a regular a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, podendo ser requerida na petição inicial, juntamente com o pedido principal, ou incidentalmente. Mas a novidade consiste na possibilidade da tutela antecipada ser deferida ainda quando a inicial não esteja completa, pois, a depender do grau de urgência do provimento judicial, passou-se a admitir a complementação da petição posteriormente à apreciação do pedido.

Segundo o mencionado art. 303 do Código de Processo Civil, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, o requerente poderá, na petição inicial, limitar-se a requer o pleito antecipatório e a indicar o pedido correspondente à tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo antecedente.

A questão que traz maiores controvérsias em nosso direito consiste nos efeitos da decisão que defere a tutela antecipada em caráter antecedente, uma vez que, conforme conceitua Leonardo Greco, trata-se de decisão que se reveste do caráter da provisoriedade e revogabilidade, conceitos que aparentemente conflitam com a estabilização da demandada, preconizado no art. 304 do Código de Processo Civil (Greco, 2017, p. 189).

Outra questão debatida pela doutrina é atinente ao meio de impugnação de que dispõe o réu para obstar os efeitos da estabilização da demandada, pois se considerarmos que a decisão que defere a tutela antecipada antecedente possui natureza de decisão interlocutória, o questionamento que se faz é se as outras formas de impugnação seriam capazes de evitar a estabilização da demandada. Como forma de tentar elucidar a discussão, será trazido recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, que trata da matéria apresentada.

2 CARACTERÍSTICAS DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Os artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil de 2015 trazem em seu bojo a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente. Trata-se de instituto

não previsto no CPC de 1973, tendo sua origem no instituto do *référé* do direito francês, em que ambas as partes se contentam com o provimento judicial em sede de tutela antecipada, encurtando o final do processo.

No Código anterior, o requerimento era feito na petição inicial, juntamente com o pedido principal, ou incidentalmente. Diversamente, no novo Código, dependendo do grau de urgência, se permite que a tutela antecipada seja formulada em petição inicial incompleta, que poderá ser complementada após apreciação do pedido pelo juiz, no prazo de 15 (quinze) dias.

Segundo a dicção do art. 303 do Código de Processo Civil, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, o requerente poderá, na petição inicial, limitar-se a requer o pleito antecipatório e a indicar o pedido correspondente à tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. Pode-se afirmar que são os mesmos requisitos exigidos para a tutela cautelar requerida em caráter antecedente. Em razão da fungibilidade ou conversibilidade entre tais tutelas, o legislador não viu razão para se distinguir os procedimentos, ou melhor, de não viabilizar a concessão da tutela antecipada antes mesmo da apresentação da petição inicial na sua completude. De acordo com a técnica adotada, a completude dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido e respectivas provas ou indicação delas são feitas depois da análise do pedido de tutela antecipada.

Essa possibilidade ocorre naqueles casos em que a urgência é de tal ordem que não é possível, sem extraordinário sacrifício do direito afirmado, aguardar o ajuntamento das provas e a elaboração, na sua completude, da petição inicial. Nessa hipótese de urgência – contemporânea à propositura da ação, embora possa ter surgido antes – a lei faculta ao autor que apresente apenas o pedido de tutela antecipada, com possibilidade de aditamento da petição inicial e a apresentação de novos documentos. Essa grande novidade trazida pelo Código privilegia a proteção ao direito ameaço e afasta, ao menos momentaneamente, o formalismo exigido para a propositura da ação; mais do que isso, essa modalidade de tutela antecipada, dependendo da postura do demandado, viabiliza a estabilização da tutela concedida, podendo tornar definitivo aquilo que foi concedido sob a marca da provisoriedade.

Os artigos 294 ao 311 do CPC/2015 denomina de “tutela provisória” a ampla categoria que abrange as chamadas tutelas de urgência (subdivididas entre cautelar e antecipada) e da evidência, trazendo uma nova sistemática, do ponto de vista procedimental, o que o CPC de 1973 denominaria de tutela antecipada

de urgência (art. 273, I), tutela cautelar (arts. 796 ao 888) e tutela antecipada de evidência (art. 273, II, e § 6º).

Esses instrumentos processuais mantinham as premissas estabelecidas no Código de 1973, segundo o qual tutelas fundadas em cognição sumária são, em geral, de natureza precária (podem ser revistas à luz de novos elementos fático-probatórios) e provisória (dependem de uma ulterior confirmação por decisão fundada em cognição exauriente para produzir efeitos de forma perene).

Contudo, a conceituação acima restou prejudicada por força do novo texto do art. 304 do CPC/2015, que introduziu a chamada estabilização da tutela antecipada, sob a seguinte redação:

“Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do §2º deste artigo”.

Interessante trazer à baila algumas características distintivas da tutela antecipada antecedente em relação às demais tutelas de urgências. Primeiramente, as tutelas de urgência (satisfativas ou cautelares) exigem demonstração da probabilidade do direito invocado ou de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC); as de evidência (sempre satisfativas) pressupõem a demonstração de que as afirmações de fato estejam comprovadas. Já a tutela provisória de urgência satisfativa antecedente, mediante cognição sumária, visa apenas à estabilização da decisão. Estabilizada a tutela provisória, a cognição exauriente poderá ficar para outra oportunidade, por meio da ação prevista nos §§ 2. e 5. Do art. 304 do CPC.

Nessa perspectiva, inverte-se o ônus da instauração do processo da cognição exauriente, já que o réu, para subtrair-se dos efeitos práticos da medida urgente, deverá promevê-lo, sem prejuízo a iniciativa do autor.

Destaque-se que, concedida a tutela provisória de urgência satisfativa antecedente, não havendo impugnação do réu e uma vez efetivada integralmente a medida, sendo o processo extinto sem apreciação do mérito e a providencia de urgência deverá manter sua eficácia por tempo indeterminado.

O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no §2º desse artigo, cessará após 02 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º. Ocorre assim a estabilização da tutela urgente satisfativa antecedente. Por força de lei, não cabe o regime de estabilização para as tutelas provisórias de urgência cautelares nem para as tutelas provisórias de evidência.

Contudo, Leonardo Greco traz interessante peculiaridade da tutela antecipada antecedente, para fins de estabilização de seus efeitos:

O autor deve ressaltar na inicial que se contenta com o regime estabilizatório, caso em que dispensa o julgamento do pedido principal. Sabendo o réu, de antemão, da intenção do autor, poderá não impugnar a decisão concessiva de tutela de urgência, caso em que teremos um negócio jurídico processual plurilateral e o processo será extinto sem resolução do mérito, por sentença, com a estabilização. Em havendo impugnação, o processo deverá prosseguir até atingir o julgamento final por sentença.

Por sua vez, nos termos do art. 1.1015, inc. I, do CPC, o recurso cabível contra a decisão concessiva da antecipação de tutela é o agravo de instrumento, no primeiro grau. O agravo interno no segundo grau.

Entrementes, o meio de impugnação capaz de obstar a estabilização da demandada vem sendo objeto de discussão, pois parcela da doutrina defende que qualquer meio de impugnação seria capaz de obstar os efeitos da estabilização. Trata-se de tese que considera a estabilização como um negócio jurídico plurilateral, uma vez que não se poderia admitir a eficácia plena da decisão adotada em sede de cognição sumária sem a anuência do Réu.

3 O FENÔMENO DA ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA E OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO

Uma das grandes inovações do instituto da tutela de urgência antecipada (satisfativa) trazidas pelo novo Código de Processo Civil é a possibilidade de ser requerida pelo autor em caráter antecedente, bem como a possibilidade de estabilização dos seus efeitos após o deferimento da medida perseguida, conforme previsão nos artigos 303 e 304 do CPC.

Consoante lição de Fredie Didier Jr., a tutela de urgência satisfativa (antecipada) antecedente é aquela requerida dentro do processo em que se pretende pedir a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos, mas antes da formulação do pedido de tutela final. (DIDIER JR., 2016, P. 203).

Conforme acima dito, o autor deverá requerer na inicial a tutela antecipada, indicando o pedido de tutela definitiva (que será formulada no prazo previsto para aditamento), expondo a lide e o direito pretendido e explicitando o interesse de valer-se do benefício, conforme artigo 305, § 5º do CPC.

A questão se torna pouco tormentosa quando a decisão não concede a tutela antecipada, ante a ausência de elementos que evidenciem o preenchimento dos pressupostos. Assim, deverá o autor ser intimado para que promova a emenda da petição inicial no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de indeferimento e de extinção do processo sem resolução do mérito, conforme assegura o § 6º do artigo 303, do novo CPC.

Por outro lado, concedida a medida antecipatória, conforme o inciso I, do § 1º, do art. 303 do CPC, o autor deverá, no prazo de quinze dias, aditar a petição

inicial complementando sua argumentação, ocasião em que poderá juntar novos documentos e confirmar o pedido da tutela final. O aditamento previsto será efetuado nos mesmos autos do pedido de antecipação de tutela (§3º, 303 CPC), sem a incidência de novas custas. A inobservância deste procedimento resultará na extinção do processo, §2º do art. 303 do CPC, sem resolução de mérito.

Contudo, cumprindo o autor o aditamento da inicial, surge a questão da estabilização da demandada, preconizada no §6º do art. 304 do CPC, pois mesmo não havendo cognição exauriente e sendo a sentença de extinção do processo sem apreciação do mérito, fala-se em preservação dos efeitos da decisão provisória.

Primeiramente, difere a estabilização da coisa julgada, que recai sobre o conteúdo (declaratório) da decisão, que se torna indiscutível, e não sobre seus efeitos. Trata-se de situação em que a eficácia da decisão passa a ser plena, independentemente de ulterior confirmação por sentença proferida com base em cognição exauriente, conforme afirma Leonardo Greco (2015, p. 196).

Nessa toada, a tutela antecipada antecedente termina por ensejar, no plano prático, resultado equivalente àquele obtido por meio da decisão final do processo, ou seja, poderá esgotar os efeitos concretos da ação principal.

Contudo, caso o autor entenda necessário, poderá ainda buscar a confirmação da decisão em caráter definitivo, dessa vez através de decisão fruto de cognição exauriente, esta sim com aptidão para fazer coisa julgada material.

Acerca da estabilização, impende destacar que a decisão antecipatória poderá ser revogada no curso do processo principal.

Destaque-se que existia intenso debate na doutrina acerca do meio de impugnação adequado para obstar os efeitos da estabilização, tendo o Superior Tribunal de Justiça, em julgado da 3ª Turma, da lavra do eminente Ministro Marco Aurélio Belizze, decidido nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno.

2. O Código de Processo Civil de 2015 inovou na ordem jurídica ao trazer, além das hipóteses até então previstas no CPC/1973, a possibilidade de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do que dispõe o seu art. 303, o qual estabelece que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

2.1. Por essa nova sistemática, entendendo o juiz que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, o autor será intimado para aditar a inicial, no prazo de até 5 (cinco) dias, sob pena de ser extinto o processo sem resolução de mérito.

Caso concedida a tutela, o autor será intimado para aditar a petição inicial, a fim de complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final. O réu, por sua vez, será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação, na forma prevista no art. 334 do CPC/2015. E, não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 do referido diploma processual.

3. Uma das grandes novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, instituto inspirado no *référé* do Direito francês, que serve para abarcar aquelas situações em que ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não

havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença), nos termos do que estabelece o art.

304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015.

3.1. Segundo os dispositivos legais correspondentes, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução de mérito. No prazo de 2 (dois) anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juízo que proferiu a decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim.

3.2. É de se observar, porém, que, embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp 1760966/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018)

Nessa toada, verifica-se que o Acórdão acima citado deixa claro que qualquer meio de impugnação é instrumento hábil para obstar os efeitos da impugnação, entendimento este que já vinha sendo defendido por parte majoritária da doutrina, dentre eles Leonardo Greco e Luiz Guilherme Marinoni.

Passados 02 (dois) anos da decisão extintiva do feito, produz-se o que a doutrina vem chamando de estabilidade qualificada e, em face da decadência, não poderá mais ser ajuizada a ação do art. 304, §2º do CPC.

Fala-se, ainda, no emprego da técnica do contraditório eventual, que recai sobre o conteúdo declaratório da decisão.

CONCLUSÃO

A tutela antecipada antecedente está inserida dentro do rol de tutelas provisórias, possuindo regramento próprio nos artigos 303 e 304 do CPC, introduzidos por força da Lei nº 13.150/2015.

De início, caberá ao autor, na petição inicial, limitar-se a requerer a tutela antecipada, com a exposição da lide e a indicação do direito que busca, devendo explicitar sua vontade em utilizar-se da técnica de antecipação. Deferida a tutela antecipada e o réu não interpondo o respectivo recurso, a decisão se tornará estável e o processo será extinto.

Tal medida terá eficácia por tempo indeterminado, podendo, no entanto, ser modificada por ação autônoma que vise sua reforma, revisão ou invalidação dentro do prazo de dois anos.

Contudo, o próprio Código estabelece, no §6º do art. 304, que a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada, eis que obtida através de cognição sumária.

Diante de tal situação, exsurge o problema dos efeitos da decisão que concede a tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

O presente trabalho trouxe alguns traços distintivos da estabilização da decisão em comparação com os efeitos da coisa julgada.

Ademais, foi abordada questão tormentosa acerca dos meios dos meios de impugnação capazes de obstar os efeitos da estabilização, sendo trazido teor da ementa do REsp 1760966/SP, que decidiu de forma ampliativa pelo cabimento de qualquer meio de impugnação para obstar a estabilização da demanda.

Por fim, verifica-se se tratar de instituto que, se bem aplicado, poderá contribuir para um processo mais célere, evitando a interposição de recursos e incidentes processuais onerosos às partes e que retardam desnecessários o desfecho do processo.

Contudo, a prática tem demonstrado que o instituto vem sendo pouco utilizado pelos operadores do direito, talvez pelo desconhecimento - uma vez que se trata de instituto ainda recente no nosso Código - quiçá pelo sua aparente complexidade, ou mesmo em razão da cultura de litígio que prepondera em nosso país.

REFERÊNCIAS

GRECO, Leonardo. **A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2015**. Novo CPC doutrina selecionada, v. 4: Procedimentos especiais, Tutela provisória e Direito transitório – coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 12. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo:Atlas, 2017. E-book. Acesso em 15 mar. 2018. MARINONI, Luiz Guilherme;

ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. **Da tutela provisória: um Esboço de Conceituação e Classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da Tutela Cautelar e da Tutela de Evidência**. Novo CPC doutrina selecionada, v. 4: Procedimentos especiais, Tutela provisória e Direito transitório – coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Jus Podivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II\ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 – (Curso de Processo Civil; v. 2).

Jurisprudência

STJ. RECURSO ESPECIAL :REsp 1760966/SP. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> >. Acesso em: 15 mar. 2019.

Legislação

Brasil. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> acesso em 15 mar.2019.

TUTELA DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE: RELAÇÕES ENTRE DIREITO E RELIGIÃO À LUZ DO CONCEITO DE LAICIDADE

Deyvison Heberth dos Reis

Mestre em Ciência Jurídica Universidade do Norte do Paraná (Jacarezinho). Membro Grupo de Pesquisa Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Sociais (UENP). Juiz de Direito em São Paulo. E-mail: drd8411@yahoo.com.br.

Valter Foletto Santin

Professor de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Jacarezinho). Doutor em Direito (USP/São Paulo). Pós-doutor (Coimbra). Procurador de Justiça em São Paulo. E-mail: santin@uenp.edu.br ou santin@apmp.com.br.

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar o desenvolvimento da legislação respeitante ao direito à religião no decorrer da história, a fim de definir liberdade religiosa e verificar se constitui um direito da personalidade. Além disso, a pesquisa busca observar as relações entre direito e religião, averiguando eventuais pontos de contato e limites ao exercício da liberdade religiosa, sem perder de vista a necessária preocupação em definir a laicidade no contexto brasileiro e sua compatibilidade com a fé. A pesquisa utilizou os métodos dedutivo, comparativo e histórico, a técnica de documentação indireta e, principalmente, a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: liberdade religiosa; personalidade; laicidade.

ABSTRACT

This article aims to analyze the development of legislation concerning the right to religion throughout history in order to define religious freedom and to verify whether it constitutes a right of personality. In addition, the research seeks to observe the relationship between law and religion, ascertaining eventual points of contact and limits to the exercise of religious freedom, without losing sight of the necessary concern to define the laicity in the Brazilian context and its compatibility with faith. The research has used the deductive, comparative and historical methods, the technique of indirect documentation and, mainly, the bibliographic research.

Keywords: religious freedom; personality; laicity.

INTRODUÇÃO

O direito se relaciona com os fenômenos sociais, dentre os quais encontra-se o fenômeno religioso. Em consequência disso, é natural que haja necessidade de o direito à religião contar com regulação estatal, de modo a ser tutelada a liberdade religiosa.

Malgrado o Brasil não seja um Estado confessional e tampouco um Estado ateu, subsistem questões envolvendo liberdade religiosa sem que uma legislação específica venha disciplinar o direito à religião. Por outro lado, existe em nosso ordenamento previsão constitucional considerando a liberdade de crença e de culto como um direito fundamental (CF, art. 5º, VI), tanto de caráter individual (manifestado de forma particular por cada cidadão), quanto de caráter coletivo (manifestado por grupos que se reúnem para cultuar mediante a mesma fé), tendo o presente trabalho o objetivo de, à luz do postulado da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), investigar se referido direito também é um direito da personalidade.

Assim, a primeira questão que surge diz respeito à necessidade ou não de o Brasil possuir, tal como Portugal por exemplo, uma legislação própria que regulamente o direito à religião, mesmo porque o fenômeno religioso é empiricamente observável e não prescinde de tutela Estatal. Em outras palavras, seriam as normas do ordenamento jurídico brasileiro suficientes para solucionar conflitos envolvendo o direito ao exercício da liberdade religiosa? Ou seria necessária uma legislação específica para tanto?

Ao longo da história, a relação do Estado com as religiões, especialmente com a religião dominante de determinada sociedade, sempre foi um tema de extrema relevância, haja vista a influência que a religião exerce sobre a sociedade. As várias fases que conhecemos da história, como idade média, idade moderna e idade contemporânea, contaram com fenômenos políticos, econômicos e sociais (ex: descobrimentos, criação do Estado nacional, revoluções liberais, etc.), que permitiram a constatação de claros fatos históricos que guardaram íntimas relações com o fenômeno religioso (ex: o catolicismo no império de Constantino; o protestantismo a partir da Reforma; o islamismo e sua expansão no oriente).

É notório, portanto, que no decorrer da história a religião exerceu influência sobre o direito positivo, isto é, sobre a regulação estatal das mais variadas relações sociais, seja na esfera civil, seja na esfera penal, ensejando conflitos entre preceitos religiosos e jurídicos, donde advieram as mais diversas questões relacionadas ao

dilema liberdade religiosa x Estado laico. Eis que aqui surgem outras questões: o que é Estado laico? Existe conflito entre liberdade religiosa e laicidade no contexto brasileiro? Há algum limite para o exercício dessa liberdade?

Ante tais questionamentos, buscou-se neste trabalho analisar o desenvolvimento da legislação respeitante ao direito à religião no decorrer da história, assim como almejou-se estabelecer o conceito de liberdade religiosa, desvelando-se se, além de direito fundamental, referida liberdade constitui direito humano e, especialmente, direito da personalidade. Da mesma forma, procurou-se definir Estado laico (laicidade) e sua eventual compatibilidade com a fé, bem como os eventuais limites para o exercício da liberdade religiosa.

Os recursos metodológicos utilizados foram: a abordagem dedutiva, partindo do geral para o particular; os procedimentos comparativo e histórico; e a técnica da documentação indireta, com pesquisa documental (documentos oficiais) e bibliográfica (publicações).

2 LIBERDADE RELIGIOSA NO DIREITO COMPARADO E NAS CONSTITUIÇÕES

A introdução da liberdade de crença no pensamento jurídico se deu pela Declaração de Direitos da Virgínia (1776), preconizando, em seu art. 18¹, que todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, segundo os ditames da consciência.

Em seguida, a Primeira Emenda à Constituição Americana (1789) dispôs que o Congresso não poderá passar nenhuma lei estabelecendo uma religião oficial, proibindo o livre exercício dos cultos ou restringindo a liberdade de expressão e de reunião pacífica².

No mesmo ano de 1789, na França, a Declaração de Direitos do Homem preconizou, em seu art. 10, que: “ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contanto que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”³. Em 1795, na segunda fase da

1 Disponível em: [https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM75S42-Declaracao__o%20da%20Virg%C3%ADnia.pdf](https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM75S42-Declaracao%20da%20Virg%C3%ADnia.pdf). Acesso em 21 de março de 2019.

2 Disponível em: <https://constitution.findlaw.com/amendment1.html>. Acesso em 21 de março de 2019.

3 Disponível em http://pfdc.pgr.mp.br/atualizacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em 21 de março de 2019.

Revolução Francesa, a Convenção Nacional determinou a separação da Igreja do Estado: “Napoleão assinou, em 1802, uma concordata com a Igreja Católica, tornando-a igreja oficial do Estado (...) e em 1803, confraternizou com as igrejas protestantes” (FERREIRA, 1998, p. 102).

Por sua vez, a Constituição soviética de 1936 separou a igreja do Estado, bem como a escola da igreja, além de assegurar a liberdade de culto e de propaganda antirreligiosa, conforme redação do art. 124: “Com o fim de assegurar a liberdade de consciência, a Igreja, na URSS, será separada do Estado e a Escola será separada da Igreja. A liberdade de culto, assim como a liberdade de propaganda antirreligiosa, serão outorgadas a todos.”⁴.

A CADH (Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969 – promulgada no Brasil mediante o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 – trouxe expressamente, nos itens 1 a 4 do art. 12, a liberdade religiosa como direito humano, estabelecendo que toda pessoa tem direito de aderir, conservar ou mudar sua religião ou suas crenças, podendo professar e divulgar seu credo individual ou coletivamente, em espaço público ou privado. Referido diploma consignou, ainda, que a liberdade religiosa está sujeita apenas às restrições previstas em lei, as quais devem ser imprescindíveis para tutelar a segurança, a ordem, a saúde pública, a moral pública, os direitos ou a liberdade das demais pessoas. Outrossim, a CADH estabeleceu que pais ou tutores têm direito que seus filhos ou pupilos recebam educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Nas Constituições brasileiras, a liberdade religiosa teve sua trajetória caminhando de um Estado confessional para um Estado laico.

Na Constituição Imperial de 1824, o tema era tratado no art. 5º, que tinha a seguinte redação: “Art. 5º. A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo”⁵. Assim, no período imperial, havia ampla liberdade de crença, mas restrita liberdade de culto. A religião oficial era a católica apostólica romana. Os cultos nas demais religiões apenas poderiam se dar de forma doméstica, sem qualquer exteriorização em templos.

4 Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/stalin/biografia/ludwig/constituicao.htm>. Acesso em 21 de março de 2019.

5 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 14 de abril de 2019.

Com a proclamação da República em 1889, “o Estado separou-se da Igreja Católica, que antes era a religião do Império. Essa vinculação deu lugar a constantes atritos, chegando mesmo a provocar crises de graves consequências” (REALE, Miguel, 2009).

A primeira Constituição Republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, tratou da liberdade religiosa no art. 72, § 3º, nos seguintes termos: “Art. 72. (..) § 3º Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito *commum*” (*sic*).

Do dispositivo em questão extrai-se que foi mantida a amplitude da liberdade de crença, mas esta liberdade se estendeu à liberdade de culto, seja qual fosse a religião, o que se repetiu nas Constituições posteriores. Além disso, essa Constituição fez do Brasil um Estado laico que, a despeito de ser neutro (não confessional), respeitava e reconhecia oficialmente o direito à religião aos seus cidadãos. O tema da laicidade será retomado mais à frente.

Na mesma Carta Republicana de 1891, as eleições deixaram de ser realizadas dentro dos templos das igrejas e os cargos do alto clero (ex: bispos e cardeais) pararam de sofrer influência do governo. A paróquia, que outrora era considerada unidade administrativa, deixou de sê-lo. Foram criados cartórios para registro de nascimento, casamento e morte (registros que antes competiam à igreja católica). Ademais, foram criados os cemitérios públicos, nos quais podia ser sepultada qualquer pessoa independente da religião. Vale ainda mencionar que o Estado assumiu para si o dever de oferecer educação.

Nas Constituições de 1934 e 1937, aquela promulgada e esta outorgada, permaneceu a liberdade de crença e de culto. A Constituição de 1934, logo no preâmbulo, fez referência a Deus, tratando da liberdade religiosa no art. 113, item 5⁶, bem como “estatuíu que as associações religiosas adquiriram personalidade jurídica nos termos da lei civil” (SILVA, 2017, p. 253). A Carta de 1937 dispôs sobre a liberdade religiosa no art. 122, item 4⁷.

6 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 21 de março de 2019.

7 “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 21 de março de 2019.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1946⁸ tratou da inviolabilidade da liberdade de consciência e crença, bem como da liberdade de cultos, ressalvando quanto a estes apenas os que contrariassem a ordem pública ou os bons costumes (art. 141, §7º). Igualmente, houve previsão da chamada escusa de consciência (art. 141, §8º).

O tema teve semelhante tratamento na Constituição de 1967 (art. 150, §§ 5º e 6º⁹) e na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 (art. 153, §§ 5º e 6º¹⁰), porém, segundo esclarece José Afonso da Silva (2017, p. 250):

A constituição de 1967/1969 não previa a liberdade de crença em si, mas apenas a liberdade de consciência e, na mesma provisão, assegurava aos crentes o exercício dos cultos religiosos (art. 153, §5º). Então a liberdade de crença era garantida como simples forma da liberdade de consciência.

Destarte, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 asseguraram a liberdade de crença apenas como liberdade de consciência e não como direito autônomo. Apenas “a Constituição de 1988 voltou à tradição da Constituição de 1946, declarando inviolável a liberdade religiosa de consciência e de crença (art. 5º, VI), e logo no inciso VIII estatui que ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa” (SILVA, 2017, p. 251).

A Constituição Federal de 1988, atualmente vigente no Estado brasileiro, traz em seu preâmbulo a expressão “sob a proteção de Deus”, indicando que o país tem por princípio o teísmo (admite as mais diversas religiões) e, a despeito de não tornar o Brasil um Estado confessional, constitui importante elemento para nortear a interpretação e a integração das normas constitucionais que tratam da liberdade religiosa, bem como para auxiliar na definição de laicidade no contexto

8 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 21 de março de 2019.

9 “Art. 150. (...) §5º- É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes. § 6- Por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal imposta a todos, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 21 de março de 2019.

10 “Art. 153. (...) §5º É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes. §6º Por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se o invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com escusa de consciência”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 21 de março de 2019.

do constitucionalismo brasileiro. Embora não tenha força normativa, como pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹¹, faz-se importante anotar que “a doutrina pátria costuma reconhecer ao preâmbulo da Constituição Federal de 1988 a função interpretativa do texto constitucional, por auxiliar na identificação dos princípios e valores primordiais que orientaram o constituinte originário na sua elaboração” (PAULO; ALEXANDRINO, 2013, p. 35).

Adentrando o texto constitucional, nota-se que as liberdades de consciência e de crença se encontram dentre os direitos fundamentais, no art. 5º, inciso VI, nos seguintes termos: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Assim, “a Constituição Federal, ao consagrar a inviolabilidade de crença religiosa, está também assegurando plena proteção à liberdade de culto e a suas liturgias” (MORAES, 2015, p. 47).

Marcos César Botelho (2012) anota que o conteúdo do artigo 5º da Carta Republicana não abrange apenas a liberdade de crença em um aspecto interior, mas também a liberdade de manifestação externa, pública e privada, das convicções religiosas, não se podendo restringir a expressão do pensamento religioso no espaço público.

É bem de ver que o inciso VIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, enumera os dois requisitos para a privação dos direitos de crença religiosa, política ou filosófica: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. Assim, os dois requisitos para a escusa de consciência são: “não cumprimento de uma obrigação a todos imposta e descumprimento de uma prestação alternativa, fixada em lei” (MORAES, 2015, p. 46).

Por conseguinte, o texto constitucional em vigor tutela a liberdade de crença (direito de escolher determinada religião, direito de mudar de religião e direito de não aderir a qualquer confissão religiosa) e a liberdade de culto (direito de reunião para prática de cerimônias e ritos religiosos, bem como o direito de receber contribuições para isso, seja em casa ou em público), tal como vimos no art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal.

11 Vide acórdão proferido pelo Plenário do STF por ocasião do julgamento da ADPF nº 54/DF, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio Mello, j. 12/04/2012.

Em seu art. 5º, inciso VII, o diploma maior garante ainda a liberdade de organização religiosa, a qual “diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado” (SILVA, 2017, p. 252).

Nos dias atuais, vemos que, no Brasil, o Estado não se confunde com a religião, como ocorre no Estado teocrático do Vaticano e nos Estados Islâmicos. Em nosso território, o que temos é um sistema de separação entre Estado e Igreja, mas que admite certos contatos.

Nesse sentido, são pertinentes as lições de José Afonso da Silva (2017, p. 253-4):

(a) Separação e colaboração. De acordo com o art. 19, I, é vedado à União, aos Estados e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. (...) Para evitar qualquer forma de embaraços por via tributária, a Constituição estatui imunidade dos templos de qualquer culto (art. 150, VI, b). (...) A Constituição mesma já faculta que recursos públicos sejam, excepcionalmente, dirigidos a escolas confessionais, como definido em lei, desde que comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação, e assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades (art. 213). É mera faculdade que, por conseguinte, não dá direito subjetivo algum a essas escolas de receber recursos do Poder Público. (b) Assistência religiosa. É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (penitenciárias, casas de detenção, casas de internação de menores etc.). (...) (c) Ensino religioso. Este deve constituir disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (primeiro grau). Mas se tratará de matéria de matrícula facultativa (art. 210, §1º). (...) (d) Casamento religioso. O casamento válido juridicamente é o civil, mas o casamento religioso terá efeito civil, nos termos da lei (art. 226, §§ 1º e 2º).



Em resumo, à guisa de conclusão deste tópico, pode-se afirmar que no decorrer da história o Brasil passou de um Estado Confessional (Constituição Imperial de 1824) para um Estado que separou, de forma rígida, as relações Estado-igreja (a partir da Constituição Republicana de 1891), sofrendo posteriormente algumas modificações para, na atual Constituição Federal de 1988, admitir alguns contatos entre Estado e religião, mantendo-se a laicidade.

3 A LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE, AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E RELIGIÃO E O CONCEITO DE LAICIDADE

Atualmente, permanece a discussão sobre o conceito e natureza jurídica dos direitos da personalidade. Dentre os positivistas, os direitos da personalidade são aqueles reconhecidos pelo Estado como tal, ou seja, direitos aos quais o Estado confere expressa proteção jurídica. Já dentre os naturalistas, “os direitos da personalidade correspondem às faculdades exercitadas normalmente pelo homem. São direitos que se relacionam com atributos inerentes à condição da pessoa humana” (BITTAR, 2015, p. 38).

De fato, os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana, razão pela qual são inatos e sua existência independe do direito positivo, pois precede-o, competindo ao Estado tutelá-los mediante a positivação na ordem constitucional ou infraconstitucional “contra o arbítrio do poder público e as incursões de particulares” (BITTAR, 2015, p. 38).

Partilhando da ideia de que os direitos da personalidade antecedem o direito positivo, Carlos Alberto Bittar (2015, p. 41) os classifica em: a) próprios da pessoa em si (ou originários), pois existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; e b) direitos referentes à projeção da pessoa para o mundo exterior, como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade.

Nesse passo, os direitos da personalidade estão intimamente ligados ao valor supremo consistente na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), que, aliás, advém da doutrina da *imago Dei* (imagem de Deus) oriunda da religião judaico-cristã, no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança

de Deus e, por isso, é dotado de dignidade¹². A despeito de o termo dignidade da pessoa humana (*dignitas humana*) ter sido utilizado pela primeira vez apenas no século XIII, por São Tomás de Aquino (como uma dádiva de Deus), a sua noção embrionária já estava presente dentre os hebreus por meio do judaísmo.

A dignidade da pessoa humana constitui-se num valor inerente ao ser humano, ou seja, é um fim em si mesma. A pessoa humana é, por natureza, um ser livre e racional e, por isso, ocupa um espaço diferenciado na sociedade (SARLET, 2008). Independentemente do direito positivo, o ser humano é dotado de dignidade e esta concepção teve origem direito natural exteriorizado por intermédio da religião. Assim, a liberdade para manifestação de uma crença possibilitou a exteriorização da ideia de dignidade humana, o que influenciou postulados atualmente presentes no direito positivo. O tema da dignidade humana apenas passou a ser dissociado do campo religioso a partir do iluminismo (século XVIII), período em que foi inserido no campo da moral, tendo seu marco em Kant (concepção do homem como um ser autônomo). “Ressalta-se a ligação direta entre liberdade e dignidade humana, sendo a liberdade essencial à própria condição de ser humano” (SANTOS; STEINMETZ, 2018, p. 257).

Portanto, a dignidade humana pressupõe a liberdade de consciência, não se podendo falar na primeira sem a segunda. “A liberdade e a consciência são atributos fundamentais da pessoa humana, por meio dos quais o homem se torna capaz de escolher suas atividades e avaliar as consequências de seus atos” (GURGEL, 2006, p. 10-11).

A liberdade religiosa decorre da liberdade de consciência e, por isso, é um direito da personalidade, que confere dignidade à pessoa humana. Sobremais, além de ser considerado um direito da personalidade (inerente ao ser humano), a liberdade religiosa também é um direito fundamental e, ao mesmo tempo, um direito humano.

Os direitos fundamentais “são aqueles reconhecidos como tais em determinado ordenamento jurídico de certo Estado” (PAULO; ALEXANDRINO, 2013, p. 100). Carlos Alberto Bittar (2015, p. 56) menciona que os direitos fundamentais podem ser definidos como “objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado. Incluem-se, nessa

12 É o que descreve o texto de Gênesis 1:18: “Também disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; tenha ele domínio sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus, sobre os animais domésticos, sobre toda a terra e sobre todos os répteis que rastejam pela terra.”

categoria, normalmente, os direitos: à vida; integridade física; às partes do corpo; à liberdade; o direito de ação”.

Já a expressão direitos humanos é “utilizada para designar direitos pertencentes ao homem, universalmente considerado, sem referência a determinado ordenamento jurídico ou limitação geográfica” (PAULO; ALEXANDRINO, 2013, p. 100). Assim, “os direitos humanos subsistem por si, porque inerentes à natureza humana e, em comparação com as liberdades públicas, encontram-se em plano superior” (BITTAR, 2015, p. 57).

Em síntese, nada obsta que um direito da personalidade seja, também, um direito humano (universal) e um direito fundamental (tutelado pelo ordenamento jurídico como tal). É o que ocorre com a liberdade religiosa:

(...) consideram-se “direitos da personalidade” os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações particulares, ou seja, da proteção contra outros homens. Inserem-se, nesse passo, geralmente, os direitos: à honra; ao nome; à própria imagem; à liberdade de manifestação de pensamento; à liberdade de consciência e de religião; à reserva sobre a própria intimidade; ao segredo; e o direito moral de autor, a par de outros (BITTAR, 2015, p. 56).

Pertinente anotar que a liberdade religiosa está ligada ao princípio da autodeterminação dos povos, previsto no art. 4º, inciso III, da Carta Republicana (BOTELHO, 2012). “A constitucionalização dos direitos de liberdade religiosa e da liberdade de autodeterminação representou um valoroso avanço no sentido de resguardo de uma sociedade plural e pacífica” (BRAGA; MAZZUTTI, 2017). Não se pode negar que a religião forneceu bases morais para a formação e o desenvolvimento da nação brasileira, influenciando na concepção do ordenamento jurídico.

Conforme se observa, a liberdade religiosa é, a um só tempo, um direito fundamental, humano e da personalidade, estando umbilicalmente ligada ao valor supremo da dignidade da pessoa humana e ao princípio fundamental da autodeterminação dos povos, presentes, respectivamente, no art. 1º, inciso III, e no art. 4º, inciso III, da Constituição Federal. Essa natureza atribuída à liberdade

religiosa, abrangendo crença, culto e manifestação do pensamento religioso em âmbito público ou privado, é de extrema importância quando se está diante de qualquer tratamento hostil desse direito pela legislação ordinária, por decisões jurisdicionais ou por atos administrativos em geral, de modo que qualquer violação à liberdade religiosa equivale a um ataque aos sobreditos princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito.

Feitas estas considerações, faz-se oportuno analisar as relações entre direito e religião, as quais podem se dar de três formas: 1) *indiferença* entre as normas religiosas e as normas jurídicas; 2) *coincidência* entre as normas religiosas e as normas jurídicas; e 3) *conflito* entre as normas religiosas e as normas jurídicas.

Na primeira modalidade de relacionamento entre direito e religião estão os casos em que a norma religiosa é indiferente à norma jurídica, e vice-versa. Aqui não há qualquer problema, pois inexistente coincidência e tampouco conflito.

Prosseguindo, na segunda modalidade de relacionamento entre as normas jurídicas e as normas religiosas existe coincidência. Na Europa, por exemplo, os Estados, ao longo da história, foram absorvendo no ordenamento jurídico diversas normas de natureza religiosa, sobretudo de natureza cristã. Quando isso ocorre, também não se verificam maiores problemas, pois há coincidência entre as normas religiosas (envolvendo preceitos comuns às religiões) e as normas jurídicas, ou seja, não há conflito entre postulados das religiões e o que está prescrito como norma jurídica. Isto se dá, por exemplo, no tocante a vários direitos fundamentais previstos nas Constituições de diversos países do mundo (ex: o decálogo prescrito no texto bíblico protege a vida, o patrimônio e a honra muito antes da era cristã, sendo que tais normas estão replicadas em diversos textos constitucionais atuais).

André Franco Montoro (2009) consigna que, na própria origem histórica do direito, encontra-se a norma indiferenciada, de cunho moral e religioso, influenciando até os dias atuais, nas sociedades contemporâneas, a despeito da secularização.

Dessa forma, os casos de coincidência refletem a íntima relação entre a religião e o direito.

Religião e Direito combinam força nas culturas muçulmanas, hindus e chineses. O Corão reúne em seu bojo verdadeiras pérolas do direito muçulmano. O sistema jurídico da Índia se perfaz através do direito

consuetudinário hindu e dos sânscritos religiosos. O Direito chinês foi amplamente abordado por Vicente Ráo, ao demonstrar de forma cabal que as lições confucianas foram à gênese do direito hodierno (RIBEIRO, 2009).

Por outro lado, há casos em que há conflito entre normas religiosas e normas jurídicas, podendo ser citados os seguintes exemplos: aborto (legislação permissiva do aborto e a violação do direito de nascer); eutanásia (legislação permissiva da eutanásia e a vedação religiosa da morte provocada); casamento (legislação permissiva do casamento homoafetivo e a proibição religiosa dessa relação matrimonial); educação (legislação direcionando ensinamentos que acabam sendo contrários a preceitos defendidos por determinada religião; legislação conferindo ao Estado o monopólio do ensino obrigatório, enquanto determinadas religiões recomendam o *home schooling*); tratamentos médicos (legislação determinando ao médico a adoção de todos os procedimentos necessários a salvar a vida do paciente e a proibição de transfusão de sangue para os testemunhas de Jeová); trabalho (legislação permitindo jornada de 44 horas e a excusa de trabalho aos sábados por determinadas religiões).

Evidentemente, não se pretende adentrar aos casos específicos de conflito mencionados acima. Todavia, pode-se salientar que são nessas situações de conflito que surge uma das indagações inicialmente propostas neste artigo: seriam as normas do ordenamento jurídico brasileiro suficientes para solucionar conflitos envolvendo o direito ao exercício da liberdade religiosa? Ou seria necessária uma legislação específica para tanto?

A questão não tem resposta fácil. Entretanto, à luz do que fora explicitado até aqui, pode-se afirmar que as disposições constantes da Constituição Federal de 1988 são suficientes para garantir o direito à liberdade religiosa, pois tais normas são bastante abrangentes e consideram a liberdade religiosa um direito fundamental inerente à liberdade de consciência e manifestação do pensamento. Além disso, a liberdade religiosa é um direito humano e, ao mesmo tempo, um direito da personalidade, sendo que sua violação fere a própria dignidade da pessoa humana, a autodeterminação dos povos e o Estado Democrático de Direito. Não é demais repisar que normas de origem religiosa exercem influência sobre as normas jurídicas positivadas em nosso ordenamento, motivo pelo qual, além da Constituição Federal, há proteção infraconstitucional a institutos oriundos da

religião, o que constitui, aos nossos olhos, mais um motivo para entender pela desnecessidade de uma legislação específica para tratar do direito em questão.

Por outro lado, é necessário reconhecer que a má interpretação da ideia de laicidade gera muitos equívocos, o que faz alguns doutrinadores de renome, como o português Jorge Bacelar Gouveia (2017), entenderem pela necessidade de uma legislação ordinária para tratar do tema ligado à liberdade religiosa. Em Portugal, por exemplo, foi editada a Lei nº 16, de 21 de junho de 2001¹³.

A ideia de laicidade frequentemente tem sido confundida com o laicismo, pois este equivale à não-religião, de modo que muitos, ao invés de interpretar as normas constitucionais como protetoras da liberdade religiosa (incluindo todas as religiões, o ateísmo e o agnosticismo), acabam interpretando-as como defensoras do laicismo, ou seja, da não-religião.

Nilson de Freitas Monteiro (2008, p. 92) esclarece o conceito de laicidade:

A laicidade não é apenas uma questão afeta às religiões. O Estado não assume qualquer tipo de religião ou crença filosófica, sem embargo de optar por valores éticos considerados juridicamente protegidos. Na ciência do direito, por exemplo, há uma séria disputa entre uma visão jurídica “positiva” e uma visão jurídica “jusnaturalismo”. Não caberia ao Estado posicionar-se por esta ou aquela tendência. Do mesmo modo, não cabe ao Estado ser “socialista” ou “liberal”, ou então “marxista-leninista”, como na velha União Soviética. Pode, no entanto, o Estado, mediante métodos democráticos, optar, por exemplo, por uma lei que discipline a repartição dos lucros entre os empregados (uma idéia que alguém poderia julgar socialista) ou uma lei que transfira à iniciativa privada serviços públicos essenciais (algo que seria ligado à visão liberal). O mesmo se diga em relação a determinados valores sociais, que acabam se tornando valores juridicamente protegidos, sem embargo de serem dedutíveis de uma visão proveniente desta ou daquela religião. É natural que as ideologias e as crenças influam na sociedade e na elaboração das leis; mas não cabe ao poder público assumir este ou aquele conjunto de idéias ou crenças religiosas, de modo direto e explícito.

13 Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/362699/details/maximized>. Acesso em 23 de março de 2019.

Por conseguinte, à luz da ordem constitucional vigente no Brasil, a laicidade não equivale ao laicismo (não-religião) e tampouco é inimiga da fé. Pelo contrário, a laicidade protege tanto os que têm religião¹⁴ quanto os que não têm.

O Estado brasileiro não é confessional, mas tampouco é ateu, como se deduz do preâmbulo da Constituição, que invoca a proteção de Deus. Admite igualmente, que o casamento religioso produza efeitos civis, na forma o disposto em lei (...) a laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 408-9).

Na mesma esteira, o magistério de Alexandre de Moraes (1998, p. 123):

(...) o Estado brasileiro, apesar de laico, não é ateu, como comprova o preâmbulo constitucional, e, além disso, trata-se de um direito subjetivo e não de uma obrigação, preservando-se, assim, a plena liberdade religiosa daqueles que não professam nenhuma crença.

Ingo Sarlet (2017) sintetiza dizendo que o Estado laico brasileiro “é apenas um Estado que se pretende neutro enquanto instituição política e não discriminatório das instituições das religiões”. Esse é o verdadeiro sentido da laicidade no Brasil, de sorte que, adotando-se tal conceito, faz-se desnecessária a regulamentação da liberdade religiosa por legislação específica, sendo suficientes as disposições já existentes em nosso ordenamento.

No entanto, não raramente vemos a liberdade religiosa sendo confundida com o laicismo no país, tal como ocorreu no caso que exemplificaremos abaixo.

No dia 22 de dezembro de 2017, o Ministério Público do Trabalho (MPT) publicou em seu site oficial que, juntamente com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, teria expedido uma recomendação a um supermercado determinando o recolhimento de material impresso, ao fundamento de que continha dizeres

14 O termo abrange as religiões majoritárias quanto as minoritárias (FEITOSA NETO; OLIVEIRA, 2018).

discriminatórios. O teor da recomendação pode ser extraído da notícia veiculada no próprio site do MPT, nos seguintes termos:

Supermercado Hirota é notificado a suspender cartilha com conteúdo discriminatório. Caso as recomendações não sejam observadas, o MPT e a Defensoria Pública adotarão medidas judiciais. São Paulo - O Ministério Público do Trabalho (MPT) e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP) emitiram nesta sexta-feira (22) notificação recomendatória à rede de supermercados Hirota exigindo a suspensão imediata da distribuição da cartilha "Cada Dia Especial Família de 2017", considerada de conteúdo discriminatório. O documento exige também que as cartilhas já distribuídas sejam retiradas de circulação, e que a empresa "se abstenha de produzir materiais com conteúdo discriminatório ou que os divulgue nas lojas de sua rede e em sua homepage, pela internet ou redes sociais; que assegure a plena e efetiva igualdade entre mulheres e homens em seu ambiente de trabalho; que garanta o respeito à liberdade de religião, credo, de gênero e orientação sexual em seu ambiente de trabalho e da mesma forma respeite identidade de gênero, orientação sexual e forma de agir de todas as pessoas." Caso as recomendações não sejam observadas imediatamente, o MPT e a Defensoria Pública adotarão medidas judiciais. O conteúdo da cartilha distribuída aos consumidores causou polêmica na sociedade e virou alvo de críticas nas redes sociais pelas fortes mensagens discriminatórias propagadas, o que motivou o MPT e a DPESP a adotarem procedimentos para coibir esse tipo de prática. De acordo com os dois órgãos, atenta contra os direitos fundamentais à dignidade humana, de mulheres, de homens, a liberdade de gênero, a orientação sexual e de expressão da sexualidade. Em suas considerações, os órgãos afirmam que a cartilha distribuída aos clientes e consumidores além de violar os direitos fundamentais de toda a sociedade atingida, submete a constrangimento as trabalhadoras e trabalhadores da rede de supermercados, que são "obrigados a distribuir o material de conteúdo discriminatório, sendo afetados em sua honra

e dignidade diante da publicidade ofensiva e desrespeitosa aos valores fundamentais eleitos pela sociedade brasileira plural, democrática e não discriminatória, que contempla a diversidade de gêneros e modelos familiares, como já reconhecido pelo STF, através da ADPF 132, que reconhece também a união homoafetiva como entidade familiar.” Entre as oito recomendações que o Hirota Foods deve acatar, está também o de impedir qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que importe em discriminação de trabalhador potencialmente candidato ao preenchimento (MPT, 2017).

A primeira pergunta que provavelmente se faz quando da leitura de uma notícia como esta é: qual o conteúdo do material distribuído que estaria atentando contra os direitos fundamentais à dignidade humana, de mulheres, de homens, à liberdade de gênero, de orientação sexual e de expressão da sexualidade?

Em consulta ao material distribuído pelo supermercado em questão, observou-se que não eram cartilhas, mas sim livretos, com o título “Família – Formação de virtudes”, contendo 31 (trinta e uma) mensagens devocionais cristãs, que haviam sido confeccionados em comemoração ao dia da família (8 de dezembro). Referidas mensagens eram compostas por passagens bíblicas com comentários de um teólogo e ministro de confissão religiosa bastante conhecido no meio cristão protestante. Três desses pequenos textos devocionais foram criticados na mídia¹⁵, os quais tinham os seguintes títulos: “Os Pilares do Casamento”; “Esposa Seja Submissa ao Marido” e “Aborto, Um Crime Hediondo”.

Na mensagem relacionada ao casamento, fora mencionado um texto da bíblia que consta do livro de Gênesis, capítulo 2, versículo 4: “Por isso, deixa o homem seu pai e sua mãe, se une à sua mulher, tornando-se os dois uma só carne”. Nos comentários ao versículo, o autor mencionou que o casamento instituído por Deus (logicamente está se referindo ao Deus da bíblica) é heterossexual, monogâmico e monossomático, posicionando-se contra o matrimônio homoafetivo, a poligamia e a fornicção/adultério. A crítica dos órgãos de imprensa e dos órgãos que redigiram a recomendação foram contra o fato de o autor do devocional, em dado momento, mencionar que a relação homoafetiva é “antinatural, é um erro, uma paixão infame, uma distorção da criação”. No entanto,

15 As críticas e os respectivos conteúdos criticados encontram-se estampados em reportagem do G1, disponível no seguinte endereço eletrônico: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/supermercado-de-sp-distribui-cartilha-da-familia-que-diz-que-gays-sao-erro-e-distorcao-da-criacao.ghtml>.

o autor estava defendendo a sua concepção de família baseando-se na sua fé, inclusive fazendo eco ao texto bíblico em comento e, obviamente, referindo-se a termos empregados pela própria bíblia em outras passagens¹⁶.

Na segunda mensagem criticada, nota-se que o texto bíblico utilizado pelo autor foi extraído da epístola aos Efésios, capítulo 5, versículo 22: “as mulheres sejam submissas ao seu próprio marido, como ao Senhor”. Nos comentários, igualmente fundados em sua fé, o autor foi criticado por mencionar que “a submissão da esposa a seu marido é sua felicidade e segurança”, fazendo um paralelo com a submissão da igreja a Cristo. Os textos que se referem à submissão da mulher ao marido são recorrentes na bíblia¹⁷ e, evidentemente, dizem respeito à respectiva fé religiosa.

Por sua vez, a terceira mensagem dos livretos que foi alvo de críticas compilou o texto de Salmos 139, versículo 13: “Pois tu formaste o meu interior, tu me teceste no seio de minha mãe”. A partir deste texto, o autor tece considerações contrárias ao aborto, mencionando tratar-se de conduta criminosa. Nem seria necessário dizer que as religiões judaico-cristãs são contra o aborto, pois baseiam-se na bíblica (ou, no caso dos judeus, na Torá). Portanto, da mesma forma que nas devocionais anteriores, o autor apenas manifesta a sua fé.

Pois bem. No presente artigo, não temos a mínima pretensão de concordar ou discordar das convicções do autor das devocionais. O que podemos afirmar, com tranquilidade, é que o autor se estribou na sua fé, exteriorizando-a em livretos com linguagem própria da bíblia. E aqui reside uma questão: poderia uma empresa privada distribuir esses livretos aos seus clientes? A resposta é positiva, haja vista o direito à liberdade religiosa, que decorre da liberdade de manifestação do pensamento, podendo se dar em âmbito público e privado, cujo fundamento legal vai além da Constituição Federal (art. 5º, IV e VI, e art. 220, §2º), pois também previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica¹⁸ (arts. 12 e 13), bem como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, conhecido como Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁹ (arts. 18 e 19).

16 Os termos “antinatural” e “paixão infame” atribuídos ao relacionamento homoafetivo na religião judaico-cristã decorrem do texto de Romanos 1:26-27. Por sua vez, a conotação de contrariedade à criação decorre do texto de Gênesis 1:27.

17 Outros exemplos de textos bíblicos que falam sobre submissão da mulher ao marido: Colossenses 3:18; 1 Pedro 3:1; Gênesis 2:18.

18 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) foi ratificada no Brasil pelo Decreto 678/1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm.

19 O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) foi ratificado no Brasil pelo Decreto 592/1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm.

Não é demais lembrar que a liberdade religiosa constitui direito fundamental, humano e da personalidade, nada obstando que os proprietários/administradores de pessoa jurídica possam distribuir livretos propalando o pensamento descrito no livro que, há mais de 50 anos, é o mais vendido no mundo²⁰ (bíblia). Ademais, a liberdade religiosa abrange o direito de crença, culto e manifestação do pensamento religioso em âmbito público ou privado.

No caso concreto analisado, os clientes do supermercado poderiam se recusar a receber o livreto, poderiam inutiliza-lo, poderiam discordar das ideias nele descritas e, até mesmo, poderiam não mais comparecer ao estabelecimento comercial em questão. Porém, determinar a retirada de circulação sob o fundamento de que o material teria conteúdo discriminatório, equivaleria à possibilidade de retirar de circulação todas as bíblias que são distribuídas gratuitamente todos os anos por entidades privadas.

Aliás, avaliar atos administrativos como a recomendação em questão suscitaria diversas e preocupantes indagações: poder-se-ia recomendar que as editoras parassem de produzir bíblias? As editoras de livros cristãos poderiam ser compelidas a fechar as portas pelo fato de o conteúdo de seus livros basear-se na bíblia? As rádios e emissoras de televisão poderiam ser proibidas de vender espaço a entidades judaico-cristãs? Os cantores de músicas cristãs poderiam ser proibidos de se apresentarem fora de templos? Os empresários que disponibilizam tempo e espaço para devocionais nas empresas poderiam ser compelidos suspender essa faculdade?

Essas e outras atividades que têm a bíblia como fundamento trariam inúmeros pontos que, na perspectiva da recomendação em comento, certamente seriam considerados discriminatórios. Todavia, não se pode censurar a livre manifestação de pensamento religioso, em espaço público ou privado, sob o argumento de seu conteúdo contrariar outras ideias, uma vez que importaria em exclusão, quando na realidade a inclusão deveria ser o mote da sociedade. Deve-se estimular o debate inclusivo mediante a tolerância de opiniões divergentes.

Desta maneira, o indivíduo ou grupo poderá expressar publicamente, nos fóruns públicos de debate, suas opiniões e pensamentos religiosos contrários a posicionamentos defendidos por outros seguimentos da

20 Vide: <https://blog.saraiva.com.br/livros-mais-lidos-do-mundo/>.

sociedade, tais como opiniões sobre aborto e uniões civis homossexuais. (...) Assim, da mesma maneira que grupos homossexuais e simpatizantes têm direito de opinar sobre questões ligadas às uniões civis homossexuais e a opção sexual, inclusive efetuando críticas a posições religiosas (BOTELHO, 2012, p. 292).

Portanto, a análise da legislação em vigor conduz à conclusão de que a recomendação do Ministério Público do Trabalho e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo contra o supermercado violou direito fundamental consistente na liberdade religiosa e de manifestação de pensamento, soando como uma defesa de agenda política ativista do laicismo e não se limitando a uma atuação estritamente institucional.

É evidente que os funcionários que distribuem material ou veiculam propagandas sobre determinado assunto em decorrência da relação de emprego o fazem em nome do empregador e não em nome próprio. À vista disso, aquele que, sendo cristão, judeu ou muçulmano, vende produtos de uma empresa cujas propagandas promovem a união homoafetiva²¹, por exemplo, não é obrigado abandonar a sua fé a pretexto de que teria que concordar com a referida união. Não se pode confundir tolerância com concordância. Da mesma forma, o ateu ou agnóstico que trabalha num estabelecimento que distribui livretos cristãos não pode ser compelido a crer na divindade de Jesus Cristo e, nem mesmo, na sua existência, mesmo porque “o direito ao trabalho se insere no mesmo nível que é estabelecido o livre exercício religioso, pois ambos garantem a dignidade e o pleno acesso aos direitos da pessoa humana” (MAIA; COSTA, 2011).

Sintetizando, o que se deve garantir é a liberdade religiosa e de manifestação de pensamento, dentro dos limites constitucionais, pois, do contrário, estar-se-á censurando direito humano, fundamental e da personalidade, além de vilipendiar o Estado Democrático de Direito. Posto isto, alguns podem estar indagando quais seriam os limites para o exercício da liberdade religiosa, afinal, essa foi outra questão inserida na introdução deste trabalho. Sobre o tema, valiosas as ponderações de Alexandre de Moraes (2015, p. 49):

21 Exemplos disponíveis em: <https://www.updateordie.com/2015/05/26/o-boticario-traz-casais-homoafetivos-em-campanha-de-dia-dos-namorados/> e <https://www.meioemensagem.com.br/home/ultimas-noticias/2017/05/17/paraquebrar-estereotipos-natura-ensina-a-amarrar-o-amor.html>



A Constituição Federal assegura o livre exercício do culto religioso, enquanto não for contrário à ordem, tranquilidade e sossego públicos, bem como compatível com os bons costumes. Dessa forma, a questão das pregações e curas religiosas deve ser analisada de modo que não obstaculize a liberdade religiosa garantida constitucionalmente, nem tampouco acoberte práticas ilícitas. Obviamente, assim como as demais liberdades públicas, também a liberdade religiosa não atinge grau absoluto, não sendo, pois, permitidos a qualquer religião ou culto atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, sob pena de responsabilização civil e criminal.

Com efeito, a violação a outros direitos inerentes à dignidade humana, também tutelados na Constituição, não deve ser admitida, constituindo verdadeiro limite ao exercício da liberdade religiosa. Não se pode admitir, por exemplo, que alguém aja com intenção de insultar, ofender ou denegrir outrem sob o manto de estar acobertado pelo direito à manifestação do pensamento. Esse é o chamado discurso de ódio (*hate speech*), que constitui prática ilícita e não se confunde com mero posicionamento contrário ou discordância (Botelho, 2012). Na mesma esteira, Fernando Flores Fanaia, Marcelo Antônio Theodoro e Valter Foleto Santin (2016, p. 59) esclarecem que “o discurso de ódio se refere a toda forma de expressão, realizada pelos mais diversos meios, que possui como objetivo final gerar ódio e incitar a violência contra determinadas minorias e grupos mais vulneráveis”.

Ainda sobre os limites ao exercício de direitos fundamentais (inclusive, do direito à liberdade religiosa), em algumas situações de conflito entre direitos é necessário fazer uma interpretação sistemática de normas constitucionais, levando-se em consideração a situação fática em concreto e os bens jurídicos envolvidos. Dessa forma, a liberdade de culto não poderá, por exemplo, ser invocada quando o seu exercício violar a ordem ou a paz pública. Em tais casos o Estado deve intervir limitando a liberdade, mesmo porque o direito fundamental à liberdade de culto não abrange a perturbação da ordem e da paz.

CONCLUSÃO

Feitas as considerações acima, de forma bastante objetiva, conclui-se que:

1) No decorrer de sua história, o Brasil passou de um Estado confessional (Constituição Imperial de 1824) para um Estado laico que dividiu as relações Estado-igreja (Constituição Republicana de 1891), sendo que, atualmente (Constituição Federal de 1988), o nosso ordenamento tem admitido alguns contatos entre Estado e religião, mantendo-se, contudo, a laicidade;

2) A liberdade religiosa é, a um só tempo, um direito fundamental, humano e da personalidade, estando umbilicalmente ligada ao valor supremo da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e ao princípio fundamental da autodeterminação dos povos (CF, art. 4º, III). Tal liberdade abrange o direito de crença, culto e manifestação do pensamento religioso em âmbito público ou privado, sendo necessária a tolerância para se permitir o debate inclusivo;

3) As disposições da Constituição Federal de 1988 são suficientes para tutelar o direito à liberdade religiosa, sendo desnecessária uma legislação específica para tratar do tema, devendo, porém, compreender-se devidamente o conceito de laicidade no contexto brasileiro;

4) No Brasil, a laicidade significa a pretensão de um Estado em ser neutro enquanto instituição política, sem discriminar as mais diversas religiões, de modo que a laicidade não é inimiga da fé, mas protege tanto os que têm religião quanto os que não têm religião, permitindo a manifestação do pensamento religioso tanto no ambiente público quanto no privado;

5) O Estado deve intervir limitando a liberdade de crença sempre que sua exteriorização extrapolar a mera discordância de ideias e constituir verdadeiro discurso de ódio (com intenção de insultar, ofender ou denegrir outrem).

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOTELHO, Marcos César. **Liberdade religiosa, homossexualismo e discurso de ódio**. Argumenta. Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, n. 12, p. 283-301, 2012.

BRAGA, Rogério Piccino; MAZZUTTI, Diomar Francisco. **Direito fundamental à religiosidade: o ensino religioso como cláusula do contrato social.**

Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 409-427. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/h90v91jy/0my51l8vjm8ZGX2i.pdf>. Acesso em 11 de abril de 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 14 de abril de 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 14 de abril de 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 14 de abril de 2019.

BRASIL. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 11 de março de 2019.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 14 de abril de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Atos internacionais. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 11 de março de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 11 de março de 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

FANAIA, F. F. ; THEODORO, M. A. ; SANTIN, Valter Foletto . **Discurso de ódio e teoria dos princípios.** In: Simpósio Isocertos 2016, 2016, Jacarezinho, Paraná. Simpósio Isocertos 2016. Bandeirantes, Paraná: Redige, 2016. v. 1.

p. 82-94. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/0B7tARM_yBe_EUy1IMlpEeTJ1bTQ/view. Acesso em 14 de abril de 2019.

FEITOSA NETO, Pedro Meneses; OLIVEIRA, Ilzver de Matos. **Liberdade religiosa ao som dos atabaques e sua relativização discricionária pelo Poder Judiciário**. Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/o8j575pk/0QQ2u2Qu4YVIRu8E.pdf>. Acesso em 13 de abril de 2019.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. ampl. atual., São Paulo: Saraiva, 1998.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito, Religião e Sociedade no Estado Constitucional: a necessidade de uma lei geral**. Palestra ministrada em 04 de maio de 2017, no 4º Congresso Internacional da Anajure sobre liberdades fundamentais. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=AE5XIEIf6U>. Acesso em 21 de março de 2019.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Liberdade e Direito Privado**. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 9-33.

MAIA, Gustavo Favini Mariz Maia. COSTA, Ilton Garcia da. *Discriminação religiosa no ambiente de trabalho e a inclusão ou exclusão social*. I SIACRID – UENP. 2011. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/resumos/6.pdf>. Acesso em 13 de abril de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Nilton de Freitas. **Parâmetro constitucional de ensino religioso nas escolas públicas**. In: *Ensino religioso em escolas públicas: impactos sobre o Estado laico*. Org.: FISCHMANN, Roseli, São Paulo: Factash, 2008.

MONTORO, Alexandre Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Walter. **Concepção Tomista de Pessoa.** Revista dos Tribunais, v. 590, p. 14 a 23, dezembro de 1994.

MPT. Ministério Público do Trabalho. **Supermercado Hirota é notificado a suspender cartilha com conteúdo discriminatório.** Notícia publicada em 22 de dezembro de 2017. Disponível em: http://radio.mpt.gov.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/. Resultado nº 111. Acesso em 12 de abril de 2019.

NOGUEIRA, Octaciano. **1824.** 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf. Acesso em 21 de março de 2019.

PAULO, Paula Paiva. **Supermercado de SP distribui ‘cartilha da família’ que diz que gays são ‘erro’ e ‘distorção da criação’.** 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/supermercado-de-sp-distribui-cartilha-da-familia-que-diz-que-gays-sao-erro-e-distorcao-da-criacao.ghtml>. Acesso em 11 de abril de 2019.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 10. ed., São Paulo: Método, 2013.

REALE, Miguel. **O Código Civil e as Igrejas.** Revista Veja. Editora Abril, ed. 2111, ano 42, nº 18, 06 de maio de 2009.

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. **Direito e Religião.** Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 20 Mai. 2009. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/resenhas/etica/3522-direito-e-religiao. Acesso em 11 de abril de 2019.

SANTOS, Michel Ferrari Borges dos. STEINMETZ, Wilson Antônio. **O direito fundamental à liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988 e a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do ensino religioso confessional nas escolas públicas brasileiras.** Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 251-266. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/o8j575pk/GMKFFbDwr4oBy3OZ.pdf>. Acesso em 13 de abril de 2019.



SARAIVA. **Saiba quais são os livros mais lidos do mundo**. 2018. Disponível em: <https://blog.saraiva.com.br/livros-mais-lidos-do-mundo/>. Acesso em 11 de abril de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Liberdades Civis Fundamentais**. Palestra ministrada em 04 de maio de 2017, no 4º Congresso Internacional da Anajure sobre liberdades fundamentais. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kuMrVISwap8&t=1199s>. Acesso em 21 de março de 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 40. ed., São Paulo: Malheiros Editora, 2017.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **La Democracia en América**. Madrid: Alianza Editorial, 2002, p. 226.

COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO EM BENEFÍCIO DE TERCEIRO

Guilherme Veiga Chaves

Advogado, Rua Capitão José da Luz, nº25, 12º andar, bairro dos Coelhos, Recife/PE, telefone (81)99242-5474 e (81) 32220892, endereço eletrônico guilhermeveiga@gamborgi.com.br Guilherme Veiga . E-mail: guilhermeveiga@gamborgi.com.br

RESUMO

O texto aborda a coisa julgada sobre questão em benefício de terceiro à luz dos artigos 503 e 506 do Código de Processo Civil. Impedir a relitigação sobre idêntica questão, beneficiando inclusive terceiros que estão em idêntica situação, é um caminho para desafogar o Poder Judiciário, diminuir custos, acelerar a prestação jurisdicional, criar uma cultura de tratamento isonômico, gerar previsibilidade, segurança jurídica e propiciar, fundamentalmente, que os magistrados concentrem seus esforços e conhecimentos em questões novas e importantes, ao invés do trabalho repetitivo, otimizando o serviço judiciário, para viabilizar um eficiente gerenciamento de fluxo de demandas ajuizadas.

Palavras-chave: Coisa julgada sobre questão. Coisa julgada em benefício de terceiro. Relitigação.

ABSTRACT

The text deals with the res judicata on issue for the benefit of third parties, with legal bases in Articles 503 and 506 of the Code of Civil Procedure. Preventing relitigation on the same issue, benefiting even third parties who are in the same situation, is a way to unburden the Judiciary, reduce costs, accelerate jurisdictional provision, create a culture of isonomic treatment, generate predictability, legal security and provide, that judges concentrate their efforts and knowledge on new and important issues, instead of repetitive work, optimizing the judicial service, to enable an efficient flow management of lawsuits.

Keywords: Res judicata on issue - Res judicata in benefit of non-parties - Collateral estoppel.

1 INTRODUÇÃO

A coisa julgada sobre questão em benefício de terceiro é um tema novo no direito brasileiro, que nos aproxima um pouco mais do *common law*. Um novo marco na forma de pensar o direito, para que haja racionalidade da gestão dos 80 milhões de processos em tramitação no país, com taxa de congestionamento no 1º grau de jurisdição de 73% (BRASIL, 2018).

Não há razoabilidade em defender que um magistrado perca seu tempo julgando a mesma matéria inúmeras vezes, dia após dia. Assim como os Tribunais. Os relatórios de produtividade dos magistrados, mas demonstram uma luta árdua contra o colapso do sistema judicial, do que uma solução para gerir aumento de demandas judiciais.

Tornou-se notório que o sistema judicial necessita ser repensado. Já há propostas para alteração da forma de afetação das teses com repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, em razão dos evidentes prejuízos para os jurisdicionados pela da lentidão dos julgados (BARROSO; REGO, 2017). O sistema de precedentes (*stare decisis*) implantado no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal é parte dessa evolução, mas não resolve o relitígio de idêntica questão (*collateral estoppel*).

Está em desenvolvimento o “Victor”, robô que passará a proferir decisões automáticas no STF. Cuida-se do maior e mais complexo projeto de inteligência artificial (AI) do Poder Judiciário e, talvez, de toda a Administração Pública Brasileira. (BRASIL, STF, 2018). Por sua vez, os escritórios de advocacia estão desenvolvendo programas para automação documental que permite construção automática de peças jurídicas, com destaque para a plataforma Watson, desenvolvida pela IBM (IBM CODE, 2018). A tecnologia gera velocidade, mas cobra seu preço. Em época de grave crise financeira que passa o país, a utilização de tecnologia de ponta será impensável para a maioria das comarcas e para a maioria dos advogados.

O artigo 503 do Código de Processo Civil estabelece os requisitos para que ocorra o julgamento de questão antecedente do pedido principal do mérito. Por sua vez, O artigo 506 do Código de Processo Civil estabelece: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. O artigo limitou a coisa julgada para não prejudicar terceiros. Se prejudicar não pode, porquanto expresso no texto legal, beneficiar passa a ser uma interpretação possível.

Não há racionalidade em aceitar que uma empresa que provoca danos em massa possa reproduzir em juízo os mesmos argumentos de defesa, copiando contestações, em quantas demandas vier a ser demandada, por vítimas provenientes da mesma violação de direito.

Se uma questão já foi definitivamente julgada, mediante amplo contraditório e acesso às provas, por que será dado o direito à parte que violou o direito de formular os mesmos argumentos em outra demanda, somente porque a vítima é outra?

Impedir a relitigação sobre idêntica questão, beneficiando inclusive terceiros que estão em idêntica situação, é um caminho para desafogar o Poder Judiciário, diminuir custos, criar uma cultura de tratamento isonômico, gerar previsibilidade, segurança jurídica e propiciar, fundamentalmente, que os magistrados concentrem seus conhecimentos em questões novas, ao invés do tradicional trabalho repetitivo, otimizando o serviço judiciário, para viabilizar um eficiente gerenciamento de fluxo de demandas.

Previsibilidade de decisões judiciais, a garantia da ampla defesa, processo justo e contingência econômica, podem conviver harmonicamente.

2 A COISA JULGADA SOBRE A QUESTÃO

A coisa julgada sobre questão está regulada no artigo 503 do Código de Processo Civil:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Quando uma questão principal depender de uma questão antecedente, esta questão antecedente é prejudicial da principal.

Tornando claro, quando uma pessoa pede indenização por danos morais contra uma empresa, para que haja a condenação, primeiro deve se investigar a responsabilidade da empresa. Ou seja, a responsabilidade da empresa é uma questão antecedente que é decidida incidentalmente no processo, antes de se analisar o pedido principal: condenação em danos morais. Ocorrendo a coisa julgada sobre questão antecedente impede-se que as mesmas partes em processo futuro rediscutam a questão já transitada em julgado no processo anterior.

Ricardo Alexandre da Silva (2016), traz exemplo na área de família, envolvendo ação de alimentos. Na demanda movida por quem declara ser filho contra o pretenso pai pleiteando alimentos, para que esses sejam concedidos deve-se, de forma antecedente, ser apreciada questão parental. Decidida a filiação, passa-se a análise do mérito da demanda que é a concessão dos alimentos. Nesse caso, a questão prejudicial é a investigação da paternidade. Havendo decisão sobre essa questão, reconhecendo a paternidade, automaticamente, tanto o pedido de alimentos pode ser apreciado, como também, o filho passa a ter o direito de futuramente se habilitar no inventário do pai, sem a necessidade de nova ação para declarar a paternidade, que já foi reconhecida na ação de alimentos. A questão prejudicial da ação de alimentos faz coisa julgada, estabilizando a relação de parentesco.

Por isso, tanto a responsabilidade da empresa, como a filiação, são questões prejudiciais de mérito, mas sobre as quais pode recair a coisa julgada.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci (2016, p. 214), citando os ensinamentos de Didier Júnior “há uma ampliação do objeto da coisa julgada por determinação legal”.

Luiz Guilherme Marinoni (2018, p. 26), primeiro autor brasileiro a dedicar uma obra exclusiva sobre o tema, esclarece que “quem é vencido num processo é declarado sem direito; não simplesmente declarado perdedor em face do vencedor”. A coisa julgada tem a autoridade de revelar para a sociedade o entendimento do Poder Judiciário. Assim, para a manutenção do funcionamento do sistema judicial é imperioso identificar e eliminar a litigância desnecessária, sem enfraquecer o coração do processo justo, segundo o autor.

3 REQUISITOS PARA QUE POSSA OCORRER A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO

Conforme descrito no art. 503, para que possa ocorrer coisa julgada sobre a questão é fundamental que ocorra de forma concomitante os seguintes requisitos: a) a existência de contraditório prévio e efetivo sobre a matéria; b) a competência do juízo para apreciação da matéria e em razão da pessoa que será afetada pela coisa julgada; c) a ampla liberdade para produção de provas; d) a cognição sobre a questão deve ser exauriente; e) a decisão sobre a questão deve ser expressa e fundamentada.

Ninguém poderá ser impedido de discutir em processo futuro uma questão, se no processo originário não lhe foi oportunizado o mais amplo e efetivo contraditório e direito probatório. Justamente por isso não há coisa julgada sobre questão em prejuízo do revel, uma vez que nessa situação não há efetivo contraditório, mas, sim, presunção de veracidade.

Preservadas as premissas acima, é importante pontuar que se a questão prejudicial efetivamente depender tão somente de análise de documentos, evidente que a questão prejudicial poderá ser decidida sem perícia.

Toma-se como exemplo a análise da responsabilidade de uma empresa diante de um mesmo contrato padrão firmado com diversos consumidores. A questão depende de análise e interpretação do pacto firmado e não de perícia. Logo, obviamente, a coisa julgada sobre a questão, em determinadas situações, pode se formar sem perícia. E inclusive em mandados de segurança (MARINONI, 2016)

Da mesma forma, e pelas mesmas razões, se a questão não depender de qualquer tipo de prova ou documento, também poderá ocorrer a coisa julgada

sobre a questão prejudicial, desde que haja efetivo e amplo contraditório. Uma vez discutida a questão de direito com profundidade e exaurimento, não há motivo para que a parte possa debater a mesma questão jurídica em outro processo.

O que importante até aqui é que a questão tenha sido debatida e decidida com profundidade. De forma exauriente, em amplo contraditório. E por óbvio, que a questão tenha sido decidida por juiz competente em razão da matéria e das partes.

3.1 QUANDO NÃO SE FORMA A COISA JULGADA SOBRE A QUESTÃO

A parte tem direito ao amplo contraditório e às provas que possam influenciar no resultado da demanda. Os requisitos são descritos no art. 503, todavia merecem maior análise.

Não se pode confundir a coisa *judgada sobre o pedido*, com a *coisa julgada sobre a questão*. Isso significa dizer que não basta que a parte tenha tido a oportunidade de produzir determinada prova ou argumento e tenha se mantido inerte, sofrendo assim as consequências da sua omissão (coisa julgada sobre pedido). É necessário que a parte efetivamente tenha requerido todas as provas capazes de influenciar no resultado da demanda, bem como, todos os argumentos (contraditório prévio, amplo, efetivo e exauriente).

Não se pode negar o fato de que uma empresa pode se preocupar muito pouco com uma demanda isolada de baixa repercussão econômica, ao passo que em uma grande ação coletiva terá um cuidado muito maior, mesmo que decorrente do mesmo fato. Se na primeira ação pode não haver tanta preocupação com a configuração da responsabilidade; na segunda ação a questão prejudicial (responsabilidade) poderá ser enfrentada com mais profundidade. Desta forma, não se forma coisa julgada se a parte não produziu todas as provas que poderia produzir ou não deduziu todos os fundamentos que poderia deduzir.

Registre-se que numa ação de alimentos cuja questão antecedente é a discussão sobre a filiação, a repercussão patrimonial desse reconhecimento de paternidade pode ser muito maior do que o simples pagamento dos alimentos, já que a questão prejudicial gera direito à herança. Por isso, mesmo que a ação de alimentos seja improcedente, porque o filho não necessitava de alimentos para sua subsistência, ainda assim haverá interesse jurídico do pai, vencedor da ação,

para interpor recurso com a finalidade de desconstituição da sentença que julgou a questão prejudicial do reconhecimento da paternidade.

Não há nada de inovador ou obscuro nesse pensamento. Conforme ressalta Luiz Guilherme Marinoni o *collateral estoppel* proíbe a relitigação. “A sua função é tutelar o litigante que obteve decisão favorável, proibir o vencido de voltar a discutir o que já foi decidido e evitar que o Estado despenda tempo e dinheiro resolvendo mais de uma vez uma mesma questão” (MARINONI, 2018, p. 60).

Assim, fica claro que a coisa julgada somente se forma quando correr condições cumulativas que visam obter a segurança jurídica imprescindível para que se evite injustiça. Entretanto, uma vez formada, estabiliza-se, para impedir o relitígio.

Todavia, importante deixar claro que também não se forma coisa julgada sobre questão nos processos iniciados antes da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil. Em outras palavras, apenas os processos instaurados depois da vigência do CPC estarão submetidos ao novo regime (RICARDO, 2019, P. 272). Esta regra é expressa no artigo 1.054 do CPC, que assim dispõe: “O disposto no art. 503, § 1º, somente se aplica aos processos iniciados após a vigência deste Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973”. É evidente a ressalva visa proporcionar segurança jurídica.

3.2 QUANDO A COISA JULGADA PODE BENEFICIAR TERCEIROS

O art. 506 do CPC estabelece: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

No código revogado a coisa julgada não poderia beneficiar e nem prejudicar terceiros. Nota-se que foi suprimida a expressão “não pode beneficiar”, que existia no art. 472 do CPC revogado.

Conforme leciona José Rogério Cruz e Tucci (2016, p. 214) “Inicialmente, no Anteprojeto e nos sucessivos Projetos a redação continuava sendo a mesma do velho art. 472, no sentido de que a sentença não pode acarretar benefício e tampouco pode prejudicar terceiros”. Contudo o autor afirma que, “pela compreensão do equívoco de tal disposição continha, o legislador, em algum momento da tramitação do Projeto na Câmara dos Deputados, acolheu sugestão que formulei, visto não existir qualquer dúvida de que a eficácia da sentença

transitada em julgado, em muitas situações, beneficia terceiros". Assim, conclui defendendo que "Não pode haver prejuízo! Contudo, nada obsta a que a posição jurídica de terceiros seja efetivamente beneficiada pela eficácia da decisão de mérito".

Evidente que o sistema judicial brasileiro caminha para aproximar-se do *common law*. Negar esse fato é negar a realidade vigente composta pela vinculação aos precedentes (*stare decisis*). Desta forma, estender os efeitos da coisa julgada em benefício de terceiros é aceitar a aplicação do *collateral estoppel* no direito brasileiro, reconhecendo o fato de que um e outro são coisas complementares. Na verdade, segundo Luiz Guilherme Marinoni (2018, p. 61), "se o *stare decisis* garante a estabilidade do direito, incidindo sobre a sociedade e todos os casos, o *collateral estoppel* simplesmente obsta a rediscussão da decisão pelo vencido".

Ninguém propõe ação declaratória para reconhecimento de responsabilidade de uma empresa demandada. A ação é para ressarcimento do dano sofrido. Mas é evidente que a questão prejudicial desse pedido é a responsabilidade da demandada.

Quando a culpa pelo evento danoso já foi decidida em processo anterior, com amplo contraditório e acesso a todos os meios de provas admitidos, essa questão faz coisa julgada entre as partes, mas também se estende em benefício de terceiros. Outro demandante, em outro processo movido contra a mesma demandada, decorrente do mesmo fato, não precisará mais provar a responsabilidade pelo evento danoso, de modo que bastará provar a extensão do dano que sofreu.

O que importa, quando se trata de coisa julgada, é a autoridade da decisão judicial proferida. O Poder Judiciário, no âmbito de sua competência, já decidiu a questão.

O Código Civil no artigo 274, alterado pelo artigo 1.068 do CPC, prevê expressamente a projeção da coisa julgada em benefício de terceiros, quando estabelece que o "julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita-lhes ...". Esse mesmo raciocínio se aplica as demais questões já decididas, não ficando restrita às demandas de credores solidários.

Bem vistas as coisas, não se pode dar ao Poder Judiciário poder para decidir duas vezes uma mesma questão, sob pena de violar a otimização da prestação

jurisdicional e, principalmente, violar a confiança justificável dos jurisdicionados acerca da estabilidade, da coerência e da isonomia das decisões judiciais transitadas em julgado.

Sempre alguém ganha com a ineficiência do sistema judicial que demora a entregar a prestação jurisdicionada e produz decisões conflitantes. E aposta nisso. É a lógica procrastinatória que necessita ser combatida. Uma antiga e duradoura luta para transformar o processo mais simples e ágil, mas que sempre encontra a resistência conservadora para manter as coisas na mesma situação (TARUFFO; MITIDIERO, 2018).

Se analisado de outra forma esse mesmo ponto, trata-se de gestão do fluxo de trabalho visando isonomia e racionalidade nas decisões judiciais, com alocação de recursos intelectuais e financeiros onde realmente importa, ao invés de desperdício de tempo e recursos dispendidos nos rejuvimentos de idêntica questão.

Pela interpretação conjunta dos artigos 503 e 506 do CPC extrai-se que a coisa julgada pode beneficiar terceiros. Não há lógica alguma que se invista tempo, dinheiro e conhecimento, para que causas idênticas sejam rejuvadas diariamente.

Portanto, segundo Daniel Mitidiero, “para que o Direito seja capaz de proporcionar uma sociedade livre, justa e igualitária (arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, *caput*, I e II, CF) é preciso resolver o problema central da vinculação do exercício do poder à ordem jurídica”. E completa “esses objetivos, no entanto, só são alcançáveis em uma sociedade pautada pela segurança jurídica” (MITIDIERO, 2018, p. 24).

De modo que o problema que surge é definir a racionalidade, ou não, em se permitir a rediscussão de questão já decidida apenas por terem sido alteradas uma das partes do processo, ou melhor, apenas pelo vencido estar agora litigando com parte que, apesar de estar envolvido no conflito concreto, não participou do processo em que a questão prejudicial à tutela do seu direito foi resolvida.

4 A COISA JULGADA EM BENEFÍCIO DE TERCEIRO EXIGE QUE A QUESTÃO SEJA IDÊNTICA E NÃO APENAS SIMILAR

Importante destacar que não pode ser alegada coisa julgada em benefício de terceiro se a questão não for idêntica. Por identidade deve ser entendido como

sendo a exigência que a titularidade do direito também seja do terceiro. Há uma relação jurídica direta entre a parte demandada, atingida pela coisa julgada sobre a questão, e o terceiro.

Não se pode aplicar os efeitos da coisa julgada sobre questão por similaridade de situação jurídica. Se uma empresa foi condenada pelo acontecimento de determinado acidente aéreo, o acontecimento de outro acidente aéreo, envolvendo a mesma empresa, não autoriza a aplicação da coisa julgada.

Há diferença entre *coisa julgada sobre questão* e aplicação obrigatória de *precedentes de Cortes Supremas*. Nesses últimos não há, necessariamente, identidade de parte, nem mesmo identidade de fato, basta que haja similitude fática e jurídica. Justo por isso, os precedentes são aplicados em demandas cujas partes sequer compunham o polo ativo ou passivo do processo em que se formou o precedente.

Bem vistas as coisas, a coisa julgada sobre questão estabelece forte segurança jurídica na medida em que a parte que sofrerá os efeitos da coisa julgada terá participação direta e ampla na formação da decisão e não poderá ser aplicada em questão similar, somente em questão idêntica.

4.1 A COISA JULGADA NÃO PODE PREJUDICAR TERCEIROS

A coisa julgada sobre questão pode beneficiar terceiros, porém não é possível prejudicar aqueles que não fizeram parte no processo antecedente. Trata-se de redação expressa no art. 506 do CPC: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

Nos termos do art. 503 do CPC, a coisa julgada somente por recair contra aquele que teve participação ampla, direta e decisiva na formação da decisão, jamais prejudicando terceiros (Art. 506/CPC). E isso tem consequências importantes.

Numa ação movida por consumidor contra uma empresa, em razão de ato lesivo que provoca múltiplos danos, em que não ficar provada a responsabilidade da demandada e por isso os pedidos são julgados improcedentes, a coisa julgada ficará restrita às partes, não prejudicando os demais consumidores que queira propor demanda para discutir a responsabilidade da mesma empresa.

Desta forma, mesmo que existam sentenças de improcedência fundamentadas na ausência de responsabilidade da demandada, não haverá impedimento da matéria ser discutida e decidida favoravelmente a outro consumidor lesado. Isso decorre do fato de que a coisa julgada não pode prejudicar o terceiro, apenas beneficiar.

4.2 COISA JULGADA INVOCADA NO CURSO DO PROCESSO EM RAZÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO DE OUTRO PROCESSO

Partindo da premissa de que a coisa julgada beneficia terceiros, é fácil de notar, posto que evidente, que em uma mesma situação jurídica há duas ou mais pessoas sofrendo o dano ocasionado pela parte contrária, decorrente do mesmo fato.

Assim, os lesados podem ser um pequeno grupo, um grande grupo de pessoas identificáveis ou, ainda, um gigantesco grupo de pessoas que não podem ser identificadas. Três exemplos respectivos: pequeno grupo: em um acidente com ônibus escolar; grupo grande e identificável: determinados segurados de contrato de plano de saúde; grupo gigantesco e não identificável: ribeirinhos que sofrem as consequências de um desastre ambiental.

Diante de casos plúrimos, assim entendido os casos em que os sujeitos que compõem o grupo são identificáveis, ou, diante de casos múltiplos, quando os sujeitos não são identificáveis (MARINONI, 2018, p. 327). É possível que, havendo coisa julgada sobre questão em um dos processos que venha a beneficiar terceiros, esses terceiros possam invocar em seu benefício, no curso de suas respectivas ações, a coisa julgada sobre questão que se formou na outra ação. Tal prática é comum nos Estados Unidos da América. Lá nos EUA ainda ocorre a estratégia do “*wait and see*” ou seja, esperar para ver, que consiste em aguardar um trânsito em julgado que seja favorável para depois ingressar com a ação invocando o *collateral estoppel*.

Uma forma de combater o desenfreado ajuizamento de ações contra uma empresa diante do mesmo fato, evitando que ela gaste seus recursos promovendo sua defesa em centenas de ações, é o ajuizamento de ação declaratória passiva. Desta forma, a sentença que declara a *não responsabilidade* fará coisa julgada para impedir a rediscussão da responsabilidade da empresa em qualquer outra demanda. Conforme ressalta Marinoni “a ação declaratória é uma alternativa para

a parte que não quer se submeter ao risco de perder uma demanda em meio de várias” (MARINONI, 2018, p. 322).

Bem vista as coisas, é possível ser invocada a coisa julgada sobre questão, no curso do processo, em razão do trânsito em julgado da questão jurídica de outro processo. E a forma que se tem de evitar essa situação é o ajuizamento de ação declaratória passiva ou ação coletiva passiva, a depender da identificação ou não dos possíveis demandantes das ações individuais.

4.3 AÇÃO RESCISÓRIA PARA DESCONSTITUIR COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO E AÇÃO RESCISÓRIA POR OFENSA À COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO

A coisa julgada sobre questão pode ser rescindida. Isto porque ela tem autonomia e projeta seus efeitos para além do processo, impedindo o relitígio entre as mesmas partes e terceiros que podem ser beneficiados. A *res judicata* não recai apenas sobre a parte dispositiva da decisão, como ocorria no CPC revogado. Assim, mesmo reconhecendo que o rol do art. 966 do CPC é taxativo, verifica-se o cabimento da rescisória com fundamento do inciso V, do art. 966 do CPC, quando não atendidos os requisitos do art. 503 do CPC na formação da coisa julgada sobre questão, uma vez que não se pode vedar a definição do alcance dos textos normativos mediante adequada interpretação (MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 122).

Se não é possível o relitígio sobre questão já decidida porque forma-se coisa julgada entre as partes e que pode beneficiar terceiros, é evidente que o rejuízo da questão em outra demanda viola a coisa julgada anterior, podendo ser rescindida com fundamento no art. 966, IV, do CPC. Justo por isso, em nova demanda, o juiz não apenas fica impedido de decidir de forma diferente do já decidido. Ele fica impedido até mesmo de julgar da mesma forma. Não se pode rejuizar matéria transitada em julgado, mesmo que seja para confirmar o acerto do que já foi decidido. Se assim o fizer, caberá a rescisória.

CONCLUSÃO

A coisa julgada limitada apenas às partes é uma forma tradicional que o direito brasileiro estudou o tema à luz da doutrina tradicional de Chiovenda.

Contudo, o direito processual a cada dia aproxima-se mais do *common law*, trazendo maior pragmatismo às soluções dos conflitos.

Não há racionalidade em aceitar que uma empresa que provoca danos em massa possa reproduzir em juízo os mesmos argumentos de defesa, copiando contestações, em quantas demandas vier a ser demandada, por vítimas provenientes da mesma violação de direito.

Conforme descrito no art. 503, para que possa ocorrer coisa julgada sobre a questão é fundamental que ocorra de forma concomitante os seguintes requisitos: a) a existência de contraditório prévio e efetivo sobre a matéria; b) a competência do juízo para apreciação da matéria e em razão da pessoa que será afetada pela coisa julgada; c) a ampla liberdade para produção de provas; d) a cognição sobre a questão deve ser exauriente; e) a decisão sobre a questão deve ser expressa e fundamentada.

Contudo, não se forma coisa julgada sobre questão nos processos iniciados antes da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, conforme regra expressa no artigo 1.054 do CPC.

No código revogado a coisa julgada não poderia beneficiar e nem prejudicar terceiros. No atual Código de Processo Civil, no artigo 506, foi suprimida a expressão “não pode beneficiar”, que existia no art. 472 do CPC revogado, possibilitando assim o benefício em favor de terceiro.

O Código Civil no artigo 274, alterado pelo artigo 1.068 do CPC, prevê expressamente a projeção da coisa julgada em benefício de terceiros, quando estabelece que o “julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita-lhes ...”. Esse mesmo raciocínio se aplica as demais questões já decididas, não ficando restrita às demandas de credores solidários.

É possível ser invocada a coisa julgada sobre questão, no curso do processo, em razão do trânsito em julgado da questão jurídica de outro processo.

É cabível o ajuizamento de ação rescisória para rescindir a coisa julgada sobre questão.

Impedir a relitigação sobre idêntica questão, beneficiando inclusive terceiros que estão em idêntica situação, é um caminho para desafogar o Poder Judiciário, diminuir custos, criar uma cultura de tratamento isonômico,

gerar previsibilidade, segurança jurídica e propiciar, fundamentalmente, que os magistrados concentrem seus conhecimentos em questões novas, ao invés do tradicional trabalho repetitivo, otimizando o serviço judiciário, para viabilizar um eficiente gerenciamento de fluxo de demandas.

Previsibilidade de decisões judiciais, a garantia da ampla defesa, processo justo e contingência econômica, podem conviver harmonicamente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. v. 7, n. 3, dez., 2017. UNICEUB, ISSN 2236-1677, doi: 10.5102/rbpp.v7i3.4824. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4824/3615>>. Acesso em: 29/11/2018

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 22/11/2018

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. 30, maio, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>>. Acesso em: 28/11/2018

IBM CODE. Watson Customer Engagement. **Inteligência Artificial**. Disponível em: <<https://www.ibm.com/watson/br-pt/index.html>>. Acesso em: 28/11/2018

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada sobre Questão, Inclusive em Benefício de Terceiro. *Res judicata on issue and Res judicata in benefit of non-parties*. **Revista de Processo**, vol. 259, p. 97-116, Set., 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada Sobre Questão, Inclusive Em Benefício de Terceiro. *Res judicata on issue and Res judicata in benefit of non-parties*. **Revista de Processo**, vol. 259, p. 97-116, Set / 2016. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/10/PROF-MARINONI-c%C3%B3pia-de-Coisa_julgada_sobre_questao_inclusive_em.pdf>. Acesso em: 22/11/2018



MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Sobre Questão**. São Paulo: Thompson Reuters, Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória**: do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

SILVA, Ricardo Alexandre da. **Limites Objetivos da Coisa Julgada e Questões Prejudiciais**. (Tese) Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46316/R%20-%20T%20-%20RICARDO%20ALEXANDRE%20DA%20SILVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

SILVA, Ricardo Alexandre da. **A Nova Dimensão da Coisa Julgada**. São Paulo. Thompson Reuters Brasil, 2019.

TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A Justiça Civil**: da Itália ao Brasil, dos setecentos à hoje. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 485 a 538. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil; v.8. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero (Coords)).



Impressão:

Editora - ESMape / TJPE



Escola Judicial de Pernambuco (ESMAPE)

Rua Desembargador Otílio Neiva Coelho, S/N, Ilha
de Joana Bezerra, Recife/PE - CEP 50080-900
Fone: (81) 3181.5800

