



# AMAGIS JURÍDICA







Des. Gilson Soares Lemes  
Des. Ramom Tácio de Oliveira  
*Diretores*

# AMAGIS JURÍDICA

## Associação dos Magistrados Mineiros

Ano X – Número 15 – Volume II – jul./dez. de 2018



Belo Horizonte  
2018





# AMAGIS JURÍDICA

## **Missão da revista Amagis Jurídica:**

Contribuir para o aperfeiçoamento do Direito, por meio da divulgação de trabalhos jurídicos de reconhecida qualidade.

***Diretoria da Amagis  
Triênio 2016-2018***

### **Presidente:**

Desembargador Maurício Torres Soares

### **Vice-presidente Administrativa:**

Juíza Cristiana Martins Gualberto  
Ribeiro

### **Vice-presidente Financeiro:**

Desembargador Alberto Diniz Junior

### **Vice-presidente de Saúde:**

Juíza Luzia Divina de Paula Peixôto

### **Vice-presidente do Interior:**

Juiz Antônio Carlos Parreira

### **Vice-presidente Sociocultural- Esportivo:**

Juiz Ricardo Torres Oliveira

### **Vice-presidente dos Aposentados e Pensionistas:**

Juiz José Martinho Nunes Coelho

### **Diretor-secretário e Diretor de Comunicação:**

Juiz Christyano Lucas Generoso

### **Subdiretora-secretária:**

Juíza Rosimere das Graças do Couto

## **Conselho Editorial da Revista Amagis Jurídica**

Prof. Me. Gilson Soares Lemes (MG)  
– Presidente do Conselho Editorial e  
Diretor da Revista

Prof. Dr. Ramom Tácio de Oliveira  
(MG) – Diretor da Revista

Prof. Dr. Álvaro Villaça Azevedo (SP)

Prof. Dr. Dimas Macedo (CE)

Prof. Dr. Fernando José Armando  
Ribeiro (MG)

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio  
Junior (MG)

Prof. Me. Antônio José Pêcego (MG)

Prof. Thiago Colnago Cabral (MG)

Coordenador de Comunicação:  
Bruno Gontijo (MTB – MG 11008)

Tiragem: 2.300 exemplares

Periodicidade: O volume anual compõe-se de dois números, com periodicidade semestral. Política de responsabilidade: O corpo editorial da Amagis Jurídica não se responsabiliza pelas opiniões expressas nos artigos. Os textos são de responsabilidade de seus autores.

Envio de artigos para o e-mail:  
[imprensa@amagis.com.br](mailto:imprensa@amagis.com.br)

*A Revista Amagis Jurídica* é uma publicação da Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis)  
Rua Albita, 194, Cruzeiro,  
Belo Horizonte, MG  
CEP: 30310-160 – Tel.: (31) 3079-3499  
[www.amagis.com.br](http://www.amagis.com.br)

ISSN 2175-3849





## PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

### **FERNANDO JOSÉ ARMANDO RIBEIRO**

Pós-doutor pela Universidade da Califórnia em Berkeley (EUA); Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Juiz Civil do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais

### **GABRIELA DE SOUSA MOURA**

Mestre em Teoria do Direito Pela PUC Minas. Bacharela em Direito pela Universidade FUMEC. Professora de Filosofia do Direito (IB-MEC-MG), Direito Constitucional e Argumentação Jurídica (Faculdade Estácio de Belo Horizonte).

### **JOSÉ ARTHUR DE CARVALHO PEREIRA FILHO**

Desembargador do TJMG. Mestrando em Direito, pela Universidade Autónoma de Lisboa – Portugal. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Minas Gerais.

### **MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA**

Magistrada do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora honoris causa pela Faculdade Inca Garcilaso de la Vega – Lima, Peru. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, Portugal. Professora Universitária. Autora de livros e artigos jurídicos publicados no Brasil e no exterior.

### **MATEUS SCHAEFFER BRANDÃO**

Mestre e doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisboa, Portugal. Aspirante a Oficial da Força Aérea Brasileira – FAB. Assessor Jurídico do Superior Tribunal Militar – STM – Brasil.





### **RACHEL CAPÚCIO DE PAULA E SILVA**

É advogada, graduada no Centro Universitário de Belo Horizonte (Uni-BH), pós-graduada em Direito do Estado (Universidade Anhanguera/Uniderp) e em Ciências Criminais (Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen).

### **RÔMULO DOS SANTOS DUARTE**

Juiz de Direito do TJMG, titular da Vara Cível da Comarca de Nova Serrana. Pós-graduado em Direito Processual Civil. Pós-graduando em Direito Público.

### **TACIANI A. C. COLNAGO CABRAL**

Advogada com especialização em Direito Empresarial. Mestranda em Direito Empresarial. Integrante das Comissões de Direito Empresarial e de Recuperação Judicial e Falência da OAB/MG. Associada ao IBAJUD – Instituto Brasileiro de Administradores Judiciais®. Certificada e Aprovada em Administração Judicial pela TMA Brasil – Turnaround Management Association®. Currículo Lattes <<http://lattes.cnpq.br/6993051313730323>>.

### **TADEU LUCIANO SIQUEIRA ANDRADE**

Professor da Universidade do Estado da Bahia – Curso de Direito – Campus Jacobina (BA), licenciado em Letras. Bacharel em Direito. Especialista nas seguintes áreas: Português Jurídico, Diversidade Linguística e Direito do Consumidor. Mestre em Linguística, aluno do Programa de Pós-graduação em Linguística (doutorado) da Universidade de Brasília. A temática de suas pesquisas consiste na relação entre a linguagem e o Direito.

### **VINÍCIUS LACERDA E SILVA**

Assistente Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos. Bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos.





# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... IX

## 1 A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA E O “PRINCÍPIO” DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

(THE DEMOCRATIC CONSTITUTION AND THE “PRINCIPLE” OF THE  
SUPREMACY OF THE PUBLIC INTEREST)

*Fernando José Armando Ribeiro, Gabriela de Sousa Moura.....1*

## 2 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

(OF THE RIGHT TO FORGET)

*José Arthur de Carvalho Pereira Filho..... 25*

## 3 DA REFORMA ÀS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS – UMA ANÁLISE SOBRE OS MECANISMOS JURÍDICOS FORMAIS E INFORMAIS DE ALTERAÇÃO DAS CARTAS POLÍTICAS

(REFORM FOR CONSTITUTIONAL CHANGES – AN ANALYSIS OF  
FORMAL AND INFORMAL LEGAL MECHANISMS FOR AMENDING  
POLICY CHARTS)

*Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha,  
Mateus Schaeffer Brandão.....59*

## 4 A MORAL E O DIREITO SOB A ÓPTICA DE ÉMILE DURKHEIM

(MORALITY AND LAW FROM THE STANDPOINT OF EMILE DURKHEIM)

*Rachel Capúcio de Paula e Silva .....89*





|   |     |
|---|-----|
| <b>5</b> DECISÃO DE SANEAMENTO DO PROCESSO E O ÔNUS DA PROVA NA FRAUDE À EXECUÇÃO<br>(THE LAWSUIT SANITATION DECISION AND THE PROOF BURDEN AT THE EXECUTION FRAUD)<br><i>Rômulo dos Santos Duarte</i> .....   | 109 |
| <b>6</b> CRÉDITOS PÚBLICOS NÃO TRIBUTÁRIOS E SUA HABILITAÇÃO NAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS<br>(NON-TAX PUBLIC CREDITS AND THEIR INCLUSION IN JUDICIAL REORGANIZATION PROCEDURE)<br><i>Taciani A. C. Colnago Cabral</i> .....   | 129 |
| <b>7</b> A VULNERABILIDADE LINGUÍSTICA NAS RELAÇÕES JURÍDICO-CONSUMERISTAS: COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA<br>(THE LINGUISTIC VULNERABILITY IN LEGAL-CONSUMERIST RELATIONS: A COROLLARY OF THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON)<br><i>Tadeu Luciano Siqueira Andrade</i> .....   | 145 |
| <b>8</b> DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA<br>(PARTIAL COMPANY DISSOLUTION: AN ANALYSIS ACCORDING WITH THE PRINCIPLE OF PRESERVATION OF THE ENTERPRISE AND THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF ECONOMIC ACTIVITY)<br><i>Vinicius Lacerda e Silva</i> ..... | 167 |





## APRESENTAÇÃO

É com satisfação que apresentamos mais uma edição da Revista Amagis Jurídica, uma publicação da Amagis. A produção acadêmica dos magistrados mineiros tem crescido constantemente, assim como a colaboração que recebemos de outros especialistas e que qualificam ainda mais a nossa publicação. Desta forma, a Amagis Jurídica tem se firmado como um repositório de produção intelectual de alta qualidade e também como uma rica fonte de pesquisa.

Nesta edição, o leitor encontrará, por exemplo, um trabalho sobre o direito ao esquecimento, tema instigante e que continua na pauta do Supremo Tribunal Federal. A revista traz também artigos sobre Direito Constitucional, Direito Empresarial e Direito do Consumidor, entre outros.

Esperamos que a publicação seja de grande valia para os nossos leitores.

Desejamos uma ótima leitura.

*Desembargador Maurício Soares*  
Presidente da Amagis







# 1

## A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA E O “PRINCÍPIO” DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

(THE DEMOCRATIC CONSTITUTION AND  
THE “PRINCIPLE” OF THE SUPREMACY OF  
THE PUBLIC INTEREST)

**Fernando José Armando Ribeiro<sup>1</sup>**

**Gabriela de Sousa Moura<sup>2</sup>**

### RESUMO

O chamado princípio da Supremacia do Interesse Público tornou-se bastante difundido na doutrina nacional, bem como nas próprias fundamentações presentes nas decisões judiciais, e se mostra como uma herança do Estado Social que emergiu como uma resposta aos excessos cometidos pelo Estado Liberal. Tal princípio possui afinidade direta com o comunitarismo, ao buscar fundamentos na ideia de um bem comum que não pode ser preterido em razão de interesses privados. Além disso, ao sustentar uma hierarquia verticalizada entre os interesses público e o privado, termina por fazer-se herdeiro de postu-

<sup>1</sup> Pós-doutor pela Universidade da Califórnia em Berkeley (EUA); Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Juiz Civil do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais

<sup>2</sup> Mestre em Teoria do Direito Pela PUC Minas. Bacharela em Direito pela Universidade FUMEC. Professora de Filosofia do Direito (IBMEC-MG), Direito Constitucional e Argumentação Jurídica (Faculdade Estácio de Belo Horizonte).

lados da escola da jurisprudência de valores. Todavia, essa consagração teórica deve ser revisitada à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e da dialeticidade inerente à procedimentalidade democrática. É que os direitos individuais não podem ser relativizados em favor de uma coletividade a partir de razões públicas, assim como a autonomia pública da sociedade civil, que deve determinar, na democracia, o que é o interesse público, só pode realizar-se plenamente a partir da concretização e respeito aos direitos humanos fundamentais.

**Palavras-chave:** Supremacia do Interesse Público. Interesse Privado. Comunitarismo. Estado Democrático de Direito.

### ABSTRACT

The so-called principle of supremacy of public interest has become widespread in academic papers and in several decisions. It seems to be a legacy of the welfare State that emerged as a response to the excesses of the liberal State. We try to demonstrate how this principle has a straight connection with the communitarianist theory, which rests upon the idea of a common good that cannot be neglected by private interests. Moreover, sustaining a vertical hierarchy between public and private interests, it reinforces some of the ideas that came from the old school of jurisprudence of values. However, these theoretical grounds should be revisited in order to conform to the principles of the democratic rule of law which assures the procedural character of democracy. Therefore, individual rights should not be relativized in favor of the supposed public goods that sustain a community. And the public autonomy of civil society, which must determine what is the public interest in a democracy, can only be achieved with strong respect for the fundamental human rights.

**Keywords:** Supremacy of the Public Interest. Comunitarism. Private Interest. Democratic Rule of Law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A supremacia do interesse público; 2.1. O conceito de interesse público na doutrina clássica; 2.1.1. Revisitando a separação entre interesse estatal e vontade pública a partir da teoria discursiva da democracia; 2.2. A supremacia do interesse público vista como princípio vigente do ordenamento jurídico brasileiro. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Parte considerável da doutrina brasileira que se ocupa do Direito Público, Constitucional ou Administrativo comunga do entendimento de que a supremacia do interesse Público sobre o privado configura não apenas um paradigma norteador das ações da Administração Pública, mas um princípio vigente em nosso Ordenamento Jurídico que vincula os cidadãos, o Judiciário e até mesmo o Legislativo.

Para a mencionada corrente doutrinária, a supremacia do interesse público serve como fundamento jurídico para que os órgãos públicos legitimem suas ações em desfavor do particular, apoiados na razão de que tais perdas e restrições à esfera privada dar-se-iam em prol de um interesse coletivo considerado mais importante que necessita ser priorizado.

Esta noção, que se articula a partir de uma hierarquização entre as esferas pública e privada, em detrimento da última, sem dúvida recebe influência do paradigma do Estado Social (*Welfare State*)<sup>3</sup>, que permitiu ações ofensivas aos direitos e garantias fundamentais individuais em favor de um suposto interesse público de dimensões superlativas. Além disso, ao fazer remissão a um interesse coletivo, a doutrina favorável ao suposto princípio da supremacia do interesse público, liga-se também, ainda que por vezes de forma irrefletida, às concepções Comunitaristas de bases aristotélicas. Isso se dá, notadamente, em função da acepção de que uma eticidade homogênea deve ser protegida e elevada à condição de elemento determinante do *telos* social<sup>4</sup>, ainda que, para tanto, os direitos individuais tenham de ser ponderados. Isso a leva, a uma ligação com a Jurisprudência de Valores, que entende ser possível o estabelecimento de vetores axiológicos como componentes dos preceitos jurídicos, que se tornam, dessa forma, passíveis de graduação<sup>5</sup>.

Contudo, de acordo com os novos parâmetros de racionalidade exigidos no paradigma do Estado Democrático de Direito, e instituídos normativamente pela Constituição brasileira de 1988, faz-se

<sup>3</sup> CARVALHO FILHO, 2005, p. 19.

<sup>4</sup> CRUZ, 2004, p. 155-157.

<sup>5</sup> CRUZ, 2004, p. 158.



imperioso verificar se essas bases paradigmáticas (Comunitarismo aristotélico, Jurisprudência de Valores e *Welfare State*) da supremacia do interesse público, adéquam-se ou não a um modelo constitucional democrático, na medida em que operam a partir do pressuposto de homogeneidade social, ou de um bem comum compartilhado por todos.

Ao buscar uma resposta ao problema proposto, isto é, o da adequabilidade do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado tendo em conta o sistema jurídico democrático, é necessário identificar o real significado e possíveis sentidos do termo *interesse público* (no sentido de se identificar a condição semântica do termo, i.é, a qual objeto a expressão se refere, como também suas raízes teóricas), e se de fato ele se contrapõe ao interesse privado. A partir daí, passa-se a verificar se, em se tratando de campos diferentes, haveria de fato uma estrutura relacional entre as esferas pública e privada hierarquicamente estabelecida que deva implicar na sua sobreposição.

Além disso, neste empreendimento que visa identificar se o dito princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é um fundamento apto a fomentar a legitimidade das ações estatais (decisões judiciais e administrativas, atividade legisladora, e atividade executiva) em face ao paradigma do Estado Democrático de Direito, será revisitada a doutrina tradicional clássica publicista e os conceitos com que a mesma opera. A partir de uma nova visão (democrática) que vem se construindo do Direito, e que coloca como seu elemento constitutivo a *discursividade procedimentalista* – a qual pressupõe que as normas devem ser elaboradas e dimensionadas numa perspectiva intersubjetiva, considerando o interesse de todos os afetados (e assim respeitando o pluralismo característico das sociedades modernas ou pós-convencionais) – os próprios destinatários da norma assumem, concomitantemente, o papel de legisladores, por meio de procedimentos discursivos que geram não apenas normas de expectativa de comportamento, com também a expectativa de sua correção<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> HABERMAS, 2004.



## 2. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

### 2.1. O conceito de interesse público na doutrina clássica

O significado da expressão *Interesse Público*, encontra distintas definições na doutrina clássica. Di Pietro associa o termo à ideia de bem comum e de bem-estar coletivo, donde se depreende uma posição nitidamente comunitarista:

Com efeito, já em fins do século XIX começaram a surgir reações contra o individualismo jurídico, como decorrência das profundas transformações ocorridas nas ordens econômica, social e política, provocadas pelos próprios resultados funestos daquele individualismo exacerbado. O Estado teve de abandonar a sua posição passiva e começar a atuar no âmbito da atividade exclusivamente privada. O Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo. Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público. O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social.<sup>7</sup>

Melhor esclarecendo, a posição comunitarista presente no discurso de Di Pietro revela-se na afirmação de que ao Estado competiu deixar o papel de simples protetor de direitos individuais para assumir uma postura ativa e intervencionista, visando alcançar o bem comum (ponto a que voltaremos no tópico 2.2).

A questão que se coloca, pois, é do que trataria o chamando “bem comum” compreendido como objetivo a ser perseguido pelo Estado, estabelecendo modos de agir teleológicos.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “a *estrutura* do conceito de interesse público responde a uma categoria lógico-jurídica, que reclama tal identificação”<sup>8</sup>. Deste modo, só será reconhecido

<sup>7</sup> DI PIETRO, 2006, p. 83.

<sup>8</sup> MELLO, 2003, p. 59.

como dotado da qualidade de *interesse público* aquilo que o ordenamento normativo identificar como tal. Portanto, para Mello, o bem comum deve estar jurídico-positivamente previsto.

Contudo, resta aberto o candente problema: qual o critério adotar o legislador para identificar aquilo que, normativamente, deva adquirir a qualidade de interesse público?

Novamente, Mello<sup>9</sup> esclarece que se trata de um equívoco supor que o interesse público consubstancia-se naquilo que se identifica com o interesse do Estado, pois que o denominado interesse público é, na verdade, o plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade. Portanto, o interesse público corresponde à dimensão pública dos interesses individuais.

Com isto Mello<sup>10</sup> pretende esclarecer também que o Estado, ou melhor, a legalidade pela qual ele opera não constitui a “mera estruturação formal de um aparelho burocrático tendo em vista balizar, de fora, mediante lei, sua composição orgânica e seus esquemas de atuação. O que se pretendeu e se pretende, a toda evidência, foi e é, sobretudo, *estabelecer em prol de todos os membros do corpo social uma proteção e uma garantia.*” Portanto, assim, resta compreendido que o Estado não tem fim em si mesmo, que suas regras não são voltadas apenas para a sua manutenção. Deste modo, torna-se possível compreender que, de fato, a supremacia do interesse público não é sinônima da supremacia do interesse do Estado.

Todavia, para Mello, não se nega com isto que a entidade estatal tenha interesses próprios, a fim de garantir a própria manutenção ou até mesmo o lucro, quando se lança na iniciativa privada – Empresas Públicas<sup>11</sup> –, por exemplo. Afinal, enquanto pessoa jurídica que convive em concorrência com todos os demais sujeitos de direito, o Estado também possui interesses que lhe são típicos e que não se confundem com o chamado interesse público. A partir disto, Mello destaca uma distinção já difundida na doutrina publicista italiana: os interesses públicos, propriamente ditos, enquanto uma *faceta* dos interesses indi-

<sup>9</sup> MELLO, 2003, p. 56.

<sup>10</sup> MELLO, 2003, p. 55.

<sup>11</sup> CARVALHO FILHO, 2005, p. 380.



viduais que são estendidos até a dimensão coletiva, são denominados *interesses primários* do Estado; já os interesses do Estado, que não se confundem com o interesse público, mas que são interesses típicos de uma pessoa jurídica que convive no mundo com outras pessoas e instituições, são denominados *interesses secundários*:

É que, além de subjetivar estes interesses o Estado, tal como os demais particulares, é também ele uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito.<sup>12</sup>

Com isto, “põe-se a nu a circunstância de que *não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado* e demais pessoas de Direito Público”<sup>13</sup>. Contudo, Mello afirma que, na persecução de seus interesses (secundários) o Estado não pode agir de modo a se chocar com os interesses públicos. Nisso residiria uma limitação típica do agir estatal que o diferenciaria do agir das entidades não estatais:

[...] o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares) só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos, propriamente ditos, coincidam com a realização deles.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> MELLO, 2003, p. 57.

<sup>13</sup> MELLO, 2003, p. 56.

<sup>14</sup> MELLO, 2003, p. 57.



Diante desta compreensão do célebre administrativista, levanta-se a questão se, de fato, no paradigma democrático tal como instituído pela Carta de 1988, isto é, em que os cidadãos devem ser vistos como legisladores, seria admissível a separação entre vontade pública e interesse Estatal, quando este último deve sempre ser visto como expressão da vontade dos próprios governados. Ao buscarmos uma resposta a tal questão, é necessário compreender adequadamente o que seja a Democracia procedimentalista, aqui defendida.

### ***2.1.1. Revisitando a separação entre interesse estatal e vontade pública a partir da teoria discursiva da democracia***

A teoria procedimentalista da Democracia e do Direito estabelece que são válidas as normas jurídicas emanadas de um procedimento discursivo que as institucionaliza, e no qual encontra espaço o assentimento de todos os membros de uma ordem jurídica:

[...] parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente.<sup>15</sup>

Habermas<sup>16</sup> esclarece que o mencionado princípio da Democracia (De) é uma especificação do princípio do discurso (D), que estabelece um critério de validação para as normas de ação em geral. Essa especificação é necessária na medida em que as normas jurídicas são institucionalizadas por meio de um processo de positivação, ao passo que as normas de ação em geral não passam por este crivo. Contudo, a legitimação das normas jurídicas se faz com base no mesmo critério presente em (D) – a legitimação pela discursividade inclusiva.

<sup>15</sup> HABERMAS, 2003a, p. 145.

<sup>16</sup> HABERMAS, 2003a, p. 143.



(D) é assim apresentando por Habermas: “D: são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.”<sup>17</sup>

Portanto, o que determina a validade tanto das normas jurídicas como das normas de ação em geral, é o fato de que elas são produzidas por meio de um procedimento discursivo no qual todos os envolvidos (possíveis atingidos) participam por meio da apresentação de razões. A norma que não possua essa característica não detém o caráter de norma jurídica em face da democracia.

Ao compreender o Direito como um sistema cujo sentido e conteúdo repousam na própria vontade dos destinatários, i.é, ao tomar os cidadãos como autores e destinatários das leis, ao mesmo tempo em que tomamos o Estado como uma entidade criada e organizada em uma dimensão jurídico-normativa, seremos levados a ver que o próprio Estado, enquanto criação normativa, deve coincidir com a vontade dos cidadãos legisladores.

Desse modo, se admitirmos ser possível que o Estado possua interesses distintos daqueles pertinentes aos cidadãos, assume-se que, em algum momento, a vontade do cidadão deixou de ser determinante da identidade estatal. Isso implica num rompimento com o modelo democrático procedimental, já que a teoria procedimentalista não comporta uma normatividade (e o Estado é normatividade e só age dentro dela) cujo conteúdo não coincida com a vontade dos cidadãos, que são os titulares do interesse público.

Além disso, outro desenvolvimento teórico empreendido por Habermas é bastante importante para compreendermos o que é a Democracia procedimental, e como nela se articulam o Estado e a vontade pública. Trata-se da “complexa amarração” entre autonomia pública e privada, a partir da qual a superação de antigas dualidades pode ser efetivada. Quais sejam:

a) de que o Estado existiria em função da proteção reclamada pelos direitos individuais;

b) de que o interesse do Estado poderia não coincidir com o interesse público (e isso deve ser explicado levando em conta as

<sup>17</sup> HABERMAS, 2003a, p. 142.



considerações acima sobre a teoria procedimentalista do Direito e da Democracia);

c) e, finalmente, de que o interesse público poderia gozar de primazia em relação ao interesse individual.

Nesse sentido, primeiramente compete destacar que duas correntes têm dividido o entendimento da filosofia política no que concerne ao tema da relação entre comunidade política soberana e proteção aos direitos fundamentais. Uma delas, a Liberal, defende que os direitos humanos fundamentais delimitam, de antemão, a formação política da vontade, ou seja, o espaço de liberdade da legislação. Nesse sentido, o Estado, enquanto expressão de uma ordem democrática e sua lei só pode atuar e se estabelecer respeitando os limites já anteriormente traçados pelos direitos fundamentais.

A outra corrente, chamada de Republicana, entende que os direitos de participação política dos cidadãos vêm postos antes mesmo do estabelecimento dos direitos individuais, que são frutos da própria vontade *ilimitada* dos cidadãos reunidos. Assim, o poder Estatal não poderia se voltar contra os direitos humanos, vez que eles são o reflexo do *ethos* da forma de vida política comum:

A compreensão moderna de democracia distingue-se da clássica por se relacionar com um tipo de direito dotado de três características principais, a saber: o direito moderno é positivo, congente e estruturado individualisticamente. Ele resulta de normas produzidas por um legislador e sancionadas pelo Estado, tendo como alvo a garantia de liberdades subjetivas. De acordo com uma interpretação liberal, a autodeterminação democrática dos cidadãos somente se realiza através do *médium* desse direito, que assegura estruturalmente as liberdades, porém de tal sorte que a idéia de uma ‘dominação das leis’ (*rule of law*), que se concretiza historicamente na idéia dos direitos humanos e da soberania popular, passa a ser vista como uma segunda fonte de legitimação. Isso levanta a questão sobre a relação entre princípio democrático e o Estado de Direito. Na visão clássica, as leis da república são a expressão da vontade *limitada* dos cidadãos reunidos. Não importa o modo como o *ethos* da forma de vida política comum se espelha nas leis: esse *ethos* não constitui uma limitação, na medida em que obtém validade através do processo de formação da vontade dos cidadãos, ao passo que o princípio do exercício do poder no Estado de direito parece colocar limites à autode-

terminação soberana do povo, pois o ‘poder das leis’ exige que a formação democrática da vontade não se coloque contra os direitos humanos positivados na forma de direitos de direitos fundamentais. Ora, na história da filosofia política, as duas fontes de legitimação do Estado democrático de direito surgem, concorrendo uma contra a outra. O liberalismo e o republicanismo discutem, entre si, para saber qual das seguintes liberdades deve ter prioridade: a ‘liberdade dos modernos’ ou a ‘liberdade dos antigos’? O que deve vir antes: os direitos subjetivos de liberdade dos cidadãos da sociedade econômica moderna ou os direitos de participação política dos cidadãos democráticos?<sup>18</sup>

Para Habermas<sup>19</sup>, Kant e Rousseau são nomes que expressam as raízes destas duas concepções. Mas, para o filósofo alemão, nem uma delas oferece uma teoria democraticamente adequada sobre a relação entre autonomia pública e privada dos cidadãos. Enquanto a perspectiva liberal subordinaria o direito à moral (que legitima, de fora, os direitos fundamentais), o republicanismo estabeleceu que a racionalidade da vontade do povo reside no processo democrático que elabora leis gerais e abstratas que podem, inclusive, expressar-se como normas arbitrárias ou até mesmo violadoras das normas fundamentais:

[...] ou as leis, inclusive a lei fundamental, são legítimas quando coincidem com os direitos humanos, independentemente da origem e do fundamento de sua legitimidade, e, neste caso, o legislador democrático poderia decidir soberanamente, sem se preocupar com os prejuízos que daí adviriam para o princípio da soberania do povo; ou as leis, inclusive a Lei Fundamental, são legítimas quando surgem da formação democrática da vontade. E, neste caso, o legislador democrático poderia criar uma constituição arbitrária, que iria ferir a própria Lei Fundamental, o que constituiria um prejuízo para a idéia do Estado de direito.<sup>20</sup>

Assim, com o Liberalismo retiraríamos a legitimidade das mãos dos cidadãos legisladores e colocaríamos a validade dos direitos humanos num plano transcendental, cabendo ao Estado apenas positivar e cumprir algo que já se estabelece e imperativamente se convalida de fora. Já com o republicanismo acabaríamos admitindo que os direitos

<sup>18</sup> HABERMAS, 2003b, p. 154.

<sup>19</sup> HABERMAS, 2003b, p. 155-156.

<sup>20</sup> HABERMAS, 2003b, p. 154.



individuais são apenas expressão de um *ethos*, fruto da vontade de um povo, estabelecendo as bases de legitimidade da democracia num certo relativismo cultural.

Para Habermas, a adequada relação entre autonomia pública e autonomia privada só pode ser compreendida, na perspectiva democrática, se ambas as esferas forem tomadas como co-originárias. Essa *co-originariedade* se explica tanto pela interdependência (complementariedade) entre os dois conceitos (autonomia pública e privada), i.é, a realização de um depende da realização do outro, como também pelo fato de que um sequer é possível sem o outro:

Por isso, consideramos os dois princípios como sendo, de certa forma, co-originários, ou seja, um não é possível sem o outro. Além disso, a intuição da ‘co-originariedade’ também pode ser expressa de outra maneira, a saber, como uma relação complementar entre autonomia privada e pública. Ambos os conceitos são interdependentes, uma vez que se encontram numa relação de implicação material. Para fazerem um uso *adequado* de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. Porém, os ‘cidadãos da sociedade’ (*Gesellschaftsbürger*) só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos do Estado (*Staatsbürger*), fizerem uso adequado de sua autonomia política – uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles o ‘mesmo valor’.<sup>21</sup>

A partir dessa compreensão, desfaz-se um equívoco muito difundido entre os liberais: o de que ao Estado é dado apenas realizar e respeitar os direitos humanos, que transcendem a própria existência estatal. Ou seja, os direitos fundamentais não são estabelecidos no Estado, junto ao Estado e pelo Estado (de forma co-originária). Eles dizem respeito às normas para além do direito coercitivo, e o legislador nada tem de fazer além da positivação dos mesmos, que independem do ordenamento jurídico.

De fato, se os direitos fundamentais constituem uma limitação para a atuação da autonomia pública dos cidadãos políticos (por exemplo, os cidadãos não podem, legitimamente e racionalmente,

<sup>21</sup> HABERMAS, 2003b, p. 155.





decretar um regime de escravidão), ao mesmo tempo eles (os direitos humanos) só existem enquanto direitos legítimos porque podem se encontrar com a vontade de seus destinatários, que os promovem por meio de um procedimento democrático.

Com isso, a suposição de que “são os direitos fundamentais, de certa maneira fundados na noção de dignidade da pessoa humana, que justificam a existência do Estado e suas diversas formas de atuação”<sup>22</sup>, como se não houvesse uma reciprocidade necessária nessa relação, sendo somente o Estado justificado pelos direitos humanos, se desmancha. Ao assumirmos a co-originariade, como implicação material mútua, na qualidade de condição necessária para a existência tanto da autonomia pública como da autonomia privada, não mais se sustenta que *somente* os direitos humanos sejam justificadores e legitimadores do Estado. A própria legitimidade dos direitos humanos depende da autonomia pública, que tem no Estado uma de suas expressões.

Assim, entendido o Estado como uma das expressões da autonomia pública, que consiste em direitos políticos que têm os cidadãos de participar do processo democrático, determinando as regras válidas para o seguimento social (numa perspectiva procedimentalista de democracia), então, de maneira alguma, o Estado pode ter interesses que não coincidam com o interesse público. Afinal, o Estado, na democracia, deve ser espelho da vontade presente nos cidadãos publicamente autônomos. Não pode haver uma vontade Estatal concebida para além dos seus cidadãos, sob pena de se alvejar a democracia procedimentalista. Não pode haver nenhum interesse público que não seja construído discursivamente pelos legisladores/destinatários das normas de ação.

Além disso, ao entendermos o interesse público como o reflexo da própria vontade dos cidadãos, que usufruem de sua autonomia pública, lembramo-nos uma vez mais, que a autonomia pública reclama simetria em relação à autonomia privada para poder existir. Assim, se admitirmos que a autonomia pública, sobre a qual reside o interesse público, goza de primazia em relação ao interesse privado (que

<sup>22</sup> SCHIER, 2003.





reside na autonomia privada), tanto permitiremos ofensas aos direitos individuais como incorreremos no risco do *esfacelamento* da própria autonomia pública dos cidadãos, já que ela somente é possível se “os cidadãos forem suficientemente independentes na configuração de sua vida privada”.<sup>23</sup>

A relação dialética entre autonomia pública e privada só se torna clara por meio da possibilidade de institucionalização do *status* de um cidadão como esse, democrático e dotado de competências para o estabelecimento do Direito, e isso, somente com o auxílio do direito coercitivo. No entanto, porque esse direito se direciona a pessoas que, sem direitos civis subjetivos, não podem assumir de forma alguma o *status* de pessoas juridicamente aptas, as autônominas privada e pública dos cidadãos pressupõem-se *reciprocamente*. Como já mencionamos, os dois elementos já estão entrelaçados no conceito do direito positivo e coercivo: não haverá direito algum, se não houver liberdades subjetivas de ação que possam ser juridicamente demandadas e que garantam a autonomia privada de pessoas em particular juridicamente aptas; e tão pouco haverá direito legítimo, se não houver o estabelecimento comum e democrático do Direito por parte de cidadãos legitimados para participar desse processo como cidadãos livres e iguais. Quando esclarecemos de tal maneira o projeto do Direito, é fácil notar que a substância normativa dos direitos à liberdade já está contida no instrumento que é ao mesmo tempo necessário à institucionalização jurídica do uso público da razão por parte de cidadãos soberanos.<sup>24</sup>

Depois de tudo o que foi exposto, ainda resta uma consideração importante feita por Mello<sup>25</sup>. Trata-se do fato de que o interesse público não deve ser confundido com os interesses individuais. Isso nos alerta para o fato de que, na democracia plural, o pluralismo de modelos de vida conduz a diferentes concepções do que é o bem e do que é a felicidade. O interesse público é uma *faceta* dos interesses dos indivíduos, enquanto cidadãos dotados de autonomia pública e que participam do processo democrático procedimental por meio do qual se determina o que deve ser perseguido e executado pelo Estado. Contudo, isso não deve apagar o fato de que os cidadãos também existem

<sup>23</sup> HABERMAS, 2003b, p. 155.

<sup>24</sup> HABERMAS, 2007, p. 91.

<sup>25</sup> MELLO, 2003, p. 52.





como indivíduos, que buscam a realização de desejos e preferências tipicamente seus. O que leva a necessidade de repensar a existência de um “bem comum”, produto de uma eticidade, a ser perseguido por todos, como um *telos* norteador das ações estatais.

A partir disso não se quer demonstrar que não existem interesses publicamente partilhados, pois isso não seria possível. Mas apenas que tais interesses são construídos pela autonomia pública dos cidadãos, que podem participar discursivamente do processo democrático. Destarte, não há um bem comum dado pela eticidade convencional, ao qual o Estado pode recorrer sem se preocupar com a vontade dos governados e com os direitos dos indivíduos.

## **2.2. A Supremacia do Interesse Público vista como princípio vigente do Ordenamento Jurídico brasileiro**

Di Pietro narra a passagem histórica onde o interesse público passou a gozar, na mentalidade político-jurídica, de primazia em relação ao interesse privado. Tal feito teria surgido na fundação de um modelo de Estado Social paternalista e intervencionista, que surge como oposição ao modelo de Estado Liberal anteriormente vigente e caracterizado por uma intervenção mínima nas liberdades e vontades privadas. Enquanto o Estado liberal preocupou-se em dirigir sua proteção para uma esfera restrita, associada aos direitos privados como a propriedade e a vida, deixando que as relações de mercado determinassem suas próprias regras, guiando-se pela máxima “*laissez-faire, laissez-passer*”, o Estado Social assumiu a verdadeira figura paternalista do provedor convencional e, assim, dirigiu toda a sua potencialidade para regular a vida dos cidadãos e de suas atividades, indo muito além da simples garantia de direitos individuais mínimos. Pautado na ideia de materialização de direitos em oposição a um excessivo abstracionismo na mentalidade jurídica do liberalismo político/econômico, o Estado Social adotou o paradigma comunista como fundamento de suas ações e posições:

Com efeito, já em fins do século XIX começaram a surgir reações contra o individualismo jurídico, como decorrência das profundas transformações ocorridas nas ordens econômica, social e política, provocadas pelos próprios resultados funestos daquele





individualismo exacerbado. O Estado teve de abandonar a sua posição passiva e começar a atuar no âmbito da atividade exclusivamente privada.

O Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo.

Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público. O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social.<sup>26</sup>

Adotar a matriz comunitarista como paradigma é justamente o que conduz a compreensão de que a coletividade e a ideia de bem comum são mais importantes do que os projetos de vida particulares dos indivíduos, considerados isoladamente, tanto porque a própria identidade individual depende da eticidade social para se firmar, como também porque a maneira de promover o bem-estar social implica, para essa visão, promover o bem-estar do maior número de indivíduos possível – uma óptica nitidamente utilitarista.

Além disso, o comunitarismo reclama uma homogeneidade ética da sociedade, que deve se dedicar, de uma maneira geral, à persecução do bem comum:

No contexto de uma delimitação teórica encontra-se a obra de Etzioni (1996), que procurou construir o movimento comunitarista como uma teoria autônoma. Em sua busca por uma ‘Plataforma Comunitarista’, Etzioni examinou as bases de uma sociedade comunitária, ao estabelecer os elementos de uma sociologia da virtude. Para este autor, a procura social de um senso de origem, determinada pelas raízes culturais e valores homogêneos de uma comunidade, era essencial contra o mal da atualidade: a ‘solidão das massas’. [...] Dessa forma o comunitarismo rejeita a visão liberal de um pluralismo universalista, calcado em visões

<sup>26</sup> DI PIETRO, 2006, p. 83.





particulares sobre ‘vida digna’ e adota uma concepção cultural de uma coletividade em particular.<sup>27</sup>

Melhor esclarecendo, para compreender adequadamente a perspectiva comunitarista, é preciso antes dimensionar o sentido do vocábulo “ética”, segundo esta matriz de pensamento. E isso pode ser efetuado se recorrermos a uma distinção com a qual trabalha Habermas, entre Moral, Ética e Pragmática:

*A moral*, como tal, é talhada para o tratamento objetivo e imparcial de problemas práticos compartilhados sob o aspecto do que é igualmente correto para todos; a *ética* só se ocupa de processos individuais ou coletivos de busca de identidade e constituição do sentido da vida; a *pragmática*, em contrapartida, cobre os aspectos da persecução racional-final de propósitos e interesses racionais, p. ex., totalmente calculados.<sup>28</sup>

Desse modo, o termo “ética” deve ser relacionado à tradição aristotélica e ao problema do *que é bom para nós*. Portanto, ele está ligado às formas concretas de vida (modelos virtuosos destinados à imitação)<sup>29</sup> que dizem o que deve ser buscado (teleologia). Com isto, tal matriz teórica afeta um dos elementos mais marcantes da era moderna – o pluralismo de identidades; uma vez que ela pressupõe o compartilhamento de padrões comuns de felicidade e do que é bom, como condição de promoção do bem-estar coletivo.

Uma norma que se pretenda democrática não pode repousar a sua legitimidade em padrões destinados à imitação ou que nos dizem o que é bom para nós e para o indivíduo, pois deste modo ela deixaria de ser inclusiva para ser excludente. Portanto, a implementação do princípio democrático no mundo moderno deve fazer prejudicada a ideia de um bem comum que funcione como orientador do *telos* estatal.

<sup>27</sup> CRUZ, 2004, p. 153-154.

<sup>28</sup> NIQUET, 2003, p. 59.

<sup>29</sup> Neste sentido, um bom exemplo de modelo virtuoso baseado em ações historicamente efetivadas que se destinavam a observância de todos pode ser encontrado nos denominados *Specula principum* (espelhos dos príncipes) da época carolíngia. Tratava-se de um verdadeiro estilo literário destinado a enunciar as virtudes cristãs que o príncipe deveria possuir, bem como os vícios que deveria evitar para que, sendo ele um espelho para seus súditos, pudesse refletir a sua própria pureza em todo o seu povo (RIBEIRO, 2004, p. 146).



Os indivíduos assumiram a responsabilidade por suas próprias vidas, não podendo jamais ser excluídas suas visões de mundo e diferentes perspectivas.

Acerca deste processo de desengate entre a consciência individual e a tradição convencional não problematizada, no processo de validação das normas de expectativa de ação, Moura e Ribeiro<sup>30</sup> fazem o seguinte esclarecimento, fortes naquilo que Habermas define como racionalização do mundo da vida:

Para melhor esclarecer, o conceito de Mundo da Vida, utilizado por Habermas, funciona como um pano de fundo, recipiente de convicções não tematizadas e repassadas pela tradição, a partir do qual é possibilitado o entendimento sobre algo no mundo (OLIVEIRA, 2001, p. 334) [...]. De tal maneira, o que Habermas denomina de racionalização do Mundo da Vida, consiste numa das implicações possíveis decorrente do fato de que, ele, o mundo vivido, enquanto *a priori* historicamente gestado, está sujeito a falhas que provocam alterações no processo de interação social (OLIVEIRA, 2001, p. 337). Neste caso, a falha ocorre com a problematização de um saber que, anteriormente, era pré-reflexivo, mas que se desfaz ou se reconfigura com a sua tematização (racionalização do saber não tematizado) [...]. Por outro lado, a ocorrência da racionalização do Mundo da Vida que, como dito, ocorre com a falha na reprodução cultural que conduz à perda de sentido e assim provoca crises de legitimação social e de orientação pessoal (OLIVEIRA, 2001, p. 337), conduz à vantagem de que, tanto mais se diferenciam os componentes estruturais do Mundo da Vida (sociedade (ordens legítimas), cultura e estruturas da personalidade (HABERMAS, 1990, p. 96)), ou os processos que contribuem para a sua conservação, também cada vez mais ‘conexões interativas se realizam sob condições de um entendimento racionalmente motivado, isto é, de um consenso, que, em última instância, se apóia na autoridade do melhor argumento.’ (OLIVEIRA, 2001, p. 337). E disto se pode concluir que a renovação das tradições passa a depender do espírito crítico e renovador dos indivíduos, que rompem com a eticidade totalizadora irrefletida, pois suas ‘estruturas cognitivas adquiridas nos processos de socialização se independizam dos conteúdos do saber cultural, com as quais elas estavam integradas no ‘pensamento concreto’ (OLIVEIRA, 2001, p. 338). Portanto, a racionalização do Mundo Vivido modifica a forma de legitimação dos proferimentos

<sup>30</sup> MOURA; RIBEIRO, 2007, p. 5768-5770.



(inclusive os normativos) que não podem mais manter inabaláveis suas ligações com o senso comum não problematizado, pois que com o desligamento entre legitimidade e tradição, o que passa a conferir validade aos enunciados é a sua formação discursivo-racional que os configuram como pretensões de validade criticáveis. O recebimento da tradição é agora atualizado mediante o uso da reflexão crítica: o sujeito passa a decidir, conscientemente, sobre quais os conteúdos pretende dar continuidade e com os quais deseja romper (HABERMAS, 1998, p. 162) [...].

Aí reside justamente o problema do comunitarismo, ao querer recobrar a validade de uma eticidade a ser compartilhada por todos, capaz de nos determinar o que é o bem comum. Tal vertente teórica trabalha a partir do pressuposto de que o pluralismo moderno não produz nada além de crises de legitimação por meio da perda de sentidos e de orientação pessoal. E para resgatar a promoção do bem-estar coletivo o primeiro passo seria tornar possível a identificação do que seja este bem comum. Assim, passa ele a ser identificado como aquele bem que corresponde, supostamente, ao interesse ou ao desejo da coletividade (embora com o risco de que seja o Estado que venha a falar no lugar desta coletividade, que pode deixar de participar dos processos decisórios/executivos).

Portanto, para o comunitarismo, o bem comum, como aquele que expressa o que é bom para a coletividade, possui maior importância do que os projetos de vida individuais.

Ao ser transformado em paradigma político-jurídico-social, o comunitarismo promove a supremacia do interesse público (que se liga diretamente a ideia de bem comum) à condição de princípio jurídico vigente em nosso ordenamento. A partir daí, nossos julgadores devem aplicar a lei orientados por esta visão paradigmática. Assim, em casos de suposta colisão entre o interesse individual e o interesse público, com vistas a defender o bem comum, a balança deveria sempre pender para o último.

Este entendimento fere, conforme aqui demonstrado, a complexa relação entre autonomia pública e privada, pois desestabiliza a condição de simetria exigida por ambas. Por isso mesmo, a adoção de um princípio que atribui maior peso a qualquer desses vetores (autonomia pública e autonomia privada) acaba por colocar inevitavelmente em risco tanto os direitos políticos como os direitos individuais.





### 3. CONCLUSÃO

São muitos os julgados e entendimentos doutrinários que nos revelam que os juristas brasileiros ainda reputam haver um princípio implícito em nosso ordenamento jurídico que nos indica que o interesse público goza de supremacia em relação ao interesse privado. Tal posicionamento reflete a doutrina clássica publicista que, como abordado neste trabalho, é majoritária na sustentação do entendimento segundo o qual os interesses e vontades dos indivíduos devem ser tomados como de menor relevância em relação aos chamados “interesses públicos”.

Para esclarecer que o mencionado princípio da supremacia do interesse público não se revela em oposição aos interesses individuais, a doutrina nacional tem desenvolvido sua estruturação teórica no sentido de demonstrar que o interesse público constitui uma dimensão específica do interesse privado, de modo que tais conceitos não podem ser tomados como noções antagônicas. A partir disto, tem sido dito que o interesse público é uma *faceta* dos interesses individuais, e que, embora não se confunda com os anseios privados de um indivíduo específico, coincide com os interesses e necessidades deste mesmo indivíduo na sua qualidade de cidadão de uma sociedade politicamente estruturada.

Esta concepção de que o interesse público corresponde aos interesses dos indivíduos enquanto cidadãos de uma sociedade política leva à outra constatação: os interesses públicos são aqueles que pertencem aos indivíduos em geral, em sua qualidade de cidadãos políticos, e não a um indivíduo isoladamente considerado. Portanto, até mesmo por uma questão matemática, os interesses públicos devem ser promovidos, inclusive quando, para tanto, os interesses individuais tiverem de passar por alguma restrição. É que o bem-estar coletivo possuiria extensão e relevância maiores do que os interesses privados.

Todavia, como procuramos demonstrar neste trabalho, tal posição merece ser revisitada à luz dos princípios constitucionais conformadores do Estado Democrático de Direito. Assim é que chegamos ao desenvolvimento das seguintes reflexões:

a) Num Estado Democrático de Direito, quem teria a legitimidade para apontar o que é de interesse público, quando se percebe que a





própria doutrina tradicional chega a afirmar que o interesse público não se confunde com o interesse do Estado?

Numa perspectiva procedimental do Direito e da democracia, não pode haver interesse estatal que não corresponda aos interesses de seus cidadãos, uma vez que estes devem assumir a titularidade do poder. Isso implica que nenhum conteúdo pode ser tomado como de interesse público, se os titulares destes mesmos interesses não participarem, pela via procedimental, das deliberações do Estado.

b) Além disso, é preciso corrigir o equívoco da suposição de que o interesse público está relacionado com um bem comum que deve ser promovido mesmo ao custo do bem individual. É que, conforme demonstrado, a pluralidade de identidades e de padrões de modelo de vida e de felicidade não é uma mera opção dos indivíduos modernos, mas o resultado de um processo histórico que permitiu ao ser humano tornar-se autônomo, isto é, responsável por si mesmo e por seus projetos. A ideia do que é o bem ou do que é bom fica restrita à esfera da consciência individual, que não mais se vê obrigada a compartilhar irrefletidamente de modelos imperativamente assumidos da tradição.

Retomar a concepção de um bem comum à qual todos os indivíduos deveriam se vincular e perseguir não é medida que possa ser feita sem o emprego de arbítrio ou violência.

A separação entre ética (o que é bom), moral (o que é devido), Estado e Direito, enquanto fenômeno desencadeado pelas revoluções política e científica modernas conduziu a denominada racionalização do mundo da vida.

Tal processo se caracteriza pelo fato de que a legitimação de modelos e a orientação de sentidos passam a depender da consciência crítica dos sujeitos, que agora podem refletir mais profundamente sobre os legados das gerações pretéritas, optando por sua continuidade ou ruptura.

c) Por fim, resta outra consideração importante. A suposição de que o interesse público goza de primazia em relação ao interesse privado constitui uma premissa que ameaça a própria estrutura democrática do Estado de Direito. Essa afirmação resta bem entendida quando retomamos a explicação desenvolvida por Habermas sobre a complexa “amarração” existente entre as autonomias pública e privada.



De fato, Habermas esclarece que não pode haver Estado Democrático de Direito se não for mantida a simetria reclamada pelas duas dimensões (esfera pública e esfera privada), uma vez que uma não é possível sem a outra. Os cidadãos precisam ser suficientemente livres na condução de suas vidas privadas para poderem gozar amplamente de suas autonomias públicas. Da mesma forma, a autonomia pública é condição constitutiva da autonomia privada, vez que esta não possui sua gênese em um elemento transcendente em relação ao Estado de Direito. Vale dizer, a autonomia privada, manifesta também pelos direitos individuais, não retira a sua legitimidade de fora do Estado.

Assim, a ponderação entre tais interesses traria um intrínseco prejuízo à simetria necessária às co-originárias autonomias pública e privada, podendo vir acarretar a desestruturação de ambas e do próprio Estado Democrático, que não é passível de efetivação sem a conjugação destas dimensões que lhe são intrínsecas.

Portanto, a conclusão a que chegamos neste estudo é a de que o suposto princípio da supremacia do Interesse Público sobre o Privado não se coaduna com o paradigma do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição brasileira de 1988. Ao contrário, ele ainda é vestígio de um Estado Social que não introjetou devidamente o princípio democrático, ou mesmo reminiscência de períodos remotos, nos quais os indivíduos ainda deviam seguir incondicionalmente orientados por preceitos autoritativos advindos de uma tradição.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 455283 / RR. Reclamante: Estado de Roraima. Reclamado: Lizane Ferreira Matos. Relator: Eros Grau. Brasília, acórdão de 5 de maio de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 5 maio 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003<sup>a</sup>. v. 1.

\_\_\_\_\_. O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: \_\_\_\_\_. *Era das Transições*. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b, p. 153-173.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0035.03.022228-1/001. Apelante/ Apelado: Joaquim Araújo de Souza. Apelado/ Apelante: SAE Supcia Água Esgoto Mun Araguari. Relator: Gouvêa Rios. Belo Horizonte, acórdão de 2 de ago. 2005. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 19 ago. 2005. Caderno Judiciário.

MOURA, G. S.; RIBEIRO, F. J. A. A Tradição Convencional na Tópica de Viehweg: uma visitação a partir das idéias de Racionalização do Mundo Vivido e de Cognitivismo Moral. In: XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 5761-5780.

NIQUET, Marcel. *Teoria Realista da Moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.



RIBEIRO, Fernando Armando. *Conflitos no Estado Constitucional Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 138, 21 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4531>>. Acesso em: 6 set. 2008.

*Recebido em 07/12/2018*

*Aprovado em 28/01/2019*





# 2

## DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

(OF THE RIGHT TO FORGET)

**José Arthur de Carvalho Pereira Filho<sup>1</sup>**

### RESUMO

Pretende-se apresentar um estudo, ainda que breve, sobre o direito ao esquecimento na jurisprudência tanto no Brasil quanto em Portugal, buscando caracterizar esse direito, bem assim sua natureza jurídica. A importância do assunto avulta-se especialmente no momento em que vivemos, no qual a sociedade reclama a efetividade dos direitos para a proteção da dignidade da pessoa humana, e de outro, clama pela mais ampla liberdade de expressão, havendo nestes casos, sempre a necessidade de uma ponderação para a solução deste conflito de direitos, em cada caso concreto. Far-se-á um cotejo das garantias constitucionais e, mais adiante, do próprio “direito de ser deixado em paz”, bem assim, e como dito acima, o conflito entre esse direito e aquele de informar. Examinar-se-á alguns julgados oriundos do Superior Tribunal de Justiça (Brasil), além de casos vivenciados na Alemanha, França e Estados Unidos da América. Espera-se contribuir para a discussão acerca do direito ao esquecimento e suas nuances e, de outra ponta, também para reflexão crítica sobre a necessidade de promover uma melhor efetivação desse direito.

<sup>1</sup> Desembargador do TJMG. Mestrando em Direito, pela Universidade Autónoma de Lisboa – Portugal. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Minas Gerais.





**Palavras-chave:** Direito ao esquecimento. Efetividade dos direitos. Proteção da dignidade da pessoa humana. Garantias constitucionais.

### ABSTRACT

It intends to present a study, although brief, on the right to oblivion in jurisprudence in both Brazil and Portugal, seeking to characterize this right, as well as its legal nature. The importance of the subject is especially pronounced at the moment in which we live, in which society demands the effectiveness of the rights for the protection of the dignity of the human person, and on the other, calls for the widest freedom of expression, in these cases, always need to be weighed against this conflict of rights in each specific case. A comparison of the constitutional guarantees and, later, of the “right to be left alone” will be made, as well as, as stated above, the conflict between this right and that of informing. It will be examined some judgments from the Superior Court of Justice (Brazil), in addition to cases experienced in Germany, France and the United States of America. It is hoped to contribute to the discussion about the right to oblivion and its nuances and, on the other hand, also for critical reflection on the need to promote a better realization of this right.

**Keywords:** Right to forgetfulness. Effectiveness of rights. Protection of the dignity of the human person. Constitutional guarantees.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2 Direitos Fundamentais do Ser Humano. 2.1 Direitos de personalidade. 2.1.1 Do direito à proteção da dignidade da pessoa humana. 2.1.2 Do direito à intimidade. 2.2 Do direito à proteção da imagem. 2.3 Liberdade de expressão e direito à informação. 2.4 Do conflito entre direitos. 3. Direito ao esquecimento propriamente dito. 4. O direito ao esquecimento na internet. 5. Direito ao esquecimento nos Tribunais. 5.1 No Brasil. 5.1.1 Chacina da Candelária. 5.1.2 Caso da Aida Curi. 5.1.3 Direito ao esquecimento não tem caráter absoluto. 5.2 Na Europa e nos Estados Unidos da América. 5.2.1 Tribunal de Apelação da Califórnia, nos Estados Unidos da América: caso Melvin vs. Reid. 5.2.3 Tribunal de Paris: caso Marlene Dietrich. 5.2.4 Tribunal de Justiça europeu: direito ao esquecimento na internet. 6. Considerações finais. 7. Referências.





## 1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho, pretende-se apresentar um estudo, ainda que breve, sobre o direito ao esquecimento na jurisprudência tanto no Brasil quanto em Portugal, buscando caracterizar esse direito, bem assim sua natureza jurídica.

Serão examinadas, ainda, as hipóteses de utilização desse instituto no contexto dos direitos fundamentais do ser humano e analisar-se-ão as abordagens doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

A importância do assunto avulta-se especialmente no momento em que vivemos, no qual a sociedade reclama a efetividade dos direitos para a proteção da dignidade da pessoa humana, e de outro, clama pela mais ampla liberdade de expressão, havendo nestes casos, sempre a necessidade de uma ponderação para a solução deste conflito de direitos, em cada caso concreto.

Para o desenvolvimento do trabalho, o método utilizado será o dedutivo, com base na pesquisa doutrinária, no exame dos textos constitucionais e legais e precedentes jurisprudenciais.

Por fim, este trabalho será estruturado partindo-se, inicialmente, de uma caracterização dos direitos fundamentais do ser humano, onde estão inseridos os direitos da personalidade, da intimidade, da informação, da liberdade de expressão, da imagem e da dignidade humana.

A seguir, far-se-á um cotejo das garantias constitucionais e, mais adiante, do próprio “direito de ser deixado em paz”, bem assim, e como dito acima, o conflito entre esse direito e aquele de informar.

Em prosseguimento, examinaremos alguns julgados oriundos do Superior Tribunal de Justiça (Brasil), além de casos vivenciados na Alemanha, França e Estados Unidos da América.

Nas considerações finais, procurar-se-á sintetizar o estado atual do tema e o nosso entendimento.

Com a elaboração do trabalho, espera-se contribuir para a discussão acerca do direito ao esquecimento e suas nuances e, de outra ponta, também para reflexão crítica sobre a necessidade de promover uma melhor efetivação desse direito.

Feita a presente introdução, partiremos para a análise desse palpitante tema e que ora é posto em debate.





## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO SER HUMANO

### 2.1. Direitos de Personalidade

Os direitos de personalidade visam proteger o que é próprio da pessoa, como a vida, a integridade física, a intimidade, a privacidade, a liberdade, dentre outros. Portanto, decorrem da personalidade humana, ou ainda, da condição de ser humano.

Para Roxana Borges:

Com os direitos da personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como, por exemplo, o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, entre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana considerada em si mesma. Os bens jurídicos mais fundamentais, primeiros, estão contidos nos direitos da personalidade.<sup>2</sup>

No Brasil, o chamado “estatuto dos direitos da personalidade” encontra-se estampado no Código Civil/2002, precisamente nos artigos 11 a 21, onde foram inseridos dispositivos de direito material e processual. Alexandre Freitas Câmara<sup>3</sup> justifica essa reunião de dispositivos para melhor definir e compreender-se o direito da personalidade e, nesse sentido, afirma:

Por essa razão, os arts. 12, 20 e 21 do Código Civil, que tratam da tutela jurisdicional inibitória relativa aos direitos da personalidade, bem assim da tutela jurisdicional de remoção do ilícito referente aos mesmos direitos, fica nesse diploma muito bem localizada, e formam, com as disposições contidas no art. 461 do CPC (atual 497), um sistema completo, já que este último dispositivo serve como regra geral para esses dois tipos de tutela jurisdicional.

Pois bem.

Dentro do conceito geral do direito da personalidade, encontram-se incrustados o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem,

<sup>2</sup> BORGES, 2006, p. 560.

<sup>3</sup> CÂMARA, 2007, p. 128.





os quais, em conjunto, fundamentam a base da tutela do “direito ao esquecimento”.

Sobre os direitos da personalidade, podemos dizer que os mesmos constituem uma “categoria especial de direitos”<sup>4</sup>, que se distinguem daqueles obrigacionais ou reais, exatamente na dimensão de que se voltam para as pessoas, em sua mais profunda essência. Não se tratam, contudo, de direitos “sobre a pessoa”, mas sim, direitos que se irradiam do fato jurídico da personalidade, representando uma categoria especial de direitos, como dito, necessários que são à realização da personalidade e sua completa inserção nas relações jurídicas.

Em outras palavras, são direitos que se prestam a garantir a pessoa sobre uma parte dela que é essencial (a personalidade), visto terem por objeto o modo de ser físico e/ou moral de determinado sujeitos.

Em Portugal, já no Código Civil de Seabra e sob a inspiração do jusnaturalismo, delineararam-se os primeiros instrumentos da tutela dos direitos de personalidade, chegando-se a prever uma categoria a que se chamou de “direitos originários”<sup>5</sup>, posto que derivados da própria natureza humana, tais como o direito de existência (artigo 360º), nos quais se encontram inseridos a integridade pessoal, a reputação, o bom nome, bem assim os direitos à defesa e liberdade.

No campo da história, pode-se dizer que, em Portugal, o direito de personalidade alcançou enorme aceitação, exatamente na medida em que foi estudado e, assim irradiado, pelos Ilustres Professores Capelo de Sousa, Diogo Leite Campos e Orlando de Carvalho, dentre outros.

Não se pode negar, entretanto, que críticas foram lançadas sobre a existência desse direito, especialmente aquelas capitaneadas no âmbito da Universidade de Coimbra pelo Professor Oliveira Ascensão, quando, problematizando a questão, chegou a afirmar que o direito à personalidade nascia dentro de uma “lógica impossível”, visto que o homem aparecia como objeto de si mesmo, o que de todo não seria aceitável dentro da esfera jurídica.

Criticava-se, ainda, a extensão desmesurada que se emprestava àquele direito, o que prejudicava a segurança jurídica, a previsibilidade,

<sup>4</sup> BOBBIO, 2004, p. 18.

<sup>5</sup> SOUSA, 1995, p. 75-78.





ou mesmo a tipificação dos mecanismos de intervenção que a ele estariam atrelados.<sup>6</sup>

De todo modo, não se pode, de fato, pela natureza dinâmica dos direitos de personalidade, querer que estes se emoldurem dentro de uma prévia e exaustiva tipificação, dada a perspectiva ampla desse direito, pelo que não se pode negar que, para que se reconheça a necessidade de uma tutela e sua aplicabilidade no caso concreto, não é necessária uma tipificação formal, ou mesmo prévia e específica previsão legal.

No Brasil, o direito de personalidade teve a influência dos códigos italianos (1942) e português (1966), tendo cuidado o legislador no novel Código Civil brasileiro de 2002, de a ele destinar os artigos 11 a 21 daquele “codex”, o que não acontecia no revogado CCB de 1916, onde a proteção da família e da propriedade eram preponderantes.

Voltando ao Código Civil português (artigo 70º), é de se sublinhar que esse trouxe normativa que é exaltada pela doutrina como sendo uma cláusula geral de tutela da personalidade (SOUSA, 1995, p. 104), na medida em que cuidou de estatuir a proteção legal aos indivíduos contra “qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

Vê-se, assim, que no direito português, a questão da defesa dos direitos da personalidade ficou mais facilitada, dada a amplitude que se lhe emprestou o Código português; diferentemente do que ocorreu com o artigo 12, do Código Civil brasileiro, que preferiu, de certa forma, dar dimensão mais estreita a esse direito, optando por afirmar tão só que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções legais previstas em lei”.

Ainda sobre o tema, pode-se afirmar que, embora não se possa desconhecer que a tutela da pessoa humana, ainda que operada dentro da órbita do direito civil, busca legitimar o conceito da dignidade humana, dando-lhe força, enfoque e razão de existir. E isso é fundamental, posto que os direitos da personalidade estão a evoluir a cada instante, dentro da dinâmica de modernidade da própria sociedade.

<sup>6</sup> CAMPOS, 1991, p. 129-223.





De fato.

Antigamente, um acontecimento constrangedor ocorrido em época da juventude, acabava por esmaecer-se e perder sua força por ser publicado em meio impresso, estando este fadado ao esquecimento. Hoje, diferentemente de outrora, com a integração dos meios de comunicação e com a velocidade, abrangência e facilidade do manejo destes meios em espaço virtual, acaba-se por abrigar uma informação por tempo ilimitado, tornando-se muito mais difícil para a pessoa libertar-se de suas amarras, escolhas e erros do passado, ou mesmo escapar à curiosidade e a sede dos veículos de comunicação em massa, nem sempre interessados em lançar notícia real, verdadeira e, realmente ligada ao interesse público.

Dessa forma, o estudo do direito de personalidade e, com ele, a análise do que venha a ser o “direito ao esquecimento” é matéria que tanto atrai aos estudiosos dos direitos civil e constitucional.

### ***2.1.1. Do direito à proteção da dignidade da pessoa humana***

O direito à dignidade da pessoa humana é multidisciplinar, estando presente não apenas no direito, mas também na filosofia, na política, na religião, sendo valor fundamental para a doutrina, que o reconhece como essencial a qualquer regime constitucional democrático.

A dignidade humana representa, de outra ponta, um valor espiritual e moral inerente à pessoa, sendo, assim, idealizado para ser invulnerável e intocável, como se dá com o direito à vida, à intimidade, à honra e à imagem, estes todos decorrentes da dignidade humana.

No Brasil, a Constituição da República (1988) fundou-se nos valores da solidariedade, da liberdade, da cidadania e da dignidade humana, sendo estes pilares essenciais para a compreensão dos direitos de personalidade, ainda que tenham sido, repita-se, fundados no direito civil, ou ainda, no campo do direito privado.

Dando continuidade a este estudo, iremos trabalhar agora, alguns direitos que se entrelaçam e se encontram contidos no próprio conceito da dignidade humana.





### 2.1.2. Do direito à intimidade

O direito à intimidade, que é espécie do gênero direito de personalidade, deve ser garantido e tutelado pelo sistema jurídico. Quando se fala em direito à intimidade afirma ser um direito a uma vida íntima.

Anote-se que o direito à intimidade surge como uma reação à teoria estatal sobre o indivíduo e encontra guarida em documentos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (art. 12), a 9ª Conferência Internacional Americana de 1948 (art. 5º), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 (art. 8º), a Convenção Pan-Americana dos Direitos do Homem, de 1959, a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, de 1967, além de outros documentos internacionais.

No Brasil, o direito à intimidade foi consagrado na Constituição Federal de 1988, onde se previu a proteção à intimidade de homens e mulheres em seu inciso X, art. 5º. Ali se proclamou “serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a “indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Discorrendo sobre a questão, assevera José Adércio Leite Sampaio:

a intimidade integra a vida privada, porém de uma forma muito mais dinâmica do que comumente apresentada; cuida-se de sua projeção no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser com os demais, enfim, de uma “autodeterminação informativa ou informacional.”<sup>7</sup>

O direito à intimidade pode ser conceituado, ainda, como aquele que visa a resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos de outrem. Ou seja, é o direito da pessoa de excluir do conhecimento de terceiros tudo aquilo que a ela se relaciona.<sup>8</sup> (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971)

<sup>7</sup> SAMPAIO, 1998, p. 351.

<sup>8</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, p. 124.





## 2.2 Do direito à proteção da imagem

Nas palavras de Pablo Stolze<sup>9</sup>, a imagem, em simples definição, “constitui a expressão sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica”.

Destaca Edilsom Pereira de Farias, quanto à proteção constitucional, que:

não se limita ao semblante ou a rosto, estende-se a qualquer parte do corpo humano, como a reprodução de um pé, de um braço, de uma mão, de um busto. Em suma, o direito à imagem abrange não só a face da pessoa alcança também a qualquer parte distinta do corpo.<sup>10</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, incisos V e X, prevê e tutela três diferentes aspectos do conceito de imagem: a imagem-retrato, a imagem-atributo e a imagem-voz.

Para melhor compreensão desses conceitos, Nelson Rosendal<sup>11</sup> expõe, em síntese, que: a) imagem retrato representa o aspecto visual da pessoa; b) imagem-atributo corresponde ao conjunto de características particulares de apresentação e da identificação social de uma pessoa; e c) imagem-voz consiste na identificação de uma pessoa por meio do timbre de voz.

Sobre isso, o já citado doutrinador Pablo Stolze<sup>12</sup> esclarece que não existem três diferentes direitos, mas, apenas, três faces do mesmo bem protegido constitucionalmente, qual seja, a imagem.

Nesse ponto, cabe registro jurisprudencial quanto ao uso indevido da imagem de alguém, sendo a afronta, por certo, possível de gerar dano moral indenizável. O Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 267.529/RJ, assim se manifestou:

[...]a obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral.

<sup>9</sup> STOLZE, 2012, p. 227.

<sup>10</sup> FARIAS, 1996, p. 120.

<sup>11</sup> ROSENVALD, 2013, p. 244.

<sup>12</sup> STOLZE, 2012, p. 227.





Com a jurisprudência acima, vê-se enfatizado pelo STJ que, nos casos de afronta do direito de imagem, à honra, dignidade e moralidade, o dano moral deve ser presumido (*In re ipsa*), pelo que não se torna necessária a apresentação de provas que demonstrem essa ofensa moral. Com efeito, o dano moral emergente em casos como o ora em debate decorre do próprio ato antijurídico, havendo claro prejuízo extrapatrimonial, como consequência lógico-jurídica do próprio ato de afronta perpetrado.

### 2.3. Liberdade de expressão e direito à informação

Está previsto no art. 5º, XIV, da Constituição da República Federativa do Brasil ser “assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

A regra acima pode ser complementada com o que dispõe o § 1º do art. 220, da Constituição da República Federativa do Brasil, para quem “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”, e também na dicção do §2º ao indicar que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Para Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

é importante sistematizar, de um lado, o direito de informação, e, de outro, a liberdade de expressão. No primeiro está apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apuradas. No segundo está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo.<sup>13</sup>

O tema liberdade de imprensa, importante destacar, também está previsto em regramentos internacionais, com sua primeira regulamentação, registra-se a história, na Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, ao reconhecer a liberdade de imprensa como um direito

<sup>13</sup> CARVALHO, 1999, p. 25,





humano. Dispunha o art. 12 de tal declaração que “a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos.”<sup>14</sup>

Observa-se que, na França, também se proclamou acerca dessa liberdade, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos (art. 11)<sup>15</sup>.

No ano de 1791, a Emenda número 1, da Declaração de Direitos dos Estados Unidos, passou a contemplar o seguinte:

Emenda 1. O Congresso não fará lei alguma referente à implantação de uma religião ou proibindo o culto de qualquer uma delas; nem lei que restrinja a liberdade de palavra, ou de imprensa; nem o direito do povo de reunir-se pacificamente; nem o de dirigir-se ao governo em demandas para a reparação de situações consideradas injustas.<sup>16</sup>

Durante toda a história, foram editados documentos resguardando esse direito, inclusive em 1948, onde se proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 (art. 19).

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, prelecionou, em seu art. 13, disposições acerca da liberdade de pensamento e de expressão.

De outra ponta, a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e suas Liberdades Fundamentais, de 1950, completou:

Art. 10, 1º. Toda a pessoa tem direito à liberdade de expressão. Esse direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações ou ideias, sem que possa haver a ingerência da autoridade pública e se consideração de fronteiras. O presente artigo não impede os Estados de submeterem as empresas de radiodifusão, cinema ou televisão a um regime de autorização.

<sup>14</sup> VIEIRA, 2003, p. 35.

<sup>15</sup> Art. 11. A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, salvo a responsabilidade que o abuso desta liberdade produza nos casos determinados por lei.

<sup>16</sup> VIEIRA, 2003, p. 35.





O renomado constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva, chamado a manifestar-se sobre o tema, assim concluiu:

Nesse sentido, a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV).<sup>17</sup>

Enfim, as liberdades de informação e de expressão, bem como a liberdade de informação jornalística, encontram também certos limites previstos diretamente pela Constituição da República Federativa do Brasil, o que viabiliza, de certa forma, o amparo e a tutela ao direito de ser esquecido.

#### 2.4. Do conflito entre direitos

O enfoque do tema direito ao esquecimento, em cotejo com os direitos fundamentais acima declinados, provoca a existência de um conflito, a saber: de um lado, a liberdade de expressão, de informação e de imprensa, e de outro, os direitos da personalidade.

A complexidade e os pluralismos das sociedades modernas, na lição de Luís Roberto Barroso, “levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque”. Assim, a resolução, de interesse da sociedade, defende o já citado doutrinador e hoje Ministro do STF, pode ser “de forma mais harmônica e justa possível”.<sup>18</sup>

A respeito do tema, Edilson Farias afirma que:

A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem com a liberdade de expressão e de informação significa que as opiniões e fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desses direitos não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente. Por outro lado, conforme exposto, a liberdade de expressão e informação, estimada como um direito fundamental que transcende dimensão de garantia individual por

<sup>17</sup> SILVA, 2005, p. 246.

<sup>18</sup> BARROSO, 2015, p. 368.





contribuir para a formação da opinião pública pluralista, instituição considerada essencial para o funcionamento da sociedade democrática, não deve ser restringida por direitos ou bens constitucionais, de modo que resulte totalmente desnaturalizada.<sup>19</sup>

Nesse contexto, resgata-se o conceito de direito ao esquecimento, a fim de se compreender o conflito, que, na verdade, objetiva conceder ao ser humano um tratamento digno e necessário, impedindo fatos ocorridos no passado sejam lembrados, mesmo que tenham alguma dosagem de interesse público.<sup>20</sup>

Quanto à colisão entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão, de imprensa e informação, para Milena Felizola, está longe de se tornar pacífica. Confira-se:

A primeira corrente entende que o direito ao esquecimento é infraconstitucional na medida em que viola a liberdade de expressão, manifestação e de imprensa, estabelecendo-se a censura. Sob o argumento de que ‘não se pode apagar a história’, se uma pessoa fez algo errado na vida que hoje a envergonha, tais implicações seriam mera consequência de seus fatos. Em sentido contrário, a outra corrente, sustenta que não se trata de ‘apagar os erros do passado’, mas do direito de ser deixado em paz. Argumentam que pessoas foram condenadas pelo Judiciário e já cumpriram sua pena ou que cometeram um ato no passado pelo qual já sofreram a devida exposição ou sanção social à época não poderiam ser eternamente condenados no mundo virtual ou pela imprensa. [...] Para tal vertente, a liberdade de expressão não pode violar direitos de personalidade, a privacidade ou vida íntima da pessoa, pondo em risco sua integridade física e psíquica.<sup>21</sup>

Consigne-se, na limitada abordagem deste trabalho, que Daniel Sarmiento defende o direito ao esquecimento somente quando se tratar de questões ligadas à esfera privada, quando diz ser “perigoso no direito ao esquecimento é que este tem sido invocado, em geral, por autoridades ou pessoas públicas para tentar apagar fatos desabonadores da sua história”, defende Giselle Souza.

<sup>19</sup> FARIAS, 1996, p. 137.

<sup>20</sup> SILVA, 2015, p. 118.

<sup>21</sup> FELIZOLA, 2015. p. 55.





No que toca aos casos de conflito entre os direitos, observa Manoel de Costa Andrade<sup>22</sup> que não há relação de hierarquia entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa. No entanto, sustenta Edilsom Farias<sup>23</sup> que a liberdade de imprensa possui um limite ditado pela Constituição Federal, que poderá servir de base para a interpretação do juiz.

É certo que, quanto aos julgamentos de casos, em que se conflitam esses direitos, recomenda-se aplicação da técnica da ponderação, justamente para solucionar as hipóteses de colisão entre os direitos fundamentais. O que se buscará é o estabelecimento de solução, em cada caso, e, ainda, em cada hipótese específica de colisão entre o direito ao esquecimento e as liberdades de expressão, informação e de imprensa.

Como defende Luís Roberto Barroso<sup>24</sup>, a ponderação socorre-se do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade para, exatamente, oportunizar a máxima concordância prática entre os direitos em conflito.

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade mostra-se como importante ferramenta para a sua resolução:

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade consubstancia, em essência, uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; procede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.<sup>25</sup>

Em conclusão, recomenda-se analisar as situações fáticas decorrentes de cada caso concreto para, assim, sopesar, com a necessária prudência, o constrangimento ao indivíduo em contraposição ao impedimento de que as informações sejam divulgadas.

<sup>22</sup> ANDRADE, 1996, p. 168.

<sup>23</sup> FARIAS, 1996, p. 127.

<sup>24</sup> BARROSO, 2011, p. 362.

<sup>25</sup> CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 227.





Destarte, fixadas essas premissas no sentido de aplicação da técnica de ponderação para a resolução dos casos do dia a dia, passa-se a traçar a posição dos Tribunais quanto ao direito ao esquecimento.

### 3. DO DIREITO AO ESQUECIMENTO PROPRIAMENTE DITO

Feitas as análises até então empreendidas neste texto, é de se ver que o “direito ao esquecimento” encontra-se intimamente imbricado em sua gênese com as concepções de constituição e direitos fundamentais, embora não esteja positivado e regulamentado no Brasil e mesmo em Portugal.

Na Europa, o direito ao esquecimento tem recebido importante atenção pelos estudiosos do direito, e é de lá que vem sua melhor definição: “El derecho al olvido, también llamado derecho a ser olvidado, es el derecho de las personas físicas a hacer que se borre la información sobre ellas después de un período de tiempo determinado” (DE TERWANGNE, 2012, p. 53). E acrescenta, “El desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) ha sido determinante en cuanto a la ampliación del alcance de ese derecho. El progreso tecnológico ha tenido un impacto considerable en este campo.”

Nesse mesmo diapasão, vale também a lição de Anderson Schreiber: “o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a história”. Portanto, esse direito implicaria “a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.<sup>26</sup>

O Jurista Paulo Khouri entende que se deve “ponderar caso a caso os valores em jogo e pode ocorrer que o direito ao esquecimento deva ser sacrificado em prol da liberdade de informação”.<sup>27</sup>

Já para René Ariel Dotti:

O direito ao esquecimento consiste na faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico a

<sup>26</sup> SCHREIBER, 2011, p. 164.

<sup>27</sup> KHOURI, 2013, p. 463.





proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes à personalidade.<sup>28</sup>

De se salientar, ainda, que, a tese do direito ao esquecimento ganhou força na doutrina jurídica brasileira, com a aprovação do Enunciado n. 531, emergente da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, cujo teor e justificativa ora se transcrevem:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo 11 do Código Civil.

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Assim, é de se ter em mente que o direito ao esquecimento visa, em realidade, tutelar os danos que porventura possam ser gerados pelo exagero das informações e comunicações, criando um ambiente onde o ser humano possa discutir o uso que se dá aos fatos passados, especialmente levando em conta a razão, o modo e, especialmente, a finalidade de serem resgatados esses fatos pretéritos.

Não se pode negar, por outro lado, que os direitos de personalidade devem ser considerados pluridisciplinares, na medida em que fazem parte do direito civil e do direito constitucional, tendo um ponto comum que é a defesa da dignidade da pessoa humana.

Nessa mesma linha de raciocínio, colhe-se da pena de Paulo Lôbo a seguinte lição:

A pluridisciplinaridade permite rica abordagem da matéria, a depender do ângulo da análise. Na perspectiva do direito constitucional, são espécies do gênero direitos fundamentais. Na perspectiva do direito civil, constituem conjunto de direitos inerentes à pessoa, notadamente da pessoa humana, que prevalecem sobre todos os demais direitos subjetivos privados.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> DOTTI, 1998, p. 300.

<sup>29</sup> LÔBO, 2015, p. 133.





O Código Civil português de 1966, em seu artigo 70º, trouxe uma normativa que foi considerada por boa parte da doutrina como uma cláusula geral de tutela de personalidade, ao estatuir que a proteção legal alcance os indivíduos contra “qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”, o que, de fato abarca de forma mais ampliada a defesa da pessoa contra as mais variadas formas de ofensa.

No Direito brasileiro, criou-se uma fórmula mais contida quando da edição do artigo 12 do Código Civil, pois, ali ficou tão só consignado que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

De outra ponta, conforme observa Simón Castellano “até bem pouco tempo, quando alguém se equivocava, era possível retificar, modificar ou minorar os erros do passado”<sup>30</sup>; isso porque a capacidade limitada da memória se encarregava de, com o tempo, fazer e esmaecer as más recordações.

Hoje, o direito ao esquecimento ganha força e dimensão, pois, se é correto afirmar que a rede mundial de computadores trouxe modernidade em vários setores, é certo também asseverar que, no tocante à memória, esta ficou quase que eternizada, dada a infinita capacidade expansiva destas máquinas e suas ligações gerais a tudo e a todos. Assim, exacerbaram-se as preocupações com os problemas causados com a perenização e o livre acesso a fatos, referências e acontecimentos individuais não desejados.

Destarte, o direito ao esquecimento, ou ainda, o “direito de ser deixado em paz”, embora não seja novo, acabou por ser potencializado com a “internet”, onde as notícias e referências, nem sempre elogiosas, são inseridas e praticamente perenizadas, o que, por certo, ampliou o desejo de muitos de ser esquecido, ou de não viver assombrado pela desonra do passado.

De tal maneira, identifica-se no livre desenvolvimento da personalidade a pedra de toque e o fundamento para a invocação do direito ao esquecimento, o fazendo como forma de liberdade de escolha e de

<sup>30</sup> CASTELLANO, 2013, p. 451.





manutenção real e efetiva da dignidade, à qual passa pelo estabelecimento de limites temporais e por um controle dos meios de utilização de dados e informações pessoais.

Interessante falar, ainda, para finalizar, que o Código de Defesa do Consumidor (art. 43, § 1º, da Lei n. 8.078/90) e a Lei do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), que são textos, como se sabe, posteriores à Constituição da República Brasileira (1988) e mesmo o novo Código Civil (2002), cuidaram de fazer inserir em seu bojo questão que, por certo, fora tirada dos conceitos do direito ao esquecimento. Trata-se do dispositivo do Código de Defesa do Consumidor que limita em cinco anos o prazo máximo para manutenção do nome do devedor em cadastros restritivos de crédito. Tal norma implica em constar que o direito ao bom nome, que é um direito de personalidade, deve, necessariamente, estar submetido a um limite temporal razoável; tudo para que não se perenize uma anotação que importe prejuízos ao bom nome do devedor.

Por fim, a mencionada Lei do Marco Civil da Internet, editada com a finalidade de regular a proteção de dados, inovou quando assegurou o direito de exclusão de dados pessoais fornecidos, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros, por imperativo legal. Com isso, mensagens trocadas, páginas visitadas, fotografias e outras tantas informações podem ser eliminadas por expressa disposição legal, o que, mais uma vez, nos leva a crer que o direito de personalidade está sendo mais respeitado dentro da legislação brasileira, sendo possível, ainda que analogicamente, dizer que o direito ao esquecimento se encontra mais amparado atualmente do que em épocas passadas.

#### **4. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET**

O debate sobre o direito ao esquecimento, também se aplica ao mundo digital, especialmente aos usuários de Internet.

No âmbito da Internet, o direito ao esquecimento está relacionado com a prerrogativa personalíssima que deve possuir um cidadão de apagar seus dados pessoais mesmo que verdadeiros e independentemente de ilícito penal ou civil.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> FLEISCHER, 2017.





A Lei do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14), no Brasil, assegurou, no inciso I do art. 7º, o direito à “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Há registro, explícito sobre o direito ao esquecimento, no inciso X do mesmo artigo, a saber:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

Anote-se que, diferentemente da proposta de lei europeia, a legislação brasileira exigiu que somente a vontade do titular do direito seja suficiente para o exercício do direito ao esquecimento. No caso, a relação jurídica entre o usuário e o provedor de aplicações de Internet pode ser rescindida imotivadamente a qualquer momento pelo usuário.<sup>32</sup>

No tocante à guarda de dados, a Lei do Marco Civil da Internet no Brasil regulamenta período de tempo para que os registros relativos à conexão dos usuários à Internet fiquem armazenados, o que se dará pelo prazo de um ano, bem como os pertinentes aos acessos dos usuários às aplicações de Internet, os quais devem ser mantidos pelo prazo de seis meses (arts. 13 e 15, da Lei n. 12.965/14). Também há de se respeitar a privacidade, conforme previsão do art. 23, da Lei n. 12.965/2014.

É relevante frisar que, na legislação brasileira, a responsabilidade civil derivada da violação das regras do direito ao esquecimento faz distinção para os provedores de conexão à Internet (art. 18 da Lei n. 12.965/2014) por ilícitos praticados por terceiros e provedores de aplicações de Internet (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014). Com isso, os provedores de aplicações de Internet que continuarem a disponibilizar os conteúdos vetados pela decisão jurisdicional.

<sup>32</sup> PIMENTEL; CARDOSO, 2017.





Partindo para os Estados Unidos da América, podemos dizer que a expressão “eraser law” foi designada para o direito ao esquecimento. A regulamentação está na lei do Estado da Califórnia, de 23 de setembro de 2013 (Lei SB-568) (ESTADOS UNIDOS, 2017), conhecida como “Lei Apagadora”. A lei garante aos menores de idade o direito de apagar informações embaraçosas constantes de sites de Internet, principalmente das redes sociais, tais como Facebook, Twitter e Tumblr. A lei proíbe a publicidade de produtos como armas, álcool, tabaco e produtos de dieta em sites de uso majoritário por adolescentes menores de 18 anos.

Busca a “Lei Apagadora” proteger um grupo de pessoas que são vulneráveis e (in)capazes de tomar decisões que poderiam levar a uma autossabotagem (futura ou presente) tanto do ponto de vista pessoal quanto profissional por meio de fotos comprometedoras de uso abusivo de álcool, de momentos de intimidade com conteúdo sexual explícito e outras tantas possibilidades que, em geral, não são levadas em conta em um primeiro momento.<sup>33</sup>

No entanto, no Brasil e no mundo, foi no âmbito da jurisprudência que esse cenário mais de desenvolveu, conforme se verá no tópico seguinte.

## 5. DIREITO AO ESQUECIMENTO NOS TRIBUNAIS

### 5.1. No Brasil

No Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, o tema, pela primeira vez, foi examinado em 2013, sendo os dois casos mais comentados, aqueles decorrentes da chamada “Chacina da Candelária” e caso “Aída Curi”.

Registre-se, ainda, que, embora tenham sido julgados na mesma data, os membros da Quarta Turma da Corte Superior concluíram, opostamente, sendo que ficou reforçado naquela oportunidade, portanto, a ideia de que o direito ao esquecimento gera colisão entre

<sup>33</sup> MANSON; MCGREEVY, 2017.



importantes direitos fundamentais, que devem ser sopesados, caso a caso.

A seguir, observaremos o posicionamento dos Ministros:

### 5.1.1. Chacina da Candelária

No REsp n. 1.334.097/RJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 28 de maio de 2013, o tribunal julgou *procedente* direito ao esquecimento do caso da “Chacina da Candelária”, em relação ao sujeito que foi absolvido, o fazendo com seguinte conclusão:

Gera dano moral a veiculação de programa televisivo sobre fatos ocorridos *há longa data*, com *ostensiva identificação de pessoa* que tenha sido *investigada, denunciada* e, posteriormente, *inocentada* em processo criminal. O direito ao esquecimento surge na discussão acerca da possibilidade de alguém impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, *não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos das mais diversas ordens*. Sobre o tema, o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF preconiza que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. *O interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso*, a qual, certamente, encontra seu último suspiro com a *extinção da pena ou com a absolvição*, ambas irreversivelmente consumadas. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes – assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, art. 748 do CPP –, por maiores e melhores razões aqueles que foram *absolvidos não podem permanecer com esse estigma*, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos. Cabe destacar que, *embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informação*, a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, nem transforma a liberdade de imprensa em *direito absoluto e ilimitado*. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que *cumpriram integralmente a pena e, sobretudo*, dos que foram *absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – conexão do presente com o passado – e a esperança – vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda*. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta

sintonia com a presunção legal e constitucional *de regenerabilidade da pessoa humana*. Precedentes citados: RMS 15.634-SP, Sexta Turma, DJ 5/2/2007; e REsp 443.927-SP, Quinta Turma, DJ 4/8/2003. (Grifos nossos)

Dessa decisão, verifica-se que o direito ao esquecimento foi acolhido sem desprezar a liberdade de imprensa. Portanto, a liberdade de imprensa deve ser exercida desde que não viole outro direito.

Registre-se, ainda, que houve ponderação entre os direitos colidentes, sendo que maior importância foi creditada ao direito ao esquecimento, pelo reconhecimento de que não se deve eternizar esse estigma gerado pela notícia. Isto porque, ou a pena já foi cumprida, ou porque o denunciado foi absolvido; e tudo com base no “direito de esperança” que implica na efetiva e pretendida perspectiva da regenerabilidade da pessoa humana.

### **5.1.2. Caso da Aida Curi**

De outro modo, no REsp n. 1.335.153/RJ, também de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, julgado no mesmo dia e ano, o Superior Tribunal de Justiça julgou *improcedente* o pleito dos familiares da citada Sra. Aida Curi. Naquela assentada, os julgadores definiram que não há como narrar determinado fato sem citar seus sujeitos.

Neste recurso, o Ministro Luís Felipe Salomão, ao proferir seu voto, entendeu que:

[...] 05. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, *não alcança o caso dos autos*, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o *domínio público*, de modo que se tornaria *impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi*. 7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexos causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, lembrar o



fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. 8. *A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil.* Nesse particular, fazendo-se a indispensável *ponderação de valores*, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, *consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança [...]* (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.335.153-RJ. Quarta Turma. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgado em 10/9/2013). (Grifos nossos)

Dessa forma, ficou sublinhado, que o direito ao esquecimento não visa apagar o passado, mas, sim, evitar que dados pessoais possam circular de forma desproporcional e excessiva. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a liberdade de imprensa deveria prevalecer, uma vez que a matéria retratava fatos verídicos e a notícia revelava repercussão nacional, além de não poder ser contada a história ocorrida com a ausência de sua protagonista, pelo que nenhuma indenização moral ou material seria devida.

Mais adiante, o Supremo Tribunal Federal, no caso concretamente tratado, reconheceu a existência de repercussão geral (ARE 833.248 RG/RJ, Min. Relator Dias Toffoli, Plenário, julgado em 12/12/2014), o que ocorreu em sede de recurso extraordinário manejado pela família de Aída Curi, sendo que dito recurso, que tem a relatoria do Ministro Dias Toffoli, não foi até o momento examinado em seu mérito, apesar de ali estar tramitando desde 2014.

Assim, delineada a temática – “direito ao esquecimento” e seus reflexos – na doutrina e jurisprudência brasileiras, cuidaremos de, na próxima parte deste trabalho, trazer à baila casos ocorridos na Europa e nos EUA, a partir de julgados de seus Tribunais Constitucionais.

### ***5.1.3. Direito ao esquecimento não tem caráter absoluto***

O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2013, ao julgar o HC 256.210/SP, Relatoria do Min. Rogerio Schietti Cruz, esclareceu que o direito ao esquecimento não detém caráter absoluto, havendo de ser balizado pela ponderação dos valores envolvidos.





No voto condutor, o relator ressaltou que:

Toda essa digressão – feita a partir dos substanciosos acórdãos mencionados – não possui alcance suficiente para sustentar o esquecimento completo do passado criminoso do paciente. Afinal de contas, não foram duas ou três, e, sim, treze condenações por crimes contra o patrimônio alheio. No entanto, a ideia que subjaz ao assim chamado ‘direito ao esquecimento’, como visto, deverá implicar a relativização desses registros penais tão antigos, de modo a não lhes imprimir o excessivo relevo dado pelo tribunal de origem.

Nesse julgado, o STJ, ao optar pelo direito ao esquecimento, o associou ao direito à esperança (*HABEAS CORPUS* N. 256.210 – SP (2012/0211150-0)).

## 5.2. Na Europa e nos Estados Unidos da América

Sobre o “direito de ser deixado em paz”, ou mesmo “direito de ser esquecido” cuidaremos de analisar três casos decididos por tribunais estrangeiros. São eles: *Melvin vs Reid* (Tribunal de Apelação da Califórnia); *Lebach* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) e *Marlene Dietrich* (Tribunal de Paris).

Anote-se que esses julgados, mencionados, consideram o direito ao esquecimento imediata decorrência do direito à privacidade. Confira-se a seguir.

### 5.2.1. Tribunal de Apelação da Califórnia, nos Estados Unidos da América: caso *Melvin vs Reid*

No ano de 1931, nos Estados Unidos da América, foi julgada pelo Tribunal de Apelação da Califórnia, ação envolvendo Gabrielle Darley. Essa jovem, no passado, havia se prostituído e, acusada de homicídio, foi inocentada desse crime em 1918.

Após essa decisão, Gabrielle abandonou a vida licenciosa e constituiu família com Bernard Melvin, readquirindo novamente o prestígio social.

Ocorre que, em 1925, portanto, muitos anos depois, Doroty Davenport Reid produziu o filme chamado “Red Kimono”, no qual retratava, com precisão, a história de vida pregressa de Gabrielle.





O marido Melvin, inconformado, buscou a reparação pela violação à vida privada da esposa e da família.

A Corte Californiana, atendendo ao pedido do marido de Gabrielle, decidiu que fatos passados não devem assombrar eternamente a vida de uma pessoa, de tal forma que impeça o desenvolvimento de sua personalidade e que venha a prejudicar sua reputação e posição social.

O Professor René Ariel Dotti, ao comentar o caso, afirmou que: “O Tribunal de Apelação da Califórnia, sem referi-lo especificamente, reconheceu a existência de um ‘direito ao esquecimento’, que, desasombradamente é um dos importantes aspectos da vida privada.”<sup>34</sup>

Aqui, nos parece tranquila e acertada a posição tomada pela Corte Americana, vez que não é razoável que, sete anos depois de ocorrido um tropeço na vida de alguém, possa ser gravado um filme que exalte esse momento indesejável na vida daquela pessoa, notadamente se esta mulher já se casou, tem filhos, ou seja, constituiu uma família consolidada que necessita ser preservada em sua moral e história e não mais afrontada com fatos antigos, ocorridos em épocas de juventude, sem que haja, ainda, qualquer interesse histórico ou público que justifique tal intenção.

### ***5.2.2. Tribunal de Paris: caso Marlene Dietrich***

O caso aconteceu com a atriz Marlene Dietrich, nascida em Berlim, no ano de 1901. Em 1939, recebeu a cidadania dos Estados Unidos da América. Durante sua carreira, foi protagonista de inúmeros filmes, tendo, em dado período, tido um “affaire” com dado senhor, no qual se viu envolvida, e que foi amplamente divulgado pela imprensa.

Instado a manifestar-se, o Tribunal de Paris, decidiu que, sem autorização expressa, não se pode publicar narrativas pertencentes ao patrimônio moral e vida privada de cada indivíduo, posto que as recordações da vida privada pertencem ao patrimônio moral da pessoa, que não pode ser molestado. Essa decisão representou, no

<sup>34</sup> DOTTI, 1980, p. 91.



entendimento de René Ariel Dotti, um dos pilares na construção do direito à privacidade. Veja-se:

Finalmente, no caso Marlene Dietrich – que foi referido como uma das pedras fundamentais da construção do muro da privacidade – o Tribunal de Paris reconheceu expressamente que ‘as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las mesmo sem intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida’. O direito ao esquecimento como uma das importantes manifestações da vida privada estava então consagrado definitivamente pela jurisprudência, após uma lenta evolução que teve, por marco inicial, a frase lapidar pronunciada pelo advogado Pinard em 1958: ‘O homem célebre, senhores, tem o direito a morrer em paz!’<sup>35</sup>

Diante do que fora acima analisado, o que se conclui é que é possível a aplicação do direito ao esquecimento, desde que se superem os conflitos entre princípios constitucionais, mediante a ponderação no caso concreto, e, portanto, o uso do princípio da proporcionalidade, sempre preservando a vida privada de cada pessoa.

### ***5.2.3. Tribunal de Justiça europeu: direito ao esquecimento na Internet***

Voltando ao tema “Internet”, é de se afirmar que o direito ao esquecimento se refere à tomada de consciência dos usuários de que dispõem de direitos pessoais sobre seus próprios dados e que o compartilhamento é uma opção personalíssima.

No ano de 2014, o Tribunal de Justiça Europeu julgou demanda promovida pela Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra a Google (Assunto C-131/12)<sup>36</sup>. O Tribunal entendeu que os “sites” de busca devem “eliminar” de sua lista de resultados os “links” para sítios e páginas publicadas por terceiros que contenham informações relativas à pessoa que solicitar a retirada de informações que lhe digam respeito.

<sup>35</sup> DOTTI, 1980, p. 92.

<sup>36</sup> Court of Justice of the European Union. PRESS RELEASE No 70/14. Luxembourg, 13 May 2014. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070en.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2017.



Anote-se que a decisão do Tribunal, no caso Google, no parágrafo 97, afirma que os direitos ao respeito pela vida privada e familiar e o direito à proteção de dados de caráter pessoal:

Prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca, mas também sobre o interesse desse público em encontrar a referida informação durante uma pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão em virtude dessa inclusão.<sup>37</sup>

Entretanto, para o Tribunal de Justiça Europeu, o direito ao esquecimento não é absoluto, os pedidos de retirada de informações devem ser justificados e compete aos provedores analisar a procedência ou não do pleito. Mas, se acaso os provedores discordarem das alegações dos usuários de Internet, estes podem recorrer ao Judiciário para tal resolver a questão.<sup>38</sup>

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, não se pode negar que nossa sociedade saiu da chamada revolução industrial, para inserir-se no campo da “sociedade de informação” – ou das *autoestradas da informação* – como dizem os americanos, havendo aí outra revolução nos costumes, nas formas de comunicação e circulação de informações e imagens, da qual decorrem naturais reflexos nas relações econômicas e interpessoais.

É justamente dentro desta nova leitura constitucional e dos novos horizontes do direito civil, que avulta a relevância e a especial tutela dos direitos de personalidade às pessoas, que passam a ser protegidas dentro de um contexto social novo, que veio embalado por nova malha protetora.

<sup>37</sup> INTERNET | Reclamar o «Direito ao esquecimento». Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/noticias/2016/12/internet-reclamar-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em 26 set. 2017.

<sup>38</sup> PIMENTEL; CARDOSO, 2017.





Por outro lado, sob o prisma constitucional tem-se imbricado no conceito dos direitos de personalidade o princípio da dignidade humana, que se encontra encartado no artigo 1º, III, da Constituição Federal brasileira, criando, assim, um elo entre a defesa dos direitos de personalidade e aqueles que defendem a dignidade humana, tanto no plano físico, como no moral, psíquico ou intelectual.

Assim, embora o artigo 11 e seguintes do Código Civil brasileiro tracem as linhas mestras do direito de personalidade, trabalhando alguns direitos aí incluídos no conceito de personalidade, não se pode negar que ele se eleva a uma cláusula geral que acolhe em seu bojo todos os direitos dessa natureza previstos no ordenamento jurídico ora em vigor, representando, na verdade, e dentro da esfera infraconstitucional, a mediação normativa de princípios e postulados que a Lei Maior Brasileira descreveu como fundamentais à proteção da dignidade humana.

Assim, quando se fala em “direito ao esquecimento” dentro do campo do direito civil e dos direitos de personalidade, está-se fazendo uma conexão com o direito à proteção da dignidade humana, assegurada, no Brasil, pelo artigo 1º, III, da CF do Brasil.

É a chamada “constitucionalização do direito civil”, que, embora não subtraia do estudo do direito ao esquecimento a característica deste fazer parte do direito privado e, assim, estar regulamentando uma relação privada, importa dizer que, em razão da infiltração em sua base e eixo central de novos valores e novos horizontes, os princípios constitucionais passaram a interpenetrar-se no direito privado, sendo, entre estes, um dos mais importantes, a proteção aos direitos de personalidade.

Dizem-se direitos *de* personalidade e não direitos *da* personalidade, exatamente para criar o sentimento de uma “categórica mais elástica” de direitos inatos e essenciais, voltados que são à integridade física, moral e psicológica da pessoa, cujo reconhecimento faz nascer para os demais atores sociais um imperativo de respeito e abstenção.

Na verdade, o Código Civil brasileiro fala em proteção dos direitos *da* personalidade e não *de* personalidade o que nos parece uma impropriedade terminológica, na medida em que esta (a personalidade) não é titular de direitos, pelo que seria “mais ajustada a expressão *direitos de personalidade*, utilizada em Portugal e Alemanha, para nomear a categoria em estudo, posto que os direitos não seriam da





própria personalidade, mas surgidos em virtude dela, como consequência de sua existência.<sup>39</sup>

Identificou-se no presente trabalho que a tese do direito ao esquecimento, no julgamento do caso concreto, coloca-se em conflito com vários outros direitos reconhecidos como fundamentais, os quais, conforme doutrina, mais suscitados são: à privacidade, à intimidade, à liberdade de imprensa e à vedação à censura.

Registre-se, por oportuno, que nos julgados pelos Tribunais brasileiros os Ministros atentaram-se para a razoabilidade, proporcionalidade e ponderação, mas, em se tratando de colisão entre mais de um princípio ou direito, evitou-se análise objetiva, ainda que examinados cada caso, em seus contornos específicos.

Por fim, não se pode negar que, diante dos fundamentos colocados nesse estudo, não há dúvidas de que o tema é ainda novo e com viés polêmico, vez que fronteiro com diferentes princípios constitucionais, também protegidos pelo ordenamento jurídico.

Importante frisar, consoante se mostrou durante a pesquisa, que o direito ao esquecimento permitirá reflexões também as áreas de ressocialização, biográficas não autorizadas e direito digital (aplicação à Internet), entre outros, sendo, como se disse ao longo deste texto um “direito elástico” dadas as dimensões que o tema passará a vivenciar ao longo do tempo e na perspectiva da multiplicidade da criação de novas tecnologias que estarão a colocar sempre o ser humano à mostra, com invasão cada vez mais crescente de sua privacidade.

Espera-se, assim, e de todo modo, ter esse trabalho servido como fonte inspiradora para maiores aprofundamentos de estudiosos do direito civil e constitucional, servindo, pelo menos, de ponto de partida para maiores luzes sobre o tema; até porque a memória coletiva dos erros humanos, como esboçado acima, não está mais nos livros de história, na imprensa, no cinema, na televisão, mas, sim, e, de modo especial, na Internet, que atua como uma enciclopédia universal que é atualizada “on line” e a todo instante, com mais fotos, informações e, o que é pior, sem critérios, sem hierarquia ou mesmo controle, pelo que, em instantes, milhões de pessoas podem tomar ciência de um

<sup>39</sup> JABUR, 2000, p. 98.



tropeço, de um erro, de uma intimação para depoimento em inquérito, de um delito administrativo, de uma imputação criminosa a alguém, etc., o que torna inesgotável o interesse e a necessidade de se proteger a personalidade cada vez de forma mais vigorosa e inesgotável, sendo o “esquecimento” um direito que se mostra importante de ser resguardado; até porque, o homem erra todos os dias e a divulgação destes tropeços a cada dia se apresenta de forma mais contundente, cabendo ao direito trabalhar formas de coibi-lo, em prol da mais ampla proteção da dignidade humana.

É o que se espera!

## REFERÊNCIAS DOCUMENTAIS

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, CDC, art. 43, § 1º. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.965 (Lei do Marco Civil da Internet), de 23 de abril de 2014. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Brasília, DF, 1998. Disponível em:<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

## BIBLIOGRAFIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 99-100.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação. In: SARLET, I. W. (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 19 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos da personalidade e dignidade: da responsabilidade civil para a responsabilidade contratual. In: *Novo Código Civil – Questões Controvertidas*. Método, 2006, vol. 5.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil. In: *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. 2. ed. Podivm, 2007.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. LXVII, 1991.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASTELLANO, Pere Simón. El caracter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos. In: CORREDORIA, Loreto; HUESO, Lorenzo Cotino (Coords.). *Libertad de expresión e información em internet: amenazas y protección de los derechos personales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

COSTA ANDRADE, Manoel da. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010.

CURI, Mauricio. Aída Curi – *A jovem heroína de Copacabana*. São Paulo: Edições Paulinas, 1960.

CURI, Mauricio. Aída Curi – *O preço foi a própria vida!* 4. ed. São Paulo: Editora Ave Maria, 1978.

DE TERWANGNE, Cécile (2012). «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido». En: «VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet» [monográfico en línea]. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*. N. 13, pág. 53-66. UOC. Disponível em: <[http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-terwangne\\_esp/n13-terwangne\\_esp](http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-terwangne_esp/n13-terwangne_esp)>. Acesso em: 6 mar. 2017.



DOTTI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FLEISCHER, Peter. *Right to be forgotten, or how to edit your history*. Disponível em: <<http://peterfleischer.blogspot.com.br/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html>>. Acesso em: 12 set. 2017.

FELIZOLA, Milena Britto. Os direitos humanos e o direito ao esquecimento: a preservação da privacidade no tempo. In: SOUZA, Wilson Alves de; RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo (coords.). *Derechos fundamentales, ambiente y sociedad: estudios en homenaje a la Professora Dra. Marta Biagi*. Salvador: Dois de Julho, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. vol.1, 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos de personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 98.

JORGE, Maykon Cristiano; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. A tutela inibitória como meio de efetivação do direito ao esquecimento e proteção da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, ano 24, n. 95, jul./set. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=243870>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

HOFFMANN, Jorge Eduardo; BORSSATTI, Suelen. Direito ao esquecimento: conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa. In: *Diálogos sobre direito e justiça: coletânea de artigos do Curso de Direito da Unoesc - Joaçaba / organizadores Cristhian Magnus de*



Marco, Rafaella Zanatta Caon Kravetz. – Joaçaba, SC: Editora Unoesc, 2014.

KHOURI, Paulo R. O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 89, p. 463 e ss., set. 2013.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo. 5ª. Ed. Saraiva, 2015.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

MITIDIERO, D.; MARINONI, G.; SARLET, I. W. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. T. VII.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Tatiana Manna Bellasalma e; SILVA, Ricardo da Silveira e Silva. Direito ao esquecimento na era virtual: a difícil tarefa de preservação do passado. In: CORAZZA, Thais Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes de (orgs.). *Um olhar contemporâneo sobre os direitos da personalidade*. Birigui: Boreal, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

## JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp n. 1.334.097/RJ*, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013. <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num\\_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1335.153*, Min Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/13. Disponível em:





<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num\\_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ac. 4<sup>a</sup>T., *REsp* 267.529/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.3.10.00, DJU 18.12.00. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=267.529&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=267.529&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR)>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ARE* 833.248 *RG/RJ*, Min. Relator Dias Toffoli, Plenário, julgado em 12/12/14. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28833248%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/lbxbusa>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

*Recebido em 07/08/2018*

*Aprovado em 09/11/2018*





# 3

## DA REFORMA ÀS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS – UMA ANÁLISE SOBRE OS MECANISMOS JURÍDICOS FORMAIS E INFORMAIS DE ALTERAÇÃO DAS CARTAS POLÍTICAS

(REFORM FOR CONSTITUTIONAL CHANGES – AN  
ANALYSIS OF FORMAL AND INFORMAL LEGAL  
MECHANISMS FOR AMENDING POLICY CHARTS)

**Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha<sup>1</sup>**

**Mateus Schaeffer Brandão<sup>2</sup>**

*“No society can make a perpetual constitution, for the earth  
belongs always to the living generation.”*

Thomas Jefferson

- <sup>1</sup> Magistrada do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora *honoris causa* pela Faculdade Inca Garcilaso de la Vega – Lima, Peru. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, Portugal. Professora Universitária. Autora de livros e artigos jurídicos publicados no Brasil e no exterior.
- <sup>2</sup> Mestre e doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisboa, Portugal. Aspirante a Oficial da Força Aérea Brasileira – FAB. Assessor Jurídico do Superior Tribunal Militar – STM – Brasil.





## RESUMO

A transição constitucional não é um procedimento inovador no direito constitucional atual, inclusive em âmbito global. O Brasil está inserido no fenômeno da atualização normativa constitucional de diferentes formas. O poder constituinte originário de 1988 programou uma série de mecanismos para assegurar a atualização da Constituição Federal à conjectura do tempo de sua aplicação, tanto por meio de ferramentas de reforma e revisão constitucional, como pela análise política e histórica que contextualizou a sua elaboração e possibilitou a mutação da interpretação da norma sem alteração do texto constitucional. No ano em que celebra trinta anos em vigor, é importante destacar a importância da transição constitucional como instrumento garantidor da continuidade e longevidade da Lei Maior.

**Palavras-chave:** Transição Constitucional. Poder Constituinte Originário. Poder Constituinte Derivado e Mutações Constitucionais.

## ABSTRACT

The constitutional transition is not an innovative procedure in current constitutional law, including at a global level. Brazil is inserted in the phenomenon of constitutional normative updating of different forms. The constituent power originating in 1988 programmed a series of mechanisms to ensure the updating of the Federal Constitution to the conjecture of the time of its application, both through tools of reform and constitutional revision, as well as the political and historical analysis that contextualized its elaboration and made it possible to change the interpretation of the norm without changing the constitutional text. In the year in which it celebrates thirty years in force, it is important to emphasize the importance of the constitutional transition as an instrument guaranteeing the continuity and longevity of the Major Law.

**Keywords:** Constitutional transition. Original Constituent Power. Derivative Constituent Power and Constitutional Mutation.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A Transição Constitucional e o Poder Constituinte Originário. 3. O Poder Constituinte Derivado e suas Manifestações. 3.1. A Revisão Constitucional. 3.2. A Emenda Constitucional. 4. As Mutações Constitucionais. 5. Conclusão.





## 1. INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo liberal do século XX<sup>3</sup> inspirou nortes hermenêuticos inéditos para a leitura da Constituição, enquanto lei suprema de uma sociedade, que depende da interpretação histórico-sistemática, bem assim das ferramentas que possibilitem a adequação de seus regramentos para além do preceito positivado na *ratio* e da realidade factual do momento de sua promulgação.

Neste trintenário da Carta Política Brasileira, é de fundamental importância a apreciação dos mecanismos assecuratórios da longevidade da vontade legislativa do poder constituinte originário em face dos inexoráveis câmbios sociais, nacionais e globais, bem como da própria evolução do Direito.

A Grande Norma idealizada outrora previu procedimentos reformadores, autorizou a interpretação principiológica dos tribunais e assegurou a autonomia dos três Poderes ciente de que tais contextos, não raramente, ocasionariam modificações legais significativas ou, até mesmo, mutações e transições constitucionais.

Cinge, por conseguinte, a presente análise, em avaliar doutrinariamente as alterações formais e informais processadas na Lei Fundamental de 1988, cada vez mais presentes e responsáveis pela configuração de uma nova moldura legal do Estado, em alguns casos alheada, inclusive, da *voluntas legislatoris* primeva.

<sup>3</sup> “Como é sabido, o neoconstitucionalismo assenta no reconhecimento de um modelo preceptivo de constituição como norma com especial valorização do conteúdo prescritivo dos princípios fundamentais. (...) A cultura do neoconstitucionalismo é, muitas vezes, uma cultura de cosmopolitismo constitucional orientada para um complexo processo de articulação de sistemas constitucionais nacionais com ‘constelações pós-nacionais’. A ‘identidade constitucional’ brasileira parece, porém, não ‘coabitar’ com estas constelações. O neoconstitucionalismo é um constitucionalismo de princípios, mas sem estar dependente de uma cultura cosmopolita. Embora haja sugestivas aberturas teóricas ao acolhimento da inclusão de perspectivas cosmopolitas, a forte cultura soberanista do Brasil, aliada a uma arraigada estatalidade do poder, justifica a desconfiança dos juristas e políticos brasileiros perante insinuações teóricas e políticas de “supraneconstitucionalismos” ou de “constitucionalismos” civis globais.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 45.



## 2. A TRANSIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O vocábulo transição há muito é utilizado pelos estudiosos da teoria constitucional sob diferentes ópticas. Inicialmente, cumpre destacar não se poder abarcar o conceito sem a devida contextualização sociológica.<sup>4</sup>

A adoção de um novo regramento máximo geralmente advém de crises e rupturas institucionais, o que, pela sua natureza, é imprevisível. A imprevisibilidade da crise tem como possíveis reflexos significativos câmbios na estrutura estatal tais como o regime político ou o sistema de governo.<sup>5</sup> A convocação do poder inicial pode se dar por meio de revolução, por rupturas abruptas ou golpes ou por transição constitucional.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Define-se o poder constituinte originário como “uma potência, no sentido de uma força em virtude da qual uma determinada sociedade política se dá uma nova constituição e, com isso, cria, recria e/ou modifica a estrutura jurídica e política de um Estado. Nessa perspectiva, como já lecionava Carl Schmitt, o poder constituinte é a vontade política cujo poder ou autoridade é capaz de tomar a decisão concreta sobre o tipo e a forma da própria existência política, ou seja, de determinar, na sua integralidade, a existência da unidade política. Nessa perspectiva, como bem averba Ernst-Wolfgang Bockenforde, do ponto de vista da teoria e da dogmática constitucional, o poder constituinte não pode ser reduzido – como pretendem alguns – à noção de uma norma hipotética fundamental (como no caso da teoria de Hans Kelsen) ou mesmo reconduzido a um fundamento de direito natural, já que o poder constituinte há de ser compreendido (pelo menos também!) como uma grandeza política real, que fundamenta a força normativa (jurídica) da constituição, razão pela qual o poder constituinte não pode existir no interior ou mesmo com base numa constituição, como se fosse um órgão criado pela constituição, mas preexiste, cria e limita a própria constituição e os poderes constituídos”. SARLET, Ingo Wolfgang. Notas a respeito dos direitos fundamentais e “cláusulas pétreas” na constituição federal de 1988. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições! Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 371.

<sup>5</sup> ENCINAR, José Juan Gonzalez; MIRANDA, Jorge; LAMOUNIER, Bolívar; NOHLEN, Dieter. El proceso constituyente. Deducciones de cuatro casos recientes: España, Portugal, Brasil y Chile. In: *Revista de Derecho Constitucional e Internacional*, v. 1, out. 1992, p. 38.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98.

Sobre esta última, mister distingui-la dos demais movimentos sociais. Na revolução ou no golpe, verifica-se uma sucessão constitucional, material e formal. Da suplantação da Velha Ordem advirá uma *novel* Carta Política e sua formalização observará um procedimento contínuo e comumente longo. Na transição, ao revés, está-se diante de um processo preparatório de substituição da Constituição vigente por outra, marcado por um termo resolutivo. Muitas vezes, o órgão constituído para finalizar o regime combalido será o mesmo para inaugurar o novo texto.<sup>7</sup>

O conceito de transição vincula-se ao estabelecimento de uma nova Lei Fundamental mediante apelo ao legislador inaugural, sem passar pelo crivo da ruptura revolucionária ou golpista que, por sua natureza, não segue as regras estabelecidas pela normatividade vigente.<sup>8</sup>

Salienta-se que a transição possui diferentes efeitos quando da análise da transposição das Constituições. É de se observar que determinados valores deverão acompanhar o texto máximo recém editado, inclusive, a alteração da personalidade do sujeito de Direito Internacional, no caso de surgimento de um novo Estado Soberano. O diferencial está na instituição de regime político diverso, quando a transição formal deverá ser manifestamente estabelecida por reforma constituinte.<sup>9</sup> Ali, a legitimidade substancial do poder derivado destaca-se como mais importante do que a trajetória legal, porquanto, pelo seu exercício, se efetivará a transmutação da ordenação revogada.<sup>10</sup> A continuidade ou não da positividade instituída não se estabelece de forma imediata, observa um contexto temporal de longas fases a sobressair-se no momento da transposição normativa. Nas demais formas – revolução ou golpe de Estado – o processo resultará na instauração

<sup>7</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6.ed. Tomo II. Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 113.

<sup>8</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 150.

<sup>9</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de. *Las transiciones constitucionales. Desarrollo y crisis del constitucionalismo a finales del siglo XX. Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 174.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 176.

do governo da maioria ou na ditadura, a depender do caudal social nas quais se instalaram.

Dois foram os critérios que sinalizaram a transição constitucional brasileira: inicialmente a formalização de uma Comissão Interpartidária junto ao Poder Legislativo para analisar o projeto do novo texto magno, adequando-o às diretrizes da Nova República; e, *a posteriori*, a criação da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, como fase preparatória da Carta Política para deliberação futura da Assembleia de primeiro grau.<sup>11</sup>

O que se observou, quando da composição do ato convocatório assinado pelo Presidente José Sarney não foi um gesto revolucionário, menos ainda, um rompimento com o ordenamento então prevalecente, mas um diálogo entre poder constituído e constituinte, por intermédio da edição da Emenda Constitucional n. 26, de 17 de novembro de 1985, que convocou este último.

### 3. O PODER CONSTITUINTE DERIVADO E SUAS MANIFESTAÇÕES

A necessidade de alteração ampla ou pontual da Lei Maior se dá por regulação específica, a saber: emenda, revisão ou ambas. Note-se que após o atuar do legislador secundário, não se distinguem as regras apriorísticas das subsequentemente promulgadas, (ressalvadas evidentemente aquelas revestidas de petrealidade), porque ambas encerraram idêntico sopesamento jurídico.

Muito embora a doutrina oscile quanto às modalidades da reforma, ela impende conceituá-las didaticamente com vistas a um melhor enquadramento do tema.

A reforma é gênero de duas espécies: a revisão, a traduzir-se numa modificação ampla e abrangente da Lei Maior; e, a emenda, caracterizada por alterações pontuais e específicas aos dispositivos constitucionais determinados. São formas distintas de interveniência

<sup>11</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Poder Constituinte e Transição Constitucional. Perspectiva histórico constitucional*. 2. ed. rev. e atual. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 209.



legislativa, porém, as duas demandam a manifestação do constituinte secundário.<sup>12</sup>

Tendo como base o poder instituidor, o derivado calca-se em ordem normativa fundante, a saber: seu exercício apoia-se nas *voluntas* das forças determinantes fundadoras da Carta Política que estatuiu o *iter* modificativo *pro futuro*.

Diferentemente do poder constituinte inicial, o reformador está previsto na Constituição e, por conseguinte, sujeita-se às limitações, pois, embora possa criar normas com características de novidade, cria-as dentro de regras previamente estabelecidas.

Nesta qualidade encontra-se regulado pela Lei Maior, a qual fixa a forma de sua manifestação, estabelece seus limites, enfim, cria a sua competência. Por outras palavras, é um poder de direito limitado pelo alto regramento hierárquico.

A classificação das limitações normalmente é agrupada pelos diversos autores em formais e materiais. Limitações materiais são aquelas concernentes ao conteúdo da reforma, à questão de fundo ou matéria podendo constar, expressa ou implicitamente, na *Lex Magna*. As limitações formais, por seu turno, referem-se às proibições temporais, circunstanciais e procedimentais a serem observadas na elaboração da reforma.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 242.

<sup>13</sup> Expressas ou implícitas nas Constituições, as limitações ganham sentido polêmico com o confronto de ideias entres aqueles que as admitem ou não. Autores como BURDEAU, HAURIOU, ESMEIN, MORTATI, BARILE, BALLADORE PALLIERI, MARCELO REBELO DE SOUZA, GOMES CANOTILHO, dentre outros, consideram tais limites insuperáveis. Suas argumentações se fulcram na limitação do poder revisional, poder constituído por excelência, e sua subordinação a uma regra superior que lhe define a competência. De tal fato decorre que, ab-rogando tais limites, estar-se-ia destruindo-se o fundamento da própria competência do poder de revisão. Ademais, considerando os regimes que repousam sobre o princípio da soberania nacional, se uma autoridade constituída tivesse a plenitude do poder constituinte e pudesse, por via de consequência, modificar a estrutura política do Estado, a Nação não mais seria a *maîtresse* da Constituição, donde deflui a necessidade de exigir-se que o poder dos órgãos constituídos sejam limitados e determinados por uma regra superior que lhes defina a competência.” *Vide*: BURDEAU, George, *Traité de Science Politique*,



## Por muito tempo defendeu-se a tese da imutabilidade absoluta das

Tomo IV, Paris: LGDJ, 1969, p. 250 *et seq.*; HAURIOU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Tradução de Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Reús, 1927, p. 322-325; ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*. 7. ed. Paris: Recueil Sirey, 1921, p. 568 *et seq.* do Tomo I e p. 495 *et seq.* do Tomo II; MORTATI, Constantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 7. ed. Padova: Cedam, 1967, p. 974 a 979 do volume II; BARILE, Paolo, *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 2. ed. Padova: Cedam, 1975, p. 222-223 e *La libertà nella Costituzione- Lezioni*, Padova: Cedam, 1966, p. 62-63; PALLIERI, Balladore, *Diritto Costituzionale*. 5. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957, p. 249-253; SOUZA, Marcelo Rebelo de, *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga: Livraria Cruz, 1979, p. 78-85; CANOTILHO, J.J. Gomes, *O Problema da Dupla Revisão na Constituição Portuguesa*, separata da Revista Fronteira, Coimbra, dezembro de 1978 e *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1977, p. 426 *et seq.* No Brasil, consultar: SOUZA SAMPAIO, Nelson de *O Poder de Reforma Constitucional*, Bahia: Livraria Progresso, 1954, p. 84 *et seq.*, BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 173-198; SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 63-70.

Um segundo argumento baseia-se no fato de que as formas de revisão são comandadas pelo regime político definido na Constituição. Existe uma solidariedade entre o fundamento político-filosófico da Constituição e o tipo de revisão que ela prevê, uma vez que a competência revisional está a serviço de um ideário jurídico e estar-se-ia diante de um verdadeiro *detournement de pouvoir*, caso ela fosse o instrumento para a instauração de uma ideia diferente.

Em contraposição à tais argumentos, há autores que rechaçam a legitimidade ou eficácia jurídica dos limites da revisão constitucional. Conforme JORGE MIRANDA, “aqueles que impugnem a legitimidade ou a eficácia jurídica das normas de limites materiais aduzem a inexistência de diferença de raiz entre Poder Constituinte Originário e poder de revisão – ambos expressão da soberania do Estado e ambos, num Estado democrático representativo, exercidos por representantes eleitos; a inexistência de diferença entre normas constitucionais originárias e supervenientes – umas e outras, afinal, inseridas no mesmo sistema normativo - e a inexistência de diferença entre matérias constitucionais – todas do mesmo valor, se constantes da mesma Constituição formal”. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, p cit., p. 167. O poder constituinte de certo momento, não é superior ao do momento posterior. Pelo contrário, deve aplicar-se a regra geral da revogabilidade das normas anteriores pelas subsequentes, pelo que propõe o autor a dupla revisão. Num primeiro momento seriam suprimidos os óbices à reforma e, num segundo, seria ela implementada.

JORGE REINALDO VANOSSI, examinando a questão das cláusulas pétreas implícitas e explícitas, conclui pela inutilidade e relatividade destas últimas. Afirma ele que a virtualidade dessas cláusulas é nenhuma nos casos de violação



Constituições como proveniente da concepção contratual do Estado. Mas, não podem elas permanecer imutáveis por deverem refletir os anseios da Nação permanentemente dialéticos. Há que se ter em conta, na lição de Pinto Ferreira, “a necessidade palpável do *processus* de modificação constitucional, da sua revisão, em conformidade aos preceitos estatuídos pela própria Constituição, a fim de ajustá-la e acomodá-la continuamente, mediante medidas pacíficas, à realidade social”.<sup>14</sup>

Por certo buscam as normas fundacionais permanência e, justamente por isso, estabelecem em seus dispositivos possibilidades de mudança dos conteúdos normativos nelas insertos. Dito mecanismo detém função estabilizadora e seu êxito projeta o permanente *continuum* e a abertura no tempo do contrato social. Longe de refletir contradição, retrata o justo e necessário equilíbrio inerente a toda e qualquer legislação.<sup>15</sup>

Deve-se resguardar, contudo, a identidade das Cartas Máximas como um todo. Daí, o legislador originário fixar disposições intangíveis, que têm por escopo impedir transtornos radicais que possam desnaturá-las.<sup>16</sup> O poder de primeiro grau é, pois, soberano, para dotar

---

ou rompimento revolucionário das proibições, de superação revolucionária de toda a Constituição e de derrogação da própria norma constitucional proibitiva. VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoria Constitucional – Teoria Constituyente*. Buenos Aires: Deplama, 1975, p. 190-192. De relevo, ainda, a posição de BISCARETTI DI RUFFIA, ao negar a existência de limites implícitos e defender a reforma substancial da Constituição, movendo-se sempre no âmbito do direito vigente. Partindo da premissa de que os órgãos de reforma são órgãos constituídos, poderiam eles inovar substancialmente a Constituição, sem destruir as bases de sua própria autoridade, já que o ordenamento estatal, uma vez criado e vivendo sua própria existência, pode desenvolver-se, valendo-se dos procedimentos e dos órgãos destinados a isso. *Direito Constitucional – Instituições de Direito Público*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 227 *et seq.*

<sup>14</sup> FERREIRA, Luiz Pinto – *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5. Ed. Tomo I. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1971, p. 159.

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Notas a respeito dos direitos fundamentais e “cláusulas pétreas” na constituição federal de 1988. In: *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições! Homenagem a Paulo Bonavides*. *Op. cit.*, p. 371.

<sup>16</sup> Neste ponto, LOEWENSTEIN estabelece duas espécies de limitações. Segundo ele, de uma parte, existem medidas para proteger concretas instituições cons-



de intangibilidade qualquer das disposições que entenda deverem ser intocáveis. Tais proibições, denominadas de cláusulas pétreas, constituem barreiras intransponíveis à atuação reformadora.<sup>17</sup>

titucionais, é a chamada intangibilidade articulada; de outra, existem aquelas que servem para garantir determinados valores fundamentais da Constituição, que não devem estar necessariamente expressos em disposições ou instituições concretas, mas que regem como “implícitos, imanentes ou inerentes”. Na primeira hipótese, determinadas normas constitucionais não são passíveis de alteração em razão de uma proibição jurídica, na segunda, a proibição da reforma se produz a partir do espírito, do *telos* da Constituição, sem uma proclamação expressa. Indo além, o autor identifica os casos em que as disposições articuladas de intangibilidade podem intentar-se: 1) na proteção a forma republicana de governo perante a restauração monárquica; 2) na proibição em reeleger o Presidente por mais de um mandato ao cargo presidencial; 3) na proibição de modificar a forma democrática de governo; 4) na proibição de modificar os direitos fundamentais; 5) a estrutura federal e 6) ocasionalmente, se encontram também proibições de efetuar reformas que contradigam o *espíritu* da Constituição. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979, p. 189-190.

<sup>17</sup> Os exemplos são facilmente encontrados no Direito Comparado. Com relação à forma republicana de governo, a primeira manifestação dessa limitação ao poder reformador é ilustrada pela Lei Constitucional francesa de 14 de agosto de 1884, art. 2º. Na França, a mesma proibição foi reproduzida nas Constituições de 1946 – art. 95 – e 1958 – art. 89. Ainda as Constituições da República Federal Alemã de 1949 – art. 79; da Itália de 1947 – art. 139; de Portugal de 1911 – art. 82, § 2º. No Brasil, as Constituições republicanas de 1891 – art. 90, § 4º; de 1934 – art. 178, § 5º; de 1946 – art. 217, § 6º; de 1967 – art. 50, § 1º e a Emenda Constitucional nº 1/1969 – art. 47, § 1º. Também a forma monárquica de governo é matéria intocável em algumas Constituições como a da Grécia de 1952 – art. 108 – e a da Bélgica de 1831. Nas Constituições de alguns Estados federais há proibição de alterações do regime federativo. Um exemplo muito citado é o artigo V da Constituição soa Estados Unidos que proibe seja suprimida a igualdade de representação dos estados no Senado Federal. Na Constituição Brasileira de 1891 – art. 90, § 4º, havia, tal qual na Carta norte-americana, a proibição da desigualdade de representação dos estados no Senado, bem como vedava, expressamente, proposta de emenda tendente a abolir a forma republicana representativa. As Constituições que se seguiram, à exceção da de 1937, mantiveram esta última proibição, como também procuraram preservar a Federação, não permitindo que o poder reformador a alcançasse.

Comumente alvo das limitações são, ainda, os direitos fundamentais. A Constituição Federal Alemã, no seu art. 79, alínea 3, proibe sua revisão. De igual modo a Constituição Portuguesa de 1976 – art. 290, alínea *d*, e a Constituição de 1988 – art. 60, § 4º, inciso IV.



### 3.1 A REVISÃO CONSTITUCIONAL

As alterações da política e dos dogmas institucionais são o corolário para o aprimoramento da percepção da realidade contemporânea contemplada a partir da velocidade dos acontecimentos sociais e das crises de autoridade que, dificilmente, solucionam-se de imediato para consagrar a estabilidade jurídica e preservar a unidade nacional.<sup>18</sup>

O poder reformador contemplado como fenômeno que visa mudanças institucionais profundas, atua no interior da normatividade sem extrusões ou quebra de autoridade, de forma predefinida.<sup>19</sup> Possui como principais características ser secundário, condicionado e instituído pelo inicial.

Quando da elaboração da *Lex Magna* há um nítido período de adequação do texto promulgado à realidade. A Constituição Brasileira previu a emenda e o processo revisional cinco anos após sua entrada em vigência para alterá-la validamente. Naquela altura, muito se questionou acerca do breve lapso temporal instituído para a revisão. As dúvidas cingiam-se a possível instabilidade que poderia advir da reforma, em oposição a perenidade da Lei Organizacional da Nação.<sup>20</sup> A despeito dos temores, as emendas revisionais revelaram relevância, na medida em que, associadas temporalmente ao plebiscito e ao referendium previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foram discutidos em momento adequado e oportuno temas que envolviam direitos da nacionalidade, direitos políticos, redução de mandato presidencial, dentre outros.<sup>21</sup>

Não foi por mera casualidade que a Carta Cidadã previu a reforma revisional no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 10. ed. Brasília: OAB Editora, 2008, p. 13.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 242.

<sup>20</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. *A revisão constitucional de 1993*. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21956/Revis%C3%A3o\\_Constitucional\\_1993.doc.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21956/Revis%C3%A3o_Constitucional_1993.doc.pdf)>. Acesso em: 4 jul. 2018.

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Notas a respeito dos direitos fundamentais e “cláusulas pétreas” na constituição federal de 1988. In: *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições! Homenagem a Paulo Bonavides*. Op. cit., p. 373.





Transitórias em paralelo à consulta popular após o quinquênio de sua promulgação.<sup>22</sup> Note-se que dito interregno configurou uma limitação circunstancial, e não *pro tempore*, porquanto durante os anos que a antecederam poderia a Lei Máxima ser alterada, desde que observado o estipulado pelo art. 60.

A revisão de 1993 apurou juridicamente regramentos e conteúdos normativos, constitucionalizando-os ou preservando sua hierarquia em sede infraconstitucional, com o fito de adequá-los, sistematizá-los e obstar a desvalorização da força da Constituição.<sup>23</sup>

A Assembleia Nacional Constituinte ao prevê-la autorizou excepcionalmente a redução do *quorum* e facilitou o processo deliberativo. À época, foram aprovados seis atos revisionais denominados equivocadamente de “emendas revisionais”,<sup>24</sup> cessando a atuação derivada,

<sup>22</sup> Leia-se: “Art. 3º A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

<sup>23</sup> HESSE, Konrad. *Limites da Mutação Constitucional*. In: *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*. São Paulo, 2009.

<sup>24</sup> A título de ilustra o, a emenda constitucional de revisão número 1 instituiu, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, o Fundo Social de Emergência, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabiliza o econômica, cujos recursos deveriam ser aplicados no custeio das a oes dos sistemas de saúde e educa o, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de presta o continuada, inclusive liquida o de passivo previdenciário, e outros programas de relevante interesse econ mico e social da época.

A emenda constitucional de revisão número 2 instituiu a possibilidade de a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas comissões poderem convocar não somente os Ministro de Estado, mas também quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados   Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informaçoes sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justifica o adequada.

A emenda constitucional de revisão número 3 instituiu altera oes nos dispositivos relativos   nacionalidade tais como a revoga o da possibilidade de registro de brasileiros natos em reparti o brasileira no estrangeiro, a redu o de trinta para quinze anos no requisito de requerimento de naturaliza o aos estrangeiros de qualquer nacionalidade e a exclusão da previsão de atribui o do exercício de direitos inerentes aos brasileiros natos aos portugueses amparados com a reciprocidade no Brasil.

A emenda constitucional de revisão número 4 acrescentou ao   9  do art. 14 da Constitui o as expressões: a probidade administrativa, a moralidade para





de viés transitório, após o cumprimento de sua finalidade. E isso porque, se

o povo, soberano, para manifestação semidireta por meio de plebiscito ou referendo sujeita-se a limites formais estabelecidos em lei, conforme expressa determinação constitucional, com mais razão ainda está o Congresso Nacional submetido aos limites estabelecidos pelo constituinte originário, uma vez que o Congresso Nacional exerce um poder constituído. Por conseguinte, não é possível vislumbrar espaço para que o Congresso se atribua poderes que não lhe foram concedidos pelo constituinte originário.<sup>25</sup>

Ressalte-se que a revisão foi simplificada, se comparada à emenda, na medida em que sua aprovação exigiu, tão somente, a maioria absoluta do Congresso Nacional, em sessão unicameral. O Legislativo atuou como casa única, com discussão conjunta dos parlamentares – senadores e deputados federais, naquele ato, constituintes derivados – detentores de voto com peso equivalente.<sup>26</sup>

Sabido que o ADCT previu a possibilidade de substituição do sistema presidencialista e da forma republicana de Estado, consagrados provisoriamente na *Lex Maxima*, por meio de consulta plebiscitária realizada em 21 abril de 1993. A consciência popular, à época,

o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e, após a expressão a fim de proteger, passando o dispositivo a vigorar com a seguinte redação: Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

A emenda constitucional de revisão número 5 substituiu a expressão “cinco anos” para “quatro anos” relativa ao período do exercício do mandato do Presidente da República.

A emenda constitucional de revisão número 6 tratou sobre a suspensão dos efeitos da renúncia de parlamentar submetido a processo que visasse ou pudesse levar à perda do mandato.

<sup>25</sup> BUHLER, Aline. *Revisão Constitucional no Brasil: uma análise crítico-processual*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007, p. 34.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 37.



manifestou-se baseada no tradicionalismo pátrio e referendou a forma e o regime de governo instituídos desde a proclamação da República.

Nesse sentido, a atuação revisora procedeu um dos principais ajustamentos decorrentes do exercício da democracia direta, como também delimitou as regras do interregno experimental da Lei Maior, consagrando a vontade popular tal qual sufragada.

A despeito da exegese que se emprestou ao art. 3º do ADCT, inclusive no que concerne à possibilidade posterior de realização de nova revisão, fato é que o poder de reforma restou exercitado corretamente, no momento previsto pela Assembleia Constituinte, e cumpriu sua função balizadora entre a vigência e a eficácia da Constituição, não podendo mais se pronunciar dessa forma.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Como exposto, a Proposta de Emenda Constitucional de n. 157-A, de 2003, apensada à PEC n. 554/1997, que tramita no Congresso Nacional, convocando uma Assembleia de Revisão Constitucional, vulnera os limites implícitos decorrentes da Lei Maior. *In: Câmara dos Deputados*. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=131896>>. Acesso em: 20 set. 2018.

De autoria do Deputado Luiz Carlos Santos e outros, busca o projeto em tela instalar Assembleia Revisional, composta por membros da Câmara e do Senado, com o objetivo de revisar a Constituição. Na Justificação, os autores argumentam “que o caráter excessivamente analítico da Carta de 1988 produziu o inconveniente de exacerbar a imposição de limites aos poderes públicos, transformando-se em poderoso instrumento de ingovernabilidade e instabilidade jurídica face suas frequentes emendas”.

Prevê, o Substitutivo aprovado na Comissão Especial de relatoria do Deputado Roberto Magalhães, a instalação da Assembleia de Revisão Constitucional, formada pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o objetivo de revisar a Constituição.

Na Revisão Constitucional as discussões e os encaminhamentos de votação serão feitos em sistema unicameral e, em ato único, será promulgada após a aprovação do seu texto, em dois turnos de discussão e votação, por maioria absoluta de votos de cada Casa Integrante da Assembleia e, posteriormente, submetido ao referendo popular.

No tocante às limitações explícitas, as chamadas cláusulas pétreas, a Revisão observará os óbices previstos no art. 60, § 4º da Constituição, sendo-lhe vedada, outrossim, suprimir ou restringir os direitos sociais e os instrumentos de participação popular previstos no art. 14, incisos I e II, e no art. 61, § 2º, da Lei Maior. O objeto da reforma versará sobre as seguintes matérias; I – a organização dos Poderes; II – o sistema eleitoral e partidário; III – o sistema tributário nacional



### 3.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL

Tema de permanente relevo para a Ciência do Direito concerne às emendas constitucionais. A questão está centrada na existência de Cartas rígidas que, para serem revistas, exigem “a observância de uma

e as finanças públicas; IV – a organização e as competências das unidades da federação; e V – o sistema financeiro nacional.

A Assembleia de Revisão terá prazo máximo de 12 meses contados da sua instalação e poderá decidir sobre a possibilidade de autorização de Revisões periódicas da Constituição, com intervalos não inferiores a cinco anos.

Em princípio, nada haveria que se objetar contra esta modalidade de reforma, tivesse ela sido prevista pelo Constituinte Originário. Não tendo sido, ou melhor, tendo sido para tão somente realizar-se uma única vez, cinco anos após a promulgação da Carta *Magna*, nos moldes do preceituado pelo art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, “eticamente intolerável e juridicamente aberrante que o Congresso Nacional aumente *ex officio* a competência que lhe foi atribuída pela Constituição”, conforme expressou o Professor Fábio Konder Comparato em audiência pública no dia 7 de fevereiro de 2006 na Comissão Especial da Câmara dos Deputados para debater a PEC 157-A/03.

Isso porque, “as normas de alteração de uma constituição representam a garantia de sua vigência e força vinculante. É a suprema garantia institucional da ordem jurídica, como dizem os constitucionalistas alemães. Portanto essas normas de alteração são de interpretação estrita e vinculam todos os poderes constituídos e até mesmo o povo soberano. Um Estado de Direito é um Estado de limitação institucional de poderes. Todos os agentes públicos e políticos e até mesmo o povo soberano estão limitados na sua atuação política”. COMPARATO, Fábio Konder. *Audiência Pública na Comissão Especial em 7 de fevereiro de 2006*.

Ora a soberania popular é limitada pelas determinações constitucionais, pelo que não há como prevalecer o referendun popular como mecanismo legitimante desta reforma, porque tal instrumento não tem o condão de validar ato inconstitucional. E o referendo não convalida inconstitucionalidade nem de leis, tampouco de reformas à Constituição.

Assim, se nem o povo soberano pode ultrapassar os regramentos constitucionais em períodos de normalidade institucional, menos ainda, o Congresso Nacional, um Poder instituído, alterando o *modus faciendi* da reforma, submetido que está aos limites procedimentais implícitos consubstanciados na positividade máxima. Como consequência, restará ampliada indevidamente a competência legiferante do Parlamento, que não fora prevista pelo Poder Constituinte Originário. Nestes termos, só se pode alterar a Constituição pelo modo nela autorizado, sob pena de refundá-la. Irrecusável, portanto, destruir a PEC n. 157-A/2003 a arquitetura constitucional brasileira, colocando em risco a supremacia da Carta Cidadã.



forma particular distinta da forma seguida para elaboração das leis ordinárias”,<sup>28</sup> resultando uma relativa imutabilidade do texto magno.

Isso não significa que as flexíveis não ofereçam problemas para a sua reforma,<sup>29</sup> porém, é a rigidez que contempla a previsão de um processo mais dificultoso para efetivar-se a mudança legislativa, observando-se com maior nitidez os limites e o *modus faciendi* ditado pelo Colégio da Soberania.

Tal como já colocado, a reforma é um procedimento formal de alteração da Grande Norma exercitado pelo legislador de segundo grau. Conquanto o Parlamento exerça o *múnus*, não há que confundir os diferentes misteres a ele atribuídos: o de produtor de norma infraconstitucional e o de reformador da *Lex Magna*.

A Constituição Brasileira é classificada como rígida por reproduzir a existência de um *processus* especial para sua alteração, *ex vi* do art. 60.<sup>30</sup> Dita previsão denota preocupação com a estabilidade e

<sup>28</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, op. cit., p. 121. Sobre a rigidez constitucional consultar: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 980; BRYCE, James, *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952.

<sup>29</sup> É o caso da Constituição Argentina. Nela não existem cláusulas pétreas e seu texto autoriza a reforma no todo ou em qualquer de suas partes. A necessidade da reforma, no entanto, deve ser declarada pelo Congresso com o voto de 2/3, no mínimo, de seus membros, em cada Casa – Câmara dos Deputados e Câmara dos Senadores – e se efetuará por meio uma Convenção convocada para este efeito. Assim, depois de aprovada a reforma pelo Congresso, faz-se mister uma convocatória de uma convenção constituinte pelo Poder Executivo.

<sup>30</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I –

atualização da *ratio legis*, sabido que a *societatis*, em constante progressão, impõe câmbios, por vezes estruturais, na positividade.<sup>31</sup>

A reforma tem por escopo ajustar a regra máxima à conjuntura social e à política mutante. Não se pode confundi-la com a suspensão, supressão ou revogação dos preceitos máximos, trata-se, antes, de amoldamento jurídico pertinente à realidade fática.

Eternizar a Constituição perpetua a alma da nacionalidade, em constante comunicação intergeracional. Imperiosa, portanto, a necessidade palpável da pacífica adequação dos seus conteúdos materiais à história presentemente vivida.<sup>32</sup>

---

a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

<sup>31</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang e; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>32</sup> FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, Tomo I, Revista dos Tribunais, São Paulo. 5. ed. 1971, p. 159. A fim de facilitar a análise acerca das limitações, são elas enumeradas por diversos autores, em duas classes distintas: materiais e formais. Limitações materiais são as concernentes ao conteúdo da reforma, à questão de fundo ou matéria, podendo constar expressa ou implicitamente no texto constitucional. Por seu turno, referem-se as limitações formais às proibições temporais, circunstanciais e procedimentais a serem observadas na elaboração da reforma. Existem, ademais, limitações ao poder constituinte originário que igualmente limitam o exercício do poder reformador mas, neste trabalho, não serão consideradas. Neste sentido consultar: MIRANDA, Jorge, *Direito Constitucional*, Tomo I, op. cit., p. 87-89; VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoria Constitucional – Teoria Constituyente*. Buenos Aires: Deplama, 1975, p. 175 *et seq.*

Divergindo da classificação acima esposada, Marcelo Rebelo de Souza, ao tratar dos limites formais ao poder de revisão, não inclui nesta categoria, as limitações temporais – a despeito de considerá-las intimamente ligadas às limitações de forma – nem, tampouco, às circunstanciais.

Segundo o autor, os limites formais são de três tipos distintos, embora interligados: a) limites quanto ao órgão ou entidade competente para exercer a iniciativa da revisão; b) limites quanto ao órgão ou entidade competente para aprovar as alterações constitucionais; c) limites concernentes às maiorias requeridas para a votação da revisão constitucional. *In: Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga: Livraria Cruz, 1979, p. 70-75.



Isso não quer significar sua superação ontológica, razão pela qual Loewenstein estabelece duas espécies de limitações: as destinadas a proteger as concretas instituições constitucionais, designadas como as de intangibilidade articulada; e, aquelas outras garantidoras de determinados valores fundamentais que não se encontram necessariamente expressos em disposições ou instituições concretas, mas regem como imanescentes ou inerentes à Lei Maior.<sup>33</sup>

Na primeira hipótese, as normas não são passíveis de alteração em face da proibição; na segunda, a vedação à reforma se produz a partir do *telos*, das premissas principiológicas que a Carta encerra. O escopo é obstar a supressão de princípios e programas eleitos na promulgação e, conseqüentemente, preservar sua identidade indelével. Lamentável, portanto, a Constituição da República Brasileira testemunhar excessivas alterações,<sup>34</sup> dando mostras de um interminável “emendismo constitucional”, nefasto para o Estado e para os cidadãos.<sup>35</sup> Este é, sem dúvida, o efeito reverso do almejado pela reforma: fazer durar no tempo o pacto fundacional da cidadania. Ao invés da perenidade, presencia-se a desconstrução do ideário e da programaticidade do pacto inaugural, desvirtuado paulatinamente de seus propósitos. Um lamentável mal que padece a Carta da Quarta República.

#### 4. AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Um mecanismo informal, mas não menos eficiente de alteração são as chamadas mutações constitucionais. Acerca delas a doutrina é variante ao defini-las como modalidade de transição constitucional. Não se pode imaginá-las sem confrontá-las com a profunda agitação

<sup>33</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 189.

<sup>34</sup> Atualmente, a Constituição Brasileira conta com 99 (noventa e nove) emendas constitucionais. A última publicada no DOU de 14 de dezembro de 2017 instituiu novo regime especial de pagamento de precatórios, alterando o Ato de Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

<sup>35</sup> Sobre o tema consultar: KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009.





que provocam nos direitos salvaguardados.<sup>36</sup> O próprio conceito já transporta as características do instituto. Leia-se:

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.

A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violar os princípios estruturantes da Lei Maior, do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional.<sup>37</sup>

A doutrina portuguesa é categórica ao interpretar a mutação como sinônimo de transição nos seguintes termos: “considerar-se-á como transição constitucional ou mutação constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.”<sup>38</sup>

À evidência, não se pode reduzir os preceitos da Norma *Normarum* à literalidade da letra nela insculpida, uma vez não ser ela, jamais, uma obra acabada. Salutar poder seu texto ser alterado, tanto formalmente quanto por meios informais e difusos que constroem e reconstroem sua principiologia.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> O Supremo Tribunal Federal aplicou a técnica em momento e temas distintos, a exemplo, do *Habeas Corpus* (HC) n. 82.959/SP, referente ao princípio da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI); o Mandado de Segurança (MS) n. 26.602/DF, sobre a regra da fidelidade partidária (art. 55, incisos I a VI); e, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132/RJ, que diz respeito à união homoafetiva.

<sup>37</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; e, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 132.

<sup>38</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003, p. 1228.

<sup>39</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. Portimão: Jurismat, n. 3, 2013, p. 55-90.





A mutação constitucional remonta a ideia da *living constitution* norte-americana, caracterizada pelo desconstrutivismo normativo máximo e difundida pela Escola da *Common Law*.<sup>40</sup>

Dois são os fatores para a sua configuração: o temporal, relacionado à historicidade do ordenamento; e, o social, que decorre da relevância interpretativa dos elementos extensivos à realidade normativa.<sup>41</sup>

A mutação afigura-se como uma mudança informal da literalidade da *ratio* em razão de as Cartas Políticas poderem ser lidas e interpretadas de diversas maneiras. Ela se dá “pela modificação da leitura do texto constitucional ao longo do tempo, produzindo uma mudança de entendimento e compreensão”.<sup>42</sup> Mas, não basta a mera alteração do significado, é necessário o transcurso de tempo razoável para a nova

<sup>40</sup> “A mutação informal foi apreendida nos Estados Unidos no Séc. XIX a propósito da noção de ‘*living constitutio*’ criada pela prática política e pela jurisprudência. A questão ganhou especial/ relevo desde o caso *McCulloch v. Maryland* (1819), tendo o Juiz Marshall defendido um construtivismo constitucional, com base na cláusula dos poderes implícitos, o qual não mereceu então especial resistência. No universo anglo-saxónico, as alterações informais da Constituição misturaram-se com direito costumeiro e com a interpretação judicial inerente a ‘*common law*’, num processo há muito assumido e que leva autores como *Lawrence Tribe* a assumir que, a par de uma Constituição textual visível existe uma normatividade constitucional invisível que desafia a linearidade da Lei Fundamental como produto acabado de uma decisão constituinte. Para o entendimento exposto, a Constituição invisível estaria no centro de gravidade constitucional e muito do que se entende por Constituição não radicaria nas fórmulas do texto normativo. Como refere *Wheare*, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho num notável e recente artigo sobre a mutação constitucional, ‘*constitutions are not made: they grow*’, podendo em tese esse crescimento resultar de vias formais e, em certos casos, de vias informais. Na Europa continental, a figura foi originariamente conceptualizada na Alemanha Imperial por Paul Laband (o talento ‘*Kronjurist*’ da *Casa Hohenzollern*) e depois por *Jellinek*, a propósito da Constituição alemã de 1871.” MORAIS, Carlos Blanco de. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. *Op. cit.*, p. 55-90.

<sup>41</sup> LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente e concentração do controle difuso na jurisprudência (autocriativa) do Supremo Tribunal Federal. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 306.

<sup>42</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 60.





exegese e o respaldo social. Dito de outra maneira, o novo significado legal deve absorver às expectativas comunitárias mutáveis a fim de revitalizar a Carta Política com as demandas contemporâneas.<sup>43</sup>

O *punctum saliens* pauta-se na contradição entre a situação constitucional e a lei constitucional, bem como na diferenciação entre reforma e mutação.<sup>44</sup> Importa denotar que as mutações são fatos consumados, são imputações fáticas histórico-políticas e de potencialidade constituinte, na medida em que as normas positivadas não conseguem representar todo o tempo os fatores reais do poder.<sup>45</sup>

Com maior aquiescência, impossível conceber o texto magno engessado perante a vontade estatal e a sociedade em progressão. As interpretações evolutivas são naturalmente resultado da flexibilização legal à *comunitas*, em constante volatilidade.<sup>46</sup>

Três categorias informais podem demudar o sentido das Constituições. São elas: a) as fontes fáticas de formação espontânea, configuradas como os costumes e convenções internacionais, que podem ser vinculativas ou ordenadoras, a exemplo das regras de *soft law*;<sup>47</sup> b) as fontes atos, criados pela vontade infraconstitucional das instituições políticas, que derogam gradativamente o sentido original da norma maior; e c) as fontes jurisprudenciais de base interpretativa, que criam e inovam normas materiais e princípios máximos.<sup>48</sup>

<sup>43</sup> *Idem*, p. 61.

<sup>44</sup> HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. In: *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*. *Op. cit.*, p. 151-152.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 155.

<sup>46</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>47</sup> “Pode-se afirmar que na sua moderna acepção ela compreende todas as regras cujo valor normativo é menos constringente que o das normas jurídicas tradicionais, seja porque os instrumentos que as abrigam não detêm o *status* de ‘norma jurídica’, seja porque os seus dispositivos, ainda que incertos no quadro dos instrumentos vinculantes, não criam obrigações de direito positivo aos Estados, ou não criam senão obrigações pouco constringentes.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Editora Forense, 2018, p. 183.

<sup>48</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. *Op. cit.*, p. 64.



As determinações legais evoluem, inicialmente, no domínio dos fatos, para, após, alcançarem o universo jurídico. Quando transcendem a barreira do mundo vivido para o normativo são consideradas vicissitudes constitucionais híbridas, já que se aproximam dos métodos de reforma, como as emendas ou revisões constitucionais.<sup>49</sup>

Outro ponto de destaque para a produção dos efeitos da mutação é a aceitação institucional tácita que a recepciona sem contrariedade, posto que, num primeiro momento, poder-se-ia concebê-la como inconstitucional.

A inércia, a aquiescência tática e a legitimação interpretativa dos tribunais criam uma mutação por sedimentação que vai fazendo o seu caminho e se acaba por impor. No fundo, a norma intrusa ocupa tranquilamente parcelas do espaço constitucional, instala-se durante um tempo razoável e adquire esse espaço por usucapião.<sup>50</sup>

Está-se diante de critérios invisíveis de decisões dos poderes políticos e jurisdicionais, consagrados com o tempo, nomeadamente pelos costumes, e, formalmente inconstitucionais; porém, anuídos, tácita ou expressamente pelo Estado no tocante à alteração interpretativa da regra.<sup>51</sup>

Decerto as gerações futuras devem manifestar-se em relação ao pacto social que as rege. Não podem ficar à mercê da *mens legislatoris* pretérita, o que justifica a necessidade de novas hermenêuticas e reformulações textuais.<sup>52</sup> Por tal motivo, impostergável o enquadramento da *Lex Magna* no seu tempo. Os instrumentos de mutabilidade garantem sua longevidade.<sup>53</sup> Afinal, como bem pondera Peter Häberle, é fundamental não aprisioná-la à uma função simbólica de reserva ética limitada a palavras, ao invés de concebê-la como instrumento de realização do Direito na implantação da vida e das Ciências Jurídicas com um todo.<sup>54</sup>

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> *Idem*, p. 65.

<sup>52</sup> DIAS, Cibele Fernandes. A interpretação evolutiva da constituição: mutação constitucional. *In: RIDB*, ano 2, 2013, n. 9, p. 9930.

<sup>53</sup> HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. 1ª reimpressão. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 3.

<sup>54</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET,



## 5. CONCLUSÃO

Finalizando, inviável sob a perspectiva sociológica estabelecer o poder constituinte inicial a Carta do futuro. A sociedade é dialética e o reflexo de tal afirmação se traduz no postulado de que a lei não pode ficar estagnada à vontade de quem a produziu. A aspiração originária configurada na manifestação do povo é intertemporal e aberta.

Conquanto a Carta Cidadã de 1988 seja um marco de proteção jus humanitária, ela carecerá sempre de novas exegeses e adequações pontuais em seus ditames, a exemplo, dos direitos cibernéticos, ambiental, da elasticidade do conceito de família, dentre outros temas palpitantes que desafiam este novo milênio e não foram cotejados no século passado. Por este motivo, o Estado Democrático de Direito deve assegurar a justa adequação da *mens legis* à Paideia.

A tendência democrática e neoconstitucional consagra que a Constituição há de responder aos anseios comuns da forma mais justa possível. Adequá-la à realidade é a melhor hipótese para cumprir o Contrato idealizado entre homens racionais e razoáveis do presente com as expectativas das gerações futuras.

Sem embargo, tanto os métodos formais quanto os informais de alteração da Grande Norma hão de acatar o sistema estabelecido e o postulado da proporcionalidade, sabido que o ordenamento não pode ser destruído pelos órgãos constituídos, sob pena de uma ruptura na ordem legitimamente instalada.

Neste ponto, merece invocação a teoria de Carl Schmitt para se ter presente a distinção por ele feita entre Constituição – decisão sobre o modo e a forma da unidade política – e leis constitucionais – as normas positivadas na Carta Magna que meramente complementam ou regulam a decisão política fundamental.

Acorde o conceito schmittiano, é na Constituição onde se encontra assentada a estrutura fundamental do Estado, seu cerne, aquilo que Loewenstein chamava de *espíritu*. Emanação direta da vontade do poder constituinte num momento específico e determinado, ela consolida regras e princípios que, se porventura suplantados, impli-

---

Ingo; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 46.



cariam na modificação do *status quo*, mesmo que tal alteração se processasse no âmbito do direito vigente, pois, nesta hipótese, estar-se-ia diante de uma transição.

Não se pretende, aqui, firmar a tese de Hauriou que criou o fenômeno da superlegalidade constitucional, distinta do conceito de Constituição escrita, para nela incluir todos os princípios fundamentais do regime, os quais deveriam ser afastados da esfera de ação do poder de revisão. Ditos princípios seriam superiores à Constituição escrita, valendo independentemente da sua inserção no texto, porque “o característico dos princípios é existir e valer sem texto”.<sup>55</sup>

O entendimento ora esposado é justo o oposto. Em uma República guiada por leis e que empunha o princípio da soberania popular, sobrelevam-se os postulados contratualistas previamente anuídos e posteriormente consagrados. Por decorrência, quaisquer violações, mesmo se processadas por mecanismos legalmente previstos ou por práticas jurisprudenciais assentes, serão inconstitucionais e merecerão rechaço. A dissintonia ou desestima constitucional geram o sentimento coletivo de anomia e enfraquecem, ao invés de fortalecerem, a crença na força normativa da *Lex Fundamental*.

A reforma e a releitura da Carta da República buscam a manutenção de seu vigor e descortinam-se como um relevante pilar de sustentação democrática, nunca de erosão, porque projetam a inelutável percepção temporal do passado futuro.<sup>56</sup>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Maria Lucia do. Constituição e organização do poder político: constitucionalismo forte, constitucionalismo débil. In: *Anuário Português de Direito Constitucional*. Coimbra: Lisboa, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.

<sup>55</sup> *Principios de Derecho Público y Constitucional, op. cit.*, p. 323.

<sup>56</sup> A expressão “futuro passado” de Koselleck foi acima utilizada de forma invertida. Vide: KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado: Contribuição Semântica dos Tempos Históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.



BARILE, Paolo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 2. ed. Padova: Cedam, 1975.

BARILE, Paolo. *La libertà nella Costituzione- Lezioni*. Padova: Cedam, 1966.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Direito Constitucional – Instituições de Direito Público*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 10. ed. Brasília: OAB Editora, 2008.

BRYCE, James. *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952.

BUHLER, Aline. *Revisão Constitucional no Brasil: uma análise crítico-processual*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007.

BURDEAU, George. *Traité de Science Politique*, Tomo IV, Paris: LGDJ, 1969.

BURDEAU, George. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 6. ed. Paris: LGDJ, 1974.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Problema da Dupla Revisão na Constituição Portuguesa*, separata da Revista Fronteira, Coimbra, dezembro de 1978.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *Debate sobre os limites para a revisão constitucional*. Audiência Pública na Comissão Especial da Câmara dos Deputados. PEC 157-A/03, 07/02/2006. Disponível em: <<http://www.ca>



mara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt070206.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

DIAS, Cibele Fernandes. A interpretação evolutiva da constituição: mutação constitucional. *In: RIDB*, ano 2, n. 9, 2013.

DINIZ, Eli. Transição, partidos e regimes políticos. Algumas considerações. *In: CAMARGO, ASPÁSIA; DINIZ, Eli (Orgs.). Continuidade e mudança no Brasil da Nova República*. São Paulo: Vértice/RT, 1989.

ENCINAR, José Juan Gonzalez; MIRANDA, Jorge; LAMOUNIER, Bolivar; NOHLEN, Dieter. El proceso constituyente. Deducciones de cuatro casos recientes: España, Portugal, Brasil y Chile. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.1, out. 1992.

ESMEIN, A., *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*. 7. ed. Tomo I e I. Paris: Recueil Sirey, 1921.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5. ed. Tomo I, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1971.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. 1ª reimp. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Tradução de Carlos Ruiz del Castilho. Madrid: Reús, 1927.

HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. *In: Temas Fundamentais de Direito Constitucional*. São Paulo, 2009.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado: Contribuição Semântica dos Tempos Históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009.

LESSA, Renato. Fados de um Republicidío. *In: CAMARGO Aspácia e DINIZ, Eli (Orgs.). Continuidade e mudança no Brasil da Nova República*. São Paulo: Vértice/RT, 1989.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.



LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente e concentração do controle difuso na jurisprudência (auto-criativa) do Supremo Tribunal Federal. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *A revisão constitucional de 1993*. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21956/Revis%C3%A3o\\_Constitucional\\_1993.doc.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21956/Revis%C3%A3o_Constitucional_1993.doc.pdf)>. Acesso em: 4/7/2018. Acesso em: 4 jul. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. 6. ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Tomos I e II. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MORAIS, Carlos Blanco de. *As mudanças constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. Jurismat, Portimão, n. 3, 2013.

MORTATI, Constantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 7. ed. Padova: Cedam, v. II, 1967.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2018.

PALLIERI, Ballardore, *Diritto Costituzionale*. 5. ed. Dott. Milano: A. Giuffrè, 1957.

PESSOA, João Paulo. A transição constitucional e o papel das disposições constitucionais transitórias: o caso do Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 23, n. 1, 2017.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.



SARLET, Ingo Wolfgang. Notas a respeito dos direitos fundamentais e “cláusulas pétreas” na constituição federal de 1988. In: *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições! Homenagem a Paulo Bonavides*. Coord. George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. *O Constitucionalismo Brasileiro. Evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA SAMPAIO, Nelson de. *O Poder de Reforma Constitucional*. Bahia: Livraria Progresso, 1954.

SOUZA, Marcelo Rebelo de. *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*. Braga: Livraria Cruz, 1979.

VANOSI, Jorge Reinaldo. *Teoria Constitucional – Teoria Constituyente*. Buenos Aires: Deplama, 1975.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Las transiciones constitucionales. Desarrollo y crisis del constitucionalismo a finales del siglo XX*. Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

WACHOWICZ, Marcos. *Poder Constituinte e Transição Constitucional. Perspectiva histórico constitucional*. 2. ed. rev. e atual. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

## JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132/RJ, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, Ata n. 12, de 5/5/2011. DJE n. 89/2011 – data da publicação 13/5/2011.

\_\_\_\_\_. (STF). *Habeas Corpus* (HC) n. 82.959/SP. Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006. Data de publicação DJ 01/09/2006 – Ata n° 27/2006.

\_\_\_\_\_. (STF). Mandado de Segurança (MS) n° 26.602/DF. Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 04/07/2007. Data de publicação DJe 17/10/2008 – Ata n. 33/2008.

## DOCUMENTOS

ALEMANHA – Constituição da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949. Disponível em: <<http://www.verfassungen.ch/de/gg49-i.htm>>.

BÉLGICA – Constituição do Reino da Bélgica de 7 de fevereiro de 1831. Disponível em: <<https://wallex.wallonie.be/PdfLoader.php?type=doc&linkpdf=2962-2303-1355>>.

BRASIL – Proposta de Emenda Constitucional 157/A. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=131896>>. Acesso: 20 set. 2018.

BRASIL – Constituição Brasileira de 1891. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>.

BRASIL – Constituição Brasileira de 1934. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. 1937, de 1946, de 1967.

BRASIL – Constituição Brasileira de 1937. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>.

BRASIL – Constituição Brasileira de 1946. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>.

BRASIL – Constituição Brasileira de 1967. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>.

BRASIL – Emenda Constitucional n. 1/1969. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>.

BRASIL – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

BRASIL – Emenda Constitucional de Revisão n. 1, de 1º de março de 1994. *Acrescenta os arts. 71, 72 e 73 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. DOU: 2/3/1994.

BRASIL – Emenda Constitucional de Revisão n. 2, de 7 de junho de 1994. *Altera o caput do art. 50 e seu § 2º, da Constituição Federal*. DOU: 9/6/1994.

BRASIL – Emenda Constitucional de Revisão n. 3, de 7 de junho de 1994. *Altera a alínea “c” do inciso I, a alínea “b” do inciso II, o § 1º e o inciso II do § 4º do art. 12 da Constituição Federal.* DOU: 9/6/1994.

BRASIL – Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 7 de junho de 1994. *Altera o § 9º do art. 14 da Constituição Federal.* DOU: 9/6/1994.

BRASIL – Emenda Constitucional de Revisão n. 5, de 7 de junho de 1994. *Altera o art. 82 da Constituição Federal.* DOU: 9/6/1994.

BRASIL – Emenda Constitucional de Revisão n. 6, de 7 de junho de 1994. *Acrescenta o § 4º ao art. 55 da Constituição Federal.* DOU: 9/6/1994.

FRANÇA – Constituição da República Francesa de 25 de fevereiro de 1875. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1875-iiie-republique>>.

FRANÇA – Constituição da República Francesa de 4 de outubro de 1946. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique>>.

FRANÇA – Constituição da República Francesa de 4 de outubro de 1958. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>>.

GRÉCIA – Constituição da República Helênic de 1974. Disponível em: <<http://www.hri.org/docs/syntagma/>>.

ITÁLIA – Constituição da República Italiana de 27 de dezembro de 1947. Disponível em: <[https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST\\_POR-TOGHESE.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_POR-TOGHESE.pdf)>.

PORTUGAL – Constituição da República Portuguesa de 11 de março de 1911. Disponível em: <<http://www.laicidade.org/wp-content/uploads/2006/10/constituicao-1911.pdf>>.

PORTUGAL – Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>>.

*Recebido em 07/12/2018*

*Aprovado em 17/01/2019*



# 4

## A MORAL E O DIREITO SOB A ÓPTICA DE ÉMILE DURKHEIM

(MORALITY AND LAW FROM THE  
STANDPOINT OF EMILE DURKHEIM)

Rachel Capúcio de Paula e Silva<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem como objeto de análise a concepção moral e jurídica sob a óptica do sociólogo francês Émile Durkheim. O texto aborda a sociologia, os conceitos e pressupostos fundamentais, as semelhanças entre Moral e Direito, a partir do pensamento de Durkheim nas suas principais obras. O artigo destaca, ainda, como conclusão, a importância das regras morais e jurídicas para o controle social.

**Palavras-chave:** Sociologia. Émile Durkheim. Concepção moral. Concepção jurídica.

### ABSTRACT

The present article has as object of analysis the moral and legal conception from the standpoint of the French sociologist Émile Durkheim. The text discusses the topics of sociology, concepts and fundamental assumptions, the parallelisms between Morality and Law, from the thought of Durkheim in his main publications. The article also proposes, as a conclusion, the importance of Morality and Law for social control

<sup>1</sup> É advogada, graduada no Centro Universitário de Belo Horizonte (Uni-BH), pós-graduada em Direito do Estado (Universidade Anhanguera/Uniderp) e em Ciências Criminais (Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen).



**Keywords:** Sociology. Émile Durkheim. Moral conception. Legal conception.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Sociologia de Durkheim; 3 Conceitos e pressupostos fundamentais do pensamento sociológico de Durkheim; 4 Moral e direito no pensamento de Durkheim; 5 Conclusão; 6 Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo ora proposto tem como tema a Moral e o Direito no pensamento do sociólogo francês Émile Durkheim.

Durkheim considerava que Direito e a Moral são inseparáveis, pois o Direito nada mais é do que o sistema institucionalizado de regras que garante o cumprimento dos deveres morais. Ademais, a formação moral do sujeito é que garante o cumprimento espontâneo das regras jurídicas.

Hoje, em virtude, principalmente, do positivismo jurídico identifica-se cisão teórica, talvez irrecuperável, entre Direito e Moral. Entende-se que essa separação radical não é salutar para o bom funcionamento do Direito na vida social.

Assim, pretende-se analisar a Moral e o Direito, a partir da teoria de Durkheim, ou seja, considerando o Direito no contexto de construção da vida social, bem como, seus elementos constitutivos que se encontram emaranhados na teoria moral daquele pensador.

## 2. SOCIOLOGIA DE DURKHEIM

Para entender a filosofia e os pensamentos de Émile Durkheim é necessário que se entenda o período histórico em que ele viveu e traçar, ainda que brevemente, sua biografia.

David Émile Durkheim nasceu no dia 15 de abril de 1858, em Épinal, localizada no nordeste da França, entre a Alsácia e a Lorena, vindo a falecer em 15 de novembro de 1917, em Paris.



Foi o fundador da escola francesa, mesclando a pesquisa empírica com a teoria sociológica. Não obstante, foi considerado o pai da Sociologia moderna.

É reconhecido como grande teórico no conceito da coerção social e o seu trabalho estava preocupado com a forma como as sociedades poderiam manter sua integridade e coerência na modernidade, uma era em que tradicionais laços sociais e religiosos não são mais assumidos e em que novas instituições sociais têm surgido.

Durkheim é um autor do final do século XIX e início do século XX, ou seja, um contemporâneo. Esse período é marcado por grandes conturbações, pois ocorria a transição do feudalismo europeu para o capitalismo, que se arrasta do século XVI até o século XX. Nesse intervalo, aconteceram várias mudanças econômicas, políticas e sociais que tiveram consequências também no pensar.

Na visão de Durkheim, a sociedade europeia encontrava-se pouco integrada; a família e a religião tocavam os seus alarmes, a fim de demonstrar o seu enfraquecimento, no que diz respeito às suas funções. Para ele, essa era a hora de procurar novas alternativas, novas fontes de solidariedade e de consenso entre os indivíduos da sociedade, para fortalecer, assim, a união coletiva.

Nesse período, a França passava por inúmeras mudanças. Surgiam as lutas de classes e o questionamento da moral religiosa que abria espaço para a ciência e a educação como meios de formação do espírito humano.

E uma das primeiras coisas que ele fez, foi propor regras de observação e de procedimentos de investigação que fizessem com que a Sociologia fosse capaz de estudar os acontecimentos sociais.

Foi nesse contexto, que Émile Durkheim passou a buscar novas opções de conduta para os indivíduos, como forma de neutralização das crises econômicas e políticas que viviam à época.

Mas para Durkheim, os problemas que a sociedade desse período enfrentava eram de cunho moral e não econômico. A análise das questões morais de uma coletividade necessitava de metodologia nova e a elas apropriada.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> DURKHEIM, s.d.b.





### Sobre tal problema manifestou-se Durkheim:

[...] É tempo de entrar mais diretamente em relação com os fatos, de adquirir com seu contato o sentimento de sua diversidade e sua especificidade, a fim de diversificar os próprios problemas, de determinar e aplicar-lhes um método que seja imediatamente apropriado à natureza especial das coisas coletivas.<sup>3</sup>

A consciência coletiva, segundo Émile Durkheim, é a força coletiva exercida sobre um indivíduo, que faz com que este aja e viva de acordo com as normas da sociedade na qual está inserido.

Assim como na vida mental, a consciência coletiva é feita de representações que transcendem a esfera individual, por sua superioridade e atua com força sobre as consciências individuais. A consciência coletiva é fruto de pequenas contribuições individuais, que juntas, formam o todo, não sendo fruto de teorias metafísicas, mas de fatos sociais reais.

Segundo o pensador francês, existem duas consciências distintas em cada indivíduo: uma é aquela que se confunde com o todo da sociedade e ajuda a formá-la, a outra é a que cada pessoa tem de particular e que a faz um indivíduo diferente dos demais, apesar de fazer parte do todo.

Nessa concepção, fica claro que em uma sociedade o todo não é apenas o resultado da soma de cada uma de suas partes, mas algo distinto delas.

O indivíduo se submete à sociedade e é nessa submissão que ele encontra abrigo. A sociedade que o força a seguir determinados padrões, é a mesma que o protege e o faz sentir-se como parte de um todo estruturado e coeso. Essa dependência da sociedade traz consigo o conforto de pertencer a um grupo, um povo, um país.

Essa formação social do eu, ocorre pela interiorização dos fatos sociais, ou seja, dos padrões de agir e pensar do grupo em que se insere o sujeito. Nem toda ação de um grupo é fato social.

Para ser considerado fato social, uma ação precisa preencher três requisitos: a generalidade, a exterioridade e a coercitividade, ou seja, o que as pessoas pensam, sentem e fazem independentemente da vontade individual, é um comportamento estipulado pela sociedade e não imposto a alguém em especial.

<sup>3</sup> DURKHEIM, s.d.a.





E é na investigação da vida e da ação do ser humano em sociedade, segundo os fatos sociais, que Durkheim correlaciona a Sociologia, o Direito e a Moral.

Hoje, para os aplicadores do Direito, é público e notório que ambas as ordens normativas apresentem estrutura complexa e orgânica, dotadas de regras e leis, cada qual com a sua sanção, regendo, assim, a vida em sociedade para cada indivíduo. Entretanto, à época de Durkheim, essa clareza quanto às esferas de atuação desses conjuntos de regras na sociedade não havia ainda se formado.

No pensamento de Durkheim, tanto o Direito quanto a Moral são considerados instrumentos de coação social, ou seja, mantenedores da ordem social. Em locais em que existem vários indivíduos dividindo o mesmo espaço, é necessário que se desenvolva forma de controlar as situações existentes ou que estão por vir. Cada indivíduo possui uma esfera de ação que é o limite da ação do outro e que deve ser respeitado.

A partir do momento que essa limitação é ultrapassada, o indivíduo infringe os preceitos básicos de convivência de uma determinada sociedade e, dessa forma, deverá ser submetido a algum tipo de sanção. Só assim é possível o convívio social harmonioso.

Para Durkheim,

[...] ao mesmo tempo em que as instituições se impõem a nós, aderimos a elas; elas comandam e nós as queremos; elas nos constringem, e nós encontramos vantagens em seu funcionamento e no próprio constringimento. [...] talvez não existam práticas coletivas que deixem de exercer sobre nós esta ação dupla, a qual, além do mais, não é contraditória senão na aparência.<sup>4</sup>

A sociedade precisa ter regras claras, valores e limites para fazer com que o indivíduo se sinta seguro e protegido em relação ao comportamento do outro.

Para Durkheim, o importante é que o indivíduo se sinta parte do todo e que necessite realmente da sociedade e contribua para a sua manutenção.

<sup>4</sup> QUINTANEIRO, 2002, p. 76





### 3. CONCEITOS E PRESSUPOSTOS FUNDAMENTAIS DO PENSAMENTO SOCIOLÓGICO DE DURKHEIM

Durkheim define a sociologia como: “a ciência das instituições sociais, da sua gênese e do seu funcionamento”, e as instituições sociais são, para ele, “toda crença, todo comportamento instituído pela coletividade”.<sup>5</sup>

Tânia Quintaneiro explicita que:

[...] as consciências particulares, unindo-se, agindo e reagindo umas sobre as outras, fundindo-se, dão origem a uma realidade nova que é a consciência social. [...] Uma coletividade tem as suas formas específicas de pensar e de sentir, às quais os seus membros se sujeitam, mas que diferem das que eles praticariam se fossem abandonados a si mesmos. Jamais o indivíduo, por si só, poderia ter constituído o que quer que fosse que se assemelhasse à idéia dos deuses, ao mito e aos dogmas das religiões, à idéia do dever e da disciplina moral, etc.<sup>6</sup>

Segundo Durkheim, instituição ou fato social “é toda a maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coação exterior, ou ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais”.<sup>7</sup>

Para se identificar os fatos sociais na realidade, é necessário que sejam observadas suas características básicas. As características dos fatos sociais podem ser identificadas por quatro dimensões:

- **Exterioridade:** o fato social é considerado exterior a cada indivíduo, formando uma realidade especial, “porque consistem em idéias, normas ou regras de conduta que não são criadas isoladamente pelos indivíduos, mas foram criadas pela coletividade que já existem fora de nós quando nascemos”.<sup>8</sup>
- **Generalidade:** todos (ou a maioria) os indivíduos de um determinado grupo possuem a mesma forma de pensar e agir, ou seja, o comportamento torna-se padronizado.

<sup>5</sup> QUINTANEIRO, 1995, p. 17.

<sup>6</sup> QUINTANEIRO, 2002, p. 69-70.

<sup>7</sup> DURKHEIM, 2002, p. 68-69.

<sup>8</sup> TUDO, 2003, p. 2.



- **Anterioridade:** o fato social é percebido, seja por sua existência anterior ao indivíduo, seja pela coerção exercida, ou mesmo pela existência no outro, fora do sujeito e, desta forma, como algo externo e independente dele.
- **Coercitividade:** obrigação de obedecer à determinada norma e ou orientação preestabelecida por uma dada sociedade e ou Estado.

Pode-se dizer, portanto, que o fato social se resume nas crenças, costumes e tendências que se apresentam de forma coletiva. Durkheim já mencionava: “O homem é um animal que só se humaniza pela socialização”.<sup>9</sup>

Para Émile Durkheim, a consciência coletiva nada mais é que: “O conjunto de crenças e de sentimentos comuns entre os membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem sua vida própria; podemos chamá-la de consciência colectiva ou comum”.<sup>10</sup>

Qualquer desvio dos padrões dessa sociedade pode provocar o isolamento do indivíduo, comparável a uma pena imposta por lei. Essa pressão é a sociedade tentando moldá-la à sua imagem e semelhança.

Para Durkheim, o vínculo comum que une os indivíduos entre si e ao seu grupo é a solidariedade social, segundo o autor, pode ser orgânica e mecânica e varia de acordo com os contextos que as pessoas estão inseridas.

O autor assim se manifesta a respeito da solidariedade social:

[...] é forte, inclina fortemente os homens entre si, coloca-os em freqüente contato, multiplica as ocasiões que têm de se relacionarem. [...] Quanto mais solidários são os membros de uma sociedade, mais relações diversas sustentam, seja entre si, seja com o grupo tomado coletivamente, porque se os seus encontros fossem raros eles não dependeriam uns dos outros senão de maneira frágil e intermitente.<sup>11</sup>

A solidariedade mecânica pode ser observada em coletividades menores e que possuem processos produtivos mais simples. Para ele a

<sup>9</sup> VIDA, s.d.

<sup>10</sup> DEFINIÇÃO, s.d.

<sup>11</sup> QUINTANEIRO, 1995, p. 33.



solidariedade mecânica é característica das sociedades ditas “primitivas” ou “arcaicas”, ou seja, em agrupamentos humanos de tipo tribal formado por clãs.

Nesses grupos, a fraca individualização permite que o padrão moral que se efetiva sobre os indivíduos seja tão forte que o que é válido para um torna-se válido para os demais, quase sem qualquer diferença ou dissidência. Pode-se dizer que qualquer deslize moral significa a punição para aquele que desrespeita a consciência coletiva.

A solidariedade orgânica, ao contrário, predomina nas sociedades ditas “modernas” ou “complexas” do ponto de vista da maior diferenciação individual e social (o conceito deve ser aplicado às sociedades capitalistas). Além de não compartilharem dos mesmos valores e crenças sociais, os interesses individuais são bastante distintos e a consciência de cada indivíduo é mais acentuada.

O Direito, explica Tânia Quintaneiro, “é uma forma estável e precisa, e serve, portanto, de fator externo e objetivo que simboliza os elementos mais essenciais da solidariedade social”.<sup>12</sup>

Por isso, Durkheim utilizou certas normas do Direito como indicador do tipo de solidariedade existente em dada sociedade, já que a solidariedade é considerada um fenômeno moral e deve ser observada de forma indireta. De um modo geral, as sociedades passam por uma fase de transição, da solidariedade mecânica para a orgânica.

Na tentativa de se autopreservar, o grupo institui formas de transmissão e manutenção dos padrões de comportamento que o caracterizam, ou seja, de seus fatos sociais. O autor destaca, nesse sentido, a importância, entre os fatos sociais, dos padrões morais e jurídicos e das instituições responsáveis pela propagação e aplicação das regras morais e jurídicas dentro dos grupos sociais. Explica Durkheim:

Na nossa cultura, o uso de vestimentas é algo que vem sendo transmitido de gerações para gerações, fazendo com que o indivíduo tenha essa prática naturalmente. Aquele que por alguma razão não o fizer, estará sujeito a ser excluído ou discriminado dentro do seu grupo, por não enquadrar-se aos padrões que a própria sociedade determinou.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> QUINTANEIRO, 1995, p. 33.

<sup>13</sup> DURKHEIM, 2001.





As pessoas passavam a se agrupar em decorrência das profissões. Durkheim passou a advogar que o ambiente de trabalho deveria ser tornar o espaço de educação moral dos membros daquele grupo, caso contrário a solidariedade social iria se enfraquecer, progressivamente, podendo chegar ao colapso do coletivo em questão, a anarquia. Comenta o francês:

[...] será preciso pouco a pouco vincular os homens às suas vidas profissionais, constituir fortemente os grupos desse gênero, será preciso que o dever profissional assuma, dentro dos corações, o mesmo papel que o dever doméstico desempenhou até agora.<sup>14</sup>

Assim, pôde-se ver a grande importância que a Moral e o Direito têm para Durkheim na estabilidade da vida social.

#### 4. MORAL E DIREITO NO PENSAMENTO DE DURKHEIM

Na concepção do sociólogo francês:

Moral [...] é tudo o que é fonte de solidariedade, tudo o que força o indivíduo a contar com seu próximo, a regular seus movimentos com base em outra coisa que não os impulsos de seu egoísmo, e a moralidade é tanto mais sólida quanto mais numerosos e fortes são estes laços.<sup>15</sup>

A Moral tem um papel importante na formação do respeito aos fatos sociais, como também na formação do hábito de seguir os padrões sociais. A esfera da Moral é vasta, uma vez que abrange todos os tipos de relação entre os indivíduos e as suas diversas formas de comportamento. São objetos da regulamentação moral: o amor, a amizade e a solidariedade.

O Direito, por sua vez, segundo aquele mesmo *Vocabulário Jurídico* e seu autor, pode ser assim conceituado:

Direito: Derivado do latim *directum*, do verbo *dirigere* (dirigir, ordenar, endireitar), quer o vocábulo, etimologicamente, significar o que é reto, o que não se desvia, seguindo uma só direção, entendendo-se tudo aquilo que é conforme a razão, a justiça e a equidade.

<sup>14</sup> DURKHEIM, 2001.

<sup>15</sup> DURKHEIM, s.d.



Mas, aí, se entende o direito, como o complexo orgânico, de que se derivam todas as normas e obrigações, para serem cumpridas pelos homens, compondo o conjunto de deveres, aos quais não podem fugir, sem que sintam a ação coercitiva da força social organizada.

Há, entanto, o direito, o *jus* romano, na sua idéia de proteção e salvação, definido como a arte do bom e do equitativo (*jus est ars boni et aequi*), que se apresenta com um conceito bem diverso de norma obrigatória (*norma agendi*), para se mostrar uma faculdade (*facultas agendi*).

Outra acepção possui ainda o Direito, para revelar aspectos bem diferentes de seu sentido objetivo ou subjetivo.

Direito em seu sentido objetivo, propriamente derivado do *directum* latino, o Direito, a que se diz de *norma agendi*, apresenta-se como um complexo orgânico, cujo conteúdo é constituído pela soma de preceitos, regras e leis, com as respectivas sanções, que regem as relações do homem, vivendo em sociedade.

A característica dominante do Direito, no seu sentido objetivo, está, portanto, na coação social, meio de que se utiliza a própria sociedade para fazer respeitar os deveres jurídicos, que ela mesma instituiu a fim de manter a harmonia dos interesses gerais e implantar a ordem jurídica.

Destarte, o Direito, objetivamente considerado, em qualquer aspecto em que se apresente, em seu estado prático ou empírico, em seu estado legal, instintivo, costumeiro ou legislativo, ou ainda em seu estado científico, doutrinário, mostra-se, eminentemente, um fenômeno de ordem social, sendo assim, em qualquer sentido, uma norma de caráter geral, imposta pela sociedade, para ordem e equilíbrio de interesses na própria sociedade.

E, com razão, a Filosofia o coloca entre os ramos da Sociologia, porque não se admite o Direito sem a existência do homem, vivendo em sociedade.

Onde quer que haja homens reunidos, pois, há necessariamente o Direito, manifestado seja sob que forma for. Não se compreende sociedade sem ele: *Ubi societas, ibi jus*.

Não há direito sem sociedade, nem sociedade sem direito. [...] <sup>16</sup>

Para Durkheim a definição de um fato social específico, seja econômico, político ou jurídico, será alcançada pela identificação de sua causa final. Assim, só se poderá saber o que é o Direito caso se saiba

<sup>16</sup> SILVA, 1973, v. 2, p. 528-529.



qual é a sua finalidade na vida social, qual é o papel que ele pretende cumprir em relação à existência coletiva do ser humano. Qual seria, então, a causa prática que gera o Direito? Segundo Durkheim, o Direito surge:

[...] da necessidade de assegurar as condições de existência da sociedade. Mas é necessário dar ao termo condições um significado muito mais amplo. ‘Condições’ não significar apenas as indispensáveis à sobrevivência pura e simples, mas tudo aquilo cuja falta faria a existência nos parecer sem valor. [...] Contudo nem todas as condições de existência de uma sociedade geram disposições legais. Se as ações exigidas pelo bem-estar social não conflitassem com os interesses pessoais, poder-se-ia deixar sua execução a cargo do egoísmo, e a interferência do direito não seria necessária. [...] O direito é a mão pesada da sociedade sobre o indivíduo, e onde ela deixa de se fazer sentir, não existem direitos. Tal é a finalidade do direito. O meio que permite atingi-la é a coação. Mas existem coações de todo tipo: há as que um indivíduo exerce sobre o outro, as que se exercem de forma difusa pelo conjunto da sociedade sob a forma de usos, costumes e da opinião pública, e as que são estabelecidas e concentradas nas mãos do Estado. É esta última forma que assegura a eficácia do direito.<sup>17</sup>

Explica, ainda, o sociólogo:

[O estudante de direito] passa todo o seu tempo comentando os textos, e se, conseqüentemente, a propósito de cada lei, sua preocupação é procurar adivinhar qual teria sido a intenção do legislador, ele contrairá o hábito de ver na vontade legisladora a fonte exclusiva do direito. Ora, isso seria tomar a letra pelo espírito, a aparência pela realidade. É nas próprias entranhas da sociedade que o direito se elabora, limitando-se o legislador a consagrar um trabalho que foi feito sem ele. É preciso, pois, ensinar ao estudante como o direito se forma sob a pressão das necessidades sociais, como se fixa pouco a pouco, por que graus de cristalização ele passa sucessivamente, como ele se transforma. É preciso mostrar-lhe, em termos práticos, como nasceram as grandes instituições jurídicas, tais como a família, a propriedade, o contrato, quais são suas causas, como elas variavam e como provavelmente variarão no futuro.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> DURKHEIM, 2006, p. 56-62.

<sup>18</sup> ALBUQUERQUE, 2004, p. 101.



Para Durkheim, o papel do Direito é punir os que não interiorizaram bem os valores morais de respeito aos fatos sociais e que os transgridem e, assim, proteger a Moral coletiva. Segundo ele, o Direito nada mais é do que a Moral institucionalizada. Ou seja, a sociedade cria determinados padrões de comportamento que são avaliados como necessários e positivos para a vida coletiva e que, portanto, devem ser transmitidos e garantidos. A transmissão educacional forma o hábito e o respeito pelos fatos sociais e garante a formação moral do sujeito, ou seja, o cumprimento espontâneo pela adesão de consciência do indivíduo àquele dever. As falhas de interiorização, bem como os naturais desvios serão punidos pela própria coletividade, de forma difusa, espontânea e não previsível.

De acordo com Raymond Aron:

A força desta consciência coletiva acompanha a sua extensão. Nas sociedades primitivas, ela não só abrange a maior parte da existência individual, como também os sentimentos coletivos têm força extrema, que se manifesta pelo rigor dos castigos impostos aos que violam as proibições sociais. Quanto mais forte a consciência coletiva, maior a indignação com o crime, isto é, contra a violação do imperativo social.<sup>19</sup>

Entretanto, é necessário que o grupo institucionalize a garantia da moral, ou seja, que transforme os deveres morais em regras jurídicas, isso é, em obrigações sociais e não somente em obrigações de consciência. É necessário, também, que a punição dos desvios seja garantida por um órgão específico e aparelhado para tanto e não somente pela reprovação difusa da opinião pública. É assim que surge o Direito, para Durkheim.

A relação entre o Direito e a Moral moderna inverte a concepção durkheimiana. Para os contemporâneos, a esfera jurídica é mais extensa, possui força sancionadora maior e independe, ainda que não completamente, das concepções morais. Ora, porque o Direito conta com a força aparelhada do Estado, seu poder de convencimento, ainda que ele não pretenda convencer ninguém a cumprir a norma e, sim, obrigar, é mais intenso que o da Moral. Ademais, o conteúdo

<sup>19</sup> ARON, 1999, p. 291.



das normas jurídicas não é a total absorção dos valores morais de uma sociedade. Há normas jurídicas contrárias a costumes e valores sociais arraigados, bem como normas técnicas que não se sujeitam à avaliação moral.

Nesse sentido, comenta Adolfo Sánchez Vázquez:

A esfera da moral se amplia às custas do direito, à medida que os homens observam as regras fundamentais da convivência voluntariamente, sem necessidade de coação. Esta ampliação da esfera da moral com a conseqüente redução da do direito é, por sua vez, índice de um progresso social. A passagem para uma organização social superior acarreta a substituição de certo comportamento jurídico por outro, moral. De fato, quando o indivíduo regula as suas relações com os demais não sob a ameaça de uma pena ou pela pressão da coação externa, mas pela íntima convicção de que deve agir assim, pode-se afirmar que nos encontramos diante de uma forma de comportamento moral mais elevada [...].<sup>20</sup>

Para os juristas, o Direito possui uma característica marcante que o difere de todos os outros sistemas normativos. É a chamada coercibilidade, ou seja, apenas ele e só ele seria capaz de usar da coação física para se fazer cumprir.

Ainda segundo os juristas, a Moral e o Direito se diferem também em seu campo de aplicação. O Direito pode ser classificado como de caráter objetivo. Está situado em um campo exterior, se confrontado com seus destinatários. A Moral é de caráter subjetivo, inerente ao ser humano. Sua área de atuação está restrita à vida interior de quem a cumpre. Ressalte-se, ainda, que a Moral é dita individual e o Direito, geral, porque os comandos do segundo se dirigem a todos e os da primeira somente à consciência do sujeito.

Entretanto, é possível refletir sobre a profundidade dessas diferenças. Existe certa coexistência entre a norma moral e a coercibilidade. Nos grupos sociais em que o poder político se confunde com o poder religioso, os preceitos morais são também coercitivos. O uso da força é requisito do poder político e é ele quem decide a quem emprestá-la. Portanto, também a Moral pode ser coercitiva.

<sup>20</sup> VÁZQUEZ, 1998, p. 80-81.



Quando um indivíduo submete-se a uma norma moral, ele não está agindo de acordo com a sua consciência subjetiva, mas seguindo uma vontade coletiva. A Moral é fruto da coletividade, que batiza tais normas como corretas e as impõe aos indivíduos desde o seu nascimento.

Destarte, é possível afirmar que a norma moral não possui caráter individual e subjetivo, como afirmam alguns teóricos, mas é de caráter exterior, coletivo. A norma moral é consagrada por meio da coletividade, irrelevante a particularidade que cada indivíduo carrega consigo, tais como os sentimentos, as emoções, ou até mesmo as concepções que possui diante da vida. Todos os indivíduos de uma determinada sociedade sentem a incidência da norma moral.

Nesse sentido, explicita Durkheim:

A moral tem o mesmo objeto que o direito: também ela tem a função de assegurar a ordem social. É por isso que, assim como o direito, ela consiste de preceitos que a coação torna obrigatórios quando necessário. Mas essa coação não consiste em pressão mecânica externa, tem um caráter mais íntimo e psicológico. Não é o Estado que a exerce, mas o conjunto da sociedade. A força necessária a ela não se concentra em mãos claramente definidas, dissemina-se por toda a nação. Nada mais é que a autoridade da opinião pública que ninguém, no topo ou na base da escala social, consegue evitar. Como não se fixa em fórmulas precisas, a moral é mais flexível e livre que o direito, e é necessário que seja assim.<sup>21</sup>

Diante do exposto, pode-se concluir que a norma jurídica e a norma moral possuem características em comum. Ambas possuem poder de coerção, agindo sobre o indivíduo, externa e impositivamente, de maneira que esse passe a cumprir os seus ditames. Vale ressaltar que a norma moral não é dotada de coerção física para o cumprimento de seus ditames, como o é o Direito.

<sup>21</sup> DURKHEIM, 2006, p. 65-66.



## 5. CONCLUSÃO

Conclui-se pela importância das regras morais e jurídicas no controle social, de acordo com a óptica de Émile Durkheim. A norma moral diz respeito às sanções íntimas, individualizadas de cada ser humano, apesar de ser, simultaneamente, um conjunto de valores instituído e imposto socialmente. O Direito institucionaliza essas regras e as impõe independentemente da vontade do sujeito. Ou seja, se a educação falha em interiorizar no sujeito o respeito pela coletividade, pelas regras morais, o Direito as faz agir sobre ele externamente, mesmo que, em seu íntimo, o indivíduo as despreze, evitando, portanto, a anarquia.

Durkheim sustenta que é somente mediante um estudo da realidade que se poderá chegar à ideia mais ou menos exata do que é Moral, e quais são as causas e as funções de cada uma das regras existentes no seio das inúmeras sociedades. Caracteriza a Moral como um sistema de regras que predetermina a conduta do indivíduo no grupo.

Portanto, o significado social da desobediência consiste na evidência de que existem expectativas contrárias às generalizadas e que o Direito positivado poderá ser alterado, incorporando, no futuro, outros modos de ser e de pensar.

Na seara de todas as formas de comportamento, nota-se a intimidade existente entre o Direito e a Moral. Ambos regulam as relações humanas em sociedade.

Vejam-se as características comuns entre Moral e Direito:

O Direito e a Moral regulamentam os comportamentos humanos na sociedade, por meio de imperativos que são estabelecidos pela coletividade. No caso da não observância desses imperativos, o indivíduo é sancionado tanto pelo Estado (coerção física aparelhada) como pela sociedade (coerção social difusa).

O Direito e a Moral possuem como objetivos garantir a coesão social, cada um com a sua forma peculiar de impor regras de respeito ao coletivo e de sancionar a conduta adversa.

A Moral e o Direito tendem a acompanhar a evolução e o desenvolvimento histórico da sociedade, tanto na variação de uma socie-





dade para outra, como nas alterações de qualquer natureza que as mesmas sofram.

Abordar-se-ão, agora, as características distintas entre os institutos da Moral e do Direito.

As normas morais são de caráter íntimo. Cada indivíduo possui consigo a convicção interna das normas morais que deverão ser cumpridas. Já, o Direito não depende da convicção íntima. A norma jurídica existe para ser cumprida, independentemente da convicção do sujeito, no que tange ao seu conteúdo, ou seja, se irá agradar ou não o indivíduo. Ela é exterior ao indivíduo. O imperativo é cumprido de forma voluntária ou pela força.

Percebe-se, também, que a norma moral não se encontra formalmente codificada, o que não ocorre com as normas jurídicas. Estas últimas se encontram compiladas em Códigos, Leis, Decretos e outros.

A Moral regulamenta todas as relações existentes entre os seres humanos: sentimentos, emoções, amizade, família, trabalho, etc.

Seu campo de abordagem é amplo. Já, o Direito regulamenta apenas as relações vitais para a boa convivência em sociedade e que possam trazer prejuízos aos outros, tais como: a vida, os contratos, o casamento, a guarda, etc.

## 6. REFERÊNCIAS

A SOCIOLOGIA de Durkheim. Resumo. *Geocities*, abr. 2001. Disponível em: <<http://br.geocities.com/unigalera/soc2.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

ALBINO, Luciano. *Sociologia e direito em Émile Durkheim*. [s.l.]: 21 jun. 2007. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/law-and-society/1620847-sociologia-direito-em-emile-durkheim/>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

ALBUQUERQUE, José Lindomar Coelho. Sociologia e Direito em Émile Durkheim. *Diálogos Jurídicos*, Fortaleza, v. 03, p. 97-110, 2004.

ARAÚJO, Fabiana Stella Pereira de. *O que é sociologia*. Uruguiana, [s.d.]. Disponível em: <<http://pucrs.campus2.br/~jua/textos/oqsocio.doc>>. Acesso em: 08 jul. 2011.





ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DEFINIÇÃO de conceitos e frases de Émile Durkheim. *Mnemosyne*. Disponível em: <<http://mnemosyne.blog-city.com/tags/?/durkheim>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

\_\_\_\_\_. *Ética e sociologia da moral*. Tradução Paulo Castanheira. São Paulo: Landy, 2006.

DURKHEIM, ÉMILE. *Vestibular I*. [s.d.a]. Disponível em: <<http://www.vestibular1.com.br/revisao/positivismo.doc>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. In: Wikipédia, a enciclopédia livre. [s.d.b]. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%89mile\\_Durkheim](http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%89mile_Durkheim)>. Acesso em: 19 out. 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FORACCHI, Marialice Mencarini; MARTINS, José de Souza. *Sociologia e sociedade: leituras de introdução à sociologia*. São Paulo: Livros Técnicos e Científicos Editora, 1977.

FRASES de Émile Durkheim. *Pensador. Info*. Disponível em: <[http://www.pensador.info/p/emile\\_durkheim/1/](http://www.pensador.info/p/emile_durkheim/1/)>. Acesso em: 15 ago. 2011.

FRASES sobre pensamento. [s.n.t.]. Disponível em: <<http://www.sitequente.com/frases/pensamento.html>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

LECLERCQ, Jacques. *As grandes linhas da filosofia moral*. São Paulo: Ed. Herder/ Ed. da USP, 1967.

LOPES, Marcos Carvalho. *Surgimento da sociologia*. São Paulo, 26 mar. 2007. Disponível em: <<http://vestibularsociologia.blogspot.com/2007/03/o-surgimento-da-sociologia.html>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

MARTINS, Fabiano Emidio de Lucena. *Norma moral e norma jurídica*. João Pessoa, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.apriori.com.br/cgi/for/norma-moral-e-norma-juridica-fabiano-e-l-martins-t194.html>>. Acesso em: 25 ago. 2011.





MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Introdução à ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 2.

NÓBREGA, J. Flóscolo da. *Introdução ao direito*. 6. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

OLIVEIRA, Maérlio Machado de. O que é um fato social? Fortaleza, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.alumac.com.br/maerlio/O%20QUE%20%C3%89%20FATO%20SOCIAL%20%20-----%20%20\(Ma%C3%A9lio%20Machado\).doc](http://www.alumac.com.br/maerlio/O%20QUE%20%C3%89%20FATO%20SOCIAL%20%20-----%20%20(Ma%C3%A9lio%20Machado).doc)>. Acesso em: 10 jul. 2011.

QUINTANEIRO, Tânia. Émile Durkheim. In: QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia de. *Um toque de clássicos: Durkheim, Marx e Weber*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995. p. 15-61.

\_\_\_\_\_. Émile Durkheim. In: QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia de. *Um toque de clássicos: Durkheim, Marx e Weber*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002. p. 67-105.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

SENA, Paulo Sérgio de. Émile Durkheim e as áreas naturais protegidas: proposta de “nomia” para a “anomia sócio-ambiental” do industrialismo. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, mar. 2006. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1006](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1006)>. Acesso em: 04 jul. 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 1 e 3.

TUDO sobre Émile Durkheim. [s.l.], nov. 2003. Disponível em: <<http://forum.insite.com.br/493/908467.html>>. Acesso em: 12 ago. 2011.





VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

VIDA e obra de Émile Durkheim. *Geocities*. Disponível em: <<http://br.geocities.com/jonhassuncao/durkheimvida.htm>>. Acesso em: 24 ago. 2010.

WEISS, Raquel. *A teoria moral de Émile Durkheim*. Recife, jun. 2007. Disponível em: <[http://www.sbsociologia.com.br/congresso\\_v02/papers/GT28%20Teoria%20Sociol%C3%B3gica/GT%2028%20A%20teoria%20Moral%20de%20Emile%20Durkheim.pdf](http://www.sbsociologia.com.br/congresso_v02/papers/GT28%20Teoria%20Sociol%C3%B3gica/GT%2028%20A%20teoria%20Moral%20de%20Emile%20Durkheim.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2010.

*Recebido em 03/08/2018*

*Aprovado em 21/08/2018*







# 5

## DECISÃO DE SANEAMENTO DO PROCESSO E O ÔNUS DA PROVA NA FRAUDE À EXECUÇÃO

(THE LAWSUIT SANITATION DECISION AND THE  
PROOF BURDEN AT THE EXECUTION FRAUD)

**Rômulo dos Santos Duarte<sup>1</sup>**

### RESUMO

Este trabalho perquire sobre a necessidade de produção de provas no âmbito do incidente processual da fraude à execução, definindo, segundo precedentes, a quem compete o ônus da prova, nos casos em que terceiro adquirente alega a aquisição de boa-fé. Após identificarmos as hipóteses de fraude à execução, definimos em quais casos a dilação probatória faz-se necessária e estabelecemos em que momento e de que forma se dará esta distribuição de encargos.

**Palavras-chave:** Saneamento do processo. Fraude à execução. Ônus da prova. Terceiro adquirente de boa-fé.

### ABSTRACT

This paper investigates the need to produce evidence in the scope of the procedural incident of fraud in the execution, defining, according to precedents, who is responsible for the burden of proof, in cases where the third party acquirer alleges the good faith acquisition. After identifying the hypotheses of fraud in the execution, we define in

<sup>1</sup> Juiz de Direito do TJMG, titular da Vara Cível da Comarca de Nova Serrana. Pós-graduado em Direito Processual Civil. Pós-graduando em Direito Público.





which cases the probationary delay becomes necessary and establish when and how this distribution of charges will happen.

**Keywords:** Sanitation of the lawsuit. Fraud in the execution. Burden of proof. Good faith third party acquirer.

**SUMÁRIO:** Introdução. 2. Fraude à execução. 3. O terceiro de boa-fé. Súmula n. 375 do STJ e Tema Repetitivo n. 243. 3.1 A hipótese do art. 185 do CTN. 3.2 Procedimento e efeitos da declaração de fraude à execução. 4. Ônus da prova na fraude à execução. 4.1 Distribuição do ônus da prova na fraude à execução: credor e terceiro de boa-fé. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

No âmbito da responsabilidade patrimonial, princípio que norteia a execução, cabe ao Estado, após o reconhecimento do direito, satisfazê-lo. Elegemos o princípio da patrimonialidade, de maneira que o devedor responde com todos os seus bens, a fim de satisfazer a obrigação consubstanciada no título executivo. A execução, portanto, é real e não pessoal. Desse modo, a alienação ou oneração de bens, de modo a frustrar a satisfação do credor tipifica a fraude à execução, caracterizadora de atentado à dignidade da justiça.

Em alguns casos, a fraude se presume; em outros, necessita ser efetivamente demonstrada. Estabeleceu-se na jurisprudência, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, seguida, portanto, pelos tribunais estaduais, a garantia de proteção ao terceiro de boa-fé.<sup>2</sup> A partir daí, desse ônus que se impõe aos envolvidos, importa saber a quem cabe provar os eventos *damni* e também a boa-fé; se ao credor ou ao terceiro que alega a aquisição do bem litigioso em desconhecimento com o estado de insolvência do devedor. Diante desta questão, suscitada a fraude, e, ouvida a parte contrária, é direito subjetivo processual das partes a prolação de decisão de saneamento do processo, momento em que se enfrentarão eventuais preliminares, estabelecendo-se, ainda, a distribuição do ônus probatório quanto aos requisitos

2 Tema Repetitivo n. 243; REsp 956.943/PR.





da fraude, a depender do caso concreto e do bem penhorado – registrado ou não.

A matéria sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 375 do STJ) trata da necessidade de registro da penhora, bem como da prova da má-fé do terceiro adquirente. Contudo, a quem compete a prova, *a contrario sensu*, da demonstração de boa-fé do adquirente?

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece, em seu artigo 373, § 1º, a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, a depender da peculiaridade da causa ou da excessiva dificuldade de se cumprir o encargo probatório. Assim, poderia o juiz, diante de uma alegação de fraude à execução, distribuir o ônus probatório ao credor ou ao terceiro de boa-fé, a depender as circunstâncias do caso?

Importa saber a quem compete o ônus da prova diante da alegação de fraude à execução, questão que deve ser dirimida já na decisão de saneamento e organização do processo, ato processual complexo, indispensável e que não deve ser postergado. Aplicar-se-ia, invariavelmente, a distribuição tradicional, impondo-se ao credor o ônus da prova de suas alegações, fato constitutivo de seu direito? Ou, lado outro, a prova da boa-fé caberia ao terceiro adquirente, o qual alega tal circunstância. E se a penhora foi registrada, qual a natureza da presunção em favor da fraude – absoluta ou relativa? E, neste caso, demandar-se-ia produção de provas?

Prestigiamos a boa-fé contratual e processual e adotamos o dever de cooperação das partes para a justa, célere e efetiva solução do litígio. Soma-se a isto o festejado princípio da não surpresa, de modo que, diante de uma alegação de fraude à execução e, considerando todos estes princípios, devem as partes, de antemão, ter conhecimento de quem deve provar o quê, questão que necessita ser anunciada pelo juiz, possibilitando às partes fazer prova de suas alegações conforme previamente estabelecido.

Dentre as possibilidades possíveis, tem-se a distribuição tradicional do ônus da prova, nos termos do art. 373, *caput*, impondo-se ao credor o pesado fardo de provar a má-fé do terceiro adquirente. Por outro lado, tem-se a possibilidade do reconhecimento de que a alegação de boa-fé é que seria o fato constitutivo do direito, de modo a transferir-se tal encargo ao terceiro. E, por último, restaria ao julga-





dor, diante de cada caso concreto, aplicar ou não a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, tendo em conta as peculiaridades do caso e à excessiva dificuldade de se cumprir o encargo.

Portanto, estabelecer o contraditório e, em seguida, definir-se quanto ao ônus probatório e os meios de prova que serão admitidos, em decisão de saneamento do processo, proferida em incidente, já na fase de cumprimento de sentença ou de execução de título extrajudicial é medida necessária, que se impõe como garantia das partes e eficácia da decisão a ser posteriormente prolatada.

## 2. FRAUDE À EXECUÇÃO

A partir do estudo doutrinário e, tendo como base a natureza jurídica do instituto, o princípio que o norteia, bem como sua finalidade, ousamos conceituar a fraude à execução nos seguintes termos: É instituto de direito processual civil, provocado mediante incidente processual e caracterizador de ato atentatório à dignidade da justiça que, baseando-se na limitação da disponibilidade dos bens do devedor que frustra o resultado da execução com a alienação de seus bens, torna este ato ineficaz.

Da análise deste conceito, podemos afirmar que a fraude à execução: i) tem natureza jurídica de direito processual e não de direito material (como na fraude contra credores); ii) tipifica ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do artigo 774, inc. I, do CPC<sup>3</sup>, com a possibilidade de aplicação de multa, de até 20% do valor do débito, em benefício do exequente e exigível nos próprios autos do processo; iii) é suscitada mediante simples incidente processual, sem a necessidade de ação autônoma; iv) a frustração dos meios executórios com a alienação de bens (ou oneração, nos termos do art. 792 do CPC); v) que tem por resultado, não a nulidade do ato, mas, sim, sua ineficácia perante o credor.

<sup>3</sup> Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I – Fraude à execução;



O instituto é previsto em um único artigo do Código de Processo Civil – art. 792 do CPC:

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I – quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II – quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do *art. 828*;

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV – quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V – nos demais casos expressos em lei.

§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

§ 3º Nos casos de descon sideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende descon siderar.

§ 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias.

No que tange aos elementos que tipificam o instituto, Araken de Assis bem os resume: “Dois requisitos formam a fraude contra o processo executivo: (a) litispendência; e (b) frustração dos meios executórios”. (ASSIS, 2017, p. 399)

De fato, o Superior Tribunal de Justiça já assentou o entendimento segundo o qual para a caracterização da fraude exige-se a citação válida, não bastando o ajuizamento da demanda (Resp. 2.429-SP, Rel. Min. Barros Monteiro). Contudo, não se exige que a ação em curso seja de natureza executória, podendo ser ação de conhecimento. Nesse sentido, também a jurisprudência do STJ, citada por Araken de Assis:



Pode incidir a regra contida no inc. II do art. 593 do CPC (de 1973), ocorrendo fraude contra a execução, após a citação para o processo de conhecimento, não sendo indispensável que já tenha se instaurado a ação de execução. (ASSIS, 2017, p. 400)

Quanto aos meios executórios, basta a inexistência de bens penhoráveis, não se exigindo o *consilium fraudis*, elemento subjetivo do ato.

Portanto, para o reconhecimento da fraude, exige-se apenas a insolvência patrimonial, caracterizadora da frustração dos meios executivos (ausência de bens penhoráveis), bem como a existência de ação em curso, devendo a fraude ser suscitada incidentalmente no bojo da execução, sem a necessidade de ação própria.

O artigo 792 do CPC traz em seus cinco incisos as hipóteses em que se considera a fraude à execução, que podem ser assim resumidos: I) alienação ou oneração de bens na pendência de ação fundada em direito real ou pretensão reipersecutória; II) existência de averbação de processo de execução no registro do bem alienado ou onerado; III) existência de averbação, no registro imobiliário do bem alienado ou onerado, de hipoteca judiciária ou constrição judicial originária do processo em que se arguiu a fraude; IV) quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; e V) nos demais casos expressos em lei.

### **3. O TERCEIRO DE BOA-FÉ. SÚMULA N. 375 DO STJ E TEMA REPETITIVO N. 243**

Do ponto de vista do devedor, dispensamos o elemento subjetivo, o chamado *consilium fraudis*, como elemento caracterizador da fraude à execução; contudo, analisada a fraude sob o ângulo do terceiro, adquirente do bem litigioso, tutelamos sua boa-fé, inibindo, nestes casos, a produção do efeito esperado pelo credor com a alegação da fraude, qual seja, a declaração de ineficácia da alienação ou oneração do bem.

Sendo assim, concluímos que os elementos que tipificam a fraude à execução, ao contrário da fraude contra credores, são de natureza objetiva: processo em curso e insolvência do devedor. Mesmo assim, a produção dos efeitos esperados depende da conduta do terceiro adquirente, se de boa ou má-fé, bem como de eventual registro do ato de



construção. Esta primeira análise, de cunho subjetivo, no sentido de conhecer ou não a situação de insolvência do devedor com a alienação do bem, perpassa, também, sobre a análise do registro da construção, conforme veremos adiante.

Então, firmado o entendimento pelos Tribunais Superiores quanto à necessidade de tutela do terceiro de boa-fé, é de rigor a menção aos termos da Súmula n. 375 do Superior Tribunal de Justiça, bem como do julgamento do Caso Repetitivo n. 956.943, também pelo STJ.

Dispõe a Súmula n. 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”

Já no Repetitivo n. 956.943/PR, julgado em 20 de agosto de 2014, fixou-se precedente paradigma exigindo-se a citação e o registro da penhora para a constatação da fraude à execução:

PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA N. 375/STJ. CITAÇÃO VÁLIDA.

NECESSIDADE. CIÊNCIA DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. PROVA. ÔNUS DO CREDOR. REGISTRO DA PENHORA. ART. 659, § 4º, DO CPC. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. ART. 615-A, § 3º, DO CPC.

1. Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação:  
1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.

1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).

1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.

1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.

1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo.

2. Para a solução do caso concreto: 2.1. Aplicação da tese firmada.



2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, conseqüentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes.

(REsp 956.943/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/8/2014, DJe 1º/12/2014)

Pois bem, vê-se que o julgado acima reafirma os termos da Súmula n. 375, anteriormente editada, protegendo o terceiro de boa-fé. Mas, enfim, quem é este terceiro? E em que consiste esta boa-fé que é exigida para a tutela de seus direitos?

O terceiro de boa-fé é aquele que ignora o vício na alienação do bem, ou seja, desconhece a existência de ação que pode levar o alienante à insolvência. E assim o faz quando lhe é possível juridicamente comportar-se dessa forma, ou seja, naqueles casos em que a fraude não é presumida pela averbação da ação executória no registro do bem alienado ou onerado. Ao contrário, quando o bem é passível de registro e o credor não providenciou a averbação, pode o terceiro alegar e provar sua boa-fé, no sentido de desconhecer a insolvência do devedor-alienante do bem.

Neste ponto, ressaltamos quanto ao às hipóteses de fraude à execução, bem como da oportunidade em que se permite a análise objetiva da conduta do terceiro. Pois, tratando-se daqueles casos em que a ação judicial foi averbada junto à matrícula do bem, em sendo, evidentemente, este bem alienado passível de registro, a fraude é presumida, não cabendo a discussão acerca da conduta do terceiro que deverá, necessariamente, sucumbir perante o credor, por não ter diligenciado na situação patrimonial do devedor antes da aquisição do bem.

Assim, somente perquirimos acerca da boa ou má-fé do terceiro, naqueles casos em que não houve a averbação da penhora ou da ação em curso, ou ainda quando o bem não é passível de registro, dando margem à discussão quanto ao comportamento das partes, credor e terceiro adquirente. Portanto, se o terceiro desconhecia a existência de demanda em curso capaz de reduzir o devedor à insolvência, dada a circunstância da ausência de publicidade desta ação, poderá ser considerado de boa-fé, tendo seu patrimônio tutelado pelo direito que não tornará ineficaz a alienação do bem; ao revés, se sabia da existência da demanda e do estado do devedor e resolveu, mesmo assim, adquirir o bem, perdê-lo-á para o credor.





Quanto às diligências necessárias para que o adquirente demonstre sua aquisição de boa-fé, tem-se que deverá obter certidões do Cartório de Registro de Imóveis onde estiver localizado o bem e ainda certidões do cartório distribuidor da comarca – cíveis, trabalhistas e fiscais – estaduais e federais, além de certidões do INSS e FGTS, em se tratando de pessoa jurídica. Se o bem estiver localizado em uma comarca e a residência do vendedor for outra, deverá buscar tais certidões em ambas. No que tange ao prazo, respeita-se o prazo máximo de prescrição do Código Civil, ou seja, 10 (dez) anos, ressalvadas opiniões em contrário que, ora reduzem o prazo das certidões para 5 (cinco) anos, ora aumentam-no para 15 (quinze) anos, justificando na prescrição aquisitiva.<sup>4</sup>

### 3.1. A hipótese do art. 185 do CTN

O Código Tributário Nacional, alterado pela Lei Complementar nº 118/2005, ao tratar das garantias e privilégios do crédito tributário, acabou por estabelecer hipótese de fraude à execução com requisito diferenciado das demais hipóteses. Dispõe o art. 185:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. *(Redação dada pela Lcp. nº 118, de 2005)*

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita. *(Redação dada pela Lcp. nº 118, de 2005)*

Portanto, resta caracterizada a fraude à execução nas execuções fiscais, quando o devedor insolvente e, portanto, sem bens ou rendas suficientes para o pagamento do crédito tributário, aliena ou onera bens, a partir da inscrição do crédito tributário em dívida ativa. Aqui não se exige ação em curso; o legislador antecipou o momento de reconhecimento da fraude, bastando a inscrição crédito tributário em dívida ativa.

<sup>4</sup> FILHO, 2016.



### 3.2. Procedimento e efeitos da declaração de fraude à execução

Com relação ao procedimento, o CPC dispõe apenas que “antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias”. É a redação do artigo 792, § 4º, do novo CPC. Em termos de procedimento, é isto que se tem.

Contudo, o que defendemos neste trabalho é mais do que o chamamento do terceiro para vir defender-se, defesa que ocorre via embargos de terceiros. Entendemos que não basta a oportunizar o contraditório com a integração, no incidente, do terceiro adquirente do bem que se tornou litigioso.

A integração à lide do terceiro é medida indispensável e legalmente prevista, não se discute. Entretanto, para que se obtenha do Estado-juiz uma solução justa, sem qualquer ofensa aos preceitos constitucionais, preservando-se, em última análise, um processo válido e uma decisão democrática, própria do estado de direito, é preciso que, previamente, estejam definidas as “cartas do jogo”, de forma a permitir que os litigantes saibam, de antemão, qual será o objeto da prova e quem deverá provar o quê.

Pensamos que, estabilizada a demanda que surgiu com a interposição do incidente em que se alega a fraude, citado o terceiro adquirente do bem litigioso e colhida sua manifestação, iniciar-se-á fase probatória. Então, é de rigor a aplicação subsidiária do instituto do saneamento do processo nesta fase do procedimento (cumprimento de sentença ou execução por título extrajudicial), notadamente para a delimitação das questões de fato a serem provadas e distribuição do ônus probatório, a depender do caso concreto e da hipótese de fraude que se alega. Embora sem previsão legal explícita, mas com a possibilidade de aplicação subsidiária das disposições referentes ao procedimento comum, entendemos que a medida seja absolutamente necessária e garantidora de um processo mais democrático.

Por fim, quanto aos efeitos da declaração da fraude, ao contrário da fraude contra credores em que se declara a nulidade do ato, na fraude à execução, pela literalidade da lei que incorporou o pensamento da doutrina e jurisprudência, a alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao adquirente (art. 792, § 1º, do CPC).



#### 4. ÔNUS DA PROVA NA FRAUDE À EXECUÇÃO

No âmbito da fraude à execução, acreditamos que só faz sentido discutir o ônus probatório nas hipóteses em que não houve averbação da execução na matrícula do bem ou ainda quando tratar-se de bem não sujeito a registro. É que, quando a ação foi averbada junto a matrícula ou registro do bem, há presunção absoluta de conhecimento de terceiros, inclusive o devedor. Averbada a ação que tem o condão de reduzir o devedor à insolvência, e, alienado o bem, caracterizada estará a fraude à execução, sem maiores dificuldades para o credor.

Contudo, há casos em que a ação ou a penhora não foram averbadas, seja porque inexistente registro, seja porque o credor simplesmente não cuidou de fazê-lo. Reafirma-se aqui a conclusão da doutrina no sentido de que a averbação de que cuida o art. 828 do CPC não é requisito da fraude, mas presunção de conhecimento de terceiros acerca da ação. Entretanto, não se pode deixar de afirmar que a inexistência da averbação dificulta, sobremaneira, a prova da fraude, que deixa de ser presumida.

Teori Albino Zavascki afirma que “se o registro não tiver sido lavrado, nem por isso se descarta a fraude, e a questão se resume então em definir a quem cabe o ônus de provar a ciência, pelo terceiro, da pendência da ação”.<sup>5</sup>

Além da clássica distribuição do ônus da prova, em que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor, o Código de Processo de 2015 previu ainda as possibilidades de realização de convenção das partes em matéria probatória, típico negócio jurídico processual, bem como da chamada distribuição dinâmica do ônus da prova. Tratam-se de regras de julgamento e não de atividade das partes.

Não adotamos uma concepção subjetiva da prova. A prova, uma vez produzida, pertence ao processo. É o princípio da comunhão da prova, já incorporado ao texto legal no artigo 371 do CPC quando diz que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente

<sup>5</sup> ZAVASCKI, 2003, p. 270.





do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Nesse campo introdutório das provas, já mencionada a natureza das regras atinentes à prova como regras de julgamento e uma vez salientado o princípio da comunhão das provas, é coerente também que, em complementação, e, não menos importante, que se faça menção ao artigo 10 do CPC, já tratado no primeiro capítulo deste trabalho, e que nos alerta para a proibição de decisão surpresa: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

O momento correto para se deliberar sobre o ônus probatório é a decisão de saneamento do processo, eis que possibilita às partes solicitar os ajustes necessários, eventualmente interpor o recurso cabível e ainda não gera surpresa na sentença. Afinal de contas, o modelo cooperativo de processo, instituído no artigo 6º do CPC<sup>6</sup> determina que todos os sujeitos do processo devem atuar em conjunto para a solução de um resultado legítimo e justo. Não se permite que a deliberação acerca do ônus probatório ocorra na sentença, o que violaria o princípio da não surpresa.

Então, no saneamento do processo, poderá ocorrer, em termos de ônus probatório: a) a distribuição tradicional do ônus da prova; b) a inversão do ônus da prova por decisão judicial (*ope iudicis*); c) a inversão do ônus da prova em virtude de lei (*ope legis*); d) a distribuição dinâmica do ônus da prova; e e) a realização de negócio jurídico processual com a convenção das partes em matéria probatória.

#### **4.1. Distribuição do ônus da prova na fraude à execução: credor e terceiro de boa-fé**

Não há consenso entre a doutrina e a jurisprudência a respeito do tema, é bom registrar isso desde logo. O novo Código de Processo Civil também não pacificou a questão.

<sup>6</sup> Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.





Resumidamente, existem duas correntes. A primeira delas entende que o ônus probatório recai sobre o credor, uma vez que poderia ter sido mais diligente e providenciado a averbação da ação ou o registro da penhora junto à matrícula do bem. Prestigia-se, nesse caso, a boa-fé do adquirente, que é presumida, impondo-se a prova da má-fé. Aqui, repita-se, estamos a tratar das hipóteses em que não há a presunção absoluta de conhecimento de terceiros decorrente da averbação ou penhora.

A segunda corrente o ônus probatório deve recair sobre o terceiro, adquirente do bem. Os fundamentos são a existência de uma presunção relativa de fraude em favor do exequente, nos termos do art. 792, IV, do CPC, que caracteriza a fraude quando ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência e ainda porque se espera do terceiro adquirente que obtenha as certidões do cartório distribuidor em nome do alienante.

Assim, o adquirente teria que provar que o devedor não ficou reduzido à insolvência, ou demonstrar qualquer outra causa passível de ilidir a presunção de fraude, inclusive a impossibilidade de ter conhecimento da existência da demanda, mesmo tendo sido diligente.<sup>7</sup>

Diante do julgamento do Recurso Especial n. 956.956/PR, que afetou o julgamento desse recurso nos termos do art. 543-C do CPC revogado, os Ministros Nancy Andrighi e João Otávio de Noronha tiveram posições diferentes, já adiantando que a tese esposada pelo Min. Noronha saiu vencedora, acompanhada pela maioria dos julgadores. A ementa do acórdão já foi transcrita neste trabalho, destacando-se que dois eram os pontos a serem esclarecidos: quem suportará o ônus probatório quanto a ciência do terceiro adquirente a respeito da fraude e ainda a questão temporal, delimitando-se o momento a partir do qual a alienação do bem pelo devedor seria considerada fraude.

Para a Ministra Andrighi, a questão perpassa pela aplicação da teoria da distribuição do ônus da prova, apontando que “aplicando-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova à hipótese específica da alienação de bem imóvel em fraude de execução, conclui-se que o terceiro adquirente reúne plenas condições de demonstrar ter

<sup>7</sup> FILHO, 2016, p. 141/142.



agido de boa-fé, enquanto que a tarefa que incumbiria ao exequente, de provar o conluio entre comprador e executado, se mostra muito mais árdua”.

Ao final, concluiu a Ministra Nancy Andrighi que “na alienação de imóveis em fraude de execução deve subsistir a presunção relativa de má-fé do terceiro adquirente, salvo se houver registro da penhora na matrícula do bem, hipótese em que tal presunção será absoluta”, tornando-se “imprescindível, nos termos do art. 125, § 3º, do RISTJ, a revisão da Súmula 375/STJ”. (STJ, Corte Especial, REsp. 956.943/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/acórdão João Otávio de Noronha, j. 20/8/2014).

Lado outro, o Ministro Noronha, ao divergir da relatora, defendeu a aplicação e manutenção da Súmula n. 375 do STJ, afirmando que “com a redação atual, tem-se mostrado adequada à resolução das questões que são trazidas a julgamento”, não parecendo “razoável adotar entendimento que privilegie a inversão de um princípio geral de direito universalmente aceito, o da presunção da boa-fé, sendo mesmo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova”. (STJ, Corte Especial, REsp. 956.943/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/acórdão João Otávio de Noronha, j. 20/8/2014). Assim, para o Min. Noronha, o credor não pode ser beneficiado com a inversão do ônus da prova quando deixou de adotar as condutas necessárias, ou seja, não foi diligente, não procedeu com a averbação da ação ou da penhora no registro imobiliário.

O resultado do julgamento, portanto, imputa ao credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento da demanda capaz de levar o alienante à insolvência.

Pode o magistrado, aplicando-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e para evitar que a prova de fato se torna impossível ou excessivamente onerosa para uma das partes, estabelecer e distribuir, de forma diversa e específica, o ônus da prova.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do agravo em Recurso Especial n. 410.988/RS, após o julgamento do repetitivo, em decisão monocrática do Ministro Marco Buzzi, admitiu a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus probatório na fraude à execução.



Para sintetizar a questão do ônus probatório em matéria de fraude à execução, podemos elaborar as seguintes premissas: i) em havendo averbação ou registro na matrícula do bem, existe presunção de conhecimento de terceiros, inclusive o devedor, sendo a fraude reconhecida na ação que leva o devedor à insolvência; ii) não existindo a averbação da ação ou da penhora, em consequência do julgamento do Recurso Especial n. 956943/PR, é ônus da prova do credor demonstrar que o terceiro adquirente agiu de má-fé; iii) quando se fala em má-fé na fraude à execução, esta tem caráter objetivo e específico, consistente unicamente na negligência do adquirente que não tomou as cautelas necessárias à aquisição do bem, não se cogitando de dolo ou qualquer outro elemento subjetivo; iv) existe a possibilidade de, diante do caso concreto, proceder-se com a distribuição dinâmica do ônus da prova, mesmo diante dos termos da Súmula n. 375 do STJ; v) A decisão de saneamento do processo é o momento adequado para que se estabeleça e se distribua o ônus da prova, mesmo no incidente em que se discute a fraude à execução.

## 5. CONCLUSÃO

Uma vez elucidada a natureza jurídica da fraude – incidente processual – e esclarecidos seus elementos, suas hipóteses de incidência e marco temporal em que pode ocorrer, restou o estudo do ônus da prova aplicável ao instituto da fraude.

Conceituamos a fraude como sendo instituto de direito processual civil, provocado mediante incidente processual e caracterizador de ato atentatório à dignidade da justiça que, baseando-se na limitação da disponibilidade dos bens do devedor que frustra o resultado da execução com a alienação de seus bens, torna este ato ineficaz.

Identificamos seus elementos – litispêndência e frustração dos meios executórios – e fixamos a necessidade de citação do devedor, ainda que este ato tenha ocorrido no processo do conhecimento.

Salientamos as hipóteses em que o credor diligente cuidou de averbar a existência da ação ou da penhora no registro do bem, gerando presunção absoluta de conhecimento de terceiros, inclusive o devedor e facilitando, e muito, o reconhecimento da fraude, uma vez





preenchidos seus requisitos: ação em curso capaz de reduzir o devedor à insolvência.

Lado outro, seja pela inércia do credor, seja pela natureza do bem que não permite o registro, fica estampada a necessidade de, previamente, se definir a quem compete o ônus da prova: credor ou terceiro que alega sua boa-fé.

Após sucessivas oscilações de jurisprudência, chegou-se ao julgamento do Recurso Especial n. 956.943/PR, que fora objeto de ampla discussão, inclusive com votos em sentido opostos. Tal recurso, entretanto, não pacificou os entendimentos e foi alvo de críticas por parte de vários doutrinadores. O julgamento do Resp e os termos da Súmula n. 375 do STJ foram bastante questionados.

Com as críticas ou sem elas, o que se tem hoje, em termos de precedentes, é que cabe ao credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente não agiu de boa-fé ao adquirir o bem litigioso. E, ao assim se decidir, parece que o conceito de má-fé foi distorcido para um âmbito subjetivo, enquanto que alguns, a meu ver acertadamente, defendem seu caráter objetivo no incidente da fraude à execução, ou seja, desvencilhado de qualquer atitude dolosa do adquirente na prática de ato fraudulento em conluio com terceiros, mas, o revés, entendendo a má-fé simplesmente como ausência de comportamento necessário e prévio à aquisição do bem, por exemplo, tendo deixado o adquirente de obter as certidões cartorárias ou mesmo de praticar qualquer outro comportamento que estivesse ao seu alcance antes de decidir pela aquisição.

Daí a necessidade de distribuição do ônus probatório, permitindo-se, a depender do caso concreto, a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Portanto, diante da necessidade de produção de provas e da distribuição deste ônus entre as partes, credor e terceiro que alega ser adquirente de boa-fé, imprescindível, para a garantia da efetividade e legitimidade da decisão a ser proferida, que tal encargo seja feito em decisão de saneamento do processo, em que se prevê a possibilidade de cooperação das partes, com prévia ciência do encargo que compete a cada uma delas, evitando-se a surpresa na decisão a ser proferida.





Nesse ponto, e, com fundamento num modelo constitucional de processo, em que os princípios da boa-fé, cooperação e não surpresa são essenciais à garantia do Estado Democrático de Direito, bem como à solução justa e legítima da causa, é que acreditamos na necessidade, em alguns casos de fraude, da prolação de decisão saneadora.

É bem verdade que nem sempre o saneamento será necessário. Em alguns casos, o julgamento pode ser sumário, respeitado, evidentemente, o contraditório, mas sem a necessidade de dilação probatória, por exemplo, nas hipóteses em que há averbação da ação ou registro da penhora, com presunção absoluta de conhecimento de terceiros, inclusive o adquirente. Aqui, a defesa do devedor se limita à prova de que a oneração ou alienação do bem não foi capaz de reduzi-lo à insolvência ou ainda ao marco temporal da fraude.

Mas, lado outro, se a discussão acerca da boa-fé do terceiro adquirente perpassa pela discussão a respeito de seu conhecimento ou não da situação do credor, inexistindo averbação da ação ou da penhora, torna-se imprescindível a distribuição do ônus probatório, que, a depender do caso concreto poderá ocorrer de forma dinâmica, atribuindo à parte que tiver melhor condições de produzir a prova este encargo. E, ao fazê-lo, o magistrado deverá proferir decisão em momento e forma previstos na decisão de saneamento e organização do processo

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19. ed. Rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. NOLASCO, Rita Dias. AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil*. v. 3 (arts. 539 a 925 / Cassio Scarpinella Bueno (coord.)). São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



CIGNACHI, Gustavo Chies. A fraude à execução na perspectiva da boa-fé objetiva. *Dissertação* (Mestrado em Direito Processual Civil). PUC/SP, 2015.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: execução* / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018

FERREIRA, Willian Santos. O ônus da prova na fraude à execução: a boa-fé objetiva e as premissas de uma sociedade justa e solidária. In: MOREIRA, Alberto Camiña; Alvarez, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coords). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva – Estudos em homenagem ao Professor Sérgio Shimura*, São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Luiz Antônio Castro de Miranda. Fraude à execução pela insolvência do executado e o confronto entre as posições do exequente e do terceiro adquirente. *Dissertação* (Mestrado em Direito Processual Civil). PUC/SP, 2016.

GALVÃO, Larissa Aveno Ordoñez de Andrade. Fraude à execução na ação civil ex delicto. *Dissertação* (Mestrado em Direito Processual Civil). PUC/SP, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015*, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

GOMES, Gustavo Gonçalves. O saneamento cooperativo como roteiro de organização e de julgamento do processo. *Dissertação* (Doutorado em Direito Processual). PUC/SP, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19546>. Acesso em: 17 de fev. 2018.

LEONARDO, César Augusto Luiz. Contraditório, lealdade processual e dever de cooperação intersubjetiva. 2013. *Dissertação* (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. DOI:10.11606/D.2.2013.tde-19092014-162900. Acesso em: 17 de fev. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.



MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de direito processual civil*. v. único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

REsp 956.943/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *CORTE ESPECIAL*, julgado em 20/8/2014, DJe 1º/12/2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, v. 2, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de processo civil: Execução*. 12. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim coord. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Do processo de execução, arts. 566 a 645. 2. ed. São Paulo: RT, v. 8, 2003.

*Recebido em 01/08/2018*

*Aprovado em 17/10/2018*







# 6

## CRÉDITOS PÚBLICOS NÃO TRIBUTÁRIOS E SUA HABILITAÇÃO NAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS

(NON-TAX PUBLIC CREDITS AND THEIR INCLUSION  
IN JUDICIAL REORGANIZATION PROCEDURE)

**Taciani A. C. Colnago Cabral<sup>1</sup>**

### RESUMO

A Lei n. 11.101, de 2005, estabelece regras de atuação judicial nas situações de crise da empresa, especialmente pelo procedimento de sua recuperação judicial, quando credores e devedores estabelecem composição acerca dos créditos habilitados na assembleia-geral de credores, de modo a viabilizar a preservação do empreendimento. Este estudo tem por objeto avaliar qual a colocação dos créditos públicos não tributários no processo de recuperação judicial, especialmente perante a importância da questão na atualidade da jurisprudência nacional.

**Palavras-chave:** Recuperação Judicial. Habilitação. Crédito não tributário.

<sup>1</sup> Advogada com especialização em Direito Empresarial. Mestranda em Direito Empresarial. Integrante das Comissões de Direito Empresarial e de Recuperação Judicial e Falência da OAB/MG. Associada ao IBAJUD – Instituto Brasileiro de Administradores Judiciais®. Certificada e Aprovada em Administração Judicial pela TMA Brasil – Turnaround Management Association®. Currículo Lattes <<http://lattes.cnpq.br/6993051313730323>>.





## ABSTRACT

The law of Judicial reorganization procedure establishes rules of judicial action in the crisis' situations of the company, especially by the procedure of its judicial recovery, when creditors and debtors establish composition about the credits authorized at the general assembly of creditors, in order to make feasible the company preservation. This study aims to assess the placement of non-tax public credits at the general assembly of judicial reorganization procedure, especially in view of the importance of the issue in the current national jurisprudence.

**Keywords:** Judicial reorganization procedure. Inclusion. Non-tax public credits.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A recuperação judicial e o regime concursal da empresa em crise – As Classes de credores; 3. Os créditos públicos e sua natureza; 4. Créditos não tributários e seu regime concursal; 5. Conclusão; 6. Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O advento da Lei n. 11.101, de 2005, modificou substancialmente o regime jurídico da crise da empresa, especialmente quando não configurado estágio falimentar, ao substituir o instituto da concordata pela figura da recuperação judicial da empresa.

A referida alteração normativa teve o escopo de modificar o foco da atuação jurisdicional quanto à empresa em crise, estabelecendo o centro das deliberações nos credores em detrimento da própria tutela jurisdicional, com o escopo de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e a salvaguarda do interesse dos credores, de modo a concorrer para a preservação da empresa e de sua função social, além de estimular a atividade econômica.

As importantes mudanças perpetradas tangenciaram, também e obviamente, ao concurso de créditos próprio da situação da crise da empresa, declinando as obrigações incluídas e, por via reflexa, as





excluídas do regime recuperacional, entretanto, sem tratar de modo claro a questão dos créditos que, a despeito de sua natureza pública, não detêm essência tributária.

Com efeito, o art. 41 da Lei n. 11.101, de 2005, sublinha que na assembleia-geral de credores tomarão parte os titulares de créditos trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho, os titulares de créditos com garantia real, os titulares de créditos quirografários e os titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte, o que denota que os créditos da Fazenda Pública não haverão de observar o regime concursal.

Ratifica o propósito do legislador de excluir os créditos da Fazenda Pública do concurso creditório das recuperações judiciais especificamente a prescrição do art. 191-A da Lei n. 11.101, de 2005, segundo o qual “a concessão de recuperação judicial depende da apresentação de prova da quitação de todos os tributos”.

O propósito da referida exclusão é nítido: atendendo ao dogma da supremacia do interesse público, afastar do concurso de créditos aqueles cuja titularidade é reservada aos entes públicos, especialmente da Administração Direta, de modo a assegurar que, quanto a estes, o adimplemento seja integral, inclusive como condição à concessão da recuperação.

Tal opção legislativa decorre evidentemente da natureza dos créditos tributários, essência das obrigações cumpridas para com o Poder Público, de maneira a resguardar que mesmo a empresa em crise concorra para o fomento das atividades primárias de custeio do Estado.

A despeito das referidas premissas fixadas pelo legislador, não há como deixar de perceber que nem todos os créditos de titularidade da Fazenda Pública ostentam natureza tributária, o que torna controversa a questão quanto à inclusão, ou não, no concurso creditício da recuperação judicial das obrigações para com o Poder Público que não enverguem natureza tributária.

É exatamente este o objeto do presente estudo, o qual assume importância nos dias atuais, notadamente porque o tema vem sendo objeto de extenso debate judicial em *case* de grande repercussão referente ao processo de recuperação judicial de empresa de telefonia.





## 2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O REGIME CONCURSAL DA EMPRESA EM CRISE – AS CLASSES DE CREDORES

A recuperação judicial é instituto jurídico reservado à atuação na crise da empresa, que tem o escopo de, observando o princípio da preservação da empresa, prestigiar a composição dos interesses dos credores com o devedor, de maneira a viabilizar a manutenção da atividade econômica, dos empregos e da função social da empresa.

Nesse contexto, reduzindo a intervenção judicial no exame das composições, considerado o parâmetro do regime da concordata (Decreto-lei n. 7.661, de 1945), o legislador definiu expressamente quais créditos devem ser inseridos no regime da recuperação judicial, segmentando-os por classes às quais competirá apreciar o plano de recuperação na assembleia-geral de credores.

Tais classes são fundamentalmente, a teor do art. 41 da Lei n. 11.101, de 2005, os titulares de créditos derivados da legislação trabalhista, incluindo acidentes de trabalho; os titulares de créditos com garantia real; os titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados; e os titulares de créditos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte.

A primeira classe de credores a ser habilitada é a dos titulares de obrigações trabalhistas, inclusive aquelas decorrentes de acidentes de trabalho, o que traz a lume a conhecida discussão referente à distinção entre *relação de trabalho* e *relação de emprego*, cujos contornos tendem a estabelecer aquela como gênero e esta como espécie, especificamente reservada para as hipóteses em que configurados os requisitos da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>2</sup>.

A expressa opção legislativa de utilizar o termo *relação de trabalho*, ao invés de relação de emprego, retrata com muita veemência a deliberação de submeter ao concurso de créditos inerente à recuperação judicial todos os vínculos da relação de trabalho, alcançando

<sup>2</sup> Consolidação das Leis do Trabalho, art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.





inclusive tomadores eventuais de serviços e trabalhadores temporários, e não apenas aqueles cujo vínculo jurídico com o devedor seja dotado das elementares da personalidade, da não eventualidade, da onerosidade e da subordinação.

Tal assertiva é ratificada, a propósito, pela inclusão dentre a primeira classe de credores aqueles titulares de obrigações decorrentes de acidente de trabalho contra a empresa em recuperação, o qual se configura

pele exercício do trabalho a serviço da empresa ou do empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (art. 19 da Lei n. 8.213, de 1991, com a redação dada pela Lei Complementar n. 150, de 2015).

Fosse o propósito de incluir apenas empregados, e não todos os créditos vinculados a toda sorte de trabalho, não haveria sentido arrolar na primeira classe da assembleia-geral de credores os créditos decorrentes dos acidentes de trabalho.

Noutro plano, agora por influência da legislação de regência do seguro social no Brasil, configuram-se acidentes de trabalho por extensão e equiparação, respectivamente, os seguintes eventos (arts. 20 e 21 da Lei n. 8.213, de 1991, com a redação dada pela Lei Complementar n. 150, de 2015):

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I – doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

(...)

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I – o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segu-



rado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;  
II – o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em conseqüência de:

- a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;
- b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;
- c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;
- d) ato de pessoa privada do uso da razão;
- e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;

III – a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

IV – o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:

- a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;
- b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;
- c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;
- d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

§ 1º Nos períodos destinados a refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este, o empregado é considerado no exercício do trabalho.

Consoante se infere, a prioridade conferida pelo legislador aos créditos decorrentes de relações de trabalho e de acidentes de trabalho é tão marcante que inclui até mesmo aquelas obrigações inerentes ao FGTS, às multas rescisórias dos arts. 467<sup>3</sup> e 477<sup>4</sup> da CLT e

<sup>3</sup> CLT, art. 467, com a redação da Lei n. 10.272, de 2001. Em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinquenta por cento.

<sup>4</sup> CLT, art. 477, com a redação das Leis n. 13.467, de 2017, e n. 7.855, de 1989. Na



aos honorários de advogado, por interpretação analógica do art. 24 da Lei n. 8.906, de 1994<sup>5</sup>, observado, contudo, em todas as hipóteses, limitação quantitativa de 150 salários mínimos por credor<sup>6</sup>, também aplicável na espécie em razão da analogia.

Já a segunda classe de credores submetidos ao procedimento da recuperação judicial é a dos titulares de créditos dotados de garantia real, as quais, a teor do art. 1.419 do Código Civil<sup>7</sup>, garantem o pagamento da dívida mediante vinculação de determinado bem individualizado, vinculado a um penhor, uma anticrese ou uma hipoteca.

Transcendem, a toda prova, aos limites do presente estudo apreciar de modo aprofundado cada um dos institutos estabelecidos na legislação civil para fins de configuração da garantia real, vale dizer: da vinculação de um objeto específico como instrumento afiançador da quitação de determinada obrigação, de modo que, para os fins aqui propostos, são suficientes as premissas ora fixadas para a definição da segunda classe de credores submetidos à recuperação judicial.

É justamente a definição da garantia real, versada quanto à segunda classe de credores, que permite estabelecer os contornos da figura do titular de crédito quirografário, integrante da classe subsequente

---

extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo (...). § 8º A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.

<sup>5</sup> Lei n. 8.906, de 1994. Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

<sup>6</sup> Lei n. 11.101, de 2005. Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho.

<sup>7</sup> Código Civil, art. 1419. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.



submetida à recuperação judicial e cuja definição se opera especificamente por operação de exclusão. Será credor quirografário exatamente aquele detentor de crédito que não ostentar qualquer privilégio legal, seja por sua natureza, seja pela ausência de vinculação a um bem específico, o que lhe submete, com maior risco, aos dissabores da inadimplência.

São justamente os credores quirografários que integram a terceira classe de créditos submetidos à recuperação judicial, concorrendo, na espécie, com detentores de créditos com privilégio especial, geral ou subordinado.

É certo que as naturezas dos referidos créditos são demasiadamente distintas, entretanto, ainda assim, houve evidente deliberação do legislador de seu agrupamento em classe única para fins de recuperação judicial.

A figura dos privilégios, tanto gerais<sup>8</sup> quanto especiais<sup>9</sup>, é objeto de expressa definição na legislação civil, em título próprio do Livro

<sup>8</sup> Código Civil, art. 965. Goza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor: I – o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar; II – o crédito por custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa; III – o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivente e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas; IV – o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte; V – o crédito pelos gastos necessários à manutenção do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento; VI – o crédito pelos impostos devidos à Fazenda Pública, no ano corrente e no anterior; VII – o crédito pelos salários dos empregados do serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros seis meses de vida; VIII – os demais créditos de privilégio geral.

<sup>9</sup> Art. 964, com a redação da Lei n. 13.176, de 2005. Têm privilégio especial: I – sobre a coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação; II – sobre a coisa salvada, o credor por despesas de salvamento; III – sobre a coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis; IV – sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento; V – sobre os frutos agrícolas, o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita; VI – sobre as alfaias e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, o credor de alugueis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior; VII – sobre os exemplares da obra existente na massa do editor, o autor



das Obrigações, cujo detalhamento também transcende os limites do presente estudo.

Finalmente, ainda nesta classe, se incluem os titulares de créditos subordinados, cuja definição decorrerá de composição contratual ou de legislação específica, destacando-se no último caso a hipótese os debêntures sem garantia e com previsão de subordinação<sup>10</sup>.

A última classe submetida à recuperação judicial é a dos credores enquadrados como microempresários ou empresários de pequeno porte, cuja configuração jurídica está atrelada à renda bruta anual nos patamares estabelecidos na Lei Complementar n. 123, de 2006<sup>11</sup>.

A descrição por parte do legislador das classes de credores submetidos à assembleia-geral, fundamentalmente com base na natureza jurídica, repercute na conclusão de que outros credores, vale dizer: ocupantes do polo ativo de relações obrigacionais de natureza distinta daquelas ali descritas, não devem ser submetidos ao regime recuperacional.

---

dela, ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado contra aquele no contrato da edição; VIII – sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários; IX – sobre os produtos do abate, o credor por animais.

<sup>10</sup> Lei n. 6.404, de 176. Art. 58. A debênture poderá, conforme dispuser a escritura de emissão, ter garantia real ou garantia flutuante, não gozar de preferência ou ser subordinada aos demais credores da companhia. (...) § 2º As garantias poderão ser constituídas cumulativamente.

<sup>11</sup> Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I – no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II – no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).



Em outros termos, o propósito legislativo de descrever quais créditos se submetem à assembleia-geral de credores reside não apenas em promover tal definição e classificação mas, também, de indicar por via reflexa quais os créditos que não devem integrar o plano de recuperação.

Tal concepção se ratifica, por exemplo, da leitura do art. 191-A do Código Tributário Nacional, acrescido na redação originária pela Lei Complementar n. 118, de 2005, justamente na época da promulgação da Lei n. 11.101, de 2005, segundo o qual “a concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos”, o que indica que tais créditos não só não se submetem à recuperação como seu pagamento é condição ao processamento do pedido de recuperação.

Neste mesmo compasso, Marcelo Sacramone faz a seguinte observação:

A caracterização de determinada pessoa como credor faz-se por meio do processo de verificação de crédito, tanto na falência quanto na recuperação judicial. O credor será considerado habilitado se o seu crédito estiver incluído no quadro-geral de credores, em razão do julgamento das impugnações judiciais (art. 18) ou em virtude da falta de impugnação à lista apresentada pelo administrador judicial (art. 14).<sup>12</sup>

A fixação das referidas premissas permite identificar, então, que os créditos de natureza pública, de que titulares os entes da Administração Direta, não apenas não integram o rol de créditos que devem ser habilitados no curso de procedimento de recuperação judicial como, de modo muito mais incisivo, tem seu pagamento definido pela legislação de regência como condição ao processamento do pedido de recuperação.

Tal premissa sublinha, com cores fortes, a relevância da temática proposta, especificamente ante a percepção de que o regime jurídico indicado se restringe exclusivamente à quitação de tributos.

<sup>12</sup> SACRAMONE, 2018, p. 167.



### 3. OS CRÉDITOS PÚBLICOS E SUA NATUREZA JURÍDICA

As premissas estabelecidas no tópico antecedente, atinentes aos créditos da Fazenda Pública a serem adimplidos no curso da recuperação judicial, traz a lume questão complementar à temática proposta.

Tal questão se refere essencialmente à natureza dos créditos de titularidade da Administração Pública, em relação à qual é imprescindível a invocação da prescrição do art. 39 da Lei n. 4.320, de 1964<sup>13</sup>, notadamente no particular da distinção entre créditos tributários e não tributários.

A acurada leitura da legislação citada indica, especialmente a partir de seu cotejo com o Código Tributário Nacional, que os créditos de titularidade da Fazenda Pública perante particulares podem, de um lado, decorrer de hipóteses de incidência tributária a todos dirigida, decorrentes de impostos, taxas e contribuições de melhoria, mas, noutro plano, também podem decorrer de relações negociais ou da imposição de obrigações sancionatórias decorrentes do exercício do poder de polícia.

Então, os créditos da Fazenda serão tributários quando decorrentes de “prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente

<sup>13</sup> Lei n. 4.320, de 1964, art. 39, com a redação do Decreto-lei n. 1.735, de 1979. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias (...). § 2º Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.





vinculada” (art. 3º do Código Tributário Nacional), ao passo que, de outra banda, os de natureza não tributária:

são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais (art. 39, § 2º, da Lei n. 4.320, de 1964).

Nesse sentido, Luciano Amaro afirma:

Esse conceito quis explicitar: a) o caráter Pecuniário da prestação tributária (como prestação em moeda); b) a compulsoriedade dessa prestação, ideia com a qual o Código Tributário Nacional buscou evidenciar que o dever jurídico de prestar o tributo é imposto pela lei, abstraída a vontade das partes que vão ocupar os pólos ativo e passivo da obrigação tributária, opondo-se, desta forma, a compulsoriedade do tributo à voluntariedade de outras prestações pecuniárias; c) a natureza não sancionatória de ilicitude, o que afasta da noção de tributo certas prestações também criadas por lei, como as multas por infração de disposições legais, que têm a natureza de sanção de ilícitos, e não de tributos; d) a origem legal do tributo (como prestação instituída em lei), repetindo o Código a ideia de que o tributo é determinado pela lei e não pela vontade das partes que irão figurar como credor e devedor da obrigação tributária; e) a natureza vinculada (ou não discricionária) da atividade administrativa mediante a qual se cobra o tributo.<sup>14</sup>

É certo, deve ser anotado, que independentemente de sua natureza, os créditos de titularidade da Fazenda Pública devem ser inscritos em dívida ativa, após regular constituição e inadimplemento, na forma da Lei n. 6.830, de 1980<sup>15</sup>, providência que, todavia, não tem o

<sup>14</sup> AMARO, 2003, p. 18-19.

<sup>15</sup> Lei n. 6.830, de 1980, art. 2º – Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos





condão de alterar a natureza jurídica da obrigação do particular em face da Fazenda Pública.

A distinção em comento é fundamental ao exame da temática proposta, atinente à aplicação, ou não, do concurso de créditos próprio da recuperação judicial em relação aos créditos da Fazenda Pública não dotados de natureza tributária, sobretudo perante a prescrição do art. 41 da Lei n. 11.101, de 2005.

Tal importância assume foro ainda mais relevante quando sopeçada com a prescrição do art. 191-A do Código Tributário Nacional, cuja redação decorre da promulgação da Lei Complementar n. 118, de 2005, estabelecendo que “a concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei”.

#### **4. CRÉDITOS NÃO TRIBUTÁRIOS E SEU REGIME CONCURSAL**

O exame acurado das premissas fixadas estabelece diretriz importante à solução da questão proposta ao presente estudo, referente à submissão, ou não, dos créditos da Fazenda Pública de natureza não tributária.

Com efeito, não há como deixar de perceber que o legislador foi expresso ao condicionar o processamento e a conclusão, portanto, da recuperação judicial à regular comprovação da quitação dos créditos da Fazenda Pública de natureza tributária.

O detalhamento da legislação específica declinou, ademais, que a definição das classes de credores submetidas à recuperação judicial observa rol taxativo, relativamente ao qual não é possível, mesmo mediante deliberação da assembleia-geral de credores, incluir créditos não previstos explicitamente pelo legislador.

Noutro plano, todavia, é incontornável a verificação de que o legislador da Lei n. 11.101, de 2005, não incluiu, ainda que por via reflexa, os créditos de titularidade da Fazenda Pública que não disponham de natureza tributária na classe de credores submetidos ao concurso

---

Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.



creditório na recuperação judicial. Não bastasse isso, tampouco o legislador estabelece a quitação das mencionadas obrigações como condição ao processamento das recuperações judiciais, como feito pelo art. 191-A do Código Tributário Nacional quanto às obrigações de natureza tributária.

Não há, destarte, como deixar de concluir pela natureza extraconcursal dos citados créditos na recuperação judicial.

Com efeito, reconhecida a taxatividade do rol de classes dispostas pelo legislador para participação na assembleia-geral de credores e restringindo-se a condição de processamento das recuperações judiciais ao pagamento das obrigações de natureza tributária, não há como deixar de concluir que, quanto às demais, ou seja, as verbas de titularidade da Fazenda Pública de natureza não tributária, a opção legislativa foi de afastar tais obrigações do concurso creditício.

Tal conclusão, ainda que não tenha sido objeto de pontual apreciação por parte do Superior Tribunal de Justiça, acabou sendo reconhecida, ainda que por via reflexa, no bojo da fundamentação do julgamento do Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 112.646-DF, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, quando a egrégia Primeira Seção declinou, especificamente no item 4 do acórdão, que a recuperação judicial é “medida que veio substituir a antiga concordata”, de modo a constituir “modalidade de renegociação exclusivamente dos débitos perante credores privados”.

Assim, segundo o precedente, os créditos tributários de titularidade da fazenda Pública que não disponham de natureza tributária não se submetem à recuperação judicial, notadamente em razão de sua composição negocial haver sido reservada pontualmente para os credores privados, o que ratifica a conclusão, já feita neste estudo, de que o foco das deliberações foi afastado do Poder Judiciário e reservado aos próprios interessados.

Esta conclusão, todavia, deve ser sublinhado, não inviabiliza que, no curso da recuperação judicial, antes ou depois de seu ajuizamento, os referidos créditos sejam objeto de parcelamento ou anistia parcial, observadas as condições e exigências próprias da respectiva legislação (v.g. Lei n. 13.496 e Lei n. 13.494, ambas de 2017).



Não há, destarte, como deixar de concluir que, apesar de o pagamento das obrigações de natureza tributária configurar condição ao processamento do pedido de recuperação judicial, quanto aos créditos de natureza não tributária, optou o legislador por excluí-los tacitamente no concurso inerente à recuperação, de forma que, de um lado, seu respectivo titular não integra o rol de integrantes da assembleia-geral, bem como, de outra banda, o pagamento do respectivo crédito não é condição ao processamento da recuperação.

## 5. CONCLUSÕES

Apreciada a questão proposta, atinente à submissão dos créditos de natureza não tributária da Fazenda Pública nos procedimentos de recuperação judicial, é imperiosa a conclusão de que os mencionados créditos não se submetem ao concurso creditório recuperacional, especificamente porque não são arrolados dentre as classes de credores participantes da assembleia-geral, além de não terem sua respectiva quitação como condição ao processamento da medida de combate à crise da empresa regida pela Lei n. 11.101, de 2005.

Destarte, as ditas obrigações dispõem de extraconcursal, cuja quitação, inclusive mediante parcelamento, haverá de observar a legislação fiscal própria, e não a prescrição da Lei n. 11.101, de 2005.

## 6. REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18-19.

BERTACCHINI, Elisabeta; GUALANDI, Laura; PACCHI, Gaetano; PACCHI, Stefania & SCARSELLI, Giuliano. *Manuale di diritto fallimentare*. Giuffrè: Milano, 2014.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações*. São Paulo: Malheiros, 2017.



MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e preservação da empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

SALOMÃO, Luis Felipe & SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência – Teoria e Prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTI, Elena Frascaroli. *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*. Padova: CEDAM, 2015.

SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro & TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Almedina, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018.

*Recebido em 04/09/2018*

*Aprovado em 23/10/2018*



# 7

## A VULNERABILIDADE LINGUÍSTICA NAS RELAÇÕES JURÍDICO- CONSUMERISTAS: COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

(THE LINGUISTIC VULNERABILITY IN LEGAL-  
CONSUMERIST RELATIONS: A COROLLARY OF  
THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF  
THE HUMAN PERSON)

Tadeu Luciano Siqueira Andrade<sup>1</sup>

### RESUMO

A linguagem jurídica em algumas situações funciona como um bloqueio para cidadão aos seus direitos. Este trabalho analisa a linguagem nas relações de consumo, pautadas pelo Código de Defesa do Consumidor, tendo como princípio mor a vulnerabilidade do consumidor. Considerando que, segundo a doutrina, há diferentes tipos de vulnerabilidade nas relações consumeristas definidas pelos doutrinadores, a pesquisa descreve as diversas espécies de vulnerabilidade, considerando, sobretudo, a vulnerabilidade linguística, investigando

<sup>1</sup> Professor da Universidade do Estado da Bahia – Curso de Direito – *Campus Jacobina* (BA), licenciado em Letras. Bacharel em Direito. Especialista nas seguintes áreas: Português Jurídico, Diversidade Linguística e Direito do Consumidor. Mestre em Linguística, aluno do Programa de Pós-graduação em Linguística (doutorado) da Universidade de Brasília. A temática de suas pesquisas consiste na relação entre a linguagem e o Direito.





também se o desconhecimento de determinados termos técnico-jurídicos por parte do consumidor constitui uma vulnerabilidade linguística, implicando, portanto, a defesa de seus direitos como cidadão comum. Integramos na pesquisa os pressupostos teórico-metodológicos e os fundamentos de duas ciências: A linguística, que considera a linguagem vinculada a um contexto macro em que estão inter-relacionados os aspectos discursivo, semântico e pragmático da linguagem a partir dos usos em situações comunicativas distintas, e o Direito, por ser a ciência que se fundamenta na regulamentação das relações sociais, tendo o homem como destinatário final das normas.

**Palavras-chave:** Vulnerabilidade. Princípio. Consumidor. Linguagem. Direito.

### ABSTRACT

Legal language in some situations works as a block for citizens to their rights. This paper analyzes the language in consumer relations, oriented on the Consumer Protection Code, based on the principle of consumer vulnerability. Considering that according to the doctrine, there are different types of vulnerability in the consumer relations defined by the indoctrinators the research describes the various species of vulnerability considering, above all, linguistic vulnerability, also investigating if the lack of knowledge of certain technical-legal terms by the consumer constitutes a linguistic vulnerability, implying, therefore, the defense of their rights as a common citizen. We integrate in the research the theoretical-methodological assumptions and the foundations of two sciences: the linguistics which considers language linked to a macro context in which the discursive, semantic and pragmatic aspects of language are interrelated from the uses in different communicative situations, and Law because it is the science that is based on the regulation of social relations, having man as the final recipient of the rules.

**Keywords:** Vulnerability. Principle. Consumer. Language. Law.





**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Os princípios da linguagem; 1.1. Linguagem: bloqueio ou acesso à Justiça?; 2. o *Código de Defesa do Consumidor* no Brasil: Aspectos Histórico-Jurídicos; 3. A vulnerabilidade no CDC: Uma inter-relação com a Isonomia e a Dignidade da Pessoa Humana, 3.1. A Dignidade da Pessoa Humana; 3.2. Vulnerabilidade: chegando ao ponto de partida do CDC; 3.3. Vulnerabilidade Linguística; 4. A linguística e o estudo social da língua; 5. A linguagem jurídica e o acesso à justiça, 5.1. Língua não é sinônimo de opressão; 5.2. Linguagem: o direito a ter direito; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

O Direito, como qualquer ciência, tem suas especificidades no que se refere à linguagem. Às vezes, o direito pleiteado por um cidadão comum que desconhece a terminologia jurídica torna-se incompreensível. Dessa forma, o acesso à justiça passa a ser um obstáculo. Um cidadão, desprezado de conhecimento, normalmente desconhece seus direitos, não sabe quando são violados e como tutelá-los, mas, dependendo do grau de complexidade do assunto em um conflito jurídico, o cidadão comum pode saber os direitos que tem e como defendê-los no âmbito jurisdicional. O mundo jurídico está se tornando vez mais complexo, considerando as transformações sociopolíticas, econômico-culturais. Quanto maior o nível socioeducacional do cidadão, maior a possibilidade do conhecimento e defesa de seus direitos, seja com a contratação de um advogado, seja pelo próprio conhecimento. Nesse contexto, devem-se incluir os indigentes, os deserdados do mundo, os párias da sociedade, que vivem relegados ao esquecimento e à miséria absoluta, não sabem de onde vieram, onde estão e para onde vão, expressa Paulo Carneiro, “não têm condições sequer de ser partes – os ‘não partes’ são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país”.<sup>2</sup>

Para se comprovar esse quadro, basta assistir a audiências nos Juizados de Defesa do Consumidor, onde muitos cidadãos vão ao Judiciário, sequer sabem o que dizer e como dizer. À guisa de exemplo,

<sup>2</sup> CARNEIRO, 2000, p. 58.



relembro cenas a que assisti dessa natureza no estágio supervisionado do Curso de Direito, quando vi um advogado dizer a um vendedor de picolé que cabia a ele (vendedor) ônus da prova. Em seguida, disse uma máxima em Latim: *Allegare nihil, et allegatum non probare paria sunt*, que poderia ser dita em palavras que estavam no léxico do cidadão comum: *Alegar e não provar é mesmo que não alegar.*

Assim, o desconhecimento da informação está vinculado à condição socioeconômica do indivíduo e ainda à falta de compromisso ético-profissional do advogado, pois, conforme dispõe o artigo 133, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), o “advogado é indispensável à administração da justiça [...]”

Nesse contexto, constata-se quanto menor o nível socioeconômico das pessoas, mais baixo o seu *status* e menor o nível de informação.

Diante do exposto, a temática elucidada neste artigo trata do acesso à Justiça como base para a construção de um Estado Democrático de Direito, o respeito às diferenças sociolinguísticas de cada cidadão.

Considerando que o cidadão comum, por não conhecer termos específicos do léxico jurídico e ainda outras expressões linguísticas que podem estar presentes nas relações de consumo, vislumbra-se que, além das diversas vulnerabilidades elencadas pela doutrina consumérista, apresenta um tipo de vulnerabilidade pouco ou não explorada no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se da vulnerabilidade linguística, seja nas relações de consumo no que se refere ao um bem/serviço contratado/prestado ou nas relações jurídicas de consumo tuteladas pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 – *Código de Defesa do Consumidor* (CDC). A problemática deste trabalho consiste na análise da vulnerabilidade linguística do consumidor, visando ao reconhecimento dessa vulnerabilidade nas relações de consumo, princípio maior do CDC, inserindo-a na Política Nacional de Relações de Consumo.

O termo *cidadão comum* será usado neste artigo com referência ao homem que, por não está inserido no mundo jurídico, desconhece os termos do léxico do Direito e os aspectos de que o Magistrado dispõe para prestar a tutela jurisdicional.

O problema da informação está associado ao princípio democrático, pois aquele que não está informado dos seus direitos não tem



condições de exercê-los. Salienta-se que a informação está vinculada à linguagem.

Pretende-se neste artigo uma correlação entre o Direito e a Linguística, com os pressupostos teórico-metodológicos da Jurislinguística, parte da Linguística que estuda a Linguagem no/do Direito, desenvolvida nos últimos anos, apresenta uma estrutura binária: O estudo semântico das palavras e estruturas empregadas pelo Direito, haja vista os sentidos que esses enunciados apresentam no contexto jurídico e a ação do Direito sobre a linguagem como ação e interação.

Segundo Dias e Silva,<sup>3</sup> a jurislinguística se aproxima da sociolinguística e da socioterminologia e se desenvolveu mais nos países onde o enfrentamento de línguas e sistemas jurídicos provocam obstáculos na compreensão e interpretação dos fatos jurídicos. Às vezes, na relação jurídica, estão presentes duas línguas díspares, a linguagem dos profissionais do Direito e a do cidadão comum.

Nas relações consumeristas, a linguagem é imprescindível à informação, à interação, ao conhecimento e à defesa de direitos. Nesse contexto, há a interação de duas ciências, a Linguística e o Direito. A primeira considerada como a ciência da linguagem humana em todos os seus aspectos; a segunda definida, entre diversos os conceitos, como um sistema de normas de condutas criadas e impostas pelas instituições, visando a regular as relações sociais. “O Direito surge com o homem, como expressão de um fenômeno social. Mas sua essência consiste em palavras sem palavras não é nada”.<sup>4</sup>

Este artigo tem como objetivo geral analisar, a partir da situação vivida pelo autor nas audiências do Juizado de Defesa do Consumidor da Cidade de Salvador (BA), a relação entre a linguagem e o Direito, tendo como base a interação das partes da relação processual e considerando a vulnerabilidade, princípio norteador do Direito do Consumidor brasileiro.

Adotarmos os pressupostos da metodologia etnográfica, recorrendo à análise de doutrinas, processos, legislação e outras fontes.

<sup>3</sup> DIAS E SILVA, 2010, p. 57-58.

<sup>4</sup> ROBLES, 2004, p. 48.



Para alcançar o objetivo macro, delineamos três objetivos mais específicos: (i) observar a situação jurídica à luz dos princípios adotados pelo CDC; (ii) observar se os termos usados na relação processual eram de fácil compreensão para o consumidor; (iii) compreender o aspecto semântico dos termos vulnerabilidade e hipossuficiência na relação de consumo. Servirá como aporte teórico o método descritivo e dedutivo para a análise do problema, consubstanciado nos doutrinadores que tratam do Direito consumerista. Trata-se, portanto, de uma pesquisa descritiva. Tendo em vista que o problema de uma pesquisa é uma questão não resolvida, algo para o qual se vai buscar resposta(s), objetivamos responder às perguntas:

- a) Há realmente uma vulnerabilidade linguística na relação de consumo?
- b) O conhecimento do cidadão é a porta de entrada para o acesso à Justiça?

Pretendemos demonstrar que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo é essencial à efetividade da política do CDC e proporciona os desafios do direito do consumidor na sociedade moderna e auxilia no acesso à Justiça pela linguagem.

## 1. OS PRINCÍPIOS DA LINGUAGEM

O homem, ao se comunicar, transmite seus sentimentos e interage no contexto social onde se encontra por meio da linguagem. Dessa forma, a linguagem foi concebida no percurso da história da humanidade de diferentes formas. Segundo Kock<sup>5</sup>, há três princípios que fundamentam o uso da linguagem:

- a) O princípio da apresentação: linguagem é “espelho” do mundo e do pensamento;
- b) O Princípio de instrumento: a linguagem é “ferramenta” de comunicação;
- c) O princípio da forma “lugar” de ação ou interação.

<sup>5</sup> KOCK, 2005.



A língua é um código, é o meio pelo qual a mensagem se expressa. A linguagem é uma atividade humana, por intermédio dela, o homem interage, expressa seus pensamentos e se comunica. Nesse contexto, a linguagem é vista como atividade e forma de ação. Sendo a linguagem o lugar de interação, possibilita aos membros de uma sociedade a prática de diversos tipos de atos, exige dos falantes noções e/ou comportamentos, influencia na argumentação, entre outros aspectos.

Vivemos em uma sociedade plural, em que a linguagem apresenta uma diversidade de usos para se ajustar aos diferentes contextos discursivos, considerando os falantes, a relação entre os fatos e as circunstâncias da enunciação. A condição *sine qua non*, para existir a comunicação e interação entre os falantes, é o entendimento da mensagem. Dessa forma, a linguagem não pode ser vista como um bloqueio às relações sociais, sobretudo, quando se trata de defesa de interesses e direitos.

## 1.1 Linguagem: bloqueio ou acesso à Justiça?

Em algumas circunstâncias, para o cidadão comum, a linguagem é um bloqueio de acesso à justiça. Os advogados, ao dirigirem-se à pessoa que está defendendo, falam como se estivessem em um Tribunal, dialogando com os doutores da Lei, Desembargadores, Ministros, etc. Sabemos que a linguagem jurídica, como de qualquer ciência humana, tem suas peculiaridades que a definem como a linguagem de uma determinada profissão, mas essas peculiaridades devem ser mitigadas quando se trata da interação entre o Operador do Direito e o cidadão comum.

Para Foucault<sup>6</sup>, “ninguém entrará na ordem do discurso se não satisfizer a certas exigências ou se não for, de início, qualificado para fazê-lo (*sic*)”. Por isso, nem todos os contextos discursivos são acessíveis, seja pela estrutura linguística ou pela própria estrutura jurídico-social, pois, conforme defende Neiva<sup>7</sup>, “o povo ainda vê o Judiciário como retrato da morosidade, extremamente formal e burocrático”.

<sup>6</sup> FOUCAULT, 1996, p. 37.

<sup>7</sup> NEIVA, 2006.



Por ser o Direito um fenômeno sociocultural que se manifesta pela língua, seu processo de conceitualização não é uma atividade individual isolada. É fruto de uma construção afetada pelo uso da língua no contexto real de interação<sup>8</sup>. Na verdade, são palavras e enunciados que conferem a existência ao Direito. As palavras do poder constituído manifestam o Direito. Quando, por exemplo, o juiz, em um processo, emprega a forma verbal imperativa, *cite-se*, reúne, em uma só palavra, quatro comandos: a determinação de que a Petição Inicial contempla os requisitos formais e processuais; a existência de uma demanda contra alguém; chamamento desse alguém para compor a relação processual e ainda lhe oportunizando o direito de defesa e do contraditório.

Um texto pode ser compreendido por um leitor, mas pode não ser por outro, devido às especificidades na forma ou no conteúdo. Por exemplo, se um advogado disser ao um cidadão comum que um determinado produto apresenta um *vício aparente* ou *oculto*, certamente, esse cidadão não saberá que a palavra *vício*, na relação de consumo, significa aqueles defeitos que tornam o produto/serviço impróprio ou inapto ao consumo destinado.

Outro exemplo no aspecto da linguagem jurídica: na audiência, se o operador do Direito disser ao consumidor que seu direito foi vencido pela decadência ou prescrição.

Na linguagem do cidadão comum, a palavra *decadência* é o ato de decair; fim; declínio, enfraquecimento, abatimento, empobrecimento, a *prescrição* é ato de normatizar, prescrever, determinar.

Na ciência jurídica, ambos os institutos têm como fundamento a desídia no lapso temporal, pertencem ao mesmo campo semântico, mas apresentam sentidos e implicações diversas na seara do Direito.

A decadência requer um direito em potência, a prescrição presuppõe um direito já exercido pelo titular. Por isso, o CDC distingui os dois institutos: no *artigo 26*, trata da decadência; no *27*, elucida a prescrição. Em síntese, a prescrição atinge a ação, por via oblíqua, causa o desaparecimento do direito por ela tutelado. A decadência atinge o direito e extingue a ação.

<sup>8</sup> MACIEL, 2001, p. 45-53.



Diante da situação, concluímos que o cidadão comum não será capaz de entender as diferenças acima, tendo em vista que essas palavras não fazem parte de seu cotidiano. Define Robles:

Todos podem realizar uma leitura simples e superficial de muitos textos jurídicos, pois normalmente as normas jurídicas são compreensíveis para o cidadão medianamente culto. Mas uma leitura profunda que não se limite ao verniz daquilo que aparece, mas que penetre no mundo conceitual e interpretativo do Direito, só é acessível aos juristas, isto é, aos profissionais do Direito.<sup>9</sup>

A linguagem, permeada de termos rebuscados desnecessários à situação comunicativa e de difícil compreensão, constitui a manutenção de um direito não positivado para os homens em geral, mas, sobretudo, uma ciência que se explica por suas normas e não pelas transformações socioculturais. O Direito não poderá produzir seu objeto numa dimensão exterior à linguagem. Deve construí-lo sobre dados expressos pela mesma linguagem. Para que a comunicação se torne eficiente, a linguagem deve estar ao alcance das partes, haja vista a lide geralmente ser composta por cidadãos leigos em matéria jurídica.

O acesso à justiça deve ser visto como um direito fundamental. Esse acesso dar-se-á com o respeito ao padrão linguístico do cidadão que não domina a terminologia jurídica. Por essa razão, o profissional do Direito deve propiciar meios de o cidadão conhecer os seus direitos linguísticos. Como um homem do meio rural, não tendo acesso ao conhecimento jurídico-contratual poderá, por exemplo, compreender os termos de um contrato de empréstimo agrícola?

O artigo 46 do CDC preconiza:

Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

<sup>9</sup> ROBLES, op. cit., p. 53.



Fundamentando nesse dispositivo, argumenta Nelson Nery Júnior:

Deve-se evitar, tanto quanto possível, a utilização de termos linguísticos muito elevados, expressões técnicas não usuais e palavras em outros idiomas. Os termos técnicos de conhecimento do homem médio leigo, as palavras estrangeiras que já estejam no domínio popular do homem mediano podem, em tese, ser empregadas na redação de um contrato de consumo, atendidas as peculiaridades do caso concreto, bem como do universo da massa a ser atingida como aderente no contrato de adesão. Se este tem como alvo pessoas de baixa renda e analfabetas em sua maioria, por exemplo, palavras difíceis, termos técnicos e palavras estrangeiras não deverão, por cautela, ser utilizadas no formulário. Não basta o emprego de termos comuns, a não utilização de termos técnicos e palavras estrangeiras para que seja alcançado o objetivo da norma sob comentário. É preciso que também o sentido das cláusulas seja claro e de fácil compreensão. Do contrário, não haverá exigibilidade do comando emergente dessa cláusula, desonerando-se da obrigação o consumidor. A avaliação da efetiva compreensão da cláusula pelo consumidor depende do caso concreto. Sendo o consumidor pessoa de nível universitário, normalmente terá maior facilidade de entendimento do conteúdo de determinada cláusula contratual do que o consumidor com instrução primária sem domínio razoável da língua portuguesa.<sup>10</sup>

O desconhecimento da linguagem jurídica oportuniza uma fragilização do consumidor, que, sem o domínio da linguagem técnica da relação jurídico-consumerista, fica à margem do contexto discursivo, encontrará dificuldades na interação e defesa e conhecimento de seus direitos. Nesse sentido, a linguagem jurídica bloqueia o acesso do cidadão à justiça e aos seus direitos. O consumidor, não interagindo com a linguagem jurídica, não compreenderá os efeitos da relação de consumo. Assim, a linguagem é uma forma de opressão ou sujeição é o arame farpado mais poderoso para se garantir o poder.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> NERY JÚNIOR, 2007, p. 554-555.

<sup>11</sup> GNERRE, 1998, p.45.



## 2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO BRASIL: ASPECTOS HISTÓRICO-JURÍDICOS

Com a evolução das relações de consumo no Brasil, tornou-se necessária elaboração de normas que estivessem em sintonia com uma sociedade de massas que surgiu no século XXI. Atendendo aos ditames da Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, XXXII: “O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor”, foi instituído pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, ou simplesmente CDC.

Falar em mudanças político-econômico-sociais no Brasil, após a CF/88, é sem dúvida, falar na redemocratização do país. Promulgada a Carta Magna, houve um fortalecimento nos anseios do povo, visando à regulamentação dos direitos sociais, pautados no princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido no artigo 1º, III, da CF/88. Surgiram várias leis, assegurando os direitos individuais e coletivos previstos no texto constitucional, destaca-se o CDC. A história da luta pela defesa dos direitos do consumidor marca a redemocratização do Brasil.

A promulgação do CDC, em 1990, trouxe inovações importantes no mercado consumerista. Nos anos 90 e na primeira década do século XXI, as relações de consumo mudaram substancialmente no Brasil.

## 3. A VULNERABILIDADE NO CDC: UMA INTER-RELAÇÃO COM A ISONOMIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para chegar à vulnerabilidade, princípio base do CDC, é necessária uma análise de dois princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana (artigo I, inciso III) e o princípio da isonomia (*caput do artigo 5º*).

O inciso I do artigo 4º do CDC, preconiza que o consumidor é vulnerável. Para Rizatto Nunes<sup>12</sup>, essa afirmação é uma primeira medida da isonomia.

<sup>12</sup> NUNES, 2013, p. 194.





Falar em igualdade do ponto de vista constitucional, embora pareça uma contradição, é imprescindível uma interpretação sistemática e adequada da fórmula aristotélica – a Justiça Equitativa: Dar tratamento igual aos iguais, desigual aos desiguais na medida dessa fragilidade. Rui Barbosa, reinterpretando a definição de igualdade, disse:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

A igualdade a que o dispositivo se refere é a isonomia formal, a aplicação equânime da lei para todos. A verdadeira isonomia não é tratar todos iguais, e sim a isonomia material, ou seja, tratar os iguais na sua igualdade e os desiguais na proporção de sua desigualdade. Por isso, privilegiar a parte mais vulnerável na relação é atingir a real desigualdade.

Da discriminação nasce esse princípio. O termo discriminação aqui não corresponde ao ato de segregação, exclusão social, mas ao ato de especificar, avaliar, haja vista os aspectos relevantes para a aplicação da justiça.

Considerar consumidor e fornecedor iguais nas relações consumeristas seria violar o princípio da isonomia na essência. Por exemplo, um consumidor, celebrando um contrato de plano de saúde, pode discutir as cláusulas contratuais de forma simétrica?

Estar-se-ia, assim, infringindo a igualdade formal e desigualdade material, uma vez que, naquela situação, o consumidor desconhece os termos técnico-jurídicos da relação contratual.

### 3.1. A Dignidade da Pessoa Humana

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, diz: “Artigo 1º: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”

Considerando esse dispositivo, concluímos que todos os homens são titulares dos direitos fundamentais.





A Constituição de 1988, [...], optando pelo pronome indefinido genérico, *todos*, usou a expressão “todos são iguais perante a lei”. O texto da ONU emprega a expressão *todos os homens*. Isso significa, portanto, que cada um e todos os homens devem ser considerados em sua condição de seres humanos, uma vez que nascem dotados de liberdade e igualdade em dignidade e direitos.<sup>13</sup>

É preciso enfatizar que a dignidade da pessoa humana integra o rol dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e é o vetor para a identificação material dos direitos fundamentais. Essa dignidade somente será efetiva se for possível ao homem uma existência que propicie fruição de todos os direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é um princípio construído pela história que consagra um valor, visando à proteção do homem contra tudo que lhe possa reduzir à condição de não ser humano.

O fato de ser pessoa humana já é pressuposto de possuir dignidade, a fonte de onde emanam todos os demais princípios da vida humana. Sem dignidade, não se fala em direitos humanos, em direitos sociais e na própria pessoa humana. O ponto inicial de todos os movimentos histórico-sociais foi o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

### 3.2. Vulnerabilidade: chegando ao ponto de partida do CDC

Uma lei protetiva só se justifica diante de uma relação de desiguais. Se, nessa relação, houver alguém que detenha técnica e termos e alguém que os desconheça, não importa a sua condição socioeconômico-cultural, esse alguém está no estado vulnerável e necessita do reconhecimento dessa condição. Neste polo, encontramos que “basta ser consumidor para ser vulnerável”.<sup>14</sup>

Ponderam Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins<sup>15</sup>: a vulnerabilidade não é um dado que necessita ser provado. É uma presunção legal adaptada àquele que se encontra como consumidor. Inexistem gradações no tocante ao reconhecimento da vulnera-

<sup>13</sup> ROCHA, 2004, p. 17.

<sup>14</sup> NUNES, 2012, p. 194.

<sup>15</sup> ALVIM; ALVIM; MARINS, 2005, p. 45.



bilidade. Para Rizzatto Nunes<sup>16</sup>, a vulnerabilidade não se separa das relações de consumo, não admite prova em contrário, porque não se trata de mera presunção legal. Há vários tipos de vulnerabilidade, porém, o enfoque deste artigo é a vulnerabilidade linguística.

### 3.3. Vulnerabilidade Linguística

A vulnerabilidade do consumidor se fundamenta nos planos técnico e econômico, permeada também pelo jurídico-linguístico, porque, para o cidadão que desconhece a terminologia jurídica a justiça se torna inacessível.

Uma linguagem de difícil compreensão coloca o cidadão comum numa posição de desconhecimento frente a situações que dizem respeito ao seu cotidiano na medida em que o Direito é basicamente a regulamentação de situações fáticas.<sup>17</sup>

De um lado, o consumidor enfrenta o problema técnico-científico do produto/serviço posto no mercado; do outro, o problema da linguagem.

Não podemos negar que a prestação jurisdicional deva ser assegurada por um processo mediante uma linguagem clara, sem ambiguidade na interpretação.

Reconhecer que o consumidor é possuidor de uma vulnerabilidade linguística decorrente de problemas sociais é o passo para construir uma sociedade pautada na dignidade humana, pois na demanda geralmente existe uma parte leiga na matéria jurídica. Essa vulnerabilidade não é marcada apenas pelos termos técnicos que compõem um contrato ou as informações acerca de um produto, mas também pelo desconhecimento do cidadão dos termos específicos do léxico jurídico.

Nesse contexto, percebemos que o domínio da linguagem nas relações jurídicas de consumo é necessário, tendo em vista os desafios do Direito na contemporaneidade, sobretudo em uma sociedade marcada pelo avanço tecnológico onde as informações são processadas e inovadas a cada momento. Por exemplo, em um contrato de crédito,

<sup>16</sup> NUNES, 2012.

<sup>17</sup> PIRES, 2010, p. 26-27.



o consumidor desconhece tanto os termos técnicos da redação contratual como também a terminologia dos termos inerentes ao serviço/produto, como se pode dizer que a parte vulnerável linguisticamente conheceu os princípios contratuais?

Não estamos reduzindo uma audiência ou peça jurídica a um discurso vulgar, permeado de gírias ou calão. Ao contrário, defendemos uma linguagem acessível ao cidadão comum para que, em situações concretas, seu direito não se torne abstrato, e o acesso à Justiça dê-se, partindo do reconhecimento das peculiaridades sociolinguísticas e econômicas que o cidadão comum apresenta.

#### 4. A LINGUÍSTICA E O ESTUDO SOCIAL DA LÍNGUA

A linguística é uma ciência social, estuda a língua em todos os seus aspectos, considerando os falantes nas relações sociais. Afirmar Calvet<sup>18</sup>: “as línguas não existem sem as pessoas que as falam, e a história de uma língua é a história de seus falantes.” Em uma comunidade de fala, a língua não é única em termos de usos, apresenta uma variação. Neste artigo, adotamos o conceito de comunidade de fala, expresso na *Declaração dos Direitos Linguísticos*, por guardar uma similitude com o conceito adotado pela Sociolinguística Loboviana:

Artigo 1º: entende por comunidade linguística toda a sociedade humana que, radicada historicamente num determinado espaço territorial, reconhecido ou não, se identifica como povo e desenvolveu uma língua comum como meio de comunicação natural e de coesão cultural entre os seus membros. A denominação língua própria de um território refere-se ao idioma da comunidade historicamente estabelecida neste espaço.

Para a sociolinguística, comunidade de fala não é um grupo de pessoas que fala exatamente igual, mas um grupo de pessoas que compartilha traços linguísticos que diferenciam seu grupo dos demais. As pessoas, ao se comunicarem, compartilham normas e atitudes nos usos linguísticos. Nessa interação, encontram-se fatores externos ao sistema linguístico (fatores sociais) e fatores internos à língua também chamados de linguísticos, porque decorre da própria língua.

<sup>18</sup> CALVET, 2002, p. 12.





## 5. A LINGUAGEM JURÍDICA E O ACESSO À JUSTIÇA

O discurso jurídico pretende igualar todos perante a Lei em direitos e obrigações. Do ponto de vista linguístico, essa igualdade não ocorre. É comum sujeitos, com baixa escolaridade, serem marginalizados e excluídos das relações sociais. Por isso, não tem acesso aos bens culturais e conseqüentemente não exercem a cidadania.

Segundo Mellinkoff<sup>19</sup>, o Direito se manifesta graças à língua. São as palavras que emprega e os enunciados que produz que lhe conferem a existência. Desde os tempos remotos, sabemos que a palavra do chefe era lei respeitada por todos. No mundo contemporâneo, permanece essa visão. Em qualquer que seja o regime político, as palavras do poder constituído expressam o Direito como um fenômeno sociocultural, que depende do uso da língua, por isso, é fruto de uma construção afetada em pleno uso da língua em um contexto real.<sup>20</sup> Conforme sinaliza o artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Esse dispositivo está dissociado da realidade, haja vista a proliferação legislativa e o desconhecimento técnico-jurídico do texto da Lei por parte daquele que não está inserido no contexto jurídico. O cumprimento da lei está fundamentado no princípio de que todos os cidadãos são obrigados a conhecer a lei. Isso é uma contradição, pois a própria lei recorre a mecanismos que impedem seus destinatários de apreendê-la. Os termos da lei estão acessíveis a todos os cidadãos?

A linguagem jurídica encontra-se estruturada de tal maneira que inviabiliza a aquisição do conhecimento legal por qualquer sujeito que não pertença ao mundo jurídico. Segundo Pereira<sup>21</sup>, “há uma verdadeira dificuldade de compreensão dos termos jurídicos pela população geral, esta limitação concerne, também, às normas fundamentais de exercício da cidadania”.

<sup>19</sup> MELLINKOFF, 1994, p. 9.

<sup>20</sup> MACIEL, 2001.

<sup>21</sup> PEREIRA, 2001, p. 97.





### 5.1. Língua não é sinônimo de opressão

Apesar de haver na sociedade diversas formas linguísticas, uma forma não deve se sobrepôr à outra. Assim, a forma padrão, por ter mais valor social, não pode ser vista como forma de preconceito e exclusão social em relação a não padrão. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, em que a CF/88 (artigo 1º, III) elegeu a Dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais. Assim, a linguagem não deve ser um bloqueio à vida em sociedade ou um instrumento de poder. Não respeitar a língua do outro consiste em um equívoco linguístico, porque está se desconhecendo as diferentes formas de uso que a língua dispõe ao falante; um desrespeito humano, porque não respeita as peculiaridades do outro e um erro político, pois viola os direitos do outro.

Nas relações sociais, adota-se uma linguagem que, para muitos sujeitos, é uma forma de dominação que a classe opressora usa para dominar os oprimidos por intermédio do “falar difícil”, dificultando o acesso destes aos bens culturais e a cidadania. Nesse contexto, a língua não traduz uma forma de interagir, contestar e expressar-se. Enfim, a linguagem como uma forma de liberdade. Uma linguagem que espolia e exclui não é cumpre a sua função social.

### 5.2. Linguagem: o direito a ter direito

Sabemos que o Direito, como toda e qualquer ciência, tem sua linguagem específica, porém essa especificidade linguística não deve ser usada como forma de negar o acesso à justiça àqueles que desconhecem a técnica do discurso jurídico. No Direito, há uma técnica de moldar a linguagem e adaptá-la ao mundo jurídico, cuja compreensão está ao alcance daqueles que estão inseridos nos ambientes forenses. O discurso dos profissionais da área do Direito é composto por diversos gêneros textuais, como, por exemplo, pareceres, sentenças, petições, denúncias, acórdãos, recursos, apresenta um aspecto formal que impossibilita a compreensão por aqueles que não estão inseridos no contexto jurídico. O cidadão comum não será capaz de entender esse discurso, tendo em vista que a terminologia jurídica não faz parte de seu cotidiano. Ante o exposto, define Robles:





Todos podem realizar uma leitura simples e superficial de muitos textos jurídicos, pois normalmente as normas jurídicas são compreensíveis para o cidadão medianamente culto. Mas uma leitura profunda que não se limite ao verniz daquilo que aparece, mas que penetre no mundo conceitual e interpretativo do Direito, só é acessível aos juristas, isto é, aos profissionais do Direito.<sup>22</sup>

Uma linguagem de difícil compreensão deixa o cidadão comum em uma condição de desconhecimento diante de situações que dizem respeito à sua vida diária, sobretudo, diante da lei. A vulnerabilidade linguística também está associada a fatores inerentes ao indivíduo, não constituindo um mero desconhecimento de termos, por exemplo, um idoso dirige-se a uma farmácia e diz que quer comprar um *cache-te* (comprimido), ou em um consultório médico quando o profissional emprega os termos técnicos e atuais da Medicina? O idoso será entendido? Ou um cidadão que desconhece os termos técnicos de uma receita médica, como ele compreenderá o uso da bula.

No que se refere à condição vulnerável do idoso, Barletta<sup>23</sup> defende que a absoluta clareza e o vocabulário usado pelo médico adequado ao nível intelectual e cultural do idoso. A informação composta por palavras compreensíveis e o tamanho da letra adequado à capacidade de leitura devem estar presentes na interação idoso/médico, pois um documento elaborado com vocabulário inadequado, de difícil compreensão constrange o idoso, tendo em vista sua dificuldade de acesso e entendimento.<sup>24</sup>

Uma linguagem incompreensível, restrita ao meio acadêmico coloca o cidadão comum em uma relação de desigualdade. O consumidor é vulnerável na relação consumerista, não importa a espécie de vulnerabilidade. O importante é reconhecer que a vulnerabilidade está na gênese da elaboração do CDC.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito que prima pela construção de uma sociedade livre, justa e fraterna e os ditames de uma sociedade fraterna iniciam-se nas relações linguísticas. Por isso, defendemos que a democracia tome como ponto de partida a linguagem.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> ROBLES, 2004, p. 53.

<sup>23</sup> BARLETTA, 2010, p. 47-49.

<sup>24</sup> BARLETTA, 2010, p. 48-49.

<sup>25</sup> ANDRADE, 2015, p. 19.





## CONCLUSÃO

O Direito é uma linguagem que deve estar a serviço do homem na sua existência. A linguagem precisa ser clara e objetiva. Assim, estaremos fazendo uma justiça equânime, democrática, plural e acessível a todos.

O acesso à Justiça deve, em primeiro plano, acontecer pela linguagem e compreensão da situação que está sendo tratada. Isso ocorrerá quando houver a interação entre sujeitos da demanda. Uma linguagem ambígua, polissêmica viola os princípios constitucionais do acesso à Justiça e da publicidade. A linguagem não deve ser um exercício de poder, uma violência simbólica apenas para mostrar erudição e autoridade. A finalidade do Direito é garantir a justiça e a segurança. Por isso, o Operador do Direito deve estar apto a encontrar um equilíbrio entre a justiça e a segurança.

Em algumas relações jurídicas, o consumidor apresenta uma vulnerabilidade linguística, que o coloca em uma relação de desigualdade em determinadas situações fáticas em que se discute o bem da vida.

Vivemos em um contexto de transformações históricas, políticas e culturais que tem como base a construção de uma sociedade livre, justa e fraterna, permeada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia e outros. A construção dessa sociedade inicia-se nas relações linguísticas, em que o cidadão possa agir e interagir, expressando o seu pensamento.

O ordenamento jurídico deve fazer uma análise da vulnerabilidade à óptica da sociedade de informação e desinformação, considerando os impactos do mundo consumerista para o direito contemporâneo, diante da complexidade e da diversidade.

A linguagem jurídica deve cumprir seu papel e, como ferramenta de trabalho do profissional de Direito, tem uma função inerente à jurisdição. Por isso, defendemos uma linguagem acessível e clara. O jurista deve garantir o acesso à Justiça, com um discurso compreensível àqueles que, por força das condições de própria vida, não tiveram a educação formal.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, que consagrou a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo como seus



fundamentos. Portanto, o acesso à justiça dar-se-á quando houver o respeito às diferenças culturais e econômicas, sociopolíticas, oportunizando, dessa forma, o acesso à democracia linguística.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Tadeu Luciano Siqueira. Reconhecimento da Vulnerabilidade Linguística do Consumidor: Forma de Acesso à Justiça. In: *Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 62, out. /dez. 2016, p. 163-180.

ARRUDA, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marin. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Editora RT, 2005.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O Direito à Saúde da Pessoa Idosa*. Tese de Doutorado em Direito. Rio de Janeiro: PUC; Departamento de Direito, 2008.

BARBOSA, Rui. *Oração Aos Moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Cláudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CALVET, J.-L. *Sociolinguística: uma introdução crítica*. São Paulo: Parábola, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CASEMIRO, Luciana e SAMPAIO, Nadja. Linha do tempo da Defesa do Consumidor Disponível em <http://oglobo.globo.com/infograficos/defesa-do-consumidor/linha-do-tempo> Acesso em: 1 dez. 2013.

DIAS, Graciele da Mata Massaretti; SILVA, Manoel Messias Alves da. TERMINOLOGIA E A LEXICOLOGIA Aspectos da terminologia jurídica. In: *Linguagem e Direito*. Organização: Virgínia Colares. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

FOUCAULT, M. *A ordem do discurso*. 3. Ed. Trad. L. F. de A. Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

GNERRE, Maurizio. *Linguagem, Escrita e Poder*. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

KOCH, Ingedore Villaça. *A Inter-ação pela Linguagem*. 12. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

MACIEL, Anna Maria Becker. A terminologia canadense na visão de uma pesquisadora brasileira. In LIMA, M. dos Santos. *Terminologia e ensino de segunda língua: Canadá e Brasil*. Porto Alegre: NEC/UFRGS/ ABECAN, 2001, p. 45-53.

NEIVA, Gerivaldo Alves. A Sentença do Carpinteiro. Salvador: *Jornal Tribuna dos Magistrados*, ano 4, n. 15 – out./nov. 2006.

PIRES, Mozart Valadares. Simplificação da linguagem jurídica: questão técnica ou imperativo ético? *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 14, n. 332, p. 26-27, 15 nov. 2010.

ROBLES, Gregorio. *O Direito como Texto: Quatro Estudos de Teoria Comunicacional do Direito*. São Paulo: Editora Manole. 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *et. al. Código de Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 554-555.

NUNES, Rizzatto. *Abusa quem pode; acata quem não tem alternativa*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/abcdocdc>. 17 maio 2012>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 17.

*Recebido em 03/07/2018*

*Aprovado em 17/10/2018*





# 8

## DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

(PARTIAL COMPANY DISSOLUTION:  
AN ANALYSIS ACCORDING WITH THE PRINCIPLE  
OF PRESERVATION OF THE ENTERPRISE AND  
THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF  
ECONOMIC ACTIVITY)

**Vinícius Lacerda e Silva<sup>1</sup>**

### RESUMO

O presente ensaio pesquisado pelo método dedutivo aborda um instituto que não era objeto do legislador processual desde o Código de Processo Civil de 1939: a dissolução de sociedade. O Novo Código de Processo Civil tratou sobre o tema ao dispor, especificamente, sobre a

<sup>1</sup> Assistente Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos. Bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos.



ação de dissolução parcial de sociedade. Essa criação jurisprudencial de 1951 teve com propulsora o princípio da preservação da empresa e, naturalmente, até os dias de hoje tal princípio permanece norteando o instituto aliado a todos os outros inerentes à atividade econômica, os quais estão textualmente previstos na Constituição Federal. Por fim, após uma pesquisa acerca da recuperação judicial de empresas, constatou-se que o mesmo princípio da preservação da empresa também constitui um paradigma orientador das medidas com a finalidade de manutenção da produção e circulação de bens e serviços.

**Palavras-chave:** Dissolução. Sociedade. Preservação. Empresa. Recuperação.

### ABSTRACT

This essay investigated by the deductive method deals with an institute that was not the object of the procedural legislator since the Code of Civil Procedure of 1939: company dissolution. The New Code of Civil Procedure dealt with the subject in the disposition, specifically, about the action of partial company dissolution. This jurisprudential creation of 1951 had as a driving force the principle of preservation of the enterprise and, of course, until today, this principle continues to guide the institute along with all others inherent to economic activity, which are stated in the Federal Constitution. Finally, after a research on the business recovery, it was contacted that the same principle of the preservation of the enterprise also constitutes a paradigm guiding the measures with the purpose of maintaining the production and circulation of products and services.

**Keywords:** Dissolution. Company. Preservation. Enterprise. Recovery.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O surgimento da dissolução parcial de sociedade; 3. Os princípios constitucionais inerentes à preservação da empresa como propulsores do desenvolvimento econômico e social no Estado Democrático de Direito; 4. O elo de similaridade da preservação da empresa na dissolução parcial de sociedade e na recuperação judicial (Lei n. 11.101/2005); 5. Considerações finais; 6. Referências.



## 1. INTRODUÇÃO

A ação de dissolução de sociedade foi novamente regulada pelo legislador processual depois de quase oito décadas sendo processada nos moldes do Código de Processo Civil de 1939, época em que era tratada tão somente na hipótese de dissolução total.

O Novo Código de Processo Civil (CPC/15) que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016 tratou da aludida demanda, especificamente da dissolução parcial, entre seus arts. 599 a 609, em seu Capítulo V, no Título III, Dos Procedimentos Especiais.

O legislador de 1973 optou por adotar as disposições do CPC/39 até que a lei especial posterior entrasse em vigor, o que acabou não ocorrendo. Não obstante, o objetivo do presente ensaio não é comentar todos os novos artigos introduzidos pelo NCPC.

Pretende-se abordar, em panorama geral, a evolução deste instituto desde a resolução total prevista na codificação da década de 1930 até a criação jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo promovida em 1951 que resultou na dissolução parcial de sociedade à luz do princípio da preservação da empresa.

Ao discorrer sobre os princípios, destaca-se o conceito e a importância desse comando geral e abstrata como norteador sistêmico de todo o ordenamento jurídico.

Aponta-se, outrossim, que o resguardo do princípio da preservação da empresa implica a garantia de diversos outros princípios constitucionais previstos na ordem econômica e financeira brasileira, a exemplo da livre iniciativa, da propriedade privada, da função social da propriedade, a livre concorrência e da busca do pleno emprego, todos voltados aos ditames da justiça social e à redução das desigualdades regionais e sociais.

Por fim, traçar-se-á um estreito elo de comparação entre a preservação da empresa da dissolução parcial de sociedade e na insolvência empresarial, tendo em vista que, em ambas as situações jurídicas, visa-se à manutenção da fonte produtora do empreendimento, forte na manutenção de empregos e no seguimento do exercício da função social da empresa.



Para a presente pesquisa, elege-se a pesquisa documental indireta, com consulta a fontes primárias da legislação brasileira aliada a fontes secundárias de investigação bibliográfica. O procedimento empregado foi o jurídico-compreensivo analítico pelo método dedutivo.

## 2. O SURGIMENTO DA DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE

Após as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, a primeira norma processual civil foi o Decreto n. 737 de 1850, que regulamentava o Código Comercial. Posteriormente, no Código de Processo Civil de 1939 tratou-se, especificamente, acerca da dissolução das sociedades civis e mercantis entre os arts. 655 a 674.

À época, não havia sido positivada qualquer possibilidade de se promover a dissolução de forma parcial, sendo este instituto brilhantemente criado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 30 de novembro de 1951, em julgado no qual o caso posto a exame era apenas mais um caso de dissolução.

Todavia, os magistrados que apreciaram a Apelação Cível n. 54.721<sup>2</sup> no Tribunal Bandeirante, tiveram a sensatez, à luz do princípio da preservação da empresa, de manter a atividade exercida pela sociedade, ente gerador de riquezas aos sócios, empregados, fornecedores e ao próprio poder público, e excluir apenas o sócio dissidente para que esse apurasse seus haveres, de modo que esses fossem liquidados pela sociedade, criando, assim, o instituto da dissolução parcial de sociedade, como se observa nas lições de Paula Andrea Forgioni:

Posteriormente, os julgados passam a se sustentar sobre o argumento da preservação do ente produtivo, afastando, de certo modo, a visão centrada exclusivamente no interesse dos sócios. Consolida-se, assim, o instituto da dissolução parcial, autorizando-se a retirada do sócio descontente para que fosse preservado o ente gerador de riquezas. Em 1951, declarou o Tribunal de Justiça de São Paulo:

‘No direito moderno, já é pronunciada a tendência no sentido de proteger o estabelecimento comercial, assegurando-lhe a vida

<sup>2</sup> TJSP, Apelação Cível 54.721, j. 30.11.1951, rel. Justino Pinheiro. Revista dos Tribunais 198, p. 193-202. FORGIONI, 2016, p. 68-69.

autônoma e a sua continuidade ‘contra os próprios sócios ou os eventos que, pelo Código Comercial, de feição nitidamente individualista, acarretam a dissolução do organismo jurídico, com prejuízo para a economia de seus componentes e, indiretamente, da economia nacional’ – como observou Miranda Valverde, em conferência proferida, na Faculdade de Direito de São Paulo.

É manifesta a vantagem da continuidade da sociedade, desde que ela conte com elemento de vida, seja para os sócios, seja para os que dela participam com o seu trabalho. A dissolução e liquidação de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, pela simples vontade de um sócio e contra a vontade da maioria (...) não é admissível’.<sup>3</sup>

Muito embora pareça pioneiro o ideal de preservação da empresa aplicado em meados do século passado, essa teoria ganhou força e amadurecimento no pós-Primeira Guerra Mundial.

Vê-se, pois, que inaugurou aquela Corte um precedente jurisprudencial de afastamento de individualismos comerciais contra o mercado e contra a cadeia de *stakeholders*, preservando-se a prestação de serviços, a produção de produtos, a circulação de riquezas, a continuidade de geração de lucros e dividendos aos sócios, a manutenção de incontáveis empregos geradores de renda aos entes familiares, bem como o recolhimento de tributos e encargos sociais ao Estado, fatos jurídicos esses que sustentam de pé a macroeconomia no Estado Democrático de Direito.

Felizmente, tal tese foi encampada pela doutrina brasileira, que reforçou o acerto do entendimento do TJSP, conforme se extrai dos dizeres de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira von Adamek:

Essa possibilidade, que hoje se tem por assente e incontestada, na realidade, é fruto de longa e progressiva evolução doutrinária e jurisprudencial, pautada pela idéia de preservação da empresa e, pois, de relativização da rígida regra do então vigente Código Comercial (CCom, art. 335), que impunha a dissolução total diante de vicissitudes que diziam respeito exclusivamente ao sócio (como a morte ou a sua só vontade de pôr fim ao relacionamento).<sup>4</sup>

<sup>3</sup> FORGIONI, 2016, p 68-69.

<sup>4</sup> FRANÇA, 2016, p. 16-17.



E também se observa nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho:

A dissolução parcial da sociedade empresária, por exemplo, é uma construção jurisprudencial de meados do século passado, posteriormente prestigiada pela doutrina, em que se procura conciliar, de um lado, a solução do conflito societário, e, de outro, a permanência da atividade empresarial, evitando-se, com isso, que problemas entre os sócios prejudiquem os interesses de trabalhadores, consumidores, fisco, comunidade, etc.<sup>5</sup>

Afigura-se, portanto, indispensável a análise mais pormenorizada da preservação da empresa, princípio esse que, malgrado implícito, sobressai tão cristalizado no cotidiano empresarial e fora norteador da novidade introduzida na década de 1950.

### **3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES À PRESERVAÇÃO DA EMPRESA COMO PROPULSORES DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Conquanto a Constituição Federal de 1988 (neoliberalista) seja eminentemente regulatória, ela prevê diversos princípios que servem de supedâneo para todo o sistema legal brasileiro, inclusive o Direito Empresarial contemporâneo. Nas palavras de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Victor Augusto Passos Villani Côrtes, no neoconstitucionalismo os “princípios ganham importância nunca antes vista e a implementação das normas constitucionais se torna a regra”.<sup>6</sup>

Assim, muito embora a preservação da empresa não esteja textualmente prevista nos princípios gerais da atividade econômica (CF/88, Título VII Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, art. 170<sup>7</sup>), entendemos que a livre iniciativa, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as MEs e EPPs só podem ser efetivamente garantidos se a

<sup>5</sup> COELHO, 2011, p. 40.

<sup>6</sup> PINHO; CÔRTEES, 2014, p. 235.

<sup>7</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os



preservação da atividade organizada (empreendimento) do empresário também compuser todo esse ordenamento equilibrado.

Fábio Ulhoa Coelho ressalta a ausência de positivação do princípio da preservação da empresa:

Não há formulação, na lei, do princípio da preservação da empresa. Ele é concluído, pela jurisprudência e doutrina, das normas relacionadas à resolução da sociedade em relação a um sócio (CC, arts. 1.028 e s.), desconsideração da personalidade jurídica (CC, art. 50; CDC, art. 28) e recuperação judicial (Lei n. 11.101/2005). Aplicando-se a mais de um capítulo do direito comercial (pelo menos, ao societário e falimentar), não é especial a nenhum deles. O princípio da preservação da empresa é legal, geral e implícito.<sup>8</sup>

No tocante ao exercício de sua função social, com a qual se preocupou a Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal – PLC n. 71/2003<sup>9</sup>, a empresa tem fundamental importância, na medida em que implica reflexos imediatos na comunidade em que se encontra ativa.

ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
- VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII – busca do pleno emprego;
- IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 29 de abril de 2018.

<sup>8</sup> COELHO, 2011, p. 41.

<sup>9</sup> 1) Preservação da empresa: em razão de sua função social a empresa de ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e desenvolvimento do País. Além disso,

Como já mencionado, a atividade empresarial oferece prestação de serviços e fornecimento de bens aos consumidores, gera empregos, arrecadação fiscal aos cofres públicos, lucros aos sócios e fornecedores, além da contínua execução de contratos civis e comerciais, o que impacta positivamente na economia de mercado.

Daí se extrai a plausibilidade da inovação adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ainda na década de 1950, no sentido de que os fins da atividade empresarial não atendem exclusivamente à busca insaciável por lucro por parte dos sócios, mas, igualmente, à maximização de valores sociais que constituem pilares do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido é a doutrina de Maria Helena Diniz:

A empresa tem responsabilidade social e desempenha uma importante função econômica e social, sendo elemento de paz social e solidariedade, constituindo um instrumento de política social e de promoção da justiça social. Sua responsabilidade social a impulsiona a propiciar, com sua atividade econômica, comunicação mais aberta com seus colaboradores e com a coletividade, melhores condições sociais, garantindo sua sobrevivência no mercado globalizado, por ser fator decisivo para ser crescimento, visto que ganhará o respeito de seus colaboradores e consumidores e provocará sua inserção na sociedade.<sup>10</sup>

Portanto, protege-se não só a atividade econômica, mas também uma gama bem mais ampla de sujeitos e operações intrinsecamente conectadas à multiplicação de riqueza, à redução das desigualdades regionais e sociais e à própria dignidade da pessoa humana por meio do trabalho.

Assim, vê-se que a liberdade econômica garantida por nossa Constituição neoliberal não tem caráter absoluto, pois deve caminhar sem perder de vista a valorização do trabalho por meio da busca do pleno emprego.

---

a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros. BRASIL. Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n. 71/2003, relator: Senador Ramez Tebet. (MACHADO, 2005, p. 343-383).

<sup>10</sup> DINIZ, 2009, p. 33.

Não discrepa a interpretação constitucional da propriedade privada e sua função social, na qual o Estado concede ao indivíduo o direito real de adquirir um determinado bem e dele usar, gozar e dispor como melhor lhe aprouver em caráter exclusivo e perpétuo, desde que não se transforme em direito absoluto e irrestrito e seu titular não o exerça em prejuízo da sociedade, vale dizer, representa a socialização de direitos individuais, pensamento pioneiro de Leon Duguit que transcorreu mais de um século até o posicionamento convergente de Eros Roberto Grau:

O princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder de que deflui da propriedade.<sup>11</sup>

Por sua vez, o princípio da livre iniciativa, propulsor do liberalismo econômico de Adam Smith e de toda a atual atividade empresarial, estabelece a circulação de bens e serviços da maneira que melhor atenda à prosperidade do negócio, sem esquecer, uma vez mais, de sempre garantir o exercício da justiça social distributiva, como bem registra José Afonso da Silva:

a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.<sup>12</sup>

Adiante, o princípio da livre concorrência, ou princípio da defesa do mercado, também é um pilar da economia liberal, com marco histórico no Decreto de Allarde em 1791 e só existe onde o Estado assegura a livre iniciativa, para que qualquer agente econômico que

<sup>11</sup> GRAU, 2008, p. 246.

<sup>12</sup> SILVA, 2007, p. 794.

pretenda operar suas atividades em determinado setor da economia, nele possa entrar, permanecer e sair livremente sem a interferência externa de terceiros.

Portanto, a manutenção da circulação de bens e serviços no mercado implica o bem-estar coletivo e a continuidade das empresas, que têm papel insubstituível na execução dos princípios elencados no art.170 da Constituição da República.

Por fim, a relevância econômica de preservar a atividade coordenada pelo empresário e conferir um tratamento diferenciado nas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias (art. 1º, LC n. 123/2006) para as microempresas e empresas de pequeno porte, pode ser facilmente notada nos números divulgados em 2018 na Classificação Nacional de Atividades Econômicas do IBGE apresentada pelo Ipea.<sup>13</sup>

Nos dados coletados, existem 4,3 milhões de empresas ativas no Brasil. Desse total, as MEs e EPPs representaram 97% (noventa e sete por cento) de participação nos setores de indústria, construção, comércio e serviços.

Além disso, com relação à geração de empregos, do total de 34,7 milhões de postos de trabalho gerados pelo conjunto dessas empresas, as MPEs, tanto pela definição por faixa de pessoal ocupado (15,2 milhões de postos de trabalho) quanto pela definição do Simples (13,5 milhões), foram substancialmente significativas na ocupação de pessoas.

Quando analisada a receita operacional líquida para o total das atividades, foi gerada, em 2015, uma receita anual de R\$ 7,6 trilhões, sendo R\$ 2,2 trilhões (28,3%) gerados pelas MPEs segundo o critério por pessoal ocupado e R\$ 862,9 bilhões (11,3%) pelas empresas optantes pelo Simples.

<sup>13</sup> BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Micro, pequenas e médias empresas: conceitos e estatísticas*. Disponível em: < [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8274/1/Radar\\_n55\\_micro\\_pequenas.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8274/1/Radar_n55_micro_pequenas.pdf)>. Acesso em: 29 de abril de 2018.



Com efeito, é perfeitamente compreensível que se busque um tratamento favorecido a tais empresas, porquanto não seria razoável e proporcional impor os mesmos ônus lançados sobre as grandes estruturas societárias, que detêm muito mais recursos para arcar com os custos do próprio empreendimento e com o volume das exigências burocráticas do Estado.

Logo, o tratamento favorecido visa não só a igualar, mas, também, a incentivar que as micro e pequenas empresas se formalizem junto ao Poder Público, saiam do anonimato jurídico, gerem maiores benefícios econômicos e contribuam para a afirmação da soberania econômica nacional (art. 170, I, CF/88).

#### **4. O ELO DE SIMILARIDADE DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE E NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL (LEI N. 11.101/2005)**

A título de comparação, na recuperação judicial prevista no Capítulo III da Lei n. 11.101/2005, de igual maneira, visa-se também à busca da continuidade das atividades desenvolvidas com a maior eficiência possível da unidade produtiva, dissociando-se os efeitos para os empresários e os impactos para a própria empresa (falência-saneamento).

É o que se depreende do texto do art. 47<sup>14</sup> da lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária (Lei n. 11.101/2005). É ver:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

<sup>14</sup> BRASIL. *Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 29 de abril de 2018.



A evolução dessa atual legislação que trata sobre a insolvência empresária, que era anteriormente regulada pelo Decreto-lei n. 7.661/45, que continha um sistema eminentemente liquidatório, busca a preservação do ente produtivo em situação de crise econômica e contribui para a reconstrução de novos paradigmas.

Desse modo, assim como ocorre na dissolução parcial de sociedade, a lei falimentar também evoluiu no sentido de priorizar a continuação da atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços, após a avaliação e repartição de riscos de inadimplência principalmente pelos investidores.

Nessa toada, a recuperação econômica de determinada sociedade beneficia não só os credores que receberão seus créditos, mas, também, favorece os empregados que eventualmente perderiam seus empregos, auxilia os consumidores que terão mais opção de escolha no mercado, ampara os fornecedores que terão mais um destinatário de alienação da matéria-prima e enriquece o próprio Fisco que continuará contando com mais um contribuinte na sua base de dados.

Rachel Sztajn contribuiu neste posicionamento acrescentando o dever de eficiência das funções e rechaçando o assistencialismo:

Ao se referir a estímulo à atividade econômica, está implícito o reconhecimento de que a empresa é uma das fontes de bem-estar social e que, na cadeia produtiva, o desaparecimento de qualquer dos elos pode afetar a oferta de bens e serviços, assim como a de empregos, por conta do efeito multiplicador na economia. (...)

A função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra de eficiência, meta-jurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá. Esquemas assistencialistas não são eficientes na condução da atividade empresária, razão pela qual não podem influir, diante de crise, na sua recuperação.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> SZTAJN, 2007, p. 223-224.



Faz-se imperiosa, todavia, apenas a ressalva de que a empresa considerada economicamente recuperável deve ser exclusivamente aquela que pode remunerar ordinariamente os capitais nela aportados, sem qualquer necessidade de subvenção do Poder Público<sup>16</sup>, ressalvados os instrumentos e condições de estímulo à manutenção da estrutura empresarial.

A conclusão a que se chega é que tanto na dissolução parcial quanto na recuperação judicial, o princípio da preservação da empresa, que, como se percebe, é mais explícito textualmente na insolvência, calca o cumprimento de diversos outros princípios positivados no art. 170 da Constituição da República, sobretudo o exercício da função social.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após perpassar pelo instituto da dissolução de social, desde a forma total até o surgimento da parcial, além de trabalhar diversas nuances principiológicas e constitucionais envolvidas no processo, é possível abarcar a ilação de que houve profundo e positivo avanço a partir da interpretação concedida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Com uma fundamentação baseada na preservação da empresa e preocupada com as consequências econômicas e sociais da decisão proferida, viu-se que a Corte Bandeirante cumpriu seu papel de entregar ao jurisdicionado a melhor interpretação constitucional possível do caso posto a exame.

A partir de um julgado, passou-se a reunir reiteradas decisões judiciais sobre o mesmo tema que indicaram uma mesma solução, consolidando-se uma jurisprudência acompanhada pelo forte balizamento da doutrina.

Como se pôde conferir, os princípios norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro e devem ser sopesados e levados em consideração em qualquer apreciação de fatos jurídicos.

<sup>16</sup> FERNANDES, 2014, p. 99.



Com a manutenção de toda a entidade produtora ao invés de se privilegiar tão somente o direito individual de um sócio dissidente, viu-se que os efeitos não são deletérios, muito antes pelo contrário.

Preservam-se milhares de empregos geradores de renda direta aos empregados, garante-se o recolhimento de tributos aos Municípios, Estados e União, além dos encargos sociais, beneficia-se a concorrência salutar do mercado, o que implica a defesa dos consumidores que terão mais opções sobre quais bens e serviços lhes atenderão melhor.

Mantêm-se os contratos empresariais entabulados com fornecedores e entre os próprios empresários e prossegue-se a distribuição de lucros aos sócios que permaneceram no empreendimento.

Vale dizer, uma gama incontável de benefícios a todos os *stakeholders* da cadeia empresarial, gerando o cumprimento de várias obrigações econômicas e sociais previstas constitucionalmente.

Todo esse processo de estudo e trabalho acerca das regras e princípios aplicáveis ao Direito Comercial terminam por realçar a nossa Constituição, a qual deve ser sempre o foco na interpretação dos tribunais, além de garantir, ao final de qualquer caso, o efetivo exercício dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 29 de abril de 2018.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Micro, pequenas e médias empresas: conceitos e estatísticas*. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8274/1/Radar\\_n55\\_micro\\_pequenas.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8274/1/Radar_n55_micro_pequenas.pdf)>. Acesso em 29 de abril de 2018.

BRASIL. *Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 29 de abril de 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial - com anotações ao Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 8: Direito de Empresa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



FERNANDES, Jean Carlos. *Insolvência Empresarial no Sistema Luso-Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Da ação de dissolução parcial de sociedade: comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MACHADO, Rubens Approbato (coord). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. *As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIII. p. 235. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11920/9333>>. Acesso em 20 de maio de 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 794.

SZTAJN, Rachel. “Recuperação judicial. Comentários aos artigos 47 a 54 da Lei 11.101/2005”. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por Artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TJSP, Apelação Cível 54.721, j. 30.11.1951, rel. Justino Pinheiro. Revista dos Tribunais 198, p. 193-202.

*Recebido em 10/10/2018*

*Aprovado em 28/01/2019*



