



ANO 4 - NÚMERO 3 - DEZEMBRO 2019

---

REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

---





REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# EXPEDIENTE

## **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR.**

A Revista Jurídica da Escola Superior da advocacia do Paraná tem por objetivo publicar a produção intelectual doutrinária de interesse prático do Advogado.

**Periodicidade:** quadrimestral.

## **Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná Diretoria OAB/PR – Gestão 2019-2021**

Cássio Lisandro Telles (Presidente)  
Marilena Indira Winter (Vice-Presidente)  
Rodrigo Sanchez Rios (Secretária-Geral)  
Christhyanne Regina Bortolotto (Secretário-Geral Adjunto)  
Henrique Gaede (Tesoureiro)  
Alexandre Salomão (Diretor de Prerrogativas)

## **Escola Superior de Advocacia**

Adriana D'Avila Oliveira (Coordenadora Geral da ESA-PR)  
Marília Pedroso Xavier (Coord. de Direito Privado da ESA-PR)  
Francisco Zardo (Coordenador de Direito Público da ESA-PR)

## **Coordenadores Científicos**

Adriana D'Avila Oliveira  
William Soares Pugliese

## **Conselho Editorial**

Alexandre Barbosa da Silva  
Carlos Eduardo Manfredini Hapner  
Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk  
Claudionor Siqueira Benite  
Daniel Ferreira  
Eduardo Talamini  
Fernando Previdi Motta  
Graciela I. Marins

João Bosco Lee  
José Affonso Dallegre Neto  
Leila Cuellar  
Lucia Maria Beloni Correa Dias  
Marilena I. Winter  
Rafael Munhoz de Mello  
Rogéria Dotti  
Sandro Gilbert Martins

**Editor:**

Maria Isabel M. Ritzmann (Bebel Ritzmann)

Selo editorial



**Produção:** NCA - COMUNICAÇÃO E EDITORA LTDA.

CNPJ: 13.226.606/0001-91

Conheça nossa editora:

[www.livroslegais.com.br](http://www.livroslegais.com.br)

**Projeto Gráfico e edição:** Roberto Costa Guiraud – Designer

**Revisão:** Próprios autores



**Diagramação:** Equipe Edição por Demanda

**Endereço postal:** \_\_\_\_\_

Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Paraná Escola Superior de Advocacia

Rua Brasilino Moura, 253 – Ahú  
80.540-340 – Curitiba - Paraná



**Distribuição: GRATUITA ]**

ISSN 2525-6483 (Versão eletrônica) ISSN 2525-5770 (Versão impressa)

**Versão eletrônica disponível para download**

<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

Catálogo da Publicação na Fonte  
Bibliotecária: Rosilaine Ap. Pereira CRB-9/1448  
Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná

---

R454 Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná, Escola Superior de Advocacia; Coordenação científica por Adriana D'Avila Oliveira, William Soares Pugliese -- v.4, n.3 (dez. 2019) -- Curitiba: OABPR, 2019. 231 p. ; 21 cm.

Quadrimestral

Endereço eletrônico <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

ISSN: 2525-6483 - (Versão eletrônica)

ISSN: 2525-5770 – (Versão impressa)

v.1, n.1 (2016)

1. Direito. 2. Artigos jurídicos. I. Escola Superior de Advocacia (ESA). II. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná. III. Oliveira, Adriana D'Avila. IV. Pugliese, William Soares.

CDD: 340.05

---

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 340

2. Direito – periódicos 340.05

# ÍNDICE

<b>PALAVRA DO PRESIDENTE</b>	<b>7</b>
<b>APRESENTAÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>DOCTRINA</b>	<b>11</b>
<b>A COLAÇÃO DE BENS E O CONFLITO ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b> Camila Grubert	<b>13</b>
<b>OS NOVOS CONFLITOS COLETIVOS E A READE- QUAÇÃO DA ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA</b> Thiago Simões Pessoa	<b>35</b>
<b>O “PENTE-FINO” DO INSS E A APOSENTADORIA POR IDADE: A POSSIBILIDADE DE UM ÚNICO RECOLHIMENTO COMO SEGURADO FACULTATIVO APÓS BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE</b> Erico Sanches Ferreira dos Santos	<b>67</b>
<b>O BRASIL COMO REFÚGIO MIGRATÓRIO DA ABERTURA E DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL À INTEGRAÇÃO NACIONAL</b> Francieli Korquevicz Morbini Laura Jane Ribeiro Garbini Both	<b>85</b>
<b>CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA E SUA RELAÇÃO TEÓRICO-POLÍTICA COM A RESPONSABILIDADE PENAL DESDE UMA VISÃO CRÍTICA DO MATERIALISMO HISTÓRICO</b> Iago Batista Flinkerbusch Schwanke	<b>121</b>
<b>A FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA COM O ADVENTO DO CPC 2015</b> Carla Fabiana Rocha Wierzbicki	<b>171</b>
<b>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UM PROBLEMA DE COERÊNCIA?</b> Eduardo Tourinho Gomes	<b>213</b>



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# PALAVRA DO PRESIDENTE

## REVOLUÇÃO NA ADVOCACIA

**A** pandemia que sacrifica tantas vidas no país e no mundo mudou de forma radical a forma de atuação da advocacia. Se fomos surpreendidos pela velocidade dos fatos, que nos obrigaram a decretar regime de trabalho remoto a todos os colaboradores, não é menos verdade que também soubemos encontrar novos meios de exercer a nossa atividade. Tanto em relação às atividades da própria Ordem como no que se refere ao exercício profissional.

A Seccional esteve na linha de frente, junto às diversas esferas do judiciário, para viabilizar avanços na rotina dos advogados e advogadas, permitindo que a função essencial que exercemos, de promover a justiça para o cidadão, não fosse paralisada. O expediente, em sua totalidade, passou a ser digital, não apenas em relação ao processo, mas igualmente em todas as outras ações que compõem o dia a dia da advocacia, inclusive sustentações orais, pudessem ser exercidas na modalidade à distância.

Ao mesmo tempo, a ESA e as nossas comissões assumiram o papel protagonista de oferecer uma infinidade de eventos, transformando a OAB Paraná em uma verdadeira usina de iniciativas para o aprimoramento da profissão, com centenas de palestras, cursos e seminários realizados de forma ininterrupta.

Tudo para garantir aos profissionais paranaenses do Direito o pleno acesso às novas exigências da prática jurídica.

Pode-se garantir que o avanço obtido este ano em termos tecnológicos equivale ao que imaginava atingir nos próximos cinco anos. O resultado é que jamais voltaremos a exercer a advocacia como ela era exercida nos tempos pré-pandemia.

Esta edição da Revista da ESA já traz inovações para os advogados e advogadas do Paraná. Publicada no formato digital, ela nos permite conhecer as mais recentes teses doutrinárias, dá informações valiosas para a fundamentação jurídica, fornece atualizações sobre a situação geopolítica brasileira e, por último, mas não menos importante, analisa a atuação do Superior Tribunal de Justiça.

É resultado do trabalho de seus coordenadores científicos, a Coordenadora Geral da Esa, Dra. Adriana D'Ávila Oliveira e Dr. William Soares Pugliese. E o melhor é que tudo agora está a sua disposição, advogado e advogada que nos orgulha pela sua excelência profissional.

Cássio Lisandro Telles  
Presidente da OAB Paraná



# APRESENTAÇÃO

**C**om muita honra, apresentamos o presente número da Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Procurando sempre conciliar teoria e prática, esta edição traz artigos sobre uma série de temas relevantes para a advocacia e para o Direito.

Renovamos, uma vez mais, o compromisso da OAB-PR e da ESA em proporcionar, com livre acesso, a atualização dos advogados para o melhor exercício profissional.

Agradecemos aos autores, à Diretoria da OAB-PR, a seus Conselheiros, aos membros do Conselho Editorial da Revista e aos colaboradores da ESA-PR o apoio necessário para a concretização de mais esta edição.

Desejamos a todos boa leitura.

Adriana D'Avila Oliveira

William Soares Pugliese



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR



**DOCTRINA**



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# A COLAÇÃO DE BENS E O CONFLITO ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Camila Grubert

**Resumo:** A transmissão de bens da herança pode ocorrer de forma parcial, por meio de doações em vida para o herdeiro como forma de adiantamento da legítima. Nesses casos, a colação, que tem como objetivo igualar os quinhões hereditários dos herdeiros necessários, se faz necessária. Na atualidade, a realização de doações em vida pelo *de cuius* em favor dos herdeiros tem se tornado cada vez mais comum, como forma de privilegiar a autonomia privada do falecido e também como instrumento de planejamento sucessório. Por esse motivo, o estudo das regras relacionadas ao instituto da colação, em especial das regras distintas, estabelecidas pelo Código Civil e Código de Processo Civil, de equiparação temporal entre os bens transferidos como antecipação de herança e aqueles transferidos com a morte do doador, torna-se cada vez mais importante. Portanto, é objeto do presente artigo a compreensão de qual critério deve ser utilizado para atribuição de valor aos bens objeto de doação (e antecipação de legítima) quando da efetiva realização de inventário, a partir

de um aprofundamento legal, doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, a fim de que se possa compreender qual o regramento vigente, da análise do princípio de direito intertemporal *tempus regit actum*, aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.166.568/SP; e do princípio da ponderação, previsto no art. 489, § 2º, do CPC/15, ambos como critérios para solução do conflito entre normas.

**Palavras-chave:** Colação hereditária; valor da colação; conflito entre normas; *tempus regit actum*; ponderação.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu artigo 5º, inc. XXX<sup>1</sup>, levou o direito à herança ao patamar de direito fundamental. Assim, a legislação civil estabelece alguns regramentos que têm como objetivo resguardar a legítima<sup>2</sup> e, portanto, proteger o núcleo familiar, assegurando o recebimento de herança futura. Nesse sentido, merecem destaque os arts. 2.017 do Código Civil de 2002 (CC/02)<sup>3</sup> e 648, I, do

---

1 CF/88: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXX - é garantido o direito de herança.

2 CC/02: Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

3 CC/02: Art. 2.017. No partilhar os bens, observar-se-á, quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possível.

Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15)<sup>4</sup>, os quais estabelecem que na partilha deve ser assegurada a maior igualdade entre os herdeiros.

Dentro dessa perspectiva de assegurar o recebimento de herança e garantir a máxima igualdade entre os herdeiros, o Código Civil vigente estabelece uma regra segundo a qual “os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação” (art. 2.002 do CC/02). A primeira parte do dispositivo legal, de forma expressa, visa garantir a legítima, de modo que a colação tem como objetivo igualar a legítima de todos os herdeiros<sup>5</sup>. A segunda parte do artigo mencionado dispõe que o herdeiro que não levar os bens recebidos por doação à colação fica sujeito a pena de sonegação.

É importante mencionar que a transmissão de bens da herança pode ocorrer de forma integral, quando é aberta a sucessão, ou ainda de forma parcial, por meio de doações em vida para o herdeiro como forma de adiantamento da legítima. É justamente nesses casos de antecipação da legítima que a colação se faz necessária. Contemporaneamente, a realização de doações em vida pelo *de cuius* em favor dos herdeiros tem se tornado cada vez mais comum, como forma de privilegiar a

---

4 CPC/15: Art. 648. Na partilha, serão observadas as seguintes regras:  
I - a máxima igualdade possível quanto ao valor, à natureza e à qualidade dos bens;

5 CC/02: Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuem os bens doados.

autonomia privada do falecido e como instrumento de planejamento sucessório

Por essa razão, o estudo das regras relacionadas ao instituto da colação, em especial das regras distintas estabelecidas pelo Código Civil e Código de Processo Civil de equiparação temporal entre os bens transferidos como antecipação de herança e aqueles transferidos com a morte do doador, se faz cada vez mais necessário. Assim, especificamente quanto a colação dos bens recebidos por meio de doações que configuram adiantamento de legítima (art. 544 do CC/02)<sup>6</sup>, é objeto do presente artigo a compreensão de qual critério deve ser utilizado para atribuição de valor aos bens objeto de doação (e antecipação de legítima) quando da efetiva realização de inventário.

O presente artigo se desenvolverá em três partes. Na Primeira, Será Realizada Uma Análise Legal, Doutrinária E Jurisprudencial Sobre O Tema, A Fim De Que Se Possa Compreender Qual O Regramento Vigente. Na Segunda, Será Realizada Uma Análise Do Princípio De Direito Intertemporal *Tempus Regit Actum*, Aplicado Pelo Superior Tribunal De Justiça No Resp 1.166.568/Sp. Na Terceira Será Realizada Uma Análise Do Princípio Da Ponderação, Previsto No Art. 489, § 2º, Do Cpc/15. Os Princípios De Direito Intertemporal *Tempus Regit Actum* E Da Ponderação Serão Analisados Como Critérios Para Solução Do Conflito Entre Normas.

---

6 CC/02: Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.



## 2. CONFLITO ENTRE NORMAS QUANTO AO VALOR DOS BENS LEVADOS À COLAÇÃO

O art. 1.792 do Código Civil de 1916 (CC/16)<sup>7</sup> estabelecia que, no momento da colação, o valor atribuído aos bens doados deveria ser o do momento da liberalidade. Porém, com o advento do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), tal regra restou revogada, de modo que o art. 1.014, parágrafo único<sup>8</sup>, do referido diploma legal passou a estabelecer que o valor atribuído aos bens doados deveria ser o do momento da abertura da sucessão, ou seja, do falecimento do doador. Posteriormente, com a chegada do Código Civil de 2002 (CC/02), o art. 2.004<sup>9</sup> do mencionado Código reintroduziu no ordenamento jurídico brasileiro a regra prevista no art. 1.792, do CC/16, com a regra de que o valor dos bens levados à colação deve ser o do momento da liberalidade<sup>10</sup>. Com isso,

---

7 CC/16: Art. 1.792. Os bens doados, ou dotados, imóveis, ou móveis, serão conferidos pelo valor certo, ou pela estimação que deles houver sido feita na data da doação.

8 CPC/73: Art. 1.014. No prazo estabelecido no art. 1.000, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos os bens que recebeu ou, se já os não possuir, trar-lhes-á o valor. Parágrafo único. Os bens que devem ser conferidos na partilha, assim como as acessões e benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão.

9 CC/02: Art. 2.004. O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade. § 1º Se do ato de doação não constar valor certo, nem houver estimação feita naquela época, os bens serão conferidos na partilha pelo que então se calcular valessem ao tempo da liberalidade.

10 Zeno Veloso consigna que o art. 2.004 o CC/02 poderia ter previsto a atualização do valor do bem da data da doação até a data da abertura da sucessão, tal como estabelecia a jurisprudência da época (VELOSO, Zeno. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código Civil Comentado**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2176/2177).

a doutrina e a jurisprudência majoritárias<sup>11</sup> entendiam que a regra contida no art. 1.014, parágrafo único, do CPC/73 restou revogada, de modo que se deveria atribuir aos bens levados à colação o valor do momento da liberalidade.

Ocorre que, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), a regra do art. 1.014, parágrafo único, do CPC/73, até então revogada, foi repetida no art. 639, parágrafo único<sup>12</sup>, de modo que foi reestabelecido o critério de avaliação dos bens levados à colação pelo valor do tempo da abertura da sucessão. Em síntese, se considerarmos a vigência do art. 639, parágrafo único, do CPC/15 e a revogação do art. 2.004 do CC/02, o valor dos bens trazidos à colação será calculado pelo valor que tiverem ao tempo do falecimento do *de cuius*. Por outro lado, se afastarmos a aplicabilidade do art. 639, parágrafo único do CPC/15 e considerarmos a aplicação do art. 2.004 do CC/02, o valor dos bens trazidos à colação será calculado pelo valor que tiverem ao tempo da liberalidade.

---

11 De acordo com o entendimento de Zeno Veloso (VELOSO, Zeno. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.) **Código Civil Comentado**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2176/2177); Paulo Lôbo (LOBO, Paulo. **Direito civil**. Sucessões. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 86) e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das sucessões**: introdução. In \_\_\_\_; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007).

12 CPC/15: Art. 639. No prazo estabelecido no art. 627, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos ou por petição à qual o termo se reportará os bens que recebeu ou, se já não os possuir, trar-lhes-á o valor. Parágrafo único. Os bens a serem conferidos na partilha, assim como as acessões e as benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão.

Para melhor compreensão do leitor, segue tabela-resumo<sup>13</sup> das leis que versaram e ainda versam sobre o valor da colação dos bens:

Código Civil de 1916	
Art. 1.792	Os bens doados, ou dotados, imóveis, ou móveis, serão conferidos pelo valor certo, ou pela estimação que deles houver sido feita na data da doação. § 1º Se do ato de doação, ou do dote, não constar valor certo, nem houver estimação feita naquela época, os bens serão conferidos na partilha pelo que então se calcular valessem ao tempo daqueles atos.
Código de Processo Civil de 1.973	
Art. 1.014	No prazo estabelecido no art. 1.000, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos os bens que recebeu ou, se já os não possuir, trar-lhes-á o valor. Parágrafo único. Os bens que devem ser conferidos na partilha, assim como as acessões e benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão.
Código Civil de 2.002	
Art. 2.004	O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade. § 1º Se do ato de doação não constar valor certo, nem houver estimação feita naquela época, os bens serão conferidos na partilha pelo que então se calcular valessem ao tempo da liberalidade.
Código de Processo Civil de 2.015	
Art. 639	No prazo estabelecido no art. 627, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos ou por petição à qual o termo se reportará os bens que recebeu ou, se já não os possuir, trar-lhes-á o valor. Parágrafo único. Os bens a serem conferidos na partilha, assim como as acessões e as benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão.

---

13 Tabela extraída (a adaptada para o presente artigo) do artigo de ARNT RAMOS. André Luiz; ALTHEIM, Roberto. **Colação Hereditária e Legislação Irresponsável: Descaminhos da Segurança Jurídica no Âmbito Sucessório**. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/4277>. Acesso em: 27 jul. 2020.

Eis a grande problemática da colação de bens instaurada pelo Código de Processo Civil, que não se mostra compatível com a regra estabelecida pelo Código Civil. Como se vê, a discussão a respeito do tema há muito tempo resta controversa entre os civilistas e os processualistas. Para além disso, diante da nova legislação processual, paira novamente a dúvida de qual regra deve ser aplicada e a partir de quais critérios. Diante disso, são várias as propostas de soluções apresentadas pela doutrina civilista e processualista sobre o tema.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero<sup>14</sup>, de forma objetiva, defendem a ideia de que os comandos do CC/02 sobre o tema foram revogados, devendo prevalecer a regra processual estabelecida no CPC/15 por ser mais recente.

Claudia Elisabete Schwerz Cahali<sup>15</sup> não aponta uma única solução possível, mas indica algumas possibilidades. A primeira solução proposta pela autora é de que deve se entender que o valor deverá ser aquele ao tempo da liberalidade, atualizando-se até a sucessão, conferindo-se rendimentos a ambos os dispositivos legais. A segunda solução proposta pela autora é a prevista no enunciado 119, da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho Federal de Justiça e Superior

---

14 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil. Tutela de direitos mediante procedimentos diferenciados**. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 200.

15 CAHALI, Claudia Elisabete Schwerz. In TUCCI, José Rogério Cruz e. [et. al.]. **Código de processo civil anotado**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. p. 894.

Tribunal de Justiça (CFJ/STJ))<sup>16</sup> (anterior ao CPC/15). Segundo o enunciado, a colação será efetuada com base no valor da época da doação exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao patrimônio do donatário, caso contrário, a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão. Também são partidários dessa ideia Karla Ferreira de Camargo Fischer e Octavio Campos Fischer<sup>17</sup>.

Flávio Tartuce<sup>18</sup> defende a ideia de que o conflito entre a regra de direito material e a de direito processual deve ser resolvido de acordo com as regras de direito intertemporal. Segundo o autor, a sucessão envolve o plano da eficácia e por isso deve ser aplicada a norma do momento da produção de efeitos, nos termos do que preceitua o art. 2.035 do CC/02<sup>19</sup>.

- 
- 16 Enunciado 119 do CJF/STJ da I Jornada de Direito Civil: “Art. 2.004: para evitar o enriquecimento sem causa, a colação será efetuada com base no valor da época da doação, nos termos do caput do art. 2.004, exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao patrimônio do donatário. Se, ao contrário, o bem ainda integrar seu patrimônio, a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.014 do CPC, de modo a preservar a quantia que efetivamente integrará a legítima quando esta se constituiu, ou seja, na data do óbito (resultado da interpretação sistemática do art. 2.004 e seus parágrafos, juntamente com os arts. 1.832 e 884 do Código Civil)”. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/762>. Acesso em: 18 set. 2019.
- 17 FISCHER, Karla Ferreira de Camargo; e FISCHER, Octavio Campos. In CUNHA, José Sebastião Fagundes (Coord.); BOCHENEK, Antonio; CAMBI, Eduardo. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 924/925.
- 18 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. v.6: 9.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 584.
- 19 CC/02: Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Dessa forma, os falecimentos ocorridos antes da entrada em vigor do CC/02, devem obedecer a regra do CPC/73, segundo o qual o valor dos bens levados a colação deve ser o do momento do falecimento do doador. Por outro lado, os falecimentos ocorridos durante a vigência do CC/02 e antes da entrada em vigor do CPC/15, devem obedecer a regra do CC/02, que revogou a regra do CPC/73, e atribuir aos bens levados a colação o valor do momento da liberalidade. Por consequência lógica, defende esse autor que, dentro dessas premissas, é de se concluir que a regra do CPC/15 passa a valer para os falecimentos ocorridos após a entrada em vigor da nova legislação processual, e, portanto, voltou a valer a regra de que o valor é aquele do momento da abertura da sucessão.

Como se vê, a solução para o conflito entre normas quanto ao valor dos bens levados à colação ainda não está pacificada na doutrina. Ao lado disso, em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.166.568/SP, no final do ano de 2017 (já na vigência do CPC/15), os julgadores entenderam por aplicar o princípio de direito intertemporal *tempus regit actum*. A referida decisão será objeto de análise a seguir.

### **3. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE DIREITO INTERTEMPORAL TEMPUS REGIT ACTUM COMO CRITÉRIO PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE NORMAS: ANÁLISE DO RESP 1.166.568/SP**

Em 12/12/2017 a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp 1.166.568/SP, que tratava justamente do conflito entre normas quanto ao valor dos bens levados à colação, e foi assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO. BENS À COLAÇÃO. VALOR DOS BENS DOADOS. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA ABERTURA DA SUCESSÃO. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 2.004 DO CC/2002. VALOR ATRIBUÍDO NO ATO DE LIBERALIDADE COM CORREÇÃO MONETÁRIA ATÉ A DATA DA SUCESSÃO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Tendo sido aberta a sucessão na vigência do Código Civil de 2002, deve-se observar o critério estabelecido no art. 2.004 do referido diploma, que modificou o art. 1.014, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, pois a contradição presente nos diplomas legais, quanto ao valor dos bens doados a serem trazidos à colação, deve ser solucionada com observância do princípio de direito intertemporal *tempus regit actum*.

2. O valor de colação dos bens deverá ser aquele atribuído ao tempo da liberalidade, corrigido monetariamente até a data da abertura da sucessão.

3. Existindo divergência quanto ao valor atribuído aos bens no ato de liberalidade, poderá o julgador determinar a avaliação por perícia técnica para aferir o valor que efetivamente possuíam à época da doação.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.166.568/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 15/12/2017).

No caso concreto, os herdeiros do *de cujus*, falecido em 18/11/2004 (na vigência do CC/02 e do CPC/73), se insurgiram contra decisão proferida pelo juízo do inventário que aplicou o art. 2.004, do CC/02 e determinou que o valor dos bens imóveis levados à colação deveria ser apurado considerando o valor do tempo da liberalidade, com correção monetária até a data da abertura da sucessão. No recurso,

os herdeiros sustentaram que os bens doados pelo autor da herança aos herdeiros deveriam ser levados à colação com base no valor que possuíam a época da abertura da sucessão, em observância ao art. 1.014, parágrafo único do CPC/73, e também porque ainda integravam o patrimônio do donatário, consoante entendimento firmado no enunciado 119 do CJF/STJ da I Jornada de Direito Civil.

O recurso interposto pelos herdeiros foi desprovido, a partir da seguinte *ratio decidendi*<sup>20</sup>: consoante o art. 1.787, do CC/02<sup>21</sup>, a sucessão é regulada pela lei em vigor ao tempo de sua abertura; tendo a abertura da sucessão ocorrida na vigência do CC/02 e CPC/73, o critério a ser utilizado é o do CC/02, o qual modificou a disposição do CPC/73; a contradição presente nos diplomas legais (CC/02 e CPC/73), quanto à fixação do valor dos bens doados a serem levados à colação, deve ser solucionada com observância do princípio de direito intertemporal *tempus regit actum*; o valor de colação dos bens deverá ser aquele atribuído ao tempo da doação, todavia, apesar da ausência de previsão expressa, o valor dos bens deverá ser corrigido monetariamente até a data da abertura da sucessão para preservar a igualdade dos quinhões legitimários; a interpretação do art. 2.004, do CC/02 apresentada na I Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ (enunciado 119) não se coaduna com as regras estabelecidas no CC/02 sobre a

---

20 Conforme explica William Soares Pugliese (PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2016. p 79) “a *ratio decidendi* refere-se às premissas necessárias à decisão.”

21 CC/02: Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.



matéria, bem como afronta o princípio de direito intertemporal *tempus regit actum*.

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça levou em consideração apenas o conflito existente entre o CC/02 e o CPC/73, e nada dispôs a respeito do conflito entre o CC/02 e o CPC/15. Apesar disso, tendo em vista que o tribunal aplicou o princípio de direito intertemporal *tempus regit actum* para solucionar o caso concreto, é possível concluir que a inclinação dos tribunais é no sentido de decidir pela aplicação do CPC/15 em detrimento do CC/02, justamente por ser mais recente, chancelando o entendimento do processualista Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero e do civilista Flavio Tartuce. Porém, percebe-se que as propostas de direito intertemporal não resolvem o conflito entre as regras de direito material e processual. É preciso discutir qual opção é a mais coerente com o ordenamento jurídico, a partir da lógica de estrutura e função, e da utilização da ponderação como critério para solução do conflito entre normas.

#### **4. APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO COMO CRITÉRIO PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE NORMAS: ART. 489, § 2º, DO CPC/15**

O direito sucessório é um instituto jurídico tutelado pelo Direito Civil, sendo o direito à herança um direito fundamental, de modo que não pode ficar a mercê de constantes alterações legislativas que geram dúvidas e instabilidade quanto à correta aplicação da lei. Por essa razão é que se impõe uma avaliação do tema sob a luz da metodologia do direito civil constitucional, segundo a qual, como leciona Pietro

Perlingieri<sup>22</sup>, o sistema jurídico se revela a partir da percepção do conjunto das fontes dentro de um esquema conceitual que representa o sentido profundo da norma através de sua conexão com outras normas e com os princípios e exprime a unidade entre construção jurídica e sua aplicabilidade social, através de sua radicação na cultura. A escolha se deve, entre outros, ao fato de referida técnica interpretativa se afinar à ideia de que é necessária a percepção da função dos institutos jurídicos, para além de seu mandato verbal imediato. A assimilação de que estrutura e função compõem as categorias jurídicas e de que a função informará a estrutura, fazendo com que ela se molde de maneira a realizar a função, permite afastar toda interpretação que, na prática, implique resultado diverso do almejado pelo legislador<sup>23</sup>.

Nesse particular, não se pode deixar de lado que, pela interpretação dos autores que defendem a aplicação do art. 639, parágrafo único, do CPC/15, o donatário que dilapida seus bens será beneficiado, ao passo que o donatário que se esforça e faz como que o bem recebido por doação valorize é,

---

22 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 57.

23 “A atividade interpretativa necessariamente envolve valores, o intérprete está sempre guiado por certos fins, objetivos, indicados pelo próprio direito, que devem ser buscados. Portanto, considerando que isso é inevitável, é preferível que o intérprete assuma e explicita esses fins, para que eles possam ser debatidos democraticamente, do que ocultá-los sob o manto de uma suposta neutralidade na atribuição de significado aos enunciados normativos. Nesse sentido, a ideia de função dos institutos jurídicos é central: quando discutimos para que eles servem, estamos trabalhando não para diminuir, mas para aumentar a segurança jurídica”. (KONDER, Carlos Celso. **Para além da “principalização” da função social do contrato**. Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil, v. 13, n. 03, p. 39-60, 2018, p. 41).

curiosamente, desprestigiado. Certamente, esse resultado não foi almejado pelo legislador.

Diante do conflito entre as normas, é preciso buscar um critério que permita identificar a melhor solução para o caso, na medida em que o que se tutela é um direito fundamental, e não uma mera regra de procedimento. Assim, novas perspectivas de interpretação podem ser utilizadas, como a interpretação histórica, a intenção da legislação, e também uma proposta que torne o ordenamento mais coerente. Nesta linha, um critério que pode se revelar adequado para solução do conflito entre a norma de direito processual e a de direito material é a “ponderação”, prevista no art. 489, § 2º, do CPC/15:

CPC/15, Art. Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Segundo o dispositivo legal, inovador do CPC/15, no caso de conflito entre duas normas válidas e juridicamente aplicáveis ao caso concreto, os magistrados devem sanar as colisões da forma mais completa e fundamentada possível, analisando todas as possibilidades e resultados<sup>24</sup>. Está em jogo,

---

24 A ideia de ponderação aqui citada não se restringe à proposta teórica de Robert Alexy. Considera-se, para efeitos deste artigo, que quando o Código de Processo Civil optou pela expressa “ponderação”, admitiu o emprego de técnicas de argumentação jurídica por parte do legislador. Sobre o tema, ver PUGLIESE, William Soares; RUTANO, Leandro José. A ponderação no novo código de processo civil: considerações sobre o art. 489, § 2º. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. v.1. Porto Alegre: Magister: 2004. p. 50/66.

portanto, se os critérios para a solução de antinomias no direito brasileiro permanecem sendo os tradicionais, de hierarquia, temporalidade e especialidade, ou se outros critérios podem ser levados em consideração.

Como se vê, a posição dos autores processualistas leva em consideração um critério exclusivamente temporal. Nessa toada, a legislação processual vai de encontro à lógica da parte geral do Código Civil, que estabelece conceitos, princípios e parâmetros de aplicação do Direito Civil. Assim, tem-se que as regras contidas na parte geral são basilares, de modo que devem ser sempre observadas.

Nesse sentido, é pertinente trazer a baila o instituto da lesão, contido na parte geral do Código Civil. A lesão é um dos defeitos do negócio jurídico e ocorre quando uma pessoa se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Nesse sentido, aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico (art. 157 do CC/02)<sup>25</sup>. Note-se que o Código parte da lógica de que para verificar se houve lesão há que se considerar a desproporção de acordo com os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. Na parte especial, o mesmo raciocínio é aplicado, inclusive no livro do direito das sucessões. Destaque-se que o Código Civil ao tratar da nulidade da doação (art. 549)<sup>26</sup>, do

---

25 CC/02: Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

26 CC/02: Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

cômputo dos valores das doações feitas em adiantamento de legítima (art. 2.003, parágrafo único)<sup>27</sup>, da doação de bens integrantes da parte disponível (art. 2.005)<sup>28</sup> e da doação inoficiosa (art. 2.007, § 1º)<sup>29</sup> fixa o momento da liberalidade como marco para atribuição do valor dos bens.

Ao que parece, passou despercebido ao legislador processual o conflito entre a regra do art. 639, parágrafo único, do CPC/15, e do art. 2.004, do CC/02, que se mostra de alta gravidade, uma vez que reflete no direito sucessório em termos práticos, inclusive no que se refere a tributação *causa mortis*. Ademais, não há qualquer justificativa para a mudança ocorrida no CPC/15, uma vez que até então a regra do art. 2.004, CC/02, mostrava-se adequada para a situação.

---

27 CC/02: Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados. Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade.

28 CC/02: Art. 2.005. São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saíam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação.

29 CC/02: Art. 2.007. São sujeitas à redução as doações em que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade. § 1º O excesso será apurado com base no valor que os bens doados tinham, no momento da liberalidade.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo partiu da premissa de que a transmissão de bens da herança pode ocorrer de forma parcial, por meio de doações em vida para o herdeiro como forma de adiantamento da legítima. Nesses casos, a colação, que tem como objetivo igualar os quinhões hereditários dos herdeiros necessários, se faz necessária.

Na atualidade, a realização de doações em vida pelo de cujus em favor dos herdeiros tem se tornado cada vez mais comum, como forma de privilegiar a autonomia privada do falecido e também como instrumento de planejamento sucessório. Por esse motivo, o estudo das regras relacionadas ao instituto da colação, em especial das regras distintas estabelecidas pelo Código Civil e Código de Processo Civil de equiparação temporal entre os bens transferidos como antecipação de herança e aqueles transferidos com a morte do doador, se torna cada vez mais importante.

A partir da premissa inicial, foi objeto do presente artigo a compreensão de qual critério deve ser utilizado para atribuição de valor aos bens objeto de doação (e antecipação de legítima) quando da efetiva realização de inventário, a partir de um aprofundamento legal, doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, a fim de que se possa compreender qual o regramento vigente; da análise do princípio de direito intertemporal *tempus regit actum* aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.166.568/SP; e do princípio da ponderação previsto no art. 489, § 2º, do CPC/15), ambos como critérios para solução do conflito entre normas.

Com relação ao princípio de direito intertemporal *tempus regit actum*, aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.166.568/SP, embora o tribunal tenha analisado apenas o conflito existente entre o CC/02 e o CPC/73 e a partir dessa análise tenha aplicado o princípio de direito intertemporal para solucionar o caso concreto, é possível concluir que a inclinação dos tribunais será no sentido de decidir pela aplicação do CPC/15, em detrimento do CC/02, justamente por ser mais recente, chancelando o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart, Daniel Mitidiero e do civilista Flavio Tartuce.

Porém, percebe-se que as propostas de direito intertemporal não resolvem o conflito entre as regras de direito material e processual e que é preciso discutir qual opção é a mais coerente com o ordenamento jurídico, a partir da lógica de estrutura e função, e da utilização da ponderação como critério para solução do conflito entre normas.

Buscou-se, então, um critério que permita identificar a melhor solução para o caso, na medida em que o que se tutela é um direito fundamental, e não uma mera regra de procedimento. Assim, concluiu-se que novas perspectivas de interpretação podem ser utilizadas, como a interpretação histórica, a intenção da legislação, e também uma proposta que torne o ordenamento mais coerente. Nesta linha, um critério que se revelou adequado para solução do conflito entre a norma de direito processual e a de direito material é a ponderação, prevista no art. 489, § 2º, do CPC/15.

Segundo o dispositivo legal, inovador do CPC/15, no caso de conflito entre duas normas válidas e juridicamente aplicáveis ao caso concreto, os magistrados devem sanar as

colisões da forma mais completa e fundamentada possível, analisando todas as possibilidades e resultados, atentos às regras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Portanto, a conclusão a que chegou é outros critérios para a solução de antinomias no direito brasileiro, diversos dos tradicionais (hierarquia, temporalidade e especialidade), podem ser levados em consideração, com, por exemplo, a ponderação.

## 6. REFERÊNCIAS

ARNT RAMOS. André Luiz; ALTHEIM, Roberto. **Colaço Hereditária e Legislaço Irresponsável**: Descaminhos da Segurança Jurídica no Âmbito Sucessório. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/4277>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Constituiço da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 18 set. 2019.



BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869imprensa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869imprensa.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

CAHALI, Claudia Elisabete Schwerz. In TUCCI, José Rogério Cruz e. [et. al.]. **Código de processo civil anotado**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo; e FISCHER, Octavio Campos. In CUNHA, José Sebastião Fagundes (Coord.); BOCHENEK, Antonio; CAMBI, Eduardo. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das sucessões: introdução**. In \_\_; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

KONDER, Carlos Celso. **Para além da “principalização” da função social do contrato**. Revista Brasileira de Direito Civil-R-BDCivil, v. 13, n. 03, 2018.

LOBO, Paulo. **Direito civil**. Sucessões. São Paulo, Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil. Tutela de direitos mediante procedimentos diferenciados**. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2016.

PUGLIESE, William Soares; RUTANO, Leandro José. **A ponderação no novo código de processo civil: considerações sobre o art. 489, § 2º**. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. v.1. Porto Alegre: Magister: 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. v.6: 9.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VELOSO, Zeno. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código Civil Comentado**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

# OS NOVOS CONFLITOS COLETIVOS E A READEQUAÇÃO DA ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA

Thiago Simões Pessoa<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente estudo versa sobre a redefinição do conceito de processo coletivo, a fim de analisar outras formas de tutela coletiva de direitos e sua incorporação ao modelo e sistema de processo coletivo brasileiro. Ademais, a partir desta mudança de paradigma no campo do processo coletivo, busca-se uma análise do papel da fazenda pública no manejo de seus conflitos e respectiva resposta, alinhando-se aos princípios da eficiência e proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Novo processo coletivo; Técnicas de coletivização; Demandas de massa; Fazenda Pública; Eficiência.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito. Pós Graduado em Direito Processual Civil. Pós graduado em Direito. Procurador do Estado do Paraná. Email: thiago-simpes@hotmail.com.

## 1. INTRODUÇÃO

**C**om o desenvolvimento das tecnologias e transformações dos conflitos, outras formas de resolução foram sendo necessárias para atender as novas demandas conflitivas apresentadas pela sociedade.

Diante destas alterações sociais, no processo civil, os juristas optaram por bem em estudar outras formas de resolução adequada, buscando uma análise mais próxima ao direito material e às situações conflitivas. Assim, buscou-se o aprofundamento em institutos como a mediação, arbitragem e contratualização do processo. Porém, somente estas medidas não foram suficientes, tendo este texto o papel de analisar primordialmente a questão da coletivização do processo e a reconfiguração do papel da Fazenda Pública diante destas alterações.

Assim, continua-se na árdua missão de buscar a solução adequada ao conflito, trabalhando-se neste texto com a situações conflitivas coletivas (transindividuais por natureza) e repetitivas (acidentalmente por escolha de racionalização), e a busca de adequar a prestação jurisdicional à melhor forma de resolução em busca da tutela do direito material dos indivíduos.

## 2. A MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E AS DEMANDAS REPETITIVAS

### 2.1 Da contextualização história: a origem dos problemas

A partir do séc. XX, o mundo passou por uma transformação social. As relações, antes locais, passaram a se

desenvolver de forma interconectada pelo mundo, ganhando espaço as empresas multinacionais. Grande parte deste fenômeno se deu em razão ao desenvolvimento desenfreado da tecnologia que proporcionou o encurtamento das fronteiras, o aumento da produção em massa e a criação de empresas de importância global.

Este fenômeno repercutiu de diversas formas na vida social dos indivíduos. No âmbito do direito consumidor, “o mundo virtual modificou hábitos de consumo, mudou o tempo do consumo, agilizou as informações e expandiu as possibilidades de publicidade, agravando os conflitos de consumo e a própria vulnerabilidade”.<sup>2</sup>

No âmbito do direito ambiental, a revolução verde trouxe a tecnologia para o campo, tornando a natureza um mero insumo de produção em massa a ser utilizada ao bel-prazer da humanidade. Assim, o aumento da produtividade não significou redução da produção, mas sim o aumento desenfreado do consumo e a conseqüente expansão da exploração do meio ambiente.<sup>3</sup>

Surge, então, um novo ramo do Direito para fazer frente a estas novas demandas sociais impostas pela modernidade, visando conferir proteção a um grupo muitas vezes indeterminado, qual seja o Direito difuso e coletivo. Os

---

2 BENJAMIN, Herman Antônio; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 48.

3 MILARÉS, Carlos. De como a natureza foi expulsa da modernidade. **Revista Crítica do Direito**, São Paulo, v.66, p. 100, 2015.

“interesses ‘difusos’ são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor”.<sup>4</sup> Registre-se que este novo ramo se inclui dentre os direitos transindividuais, se encontrando abrangidos dentre “os direitos fundamentais de terceira dimensão”.<sup>5</sup>

Ademais, não se pode esquecer que o próprio período em que se deu o desenvolvimento deste novo ramo do Direito fora propício, uma vez que estes surgem na segunda metade do séc. XX, momento em que o próprio Direito se volta ao resgate do indivíduo como detentor de dignidade intrínseca<sup>6</sup> e busca a constitucionalização de seus demais ramos.

Nada obstante, não forasó a parte substancial do direito que se viu alterada com as mudanças operadas na sociedade do séc. XX. Diante das novas mudanças operadas no campo do direito material, também coube ao processo apresentar respostas efetivas a essas novas demandas. Portanto, “para que se possa falar em efetividade do processo, o ordenamento jurídico deve estar munido de mecanismos convergentes à tutela de todos os direitos que afloram a sociedade moderna”<sup>7</sup>, motivo pelo qual mudanças de paradigmas foram necessárias.

---

4 GARTH, Bryant; CAPPELLETI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 26.

5 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 276.

6 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Método, 2014. p. 25.

7 TUCCI, José Rogério Cruz e. **“Class action” e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 1.

Outrossim, um novo problema começa a surgir no cenário global, qual seja a massificação e o ajuizamento de demandas repetitivas que passam a sobrecarregar o Poder Judiciário, demandando uma rápida e eficiente resposta para o trato da questão.

## 2.2 A busca por soluções por meio do processo coletivo

Inicialmente, para a questão dos novos direitos substanciais transindividuais, fora conferida uma tutela processual difusa e coletiva, por meio de instrumentos processuais coletivos. Este cenário fora retratado por Cappelletti e Garth como a segunda onda renovatória, pela qual se enfrentava “o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres”.<sup>8</sup>

Posteriormente, para o problema da massificação dos interesses individuais, buscou-se uma tutela molecular das demandas individuais por meio de ações coletivas (ações para tutela de direitos individuais homogêneos), reunindo-se por meio de uma ficção jurídica interesses individuais, por meio de uma tutela unificada.<sup>9</sup>

Nada obstante, se revelou insuficiente a tutela molecular dos interesses individuais, o que se deu por uma série de

---

8 GARTH, Bryant; CAPPELLETI, Mauro. Op. cit., p. 49.

9 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. 11.ed. Salvador: Juspodvim, 2017. v. 4. p. 76.

fatores, os quais serão discutidos e analisados futuramente no presente texto. Assim, não só no Brasil como em outros países do mundo, a exemplo Estados Unidos, Alemanha e Inglaterra, foram criados outros instrumentos para conferir um tratamento unificado das demandas individuais repetitivas, chamadas também de situações jurídicas repetitivas, a fim de proporcionar maior segurança jurídica, eficiência, duração razoável do processo e isonomia nas relações processuais.

Desde esta convivência de soluções (ações coletivas e outras técnicas de coletivização), é possível identificar o surgimento de espécies distintas de coletivização, podendo-se esta ser classificada em coletivização total e coletivização parcial<sup>10</sup>, dando azo assim a um novo modelo de processo coletivo.

Neste trabalho foi adotada a classificação que divide os mecanismos de coletivização em coletivização total e parcial, adotando como parâmetro classificatório as fases do processo de conhecimento: fase postulatória, fase saneadora, fase instrutória e fase decisória. Assim, caso as quatro fases sejam objetos de coletivização conjunta, será caso de coletivização total. De outro lado, caso cada fase processual seja objeto de coletivização específica, será caso de coletivização parcial.

### 3. O PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

Primeiramente, cabe esclarecer que o conceito de

---

10 Para mais informações consultar: OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.1, p. 115-138, 2015.



processo coletivo originariamente no país se manteve restrito as ações coletivas, sendo esta a primeira forma de coletivização presente no direito brasileiro, podendo identificar o processo como coletivo quando sua finalidade fosse a tutela de um interesse metaindividual.<sup>11</sup>

Nada obstante, a insuficiência deste modelo de processo coletivo baseado unicamente em ações coletivas incentivou os estudiosos a buscar em outros institutos (e em outros ordenamentos jurídicos) soluções para os problemas brasileiros, notadamente no tocante a litigância de massa e a questão dos direitos individuais homogêneos.

Assim, após a análise de diversas formas de coletivização presentes no direito comparado, cabe agora a análise de suas influências no âmbito nacional, bem como em que medida impactaram na própria definição do conceito atual de processo coletivo no Brasil.

### 3.1 As ações coletivas no Brasil

Em 1965, foi editada a Lei n.º 4.717, a qual disciplinava o cabimento da ação popular, ainda que de forma restrita a tutela do patrimônio público, este entendido originalmente como os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico dos entes pertencentes a Administração direta e indireta, consoante redação originária do art. 1.º, §1.º, do mencionado instrumento legislativo.

---

11 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 58-59.

Posteriormente a edição da Lei de Ação Popular, José Carlos Barbosa MOREIRA<sup>12</sup> já afirmava que está “foi marcante para o desenvolvimento da consciência e da problemática relacionada com a questão dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos”.<sup>13</sup>

Assim, na década de 1980, ainda surgem outras importantes previsões legislativas e constitucionais acerca da tutela dos direitos coletivos. Em 1981, são publicadas a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e a Lei Orgânica do Ministério Público, ambas prevendo a legitimidade do *parquet* para apresentação de ações civis públicas para tutela do meio ambiente.<sup>14</sup> Registre-se que em 1985, fora editada a Lei de Ação Civil Pública, estendendo a proteção coletiva para, além do meio ambiente e o patrimônio público, proteção do direito do consumidor.

Ainda na década de 1980, é editada a Constituição Federal de 1988, que ampliou o objeto da ação popular, bem como elevou a nível constitucional “as ações populares, nos termos do art. 5.º, LXXIII, as ações civis públicas, conforme art. 129, III, e as ações de mandado de segurança coletivo, objeto do art. 5.º, LXIX e LXX”.<sup>15</sup>

---

12 Para maiores esclarecimentos: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.139, p. 1-10, jan./mar. 1980. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43129/41792>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

13 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletiva e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. p. 200.

14 *Ibid.*, p. 201.

15 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletiva e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. p. 203.

Por fim, em 1990, é editado o Código de Defesa do Consumidor, responsável por dar um dos grandes avanços à proteção coletiva no Brasil, definindo os conceitos de direito difuso, coletivo e individual homogêneo, bem como estabelecendo inúmeras regras processuais para o trato do processo coletivo, motivo pelo qual alguns autores o entendem como um “Código de Processo Coletivo Brasileiro”.<sup>16</sup>

Esclareça-se que ainda na década de 1990 e seguintes, surgiram inúmeros outros diplomas normativos contemplando regras para proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, dentre outras.

Diante deste emaranhado legislativo de normas com finalidade única de conferir proteção aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a doutrina nacional passou a defender a tese de que “aos processos coletivos se aplicaria a teoria sobre os microssistemas [...]. Assim, existiria no direito positivo brasileiro, já configurado, um ‘microssistema processual coletivo’”.<sup>17</sup>

Cabe registrar que, apesar dos inúmeros diplomas normativos, estabelecendo ações tipicamente coletivas, também é possível a utilização de qualquer outro instrumento processual disponível no sistema, como decorrência do princípio da não taxatividade, o qual se discorrerá abaixo.

---

16 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p. 53.

17 Ibid., p. 56.

Ainda assim, vale frisar que o sistema de ações coletivas no Brasil apresenta peculiaridades próprias se comparado com o sistema das *class actions* norte-americanas. Desde modo, diferentemente do direito norte-americano, o Brasil previu a definição de conceitos como direitos coletivos, a não taxatividade, a atipicidade, disciplinou a legitimação por substituição processual (legitimados coletivos, via de regra), bem como tratou da extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* apenas para beneficiar os direitos individuais, o que torna as ações coletivas brasileiras diferenciadas das demais.<sup>18</sup>

### 3.2 A insuficiência do modelo de processo coletivo tradicional no Brasil

Inicialmente, esclareça-se que para fins do presente estudo, entende-se por processo coletivo tradicional aquele baseado unicamente em ações coletivas, utilizando-se, portanto, a forma de coletivização total do processo.

Neste momento serão apresentados dados estatísticos elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Cortes Superiores brasileiras, os quais demonstram que a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos por meio de ações coletivas não fora suficiente no combate da litigação de

---

18 ZANETI JR., Hermes. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: *class actions*, ações associativas/litígios agregados e o «processo coletivo: modelo brasileiro». **Revista Eletrônica de Processos Coletivos**, Porto Alegre, v.5, n.3, 2014. Disponível em: <<https://www.academia.edu/16746386/Tr%C3%AAsModelosdeProcessoColetivonoDireitoComparadoClassActionsA%C3%A7%C3%B5esAssociativasLit%C3%ADgiosAgregadoseoProcessoColetivoModeloBrasileiro>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

massa, falhando em dar concretização a princípios constitucionais como a eficiência, isonomia, segurança jurídica e duração razoável do processo.

Segundo dados oficiais<sup>19</sup>, em 1989, foram distribuídos ao STJ apenas 6.103 novos processos, sendo que em 1990 já foram 14.087 novos processos e em 1991 o número já era de 23.368. Registre-se que em 2012 este número passou para 289.524 novos processos distribuídos na Corte.

No âmbito do STF, Segundo Relatório de Atividades elaborado pela Corte<sup>20</sup>, no ano de 2017 foram autuados 103.650 novos processos, havendo um acervo final em dezembro do mesmo ano de 45.437 processos. Registre-se que somente quanto a recursos extraordinários e suas decorrências, como agravo interno e agravo em recurso extraordinário, se somaram um total de 85.018 processos recursais, sendo que em 2016 o total era de 77.418 processos recursais, havendo, portanto, um aumento de recursos de um ano para o outro.

No tocante ao Superior Tribunal de Justiça (STF)<sup>21</sup>,

---

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Relatório estatístico**: 2012. p. 20. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=185>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Relatório de atividades 2017**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018. p. 32. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/RelatorioAtividadesSTF2017.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica. Coordenadoria de Gestão da Informação. **Relatório estatístico**. Brasília, 2017. p. 15-19. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=301>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

observa-se que no ano de 2017, a Corte recebeu o total de 332.284 novos processos, dentre competência recursal e originária. Deste total, 179.698 são Agravos em Recursos Especiais, sendo ainda 68.143 Recursos Especiais, o que demonstra a alta taxa de subida dos recursos extraordinários às Cortes Superiores.

Entretanto, a situação é ainda mais grave quando se leva em consideração a primeira instância, tendo em vista que é nesta que se concentra a grande massa de processos pendentes. Segundo relatório elaborado pelo CNJ, ao final do ano de 2017, dos 80,1 milhões de processos pendentes de resolução definitiva em todo o Poder Judiciário, cerca de 94,1% destes tramitavam perante a primeira instância, o que equivale a cerca de 75,37 milhões de processos pendentes de resolução definitiva na primeira instância das diversas justiças do país.<sup>22</sup>

Ressalte-se também que o número total de processos, se comparado com 2009, cresceu 31,9%, apresentando uma taxa média anual de crescimento de 4%<sup>23</sup>, demonstrando o aumento desenfreado dos processos decorrentes principalmente da judicialização de massa.

Portanto, a partir dos dados estatísticos apurados, é possível afirmar que o número de processos judiciais cresceu vertiginosamente se comparado ao final da década de 1980 e

---

22 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2018:** ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. p. 197. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee\\_7812d35a-58cee3d92d2df2f25.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee_7812d35a-58cee3d92d2df2f25.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2019.

23 Idem.

início da década de 1990. É cediço que o aumento do número de processos judiciais se dá por inúmeros fatores, não só pela a insuficiência do modelo de processo coletivo, podendo-se apontar outros fatores como desenvolvimento tecnológico dos processos digitais, desenvolvimento das defensorias públicas e até mesmo o maior acesso à justiça por meio dos juizados especiais, dentre outros.

No entanto, quando se observa dados referentes às ações coletivas, verifica-se que a insuficiência deste modelo de coletivização também contribuiu para que a situação conjuntural apenas se agravasse ainda mais.

O CNJ, em parceria com instituto de pesquisa, revelou que existe uma preferência pelos magistrados por ações individuais. Neste estudo, chegou-se ao seguinte resultado: 8,5% dos magistrados afirmaram que ações coletivas solicitando acesso a políticas/ bens públicos têm mais sucesso do que ações individuais; 23,4% dos magistrados entrevistados disseram que não veem diferença significativa entre as ações coletivas e individuais em relação ao seu sucesso; enquanto a grande maioria (62,4%) dos magistrados entrevistados afirmaram as ações individuais solicitando acesso a políticas públicas/bens públicos têm mais sucesso que as ações coletivas; 5,7% não souberam opinar.<sup>24</sup>

Ademais, fora possível verificar que as ações coletivas

---

24 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Direitos e garantias fundamentais**: ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2017. p. 15. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/ee3f22cd-4cddac54ce99ce-d5beeeaa91.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2019.

são direcionadas em sua grande maioria para a tutela de direitos individuais homogêneos, em detrimento de direitos difusos e coletivos<sup>25</sup>, o que demonstra que estas estão direcionadas também ao combate da litigância de massa. Porém, este combate não é suficiente para conferir uma resposta eficiente ao problema, uma vez que, conforme demonstrado acima, o número de processos judiciais se mantém em crescimento constante e desenfreado.

Deste modo, em razão desta incapacidade do modelo tradicional de processo coletivo em conferir uma resposta adequada ao problema da litigância de massa, surgem outros instrumentos processuais no Brasil e mundo, buscando conferir uma forma de coletivização parcial do processo.

Registre-se que as formas de coletivização parcial do processo, apesar de não serem tão eficientes do ponto de vista da concretização do princípio do acesso à justiça, dado estarem focadas na resolução eficiente de processos judiciais e não propriamente na defesa de direitos, buscam conferir uma resposta adequada ao problema da judicialização de massa.

Assim, a soma destas duas formas de coletivização (total e parcial) em um novo modelo de processo coletivo pode ajudar, senão na resolução total do problema, talvez amenizar a situação existente, dando concretização a princípios importantes para o direito brasileiro como a isonomia, segurança jurídica, duração razoável do processo e eficiência.

---

25 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Direitos e garantias fundamentais**: ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2017. p. 13. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/ee3f22cd-4cddac-54ce99ced5beeeaa91.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2019.



### 3.3 A busca por respostas mais eficientes: outras formas de coletivização

Neste contexto, buscou-se novas propostas para amenizar o número de processos distribuídos a cada ano, bem como a procura por novas fórmulas de tratamento de questões coletivas. É neste contexto que surgem, ainda no sistema do Código revogado, a repercussão geral e o julgamento de recursos repetitivos.

No que se refere, inicialmente, à repercussão geral, como mencionado, muito embora inserida na Constituição Federal por obra a EC n.º 45/2004, apenas em 03 de maio de 2007 passou a ser exigida no Supremo Tribunal Federal. Quanto à sistemática dos recursos especiais repetitivos, inserida no Código de Processo Civil pela Lei n.º 11.872/2008, foi regulamentada pela Resolução n.º 07/2008 do Superior Tribunal de Justiça.

A novidade, contudo, é que, diferentemente do que se passou com as tentativas anteriores, acima relatadas, as duas técnicas, da repercussão geral e dos recursos repetitivos testadas nos últimos anos de vida do CPC revogado, efetivamente conseguiram reduzir a quantidade de processos que chegaram àquela Cortes. O duplo arsenal mantido no novo CPC, ganhou mais um protótipo com o Novo CPC: o incidente de resolução de demandas repetitivas.<sup>26</sup>

---

26 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). **Repercussões do Novo CPC**: processo coletivo. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 627-628.

E assim, a partir de 2007, podemos afirmar que convivem no sistema brasileiro formas de coletivização total e parcial, uma composta por ações coletivas propriamente ditas, sob um regime de substituição processual, e outro composto por incidente de julgamento de recursos repetitivos, no qual se busca a tutela molecular de questões comuns, antes analisadas de forma atômica.

Ressalte-se que a partir da edição do Código de Processo Civil de 2015, há uma expansão das técnicas de coletivização parcial do processo, ganhando especial destaque a técnica de julgamento de casos repetitivos.

A definição de julgamento de casos repetitivos vem prevista no art. 928, do Código de Processo Civil, que o define como sendo a decisão proferida em Incidente de Julgamento de Demandas Repetitivas (IRDR) e Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos, sendo certo que esta forma de julgamento abrange questões de direito material ou processual.

O IRDR, vem regulamentado nos art. 976 e seguintes do Código de Processo Civil, e se trata de um incidente, por meio do qual, um Tribunal “julga por amostragem demandas repetitivas, que tenham por objeto controvertido uma mesma e única questão de direito”.<sup>27</sup> Registre-se que selecionado o caso, ou conjunto deles, o Tribunal passa ao seu julgamento, aplicando-se posteriormente o resultado do julgamento do caso paradigma a todos os demais casos idênticos.<sup>28</sup>

---

27 TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p. 726.

28 Idem.

Este procedimento somente pode ser requerido pelo juiz de ofício, pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, conforme prevê o art. 977, do CPC. De outro lado, os recursos especiais e extraordinários repetitivos, disciplinados nos art. 1.036 e seguintes do Código de Processo, se tratam de incidente por meio do qual os Tribunais Superiores (STF e STJ) selecionam recursos desta natureza para julgamento por amostragem, aplicando-se o resultado do julgamento a todos os demais casos com questões idênticas.<sup>29</sup>

Entretanto, diferentemente do IRDR, os recursos repetitivos não possuem legitimados para proceder ao seu pedido de instauração previstos no Código. Porém, nada impede que os legitimados do IRDR e os legitimados coletivos para as ações coletivas ingressem com o presente pedido, aplicando-se a regra do microsistema coletivo de forma subsidiária.

Assim, a partir destes instrumentos, verifica-se uma coletivização das decisões judiciais, buscando a racionalização de processos judiciais por meio de julgamento de questões de forma única, o que encontra em grande medida influência do direito alemão, notadamente ao seu procedimento-modelo.

Ademais, também surgem no direito brasileiro hipóteses de coletivização da prova, que podem aparecer em forma de coletivização total ou parcial do processo. Assim, é possível elencar alguns instrumentos já existentes: coletivização por meio da produção de prova por meio de atos concertados, realizando-se, a grosso modo, um incidente de coletivização de produção de provas, inspirado no *multidistrict litigation*

---

29 TALAMINI; WAMBIER, 2016, p. 640.

(MDL)<sup>30</sup>, instrumento de coletivização Norte Americano; pela produção coletiva negociada da prova; por meio de negócios jurídicos processuais coletivos<sup>31</sup>; e por fim pela utilização da ação de produção antecipada de provas.<sup>32</sup>

#### **3.4 Reconfiguração do conceito de processo coletivo a partir das novas formas de coletivização**

A partir das formas de coletivização existentes no direito brasileiro, influenciadas por institutos presentes no direito comparado, como o *multidistrict litigation*, as *class actions* e até mesmo o procedimento-modelo alemão, é possível notar uma alteração do conceito de processo coletivo, que desloca seu foco unicamente das ações coletivas (forma de coletivização total) para também abarcar outras formas de coletivização (coletivização parcial).

Nesta ótica, é possível afirmar que coexistem no direito brasileiro instrumentos de coletivização total e instrumentos de coletivização parcial, o que acarreta uma necessária confluência entre processos coletivos propriamente ditos (ações coletivas), processos individuais e incidentes de coletivização parcial (técnicas processuais de coletivização).

---

30 LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. **Coletivização da prova:** técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 160-193.

31 Ibid., p. 227-243.

32 Ibid., p. 194-227.

Assim, identifica-se no direito brasileiro várias formas de tutela dos direitos, podendo-se esta se dar unicamente por meio de ações coletivas; unicamente por meio de ações individuais (em litisconsórcio ou não); por meio de ações coletivas coordenadas com ações individuais (ex. ação de produção antecipada de provas seguida de ações individuais); ou mesmo por ações individuais coordenadas com técnicas de coletivização, seja da decisão seja da prova.

Deste modo, para fins do presente trabalho, adota-se a classificação que considera para fins de conceituação de processo coletivo tanto as ações coletivas como os instrumentos de resolução agregada de conflitos (agregações administrativas).<sup>33</sup> Assim, abrange-se as ações coletivas, o julgamento de casos repetitivos, bem como qualquer técnica de coletivização ou agregação para análise coletiva da matéria, seja na fase decisória ou instrutória.

No Brasil, esta também parece ser a posição de Fredie DIDIER JR. e Hermes ZANETI JR., para quem:

O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe, etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo)

---

33 CORDERO, Jorge A. Sánchez. **Principios del derecho de los procesos colectivos**: principles of the law of aggregate litigation. Tradução de Francisco Verbic. México: Universidad Nacional Autónoma de México (The American Law Institute), 2014. p. 11. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3734/15.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo.<sup>34</sup>

Ademais, os próprios autores são expressos em afirmar que estas situações jurídicas coletivas podem dar azo tanto a tutela por meio de ações coletivas, como também pela formação de um grupo somente a partir da técnica de julgamento de questões repetitivas.<sup>35,36</sup>

Portanto, há uma convivência de diversas formas de processo coletivo, os quais a pertinência dependerá do caso concreto e dos direitos a serem protegidos, sendo certo que o fim último da jurisdição é conferir uma adequada tutela do direito material, possuindo um caráter instrumental, devendo se ater as necessidades do direito material.<sup>37</sup>

---

34 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p. 31.

35 Ibid., p. 66.

36 Para uma análise mais aprofundada: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos: espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. **Revista de Processo**, São Paulo, v.256, p. 209-218, jun. 2016.

37 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v.1. p. 128.

## **4. O PAPEL DA FAZENDA PÚBLICA E AS NOVAS FORMAS DE COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO**

Como já se adiantou anteriormente, o processo jurisdicional nos dias atuais em muito se difere do ambiente em que se desenvolveu a ciência processual, a qual era baseada no individualismo, com protagonismo das partes, que ingressavam em juízo em nome próprio para defender direito próprio, ficando, portanto, vinculadas ao contido na decisão por meio da força da coisa julgada.

Nada obstante, o mundo atual e a massividade das suas relações, alterou substancialmente o modo de ser do processo judicial. Assim, a invasão do poder judiciário de causas repetitivas, a reiteração de casos idênticos (semelhantes, em verdade), o desenvolvimento de técnicas processuais de coletivização do processo, entre outros, tornou necessária não só a mudança do modo de ser do processo judicial, mas também do atuar dos sujeitos processuais.

Atualmente, é possível afirmar que o Poder Judiciário se encontra abarrotado de serviço, baseado em causas de natureza repetitiva, nas quais figuram em grande parte dos casos os litigantes habituais.

No âmbito jurisdicional, existem sujeitos processuais que se socorrem esporadicamente do Poder Judiciário, não apresentando uma natureza organizada para esse tipo de atividade. Porém, a grande maioria de litígios se desenrola envolvendo sujeitos com certa organização, dotados de poderio econômico-financeiro, que se apresentam repetidas vezes em casos similares, chamados de litigantes habituais ou litigantes

freqüentes<sup>38</sup>. Esclareça que a Fazenda Pública é um destes litigantes habituais<sup>39</sup>.

De acordo com pesquisa realizada pelo CNJ no ano de 2011, acerca dos litigantes habituais, verifica-se que o setor público federal, estadual e municipal (fazenda pública) representa 51% do total de processos destes litigantes que tramitam junto às justiças federal, estadual e do trabalho<sup>40</sup>, ou seja, as Fazendas Públicas representam mais da metade dos processos judiciais dos litigantes habituais.

É neste viés que a Fazenda Pública também deve se reinventar, buscar meios próprios para lidar com a massividade dos processos judiciais, evitando o dispêndio de recursos humanos de seus órgãos de representação, atuando de forma racional e qualificada.

Anteriormente, já se adiantou que o processo coletivo no momento atual brasileiro (e mundial) não pode ser visto mais como simplesmente baseado em ações coletivas, como outrora, uma vez que este sistema não é capaz de outorgar uma resposta efetiva ao problema dos direitos individuais homogêneos e as causas de massa.

Assim, surgem outros instrumentos de coletivização,

---

38 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 209.

39 *Ibid.*, p. 210.

40 100 maiores litigantes. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em 10 de maio de 2019. p. 15.



tais como incidentes de resolução de demandas repetitivas, julgamento de recursos repetitivos, incidentes de coletivização da prova, bem como julgamento agregado de questões comuns.

A Fazenda Pública, ciente desta alteração de paradigma processual, deve se adequar ao novo momento, buscando meios para resolver de forma coletiva seus conflitos, tendo em vista que o sistema baseado no individualismo se encontra fadado ao insucesso. Para tanto, existem algumas medidas que podem ser tomadas pelas Fazendas Públicas e seus órgãos de representação visando a resolução dos conflitos de forma adequada. Senão vejamos:

- A) Criação de câmaras de conciliação e mediação prévia: Inicialmente, deve a Fazenda Pública evitar a judicialização de conflitos. Para tanto, a criação de câmaras de conciliação e mediação (possibilidade outorgada pelo art. 174, do NCPC) contribuirão para a realização de uma filtragem inicial, possibilitando a resolução de controvérsias que não necessitam ser judicializadas.

Insta frisar que a judicialização de todos os conflitos acarreta grave prejuízo aos cofres públicos, a uma em razão da grande extensão dada ao benefício da justiça gratuita, de modo que cabe a manutenção da máquina judicial sem a respectiva contribuição das partes, a duas em razão da possibilidade de condenação em custas e honorários advocatícios ao final do processo, sendo estes encargos que encarecem ainda mais a condenação.

Assim, casos que possuem uma conotação exclusivamente individual, devem ser objeto de tratamento diferenciado, buscando a Administração a sua resolução de acordo com

a melhor técnica de resolução de conflito, seja a negociação, a conciliação ou a mediação.

B) Criação de súmulas administrativas gerais impedindo a judicialização em casos já pacificados e com baixo custo-benefício: É cediço que no âmbito jurisdicional atual, é possível que questões de massa sejam resolvidas de diversas formas.

Quando uma determinada questão de massa é resolvida por meio de uma ação coletiva (processo coletivo tradicional), não existem maiores controvérsias, uma vez que a Fazenda Pública fica vinculada ao teor da decisão por conta da coisa julgada, não sendo possível a rediscussão da matéria em outras ações, ao menos quando esta é derrotada. Assim, cabe somente a execução das pretensões individuais visa fase de liquidação e execução de sentença.

De outro lado, quando o processo coletivo se faz presente em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ou Julgamento de Recursos Repetitivos, apesar de doutrina em sentido contrário<sup>41</sup>, não há que se falar em coisa julgada, restando somente o efeito vinculante do precedente, o qual, via de regra, somente possui eficácia no âmbito judicial. Portanto, apenas os juízes inferiores ao órgão prolator da decisão se mantêm vinculado ao conteúdo da decisão.

---

41 Entendendo existir coisa julgada e efeito positivo da coisa julgada decorrente do julgamento do IRDR: ARENHART, Sergio Cruz. OSNA, Gustavo. Curso de Processo Civil Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 382.

Porém, é cediço que, apesar da Administração Pública não ficar vinculada ao conteúdo da decisão, o processo judicial eventualmente promovido se encontrará fadado ao insucesso, tendo em vista que todo o sistema jurisdicional se encontra vinculado ao teor do precedente, impossibilitando a prolação de decisão distinta.

Deste modo, cabe a Fazenda Pública, por meio de seu órgão de representação judicial, editar súmulas gerais impossibilitando a judicialização de matérias que já tenham sido resolvidas em Julgamento de Casos Repetitivos, evitando gastos públicos desnecessários com a máquina judicial, bem como com condenações inevitáveis em custas processuais e honorários advocatícios, sem ainda se esquecer do desperdício de recursos humanos nestes processos.

Ademais, deve ser promovida uma análise de custo-benefício das possíveis demandas judiciais, evitando a judicialização de questões de baixo valor econômico, as quais, ainda que bem sucedidas, não justificam a movimentação da máquina judiciária. Portanto, notadamente no campo da execução fiscal, devem ser fixados parâmetros mínimos de valor que não justificam a cobrança judicial, buscando a solução por outros meios de cobrança administrativa, a exemplo do protesto da dívida.

C) Atuação racional e qualificada no âmbito judicial: É fato que as procuradorias e demais órgãos de representação judicial das Fazendas Públicas possuem um grande déficit de recursos financeiros e humanos, de modo que a atuação deve ser feita de forma comedida e eficiente. Para tanto, algumas medidas podem ser sugeridas como possíveis:

- C.1) Edição de súmulas administrativas gerais, dispensando seus advogados públicos de contestar e recorrer em matérias já pacificadas em julgamento de casos repetitivos: A partir desta conduta processual da Fazenda Pública, além da economia de recursos humanos, ainda outros benefícios são concedidos pelo sistema processual, a exemplo de rateamento de custas processuais em caso de transação (art. 90, §2º, CPC), desconto de 50% (cinquenta por cento) da condenação em honorários advocatícios, não condenação em honorários recursais, bem como, em sede de juizados especiais, evita a própria condenação em honorários advocatícios, a qual só existe em caso de recurso improvido (art. 55, da Lei 9.099/95).
- C.2) Criação de órgãos especializados nas Procuradorias em processo coletivo e conferência de primazia a este modelo de processo: Há muito na prática forense é possível constatar que há uma preocupação maior dos magistrados ao julgar demandas coletivas. Tal situação sempre fora comum no âmbito do processo coletivo tradicional (ações coletivas), que inclusive acarretou um certo desprestígio por este modelo pelos litigantes individuais, havendo uma preferência por processos atômicos.

Nada obstante, a partir da mudança de paradigma, com a inclusão de técnicas de coletivização no âmbito processual, seja a partir da coletivização da decisão (julgamento de casos repetitivos, por exemplo) ou mesmo da coletivização da instrução probatória (agregação para produção de prova comum), torna-se possível a Fazenda Pública focar novamente em tratar os processos de forma coletiva, com primazia destes sobre os individuais.

Para tanto, é necessária a estruturação dos órgãos de representação judicial, com investimento em qualificação profissional, bem como em setores especializados em processo coletivo, para que os advogados públicos possam conferir um tratamento qualificado às demandas qualificadas. Frise-se que não basta a expertise em direito material, devem os profissionais estarem preparados para lidar com o processo coletivo e suas peculiaridades próprias.

Nos dias atuais, não é mais possível afirmar que a escolha da forma coletiva de processo é uma opção exclusiva do autor, como era no modelo de ações coletivas, tendo em vista que cabe ao réu a legitimidade para requerer a instauração de incidentes de coletivização, seja da decisão (IRDR, por exemplo) seja da instrução probatória (possibilidade de realização de instrução conjunta, por meio de atos concertados entre juízes cooperantes – art. 69, §2º, II, do NCPC), sendo do juiz ou relator a competência para admiti-los ou não.

Com isso, passa a ser possível a concentração da questão para a realização de um debate qualificado, no qual poderão ser demonstrados não só as dificuldades jurídicas, mas também políticas e econômicas diante da demanda judicial apresentada em sua total extensão, com a participação de sujeitos interessados (*amici curiae*), o que, conseqüentemente, acarretará decisões mais qualificadas e adequadas à realidade e às peculiaridades do caso concreto.

## 5. CONCLUSÃO

A complexidade dos conflitos tornou complexos também seus processos de resolução. Na fase cientificista processual, buscou-se a elaboração de teorias e institutos visando a resolução dos conflitos por meio de uma única técnica, qual seja sua judicialização dos conflitos com uma ótica predominantemente individual.

Posteriormente, diante da ineficácia desta única técnica, começou-se a pensar em outras formas de resolução das controvérsias, ampliou-se a técnica de judicialização para uma ótica também coletiva, buscou-se em outros institutos a adequação da resolução da controvérsia a exemplo da negociação, conciliação, mediação e arbitragem.

Assim, hoje é possível afirmar que convivem no sistema diversas técnicas de resolução do conflito, sendo cada uma mais adequada às diferentes situações conflitivas existentes. E no campo da jurisdição não é diferente.

Deste modo, deve-se ter a visão de que convivem diversos modelos de processo no sistema: individuais comuns ou por litisconsórcio; coletivos por ações coletivas; e individuais com técnicas coletivas, sendo certo que cada um se afigura mais adequado a determinadas situações conflitivas judiciais.

No caso da Administração Pública, esta deve abrir os olhos à nova realidade e buscar se adaptar às diversas formas de resolução de conflitos, sejam elas judiciais ou extrajudiciais, sendo certo que a recusa pela busca da técnica adequada para a resolução apenas tornará o trabalho ainda mais árduo e o caminho ainda mais difícil, o que em termos de direitos vai de encontro a princípios como a eficiência e a duração razoável do processo.

## 6. REFERÊNCIAS

ARENHART, Sergio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARENHART, Sergio Cruz. OSNA, Gustavo. Curso de Processo Civil Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BENJAMIN, Herman Antônio. MARQUES, Cláudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. Ed 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARDOSO, Juliana Provedel. O modelo brasileiro de Processo Coletivo: As ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodim, 2018.

CORDERO, Jorge A. Sánchez. Principios del derecho de los procesos colectivos (principles of the law of aggregate litigation). Francisco Verbic (Trad.). México: Universidad Nacional Autónoma de México (The American Law Institute), 2014. Disponível em < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3734/15.pdf>>. Acesso em 13.02/2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil. v. 4. 11 ed. Salvador: Juspodvim, 2017.

DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 256, p. 209-218, jun. 2016.

GARTH, Bryant. CAPPELLETI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil. v.1 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletiva e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MILARÉS, Carlos. De como a natureza foi expulsa da modernidade. **Revista Crítica do Direito**, São Paulo, vol. 66, p. 88-105, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 139, p. 1-10, jan/mar, 1980. Disponível em <<http://biblioteca-digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43129/41792>> Acesso em 14.02.2019.

Relatório Estatístico do STJ no exercício de 2012. Documento eletrônico. p. 20. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=185>>. Acesso em 13.02.2019.

Relatório de atividades 2017 [recurso eletrônico]: Supremo Tribunal Federal/ Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018. p. 32. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/RelatorioAtividadesSTF2017.pdf>>. Acesso em 09 de julho de 2018.

Relatório Estatístico do STJ no exercício de 2017. Documento eletrônico. p. 15-19. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=301>>. Acesso em 09 de julho de 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas Individuais de Repercussão Coletiva X Técnicas coletivas de Repercussão Individual. ZANETI JR., Hermes (Coord.). **Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo coletivo**. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 623-640.



SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TALAMINI, Eduardo. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. v. 2. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. “Class action” e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 1990.

ZANETI JR., Hermes. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: *class actions*, ações associativas/ litígios agregados e o “processo coletivo: modelo brasileiro”. **Revista Eletrônica de Processos Coletivos**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, trimestre 01/07/2014 a 30/09/2014. Disponível em <[https://www.academia.edu/16746386/Tr%C3%AAs\\_Modelos\\_de\\_Processo\\_Coletivo\\_no\\_Direito\\_Comparado\\_Class\\_Actions\\_A%C3%A7%C3%B5es\\_Associativas\\_Lit%C3%ADgios\\_Agregados\\_e\\_o\\_Processo\\_Coletivo\\_Modelo\\_Brasileiro](https://www.academia.edu/16746386/Tr%C3%AAs_Modelos_de_Processo_Coletivo_no_Direito_Comparado_Class_Actions_A%C3%A7%C3%B5es_Associativas_Lit%C3%ADgios_Agregados_e_o_Processo_Coletivo_Modelo_Brasileiro)>. Acesso em 16.02.2019.



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# O “PENTE-FINO” DO INSS E A APOSENTADORIA POR IDADE: A POSSIBILIDADE DE UM ÚNICO RECOLHIMENTO COMO SEGURADO FACULTATIVO APÓS BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE

Erico Sanches Ferreira dos Santos<sup>1</sup>

**Resumo:** O objeto do presente texto é contextualizar e analisar a controvérsia, crescente em âmbito judicial, acerca da possibilidade de um único recolhimento da respectiva contribuição previdenciária, na condição de segurado facultativo, para fins de utilização do período intercalado, recebido a título de auxílio-doença, como carência para a aposentadoria por idade.

**Palavras-chave:** aposentadoria por idade. Auxílio-doença. Contribuições intercaladas. Pente-fino do INSS. Contribuição como segurado facultativo.

---

1 Juiz Federal Substituto da 8ª Vara Federal de Curitiba/PR. Mestrando em Direito e Democracia pela Unibrasil/PR.

## 1. INTRODUÇÃO

Como já afirmamos anteriormente<sup>2</sup>, o INSS atuou fortemente nos chamados Benefícios por Incapacidade de Longa Duração (BILDs), sigla criada por ele próprio, promovendo a revisão daqueles benefícios por incapacidade vigentes há mais de 02 anos - a maioria deles decorrentes de ordem judicial - e que não tenham sido objeto de qualquer tipo de perícia administrativa no período. Nos dias de hoje, encontra-se em vigor, conforme Lei 13.846/19, o programa especial de revisão de benefícios.

Considerando esse contexto, situação comum tem sido a do indivíduo que, após receber benefício por incapacidade por anos a fio, acabou por completar o requisito etário (60 anos - mulher; 65 anos - homem) para fins de aposentadoria por idade.

Nos termos do art. 55, §2º, II, da Lei 8.213/91, o período recebido a título de auxílio-doença, desde que não acidentário, poderá ser computado como tempo de contribuição, desde que intercalado com período de contribuição.

Com base nesse dispositivo, questiona-se se esses longos períodos de auxílio-doença poderão ser computados como carência, caso o segurado venha efetuar uma contribuição na condição de segurado facultativo.

---

2 SANTOS, Erico Sanches Ferreira dos. O pente-fino do INSS nos auxílios-doença e duas ferramentas fundamentais para o sucesso em juízo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5340, 13 fev. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63975>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

A matéria tem sido objeto de controvérsia nas lides previdenciárias e esse é o objeto do presente artigo, analisar as posições existentes, em especial quanto ao recolhimento na condição de segurado facultativo, e emitir juízo de valor acerca da posição que se entende a mais adequada.

## 2. O PERÍODO INTERCALADO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

A pergunta que se apresenta, portanto, é a seguinte: Considerando o art. 55, §2º, II, da Lei 8.213/91, os longos períodos de auxílio-doença, em especial aqueles decorrentes da aplicação da Lei do “pente-fino”, poderão ser computados como carência, caso o segurado venha efetuar uma contribuição na condição de segurado facultativo?

Em princípio, a resposta é simples e positiva. Tal possibilidade encontra-se respaldada própria IN 77/15 do INSS. Confira-se o teor do art. 164, XVI, editado em conformidade do art. 60, III, do Decreto 3.048/99:

*Art. 164. Até que lei específica discipline a matéria, são contados como tempo de contribuição, entre outros, conforme previsto no art. 60 do RPS:*

*(...)*

*XVI - o período de recebimento de benefício por incapacidade:*

*a) o não decorrente de acidente do trabalho, entre períodos de atividade, ainda que em outra categoria de segurado, sendo que as contribuições como contribuinte em dobro, até outubro de 1991 ou **como facultativo, a partir de novembro de***

***1991 suprem a volta ao trabalho para fins de caracterização;(…)*** (grifo nosso)

Além disso, cabe trazer à tona o disposto no art. 153, §1º, da IN 77/15:

*Art.153. Considera-se para efeito de carência:*

*(…)*

§ 1º Por força da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 2009.71.00.004103-4 (novo nº 0004103-29.2009.4.04.7100) é devido o cômputo, para fins de carência, do período em gozo de benefício por incapacidade, inclusive os decorrentes de acidente do trabalho, desde que intercalado com períodos de contribuição ou atividade, observadas as datas a seguir:

*I - no período compreendido entre 19 de setembro de 2011 a 3 de novembro de 2014 a decisão judicial teve abrangência nacional; e*

*II - para os residentes nos Estados do Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, a determinação permanece vigente, observada a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.414.439-RS, e alcança os benefícios requeridos a partir de 29 de janeiro de 2009.*

Não obstante a clareza do referido art. 164, da IN 77/15, e apesar do que dispõe o art. 153, 1º, da mesma IN 77/15, desenvolve-se, em sede jurisdicional, uma corrente no sentido de que tal tipo de procedimento seria vedado pelo ordenamento.

Tal consideração, contudo, desperta outra pergunta: Se o INSS já tem o entendimento consolidado em Instrução

Normativa, porque a questão estaria judicializada, especialmente na região Sul?

A resposta aí já não é tão simples. Antes de responder à pergunta, são trazidos à tona exemplos de como a questão foi resolvida para, na sequência, demonstrar que, na verdade, em praticamente todos esses casos, a controvérsia era outra. Como será visto, a possibilidade de apenas um recolhimento a título de segurado facultativo, desde que regular, normalmente não é objeto de impugnação pelo INSS.

### **3. DAS DECISÕES JUDICIAIS CONTRÁRIAS**

Ao se realizar a pesquisa de jurisprudência do E. TRF4, já na primeira decisão a aparecer acerca do tema, a mais recente, datada de 24/11/2017, vê-se a adoção do referido entendimento. A Turma Regional suplementar de Santa Catarina entendeu que esse recolhimento único na condição de segurado facultativo se consubstanciaria em uma burla ao sistema de previdenciário, e assim, mesmo não havendo norma impeditiva, tal conduta não poderia ser respaldada pelo Poder Judiciário. Confira-se:

*PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E/OU AUXÍLIO-DOENÇA. CÔMPUTO COMO PERÍODO DE CARÊNCIA PARA A PERCEPÇÃO DE OUTROS BENEFÍCIOS. POSSIBILIDADE, DESDE QUE INTERCALADO COM INTERVALOS DE CONTRIBUIÇÃO. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO COMO SEGURADO FACULTATIVO. INC. I DO § 4º DO ART. 55 DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 77, DO INSS. ART. 201, § 5º, DA CF DE 1988. BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO. 1. O tempo em*

*que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, desde que intercalado com períodos de efetiva contribuição, deve ser computado para efeito de carência, consoante RE n. 583.834, da Relatoria do Ministro Ayres Britto, julgado pelo Plenário do STF em sede de repercussão geral, publicado no DJe de 14-02-2012, bem como em face do REsp n. 1.410.433, da Relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado pela Primeira Seção do STJ em 11-12-2013, como recurso repetitivo. 2. Instrução normativa não tem força de lei, não podendo o INSS compelir o segurado a fazer ou deixar algo em decorrência dela, sob pena de infringência ao inc. II do art. 5º da Carta Magna. 3. Hipótese em que, mesmo não estando a segurada inscrita em Regime Próprio de Previdência Social (art. 201, § 5º, da Constituição Federal de 1988), o que lhe assegura a inscrição no Regime Geral da Previdência Social como segurada facultativa, não é devido o cômputo do período em que percebeu auxílio-doença para efeito de carência, visando à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição. 4. No caso concreto, foram aproximadamente nove anos em gozo de benefício por incapacidade. Cancelado este, não é razoável que, com apenas um único recolhimento previdenciário, vertido no mesmo dia em que se dirige ao INSS para requerer a aposentadoria por tempo de contribuição, possa computar, para efeito de carência para a concessão desse novo benefício, aproximadamente nove anos decorrentes do benefício anterior. O intuito único dessa contribuição vertida na condição de segurada facultativa é, obviamente, assegurar o cômputo desse longo período em gozo de auxílio-doença para a concessão de aposentadoria, valendo-se da ausência de norma impeditiva quanto à sua pretensão. **5. A pretensão veiculada no presente mandado***



***de segurança visa burlar o sistema previdenciário, o que não se pode permitir, ainda que inexistente uma norma expressa para tanto. A proibição decorre de uma interpretação lógica de todo o sistema.*** 6. Mantida a sentença que concluiu pela improcedência do pedido, ainda que por fundamentos diversos. (TRF4, AC 5019291-06.2016.4.04.7205, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator CELSO KIPPER, juntado aos autos em 22/11/2017)(grifo nosso)

No âmbito das Turmas Recursais de Santa Catarina, há decisões similares, como, por exemplo, o processo nº 5002315-93.2017.4.04.7202/SC (2ª Turma Recursal SC). Do mesmo modo, há decisões da Turma Recursal do RS, como, por exemplo, o processo nº 5009055-29.2015.404.7108/RS.

#### **4. AS REAIS CONTROVÉRSIAS ANALISADAS**

Embora os julgados acima tenham feito uma contundente defesa da integridade do sistema, sugerindo, inclusive, uma conduta fraudulenta por parte do segurado, os casos concretos revelam situação diferente.

No primeiro processo acima citado (TRF4, AC 5019291-06.2016.4.04.7205, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC), a questão controvertida se resumia ao fato de o recolhimento da contribuição ter sido feito no mês em que a pessoa ainda recebia o benefício. Nessa hipótese, portanto, não houve qualquer irregularidade por parte do INSS. De fato, o indeferimento não ocorreu porque houve apenas um recolhimento, mas, sim, porque não se admite a contribuição como segurado facultativo enquanto recebe benefício por incapacidade.

Na segunda decisão, oriunda da Turma Recursal de Santa Catarina, o indeferimento do INSS se deu porque o recolhimento da contribuição ocorreu após a DER. Correta a atuação da autarquia, já que, no momento do requerimento, não havia período intercalado. O avanço da Turma, todavia, ocorreu quando, no decorrer do Voto, se especulou sobre a possibilidade de reafirmação da DER, decorrendo daí toda a fundamentação sobre a impossibilidade de “burla” ao sistema.

Apenas na terceira decisão, a questão foi realmente objeto de controvérsia. O INSS, em seu recurso, sem citar a própria Instrução Normativa, alegou que tal contribuição como segurado facultativo deveria ser rechaçada pelo Poder Judiciário. Há de se destacar, contudo, que, em sede administrativa, não houve qualquer fundamentação a respeito da questão.

A fundamentação que se extrai desse julgado é a de que a jurisprudência do STJ (REsp 1410433/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2013, DJe 18/12/2013 - Tema 704) e da TNU firmaram entendimento no sentido de que os períodos em gozo de benefício por incapacidade devem estar intercalados com períodos de atividade laboral, não sendo possível o aproveitamento de contribuições sociais na condição de segurado facultativo.

E realmente, o STJ e a TNU possuem julgados no sentido acima indicado. Contudo, tais entendimentos foram forjados diante de outra controvérsia, em relação à qual o recolhimento na condição de segurado facultativo sequer foi cogitado. A discussão à época era se o período em gozo de auxílio-doença, precedente à concessão da aposentadoria por invalidez, poderia ser computado para fins de cálculo da RMI da aposentadoria por invalidez. A partir daí a jurisprudência se

consolidou, na linha do que dispõe o art. 55, II, da Lei 8.213/91, exigindo que o período fosse intercalado com contribuições.

O fato de se tratar de período trabalhado, ou não, sequer foi objeto de discussão, tratando-se de questão secundária e circunstancial. Depreende-se do teor das referidas decisões que as expressões “atividade laboral”, “contribuições” e “atividade” foram utilizados indistintamente para demonstrar a necessidade de período de benefício intercalado, a revelar, portanto, a ausência de debate sobre a matéria específica.

## 5. A POSIÇÃO MAJORITÁRIA

Até o momento, a maior parte do julgados se inclina para a possibilidade de recolhimento de apenas uma contribuição, para fins de cômputo do período intercalado. Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PERÍODO DE AUXÍLIO-DOENÇA SUCEDIDO POR PERÍODO DE CONTRIBUIÇÃO. CONTAGEM COMO CARÊNCIA. 1. Quando o benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) for sucedido por algum período de contribuição, de forma a se tornar intercalado entre dois períodos contributivos possível seu cômputo para efeito de carência. 2. A redação do art. 55, II, da Lei 8.213/91 não impõe para a contagem do tempo de auxílio-doença como carência que haja atividade intercalada. Logo o Decreto 3.048/99 não poderia restringir onde a lei não o fez. 3. A própria Instrução Normativa do INSS/PRES nº 77/2015, alterada em 26/04/2016 definiu em seu art. 164, XVI, “a” que são contados como tempo de contribuição

o período de recebimento de benefício por incapacidade, definindo que a contribuição do facultativo, a partir de novembro de 1991, supre a volta ao trabalho para fins de caracterização de tempo de contribuição. (TRF4, AC 0005303-94.2015.4.04.9999, SEXTA TURMA, Relator JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, D.E. 24/05/2017)

A própria TNU editou a Súmula 73, não fazendo a distinção entre se tratar de segurado facultativo ou outra espécie de segurado, tampouco limitando o número de contribuições:

Súmula n.º 73: “O tempo de gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez não decorrentes de acidente de trabalho só pode ser computado como tempo de contribuição ou para fins de carência quando intercalado entre períodos nos quais houve recolhimento de contribuições para a previdência social.

No âmbito das Turmas Recursais do Paraná e de Santa Catarina, há decisões também no mesmo sentido (Processo nº 5000261-72.2017.4.04.7003/PR (2ª Turma Recursal/PR), 5012612-87.2016.4.04.7205/SC (1ª Turma Recursal/ SC)).

Merece destaque o seguinte julgado da Turma Recursal do Rio Grande do Sul:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. COMPUTO DE PERÍODOS DE GOZO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE PARA FINS DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE QUANDO INTERCALADO COM PERÍODOS DE CONTRIBUIÇÃO. RENDA MENSAL INICIAL. UM SALÁRIO MÍNIMO. SEGURADOS OPTANTES POR RECOLHIMENTO

DIFERENCIADO. SISTEMA ESPECIAL DE INCLUSÃO PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 201, §§12 E 13 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. É possível o cômputo do auxílio-doença para fins de carência quando intercalado por períodos contributivos, ainda que de segurado facultativo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. Para que se considere período intercalado não é necessário que o retorno à atividade (ou ao recolhimento de contribuições previdenciárias seja imediato, bastando que ocorra antes do requerimento de benefício posterior. 3. Considerando o teor dos §§12 e 13 do artigo 201 da Constituição Federal, que dispõem sobre o sistema especial de inclusão previdenciária que autoriza o recolhimento diferenciado previsto no art. 21, §2º da Lei 8.213/91, tendo o segurado recolhido contribuições nestas condições o benefício deve ser concedido no valor de um salário mínimo. 4. Recurso inominado da parte autora provido (5055647-24.2016.4.04.7100, Quarta Turam Recursal do RS, Relatora MARINA VASQUES DUARTE DE BARROS FALCÃO, julgado em 05/07/2017).

## 6. NOSSA POSIÇÃO

Com a devida *venia*, as decisões contrárias partem de premissas bem intencionadas, porém equivocadas.

Em primeiro lugar, tais decisões não respondem à óbvia pergunta sobre qual seria então o prazo “razoável”, que não configurasse fraude, apto a possibilitar o cômputo do período intercalado como carência. Já se vê, por aí, que, muito embora imbuído das melhores das intenções, tal entendimento se mostra dotado de extrema fragilidade.

Além disso, nada disseram sobre eventual impedimento de se recolher como segurado facultativo. Isso porque, aparentemente, o problema maior se refere ao segurado facultativo. Caso se tratasse de segurado empregado, o qual, após um mês de vínculo, efetuasse o pedido de aposentadoria, não haveria qualquer razão para o indeferimento. Do mesmo modo, em se tratando de contribuinte individual, a atividade realizada deve ser comprovada, de modo que, em tese, também não haveria problema.

Portanto, o “bullying” acontece em relação ao recolhimento a título de segurado facultativo, pois não depende do exercício de atividade laboral.

Ocorre que, muito embora a filiação seja facultativa, o regime jurídico ao qual está submetido é, salvo as exceções previstas na própria lei (como por exemplo, o prazo de período de graça), o mesmo dos demais segurados. Logo, não há razão para se conferir interpretação diversa em relação à contagem do tempo de auxílio-doença intercalado, quando a lei não excepciona.

Ressalte-se que o segurado em gozo de auxílio-doença está impedido de trabalhar, bem como de efetuar recolhimentos a título de segurado facultativo. Inclusive, esta última hipótese não faria sentido algum.

O que se vê nas ações envolvendo a aplicação da Lei do “pente-fino” são pessoas com idade muito avançadas, tendo recebido benefício por longo período e que, mesmo não sendo consideradas incapazes do ponto de vista estritamente médico, não terão condições de obter recolocação no mercado do trabalho.

Nesse contexto, a crítica ao v. Acórdão do TRF4, bem como às demais decisões em sentido contrário, se concentra nesse aspecto importante da realidade. O cidadão com idade avançada e que ficou muito tempo em benefício após ser considerado “capaz”, raramente terá condições de retorno ao labor. Assim, caso queira usufruir dos benefícios da Previdência Social, deverá recolher as contribuições como segurado facultativo, como orienta a boa-fé.

Como já salientado, o segurado titular benefício previdenciário, amparado, portanto, – ainda que parcialmente – pelo Estado, por outro lado, está impedido de exercer atividade laborativa e de continuar contribuindo para sua aposentadoria. A prevalecer o entendimento de que o recolhimento na condição de segurado facultativo não é válido, como pareceu sugerir o v. Acórdão, a fissura no sistema será maior do que aquela eventualmente gerada por se permitir tal forma de contagem, de modo que, enquanto não houver modificação legislativa, não há embasamento para se conferir tratamento diferenciado ao segurado que efetua os recolhimentos na condição de facultativo.

Como se vê, a IN 77/2015, ao estabelecer, no seu art. 164, que, até o advento de lei, é possível cômputo do período intercalado, mesmo que seja feito apenas um recolhimento na condição de segurado facultativo, é a solução mais adequada, no momento, para abordagem do assunto.

Além disso, ainda está vigente a decisão do STJ que determina o cômputo como carência do período intercalado, independentemente de se tratar de período de labor ou na condição de segurado facultativo, o que tem sido ignorado pelas decisões contrárias.

## 7. ÚLTIMO AVISO

Com o destaque dessa celeuma, e considerando a grande probabilidade de solução sem necessidade de judicialização, resta o conselho aos advogados atuantes na área para que direcionem cautelosamente o trâmite administrativo desses casos.

## 8. CONCLUSÕES

Feitas essas considerações, podemos destacar os seguintes pontos:

- a) em razão da inércia da Administração em revisar os benefícios previdenciários por incapacidade, milhares de pessoas receberam benefícios por muitos anos, atingindo, inclusive, o limite etário para a aposentadoria por idade, conforme se verifica em milhares de processos judiciais decorrentes da Lei do “pente-fino” do INSS;
- b) nos termos do art. 55, §2º, II, da Lei 8.213/91, o período recebido a título de auxílio-doença, desde que não acidentário, poderá ser computado como tempo de contribuição, desde que intercalado com período de contribuição.
- c) o art. 164, XVI, “a”, da IN 77/2015, permite o cômputo do período intercalado mesmo quando há recolhimento como segurado facultativo, sem estabelecer número mínimo de contribuições;



- d) o art. 153, § 1º, da IN 77/2015, por força da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 2009.71.00.004103-4 (novo nº 0004103-29.2009.4.04.7100) estabelece como devido o cômputo, para fins de carência, do período em gozo de benefício por incapacidade, inclusive os decorrentes de acidente do trabalho, desde que intercalado com períodos de contribuição ou atividade, observadas as datas a seguir:
- I - no período compreendido entre 19 de setembro de 2011 a 3 de novembro de 2014 a decisão judicial teve abrangência nacional; e
  - II - para os residentes nos Estados do Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, a determinação permanece vigente, observada a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.414.439-RS, e alcança os benefícios requeridos a partir de 29 de janeiro de 2009.
- e) apesar dos dispositivos acima, a questão acabou sendo levada aos Tribunais de forma tangencial, sem que essa tenha sido efetivamente o cerne de controvérsia, gerando posicionamentos diversos;
- f) desenvolve-se, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região e respectivas Turmas Recursais, corrente, ainda minoritária, não autorizando o recolhimento de contribuição na condição de segurado facultativo para fins de cômputo de período intercalado (v.g., TRF4, AC 5019291-06.2016.4.04.7205, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC);

- g) a maioria dos julgados, em sede do TRF4 e Turmas Recursais da 4ª Região, possibilita o recolhimento de contribuições como segurado facultativo para fins de reconhecimento do período em benefício por incapacidade como carência, sem estabelecer limites para o número de contribuições;
- h) do mesmo modo, a Súmula 73, TNU, não estabelece restrição em relação à espécie de segurado e ao número de contribuições;
- i) o recolhimento como segurado facultativo se trata de decorrência da boa-fé, reveladora da ausência de exercício de atividade laboral por parte do cidadão;
- j) não é possível, por ora, estabelecer um número “adequado” de contribuições posteriores ao benefício por incapacidade para fins de cômputo do período intercalado como carência, por absoluta falta de previsão legal;
- k) enquanto não houver modificação legislativa, não há óbice a recolhimentos a título de segurado facultativo, de forma que a questão foi adequadamente dimensionada pela IN 77/2015.
- l) considerando a grande probabilidade de solução sem necessidade de judicialização, resta o conselho aos advogados atuantes na área para que direcionem cautelosamente o trâmite administrativo desses casos.

## 9. REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 8ª edição. Salvador:Juspodium, 2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; Lazzari, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário* – 19ª ed. Atual e ampl – Rio de Janeiro: Forense, 2016

GAZETA DO POVO. “Pente fino do INSS cancela 92% dos benefícios analisados no Paraná”. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/politica/parana/pente-fino-do-inss-cancela-92-dos-beneficios-analisados-no-parana-6k9nm1q4tmw10bgmoqi8t06ut>. Data da publicação 19/01/2018.

LOBATO, Barbara. “INSS acelera pente-fino e pode cancelar 1 milhão de benefícios”. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/inss-acelera-pente-fino-e-pode-cancelar-1-milhao-de-beneficios-anhcvanmpebadlznn29amxavk>. Data da Publicação 18/01/2018.

REDE JORNAL CONTÁBIL. “Segurados perdem 81% dos processos contra o órgão na justiça”. Disponível em <https://www.jornalcontabil.com.br/inss-segurados-perdem-81-dos-processos-contra-o-orgao-na-justica/>

SAVARIS, Jose Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 6ª edição. Curitiba:Alteridade. 2016.

SANTOS, Erico Sanches Ferreira dos. *O pente-fino do INSS nos auxílios-doença e duas ferramentas fundamentais para o sucesso em juízo*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5340, 13 fev. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63975>>. Acesso em: 28 fev. 2018.



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# O BRASIL COMO REFÚGIO MIGRATÓRIO DA ABERTURA E DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL À INTEGRAÇÃO NACIONAL

**Francieli Korquievicz Morbini<sup>1</sup>**

**Laura Jane Ribeiro Garbini Both<sup>2</sup>**

**Resumo:** O presente artigo, por intermédio de um estudo descritivo, tem por objetivo analisar o problema envolto ao fluxo migratório oriundo da Venezuela ao Brasil nos últimos tempos, correlacionando-os a partir de critérios propensos a abertura e cooperação internacional. A guerra, a fome, a pobreza, o desemprego e os altos índices de desigualdade social se instalam de forma avassaladora pelo mundo. Diante da crise vivenciada

---

1 Doutoranda e Mestra em Direito Constitucional pelo Unibrasil. Professora do Unibrasil. Advogada. E-mail: Francieli\_advocacia@hotmail.com

2 Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Mestre em Antropologia Social pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Especialista em Educação Superior pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Licenciada em Geografia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

muitas pessoas abandonam sua terra natal e buscam sobreviver em outros cantos do mundo. Muitos destes se refugiam no Brasil. Indubitavelmente o aumento do fluxo migratório de pessoas levanta inúmeras discussões. Frente a esse cenário o presente artigo possui o condão de trazer à baila algumas reflexões necessárias a problemática a partir de elementos relacionados a abertura e cooperação internacional, perpassando por questões como o Estado Constitucional Cooperativo.

**Palavras chaves:** Refugiados; Venezuela; Abertura; Cooperação; Integração.

## 1. INTRODUÇÃO

**E**m detrimento dos diversos problemas sociais evidenciados, a exemplo da escassez de alimentos, da falta de oportunidades, da falta de saneamento básico, dos constantes desastres naturais e das guerras que assolam parte do mundo, o evento da migração toma uma proporção significativa perante a humanidade. Hodiernamente, a crise vivenciada pela Venezuela colocou o Brasil como principal refúgio migratório de seu povo. Todos os dias, atravessam as fronteiras brasileiras milhares de venezuelanos, buscando aqui uma chance de sobrevivência.

Diante disso, surge a necessidade de se analisar o panorama instalado no país, sob o enfoque da abertura e cooperação, isso enquanto pressuposto do processo de integração nacional.

O viés estabelecido aqui enquanto delimitação é destinado a análise da situação que se estampa no Brasil em relação a migração de venezuelanos atrelada a abertura e cooperação entre Brasil, Venezuela e os Organismos Internacionais. Assim o presente artigo tem como tema: O Brasil como refúgio migratório. Da Abertura e da Cooperação Internacional à Integração Nacional.

Neste norte, parte-se da premissa inicial de que faz-se necessário compor traços a respeito da situação fática vivenciada frente ao evento da migração, destacar questões relacionadas ao Estado Cooperativo, ao processo de abertura e cooperação.

## **2. ABERTURA E COOPERAÇÃO INTERNACIONAIS COMO ELEMENTOS INTRÍNSECOS À ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

O caminho histórico percorrido pelo Brasil até a chegada do Estado Democrático de Direito como observamos hodiernamente foi fruto de uma longa trajetória histórica e social. Converte-se a Constituição na imagem da legitimidade nacional exprimindo o valor supremo de um povo. Para muito além de um pedaço de papel, deve revelar o estado de cultura política da nação.<sup>3</sup>

Surge a Carta Magna de 1988 como o estandarte do

---

3 BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5ª ed. Editora Malheiros. 2003. p. 315.

rompimento político vivenciado até então. A nova ordem constitucional ecoa Brasil a fora trazendo o rompimento de diversos paradigmas, insculpindo a promessa de um novo tempo. No despertar à nova realidade constitucional observa-se a implementação de direitos e garantias nunca antes vistos em terras *tupini-quins*. Nesse contexto, é possível observar já na produção estabelecida pela Assembleia Nacional Constituinte a preocupação com a regulamentação das questões inerentes ao plano internacional.

Com a instauração da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais<sup>4</sup> as discussões travadas em relação a temática ganharam especial espaço para discussão, oportunidade em que se discutiu amplamente a forma de regulamentação dos temas atinentes as Relações Internacionais e a forma que fariam parte do texto constitucional. Diante deste cenário a independência do Estado frente a comunidade internacional surge como princípio fundante dessas relações.<sup>5</sup>

Destacar aspectos inerentes a independência do Estado diante do cenário internacional nos remete a análise precípua

---

4 DEPUTADOS, Câmara dos. **Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais**. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/copy\\_of\\_subcomissao1a](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/copy_of_subcomissao1a)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

5 Embora todas as Constituições brasileiras deixem absolutamente clara a ideia de que o Brasil é um Estado Soberano e independente dos demais, apenas as constituições de 1824, art. 1 e a Constituição de 1937, preâmbulo, se referem expressamente ao Brasil como independente. Tais normas, no entanto, se restringem a sustentar a independência do Brasil em face a outros Estados. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013. p. 150



dos elementos constitutivos do Estado. A visão tradicional do tema nos leva a observância de três elementos integradores, são eles: Território, Povo e Soberania.

O Território se define como uma Corporação Territorial, haja vista que não é possível que se estabeleça o Estado de forma nômade. Por Povo se compreende a noção do número de pessoas que compõe determinado Estado de forma não nômade, não exigindo-se uma ligação étnica.<sup>6</sup> Já em relação a Soberania: *“A característica da Soberania é o critério imprescindível do Estado para o sentido do Direito Internacional, pois através dele se referenciam as Corporações Territoriais.”*<sup>7</sup>

Dessa análise a Soberania salta aos olhos em toda contenda envolvendo as relações internacionais, eis que está intimamente ligada a posição que cada Estado ocupa frente aos demais Estados soberanos no âmbito internacional, garantindo a sua efetiva participação na tomada de decisões no plano internacional. Nessa concepção verifica-se sua definição atrelada a autodeterminação de seu governo, não dependendo das potências estrangeiras em nenhum campo de atuação, nem mesmo no cenário político, econômico ou cultural. Assim, observa-se *“que na ordem internacional o estado tem sua soberania limitada, evidentemente pela soberania dos outros Estados.”*<sup>8</sup>

---

6 MALISKA. Marcos Augusto. **ESTADO E SÉCULO XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional**. Renovar. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife. 2006. p. 8.

7 GEIGER, Rudolf. Grundgesetz und Volkrecht, p. 22. apud MALISKA, 2006. p. 9.

8 CICCIO. Claudio. GONZAGA. Alvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e da Ciência Política**. 6ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo-SP. 2015. p. 57.

A ordem constitucional que se estampa pela Carta Magna de 1988 é dotada de diversos comandos inerentes ao resguardo de tais questões tendo sua importância reconhecida enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, momento em que a soberania foi estabelecida como alicerce desta Nação. A partir disso, todas as normas produzidas ficam adstritas a obediência deste comando fundante.

Ganha regulamentação específica através do art. 4º do diploma Constitucional. Ocasão em que os seguintes princípios foram estabelecidos como regentes das relações internacionais: independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não-intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político.<sup>9</sup>

Do Parágrafo Único do respectivo artigo colhe-se: *A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.*<sup>10</sup> No decorrer do texto constitucional, bem como em muitas das legislações infraconstitucionais produzidas é possível

---

9 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 10 ago. 2018 Outros dispositivos constitucionais trazem previsão inerente a matéria. Alguns em destaque: Art. 5º, §4º (Tribunal Penal Internacional); Art. 21, I (competência da União para manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais); Art. 170, I (soberania nacional como princípio da ordem econômica).

10 BRASIL. CF/88.

vislumbrar diversas previsões legais sobre regramentos atinentes a regulamentação das relações internacionais, muitas delas frutos de Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil.

Observa-se que foram necessários dois conflitos bélicos a serem suportados pela humanidade para que houvesse um fortalecimento das organizações internacionais, o que só ocorreu efetivamente no Século XXI.<sup>11</sup>

Nesse sentido, revela-se imperiosa a participação da Liga das Nações Unidas no processo de criação dos organismos internacionais. Posteriormente a Organização das Nações Unidas – ONU assume o papel de fio condutor e estruturante desse cenário necessário e integrador.

Sobre a ONU<sup>12</sup> convém destacar que ela foi criada 26

---

11 MALISKA, 2006, p. 19.

12 O preâmbulo da Carta das Nações Unidas exprime a intenção de sua criação. Vejamos: Nós, os povos das Nações Unidas, resolvimos, a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução

de junho de 1945, para garantia da paz e a harmonia entre os Estados, não tratando-se de um “*superestado*”, mas sim de uma confederação em que seus membros obrigam-se através da assinatura de um tratado, no caso a Carta das Nações Unidas, a respeitar suas decisões.<sup>13</sup>

Nas palavras do Professor Maliska a ONU:

*“A ONU, com seus diversos, é a instituição que hoje serve de palco para a discussão dos assuntos de interesse mundial. Os mais diversos temas como a questão de guerra ou da paz, os direitos humanos, o desenvolvimento social, a qualidade de vida, a distribuição de renda, a discriminação e outros tem, nas Nações Unidas, um espaço para o debate e para o encontro de soluções. Uma nova ordem mundial, mais justa, com melhor distribuição de renda e chances para os mesmos favorecidos, só é pensável por meio de instituições como a ONU. O seu fortalecimento é algo que deve ser constantemente buscado, juntamente com a democratização de sua Estrutura. Uma instituição efetivamente representativa dos diversos povos e cultura do planeta apresenta-se como a única alternativa possível de se construir pelo diálogo, um sistema global equilibrado. Portanto, os*

---

desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas. ONUBR, Nações Unidas do Brasil. **A Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

13 CICCO, GONZAGA, 2015. p. 153.

*Estados modernos Constitucionais Democráticos devem tentar para essas instituições, cooperando para o seu fortalecimento. Essa nova relação entre os Estados e as Organizações Internacionais é decisiva às políticas públicas globais, sejam elas econômicas, sociais ou ambientais. Esse novo ambiente global da política merece ser mais bem analisado, pois hoje ele se caracteriza por um déficit de democracia.(...)”.<sup>14</sup>*

Atualmente para além da ONU existem outros organismos internacionais que contribuem à promoção da abertura e cooperação, a exemplo da OIT (Organização Internacional do Trabalho); da OMC (Organização Mundial do Comércio); a OEA (Organização dos Estados Americanos); a CEI (Comunidade dos Estados Independentes) e da Benelux (Bélgica, Holanda e Luxemburgo).

Nessa perspectiva o Brasil na busca de um processo de regionalização oficializou a criação do Mercado Comum do Sul – Mercosul<sup>15</sup>, através da assinatura do Tratado de Assunção, no

---

14 MALISKA, 2006, p. 19.

15 Os membros fundadores (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai) e a Venezuela, que completou seu processo de adesão em meados de 2012, abrangem, aproximadamente, 72% do território da América do Sul (12,8 milhões de km<sup>2</sup>, equivalente a três vezes a área da União Europeia); 69,5% da população sul-americana (288,5 milhões de habitantes) e 76,2% do PIB da América do Sul em 2016 (US\$ 2,79 trilhões de um total de US\$ US\$ 3,66 trilhões, segundo dados do Banco Mundial). Se tomado em conjunto, o MERCOSUL seria a quinta maior economia do mundo, com um PIB de US\$ 2,79 trilhões. O MERCOSUL é o principal receptor de investimentos estrangeiros diretos (IED) na região. O bloco recebeu 47,4% de todo o fluxo de IED direcionado à América do Sul, América Central, México e Caribe em 2016 (dados da UNCTAD). O bloco constitui espaço privilegiado para

ano de 1991, cujo objetivo era a criação de um livre mercado comum entre os países da América-Latina.<sup>16</sup>

Sobre o processo de regionalização relacionado ao Mercosul Celso Bastos nos ensina:

*“a primeira etapa de qualquer processo integracionista é a zona de livre comércio, que no caso do Mercosul já foi concluída. Funcionando o livre comércio, passa-se para a união aduaneira que é a adoção de uma tarifa externa comum (TEC); o Mercosul já adotou a TEC. Consolidada a união aduaneira e eliminando-se qualquer restrição relativa a bens e serviços, estar-se-á no mercado comum. O Mercosul pretende chegar até aqui. Mas o processo vai mais longe, incluindo a união econômica e a união monetária, que já estão sendo alcançadas pela União Européia...ainda não há propriamente um mercado comum para que possa fazer jus ao seu nome: Mercado Comum do Sul.”<sup>17</sup>*

O MERCOSUL representa atualmente o maior acordo de cooperação e abertura dos países da América do Sul e

---

investimentos, por meio de compra, controle acionário e associação de empresas dos Estados Partes. A ampliação da agenda econômica da integração contribuiu para incremento significativo dos investimentos diretos destinados pelos Estados Partes aos demais sócios do bloco. MERCOSUL. **Saiba mais sobre o Mercosul**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercossul>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

16 LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14<sup>a</sup> ed. Saraiva. São Paulo. 2010. p. 348.

17 Celso Bastos, Curso de Direito Constitucional, p. 163. apud LENZA, 2010. p. 349.

é responsável por propiciar grande parte do processo de abertura e auxílio entre os países envolvidos.

Discorrer a respeito do processo de abertura e cooperação faz-se necessário para se chegar até a integração nacional.

Nesse contexto, observa-se o pensamento de Haberle a despeito do Estado Constitucional ocidental quando aduz que livre e democrático não é, como tal imutável, destacando que foram necessários séculos a fim de se moldar o “conjunto” dos elementos estatais e democráticos e que ainda buscam o pleno desenvolvimento; observando ainda que o Estado Constitucional do Direito internacional entrou em uma nova fase: o entrelaçamento das relações internacionais.<sup>18</sup>

Sobre o processo de abertura extrai-se:

*“O Estado Constitucional ocidental é concebido como tipo atua, e a sua existência como tal é que permite, nesse quadro, modificações em uma extensão consideravelmente variável: decisiva é sua estrutura constituída, ou seja, juridicamente delimitada, e decisiva é sua estrutura aberta - tanto para dentro como para fora.”*

Reconhecer pois o processo de evolução para construção de aspectos inovadores frente ao processo de globalização vivenciado pela comunidade mundial faz-se necessário,

---

18 HABERLE. Peter. **O Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro. Renovar. 2007. p. 1-2.

reconhecer a necessidade de respeito a direitos fundamentais e democráticos coloca os povos numa situação de obrigatoriedade a abertura e cooperação.

Surge então a nova concepção denominada de Estado Cooperativo, termo cunhado por Haberle que ganha espaço na doutrina mundial sobre a temática, mormente pela necessidade de se obter a internacionalização da paz mundial.

Nesse sentido:

“O Estado Constitucional Cooperativo não apenas uma possível forma de desenvolvimento do tipo “Estado Constitucional”; Ele já assumiu conformação, hoje, claramente, na realidade e é, necessariamente uma forma necessária de estabilidade legítima do amanhã. (...) O Estado Constitucional cooperativo trata, ativamente, da questão de outros Estados, de instituições internacionais, e supranacionais e dos cidadãos “estrangeiros”: sua “abertura ao meio” é uma “abertura ao mundo”. A cooperação realiza-se política e juridicamente. O Estado Constitucional Cooperativo “corresponde” a desenvolvimento de um “Direito Internacional cooperativo.”<sup>19</sup>

Trata-se, portanto de um conceito multidisciplinar o Estado Constitucional Cooperativo, devendo se adaptar aos novos fenômenos que está adstrito. Substitui o conceito de Estado Constitucional tradicional, amigo do direito internacional para tornar-se ator principal de um processo de

---

19 HABERLE, 2007, p. 5-6.



abertura e cooperação efetivos, em que a abertura, a cooperação e a integração formam sua estrutura basilar, constituindo-se enquanto elementos do próprio Estado.<sup>20</sup>

Nesse sentido é possível vislumbrar aspectos constantes da Constituição Federativa do Brasil de 1988 que atuam como normas de efetividade a nova roupagem estatal evidenciada, qual seja: o Estado Constitucional Cooperativo, mormente em relação aos Direitos Humanos e nesse tocante se concentra o presente artigo, na busca de uma reflexão da participação do Brasil e da Venezuela enquanto Estados Constitucionais em regime de cooperação, atuantes em conjunto na questão inerente ao aumento de mio fluxo migratório nos últimos anos.

### 3. OS REFUGIADOS NO BRASIL. ANÁLISE DE DADOS

Em detrimento dos diversos problemas sociais evidenciados, a exemplo da escassez de alimentos, da falta de oportunidades, da falta de saneamento básico, dos constantes desastres naturais e das guerras que assolam parte do mundo, o evento da migração toma uma proporção significativa perante a humanidade. Hodiernamente, a crise vivenciada pela Venezuela colocou o Brasil como principal refúgio migratório de seu povo. Todos os dias, atravessam as fronteiras brasileiras

---

20 MALISKA. Marcos Augusto. **A Cooperação Internacional para os Direitos Humanos entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional**. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos\\_augusto\\_maliska.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

milhares de venezuelanos, buscando aqui uma chance de sobrevivência.

Acerca da matéria cumpre destacar que o Brasil ratificou e recepcionou a Convenção das Nações Unidas relativas ao Estatuto dos Refugiados que foi formalmente aceita em 28 de julho de 1951, com a finalidade de dar uma solução para a situação dos Refugiados na Europa após a Segunda Guerra Mundial, contudo, surgiu a necessidade de providências que colocassem os refugiados sob a proteção das provisões da Convenção diretamente, momento em que um Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados foi elaborado e submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1966, entrando em vigor em 4 de outubro de 1967.

Assim, por meio destes instrumentos e das atividades desenvolvidas pela ACNUR<sup>21</sup>, que se observa o respaldo legal

---

21 “ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. A proteção de refugiados e das populações deslocadas por guerras, conflitos e perseguições é a principal missão do ACNUR, a Agência da ONU para Refugiados, que busca soluções adequadas e duradouras para estas pessoas. O ACNUR iniciou suas atividades em janeiro de 1951, com um mandato inicial de três anos, para reassentar refugiados europeus que estavam sem lar após a Segunda Guerra Mundial. Após sucessivas crises humanitárias nas décadas seguintes, percebeu-se a necessidade de ampliar o mandato da organização e expandir seu escopo de atuação, para não mais se limitar à Europa e às pessoas afetadas pela Segunda Guerra Mundial. Hoje, cerca de 63,9 milhões de pessoas estão sob seu mandato, entre elas solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, deslocados internos e retornados. O princípio da não-discriminação está no centro da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que proclama que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, sendo também crucial para o mandato de proteção do **ACNUR**. A discriminação e a xenofobia estão entre os maiores desafios de proteção aos solicitantes de refúgio e refugiados, principalmente em áreas urbanas. Obstáculos iniciais estão geralmente relacionados ao aprendizado do idioma do país de abrigo e às questões culturais. Trabalhar por um ambiente no qual

necessário para que seja assegurado a qualquer pessoa, em caso de necessidade, o exercício do direito ao refúgio em outro país.<sup>22</sup>

Segundo dados divulgados pelo Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE no relatório “Refúgio em Números”, cerca de 22,5 milhões de pessoas do mundo são refugiados e cerca de 2,8 milhões de pessoas aguardam resultado de requerimento para reconhecimento desta condição. Aproximadamente 55% dos refugiados do mundo vieram de três países, sendo o com maior índice a Síria com 5,5 milhões de refugiados, seguida pelo Afeganistão com 2,5 milhões e do Sudão do Sul com 1,4 milhões.

Os países que mais possuem refugiados, conforme relatório do CONARE, são a Turquia com 2,9 milhões de refugiados, seguida pelo Paquistão com 1,4 milhões e o Líbano com 1 milhão. No continente americano, no ano de 2.017, haviam situações de maior destaque, das quais pode-se citar a Colômbia com cerca de 7,6 milhões de deslocamentos internos, somando-se entre janeiro e agosto/2017, mais 8.700 novos deslocamentos internos. O Norte da América Central, a qual nos últimos 5 anos, aproximadamente 215 mil pessoas requereram refúgio, e a Venezuela, a qual entre janeiro e setembro/2017, cerca de 48.500 venezuelanos pediram refúgio no mundo, quase

---

todas as pessoas possam exercer seus direitos e ter uma vida digna, livre de temor, é um dos principais objetivos do ACNUR.” ONUBR. ACNUR: Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/acnur/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

22 ACNUR. **Convenção de 1951**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

o dobro do que em 2016, estando no Brasil 30.000, refugiados venezuelanos em situações migratórias ou irregular.

Assim, no Brasil em 2017, foram reconhecidos 10.145 refugiados, contando ainda o país com 86.007 solicitações de reconhecimento da condição de refugiado em andamento.<sup>23</sup>

No Brasil em 2017, teve-se o maior índice de requerimentos de refúgio, totalizando 33.866, onde os venezuelanos representam mais da metade dos pedidos realizados, com 17.865 solicitações, estando na sequência os cubanos com cerca de 2.373 pessoas, os haitianos com cerca 2.362 pessoas e os Angolanos com aproximadamente 2.036 pessoas, sendo os estados com mais pedidos de refúgio Roraima (15.955), São Paulo (9.591) e Amazonas (2.864).<sup>24</sup>

Em dados recentes divulgados pelo Ministério da Justiça, dos 10,1 mil refugiados reconhecidos no Brasil durante 10 anos, mais da metade pode ter deixado o país após a imigração, onde apenas 5,1 mil destes permaneceram em território nacional, estando os demais com registros inativos na Polícia Federal. Dos que permanecem no Brasil, 35% são refugiados sírios, 13% são congolezes, seguidos por colombianos com 10%, angolanos com 8% e palestinos com 5%. Ademais, do total destes refugiados 52% moram em São Paulo, 17% no Rio de Janeiro e 8% moram no Paraná. Apesar das maiorias das solicitações de

---

23 ACNUR. **Refúgio em números** – 3ª Edição. Disponível em: <[http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros\\_1104.pdf](http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

24 ACNUR. **Dados sobre refúgio no Brasil**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

reconhecimento de refúgio ser de venezuelanos, foram deferidos refúgio em maioria para sírios.<sup>25</sup>

O fato de mais da metade dos refugiados reconhecidos estarem com cadastros inativos perante a Polícia Federal, pode estar ligado ao fato de que ao chegar no país e dar entrada nas solicitações de reconhecimento da situação de refugiado, na maioria das vezes essas pessoas se dispersam pelos diversos Estados e Cidades Brasileiras e não possuem condições de retornar ao órgão responsável, ou não possuem informações suficientes sobre a necessidade de manter o cadastro ativo.

Assim, diante de todo este levantamento de dados sobre os Refugiados, é evidente que as guerras, as catástrofes naturais, a fome, a desigualdade, o desemprego e tantos outros problemas sociais enfrentados pelas pessoas nos mais remotos cantos do mundo dão ensejo ao aumento do fluxo migratório humano.

Diante desta nova perspectiva o mundo precisa se adequar e criar mecanismos de interação e auxílio mútuo aos refugiados. A partir da falta de planejamento e métodos adequados à recepção daqueles que buscam refúgio, os Estados ficam sujeitos a enfrentar em caráter emergencial novos paradigmas sociais, eis que a chegada dos “novos povos” sem aviso prévio, muitas vezes de forma clandestina, colocam a hegemonia estatal em voga. O Brasil tornou-se um caso clássico

---

25 MARQUES, Marília. Mais da metade dos refugiados reconhecidos pelo Brasil podem ter deixado o país. G1. Distrito Federal, 11 abr. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/mais-da-metade-dos-refugiados-reconhecidos-pelo-brasil-podem-ter-deixado-o-pais.ghtml>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

de enfrentamento do problema, o que se deu com a chegada de muitos refugiados da Venezuela, Síria e Haiti nos últimos anos, haja vista que o Brasil é um Estado laico, e é visto como um país de grandes oportunidades empregatícias para estas pessoas, as quais, evidentemente devem preencher alguns requisitos, como por exemplo falar o idioma brasileiro, que para os refugiados é uma das maiores dificuldades enfrentadas.

A partir de então, surgem muitas discussões no âmbito da aplicabilidade dos direitos sociais no Brasil, bem como no que tange as relações internacionais entre os países envolvidos em grandes fluxos migratórios, caso do Brasil e Venezuela por exemplo. Diante desta situação alarmante o Governo de Roraima, estado que recebe a maior quantidade de venezuelanos em refúgio, vive o caos.<sup>26</sup>

Nesse contexto, destaca-se que em 22 de julho de 1997 entrou em vigor no Brasil a Lei nº 9.474, a qual define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências. Aludida Lei, em seu artigo 1º estabelece o conceito sobre o reconhecimento da

---

26 Moradores expulsaram pelo menos 1,2 mil imigrantes de território brasileiro após conflito. Pacaraima, a 215 km da capital Boa Vista, tem recebido aproximadamente 800 venezuelanos por dia. Para fugir da inflação meteórica, escassez de alimentos e desemprego, milhares de venezuelanos atravessam diariamente as fronteiras para outros países da América Latina. A cidade de Pacaraima, em Roraima, tem sofrido especialmente com o problema. O município pequeno e fronteiriço tem recebido grande quantia dos refugiados, que se espalham pelas ruas, sem condições econômicas de se estabelecerem com dignidade. VASCONCELOS, Heloisa. Entenda a crise dos imigrantes venezuelanos na fronteira com Roraima. **O povo online**. 22 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/mundo/2018/08/entenda-a-crise-dos-imigrantes-venezuelanos-na-fronteira-com-roraima.html>> Acesso em: 24 ago. 2018.

condição de refugiado para o Brasil, o qual rege que:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.<sup>27</sup>

Além de tal lei, recentemente, especificadamente em 05 de fevereiro de 2018 foi publicado o Decreto nº. 9.277, o qual dispõe sobre a identidade do solicitante de refúgio e sobre o documento provisório de registro nacional migratório. O decreto visa a garantia da aplicabilidade dos direitos sociais no Brasil aos refugiados que possuem o documento provisório de Registro Nacional Migratório, permitindo-se, a expedição de

---

27 BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Portal da Legislação. Brasília, DF, 22. jul. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm)>. Acesso em 17 abr. 2018.

CTPS, abertura de conta bancária, emissão de CPF, e o acesso aos serviços públicos, como educação saúde, e especialmente à previdência e assistência social.<sup>28</sup>

Nessa perspectiva desvenda-se o início do reconhecimento de direitos fundamentais a condição da pessoa humana, estendidos aos refugiados. Importante salientar que “além da necessidade explicitada historicamente de proteção contra violações da condição humana conectada aos direitos humanos (Estado se abstém de violações e garante direitos), as relações sociais constituem importante fator de desenvolvimento dos direitos humanos.”<sup>29</sup>

Desta forma, a condição de refugiado, não deve impedir que tais pessoas possam usufruir de direitos sociais essenciais pautados na dignidade da pessoa humana<sup>30</sup>, principalmente

---

28 BRASIL. **Decreto nº 9.277, de 05 de fevereiro de 2018**. Dispõe sobre a identificação do solicitante de refúgio e sobre o Documento Provisório de Registro Nacional Migratório. Senado Federal. Brasília, DF, 05. fev. 2018. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=26349555&id=26349560&idBinario=26349564&mime=application/rtf>>. Acesso em 28 abr. 2018.

29 BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer, e FLORES, Nilton Cesar. **Direito e(m) Alteridade: o individualismo exacerbado e a abstração dos Direitos Humanos**. Rev. direitos fundam. democ., v. 15, n. 15 p. 119-131, janeiro/junho de 2014. p. 120 Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/518/386>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

30 No tocante aos direitos fundamentais, “parte-se da ideia de que são os direitos fundamentais, de certa maneira fundados na noção de dignidade humana, que justificam a existência do Estado e suas diversas formas de atuação”. SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 217.



aqueles atinentes a assistência social, e a previdência social, que constituem o sistema de proteção social brasileiro, sendo importante frisar que o “Sistema Único de Assistência Social<sup>31</sup> possui uma série de instrumentos responsáveis pelo controle social, em especial os Conselhos e Conferências, que podem ser utilizados por todos para deliberação, gestão e concretização dos serviços e programas ofertados pelo SUAS.”<sup>32</sup>

Nesse sentido destaca-se as lições de Ana Carolina Lopes Olsen:

Um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, demanda uma Constituição capaz de reger a vida em sociedade, a partir dos valores por ela escolhidos como fundamentais; demanda também uma organização dos Poderes Públicos na qual cada um tenha autonomia para realizar suas funções, mas que estas sejam desempenhadas segundo um sistema harmônico de coordenação. Entretanto, de nenhuma valia será uma Constituição que enumera direitos fundamentais, atribuindo competências para os poderes públicos no sentido de torná-los efetivos, se não houver

---

31 No tocante a assistência social, esta “reveste-se de duas dimensões fundamentais, a objetiva, que lhe confere a característica de um direito que obriga o Estado à sua prestação, e a subjetiva, que sustenta ao titular desse direito requerer perante o Poder Judiciário a sua concretização quando a administração pública o sonega. PAGANINI, Juliana, e VIEIRA, Reginaldo de Souza. **O Sistema Único de Assistência Social e o Direito Fundamental à Assistência Social previsto na CRFB/88**. Rev. direitos fundam. democ., v. 23, n. 1 p. 68-86, jan./abr. 2018. p. 81-82 Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/895/531>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

32 PAGANINI, VIEIRA, 2018, p. 70.

um órgão capaz de garantir a efetividade destas normas, punindo e responsabilizando aqueles que agirem em seu desrespeito<sup>33</sup>.

Isto posto, é necessário garantir-se um mínimo existencial para a sociedade, visando a efetivação dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista que não se pode limitar os direitos basilares do ser humano. Por isso a necessidade de reconhecer e estender os direitos sociais aos refugiados integrantes da sociedade brasileira é medida que se impõe. Ademais, de acordo com Álvaro de Vita “a vida de todas as pessoas tem valor e um valor igual, assim como cada pessoa tem sua própria vida para levar”<sup>34</sup>

Nesse contexto, segundo Marcelo Novelino “a dignidade da pessoa humana não é um direito, mas um atributo que todo ser humano possui, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito”,<sup>35</sup> sendo evidente, portanto que “o ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de protegê-la contra qualquer tipo de violação”. Daniel Sarmiento, nessa mesma perspectiva enfatiza que “o Direito é um instrumento que pode ser usado para emancipar as pessoas, para garantir

---

33 OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. 2006. 390 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 287 Disponível em <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

34 VITA, Alvaro. **A Justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Unesp, 2000. p. 16.

35 NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Método, 2008, p. 210.

que sejam tratadas como gente, com igual respeito e consideração. Ao fim e ao cabo, é para isto que deve servir o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>36</sup>

Tais legislações, portanto, garantem a extensão de direitos sociais aos refugiados. Referida extensão é fruto de inúmeras narrativas do Estado brasileiro para a efetivação de direitos previstos nas cartas internacionais ratificadas, mormente naquelas que estabelecem a integração nacional.

#### **4. O PROBLEMA DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. ANÁLISE DA IMIGRAÇÃO VENEZUELANA NO NORTE DO BRASIL**

As constantes migrações do povo Venezuelano para o Brasil nos últimos tempos tem trazido inúmeros problemas sociais e políticos a serem dirimidos pelo país no momento. Além da necessidade de se tutelar o recebimento dos refugiados venezuelanos na fronteira, o Governo brasileiro ainda precisa lidar com grande parcela da população que não admite a abertura do país aos refugiados ou contesta o regime de auxílio realizado aos referidos.

No sentido de cooperação e integração a ONU tem auxiliado o Brasil na recepção e alocação dos refugiados no país.<sup>37</sup>

---

36 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 24.

37 ONUBR, Nações Unidas do Brasil. **Com apoio da ONU Brasil, centro governamental em Pacaraima recebe venezuelanos**. Dispo-

Pacaraima, localizada no norte do estado de Roraima, é a cidade que mais recebe refugiados venezuelanos no momento, o que se dá em detrimento do fato de que o município faz fronteira com a Venezuela.

Vimos por ocasião do segundo tópico do presente artigo que o fluxo migratório oriundo da Venezuela é bastante intenso demandando diretamente e periodicamente diversas ações articuladas do governo para manutenção da paz. A situação na fronteira (especialmente em Pacaraima) tornou-se preocupante, a intensa e corriqueira chegada de refugiados, aliada a falta de oportunidades, ao crescente desemprego, a falta de alimentos e medicamentos e ao aumento da violência tem deixado o local propício a instauração do caos. Ondas de violência e repúdio a migração são vistas pela região, ocasião que já ensejou inclusive, a expulsão de migrantes refugiados do local, os obrigando a retornar ao país de origem.<sup>38</sup>

O Brasil torna-se um destino bastante atrativo aos refugiados e para muitos desvenda-se a única saída em busca da sobrevivência. A flagrante proteção aos Direitos Humanos, a grande extensão territorial, os indicativos externos de ratificação de Convenções e Tratados Internacionais de proteção aos Direitos do Homem e o papel desenvolvido junto ao MERCOSUL

---

nível em: <<https://nacoesunidas.org/com-apoio-da-onu-brasil-centro-governamental-pacaraima-recebe-venezuelanos/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

38 FÉLIX, Jackson; COSTA, Emily. Após ataques de brasileiros, 1,2 mil venezuelanos deixaram o país, diz Exército. G1. Boa Vista/RR, 19 ago. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/mais-da-metade-dos-refugiados-reconhecidos-pelo-brasil-podem-ter-deixado-o-pais.ghml>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

dão conta de que o país atua no sentido de abertura, cooperação e integração nacionais.

Partindo-se da premissa que a Carta Magna estabelece no parágrafo único do Art. 4º, o Princípio da Integração Latino-Americana observa-se a necessidade de regulamentação das questões inerentes ao fluxo migratório venezuelano. Ainda que a doutrina não esteja sedimentada acerca da matéria, a necessidade de integração da América Latina é norma a ser levada em conta pelo Brasil, face seu caráter de norma supranacional estabelecido pela Constituição.

A despeito da matéria:

*“O legislador constituinte originário, caso quisesse dar ao processo de integração latino-americano o mesmo status jurídico das formas de associação em geral, não teriam dedicado uma menção especial ao processo de integração latino-americano no título que trata dos Princípios Fundamentais da Constituição. Se assim fez é porque teve a intenção de dar a ele uma condição jurídica diferenciada. Não nos parece adequado o entendimento de que, procurando encontrar um meio-termo entre a integração intergovernamental e a supranacional, sustenta que o dispositivo proíbe a redução do nível já obtido.”<sup>39</sup>*

Diante do princípio da proibição de redução do nível de

---

39 Conforme sustenta REIS, Márcio Monteiro. **Mercosul, União Européia e Constituição**. A integração dos Estados e os Ordenamentos Jurídicos Nacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 268, apud CANOTILHO, *at al.*, 2013, p. 181-182

integração já obtido o Brasil não pode abandonar o processo de integração sul-americano. No entanto, destaca-se a necessidade de que a matéria seja disciplinada através de emenda constitucional. Sobre o tema leciona o Douto Professor Maliska: “*A emenda constitucional é bem-vinda e necessária para disciplinar e ampliar os mecanismos democráticos de controle do poder.*”<sup>40</sup>

Assim, verifica-se que a participação do Brasil no MERCOSUL pode ser visto como medida à efetivação do Princípio da Integração Latino-Americana e que sua efetivação contribui ao desenvolvimento da abertura, cooperação e integração com os demais países da América Latina.

Sobre o processo de integração leciona Hélio Daniel Favare Baptista: “*O direito de integração torna-se indispensável para o cumprimento daquilo que foi avençado, assim como da continuidade de determinadas iniciativas, aprofundando e engrenando medidas integracionistas.*”<sup>41</sup>

Por certo que o desenvolvimento de mecanismos que facilitem a interação intergeracional desvenda-se como um processo lento e requer boa vontade e intenso diálogo entre os países signatários. Mas, possível! Especialmente diante da constante abertura do cenário internacional à discussão envolta a políticas internacionais aptas a preservação dos Direitos Humanos.

---

40 MALISKA. Marcos Augusto, apud CANOTILHO, *et al.*, 2013, p. 181-182.

41 BAPTISTA. Hélio Daniel de Favare. **Por um Direito de Integração Latino Americano**. v. 7. dez. 2008. p. 66 Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/24/48>>. Acesso em 23 ago. 2018.

O presente artigo se propôs a realizar um estudo direcionado a situação envolta aos refugiados oriundos da Venezuela. Neste norte, é importante destacar que a Venezuela atualmente não faz parte do MERCOSUL, eis que encontra-se suspensa, isso em razão da flagrante ruptura democrática do país.<sup>42</sup>

Em que pese a situação declinada, isso não impede que o governo brasileiro e venezuelano conversem e diligenciem ações conjuntas no sentido de amenizar/solucionar o problema relacionado a migração. Aliás, é exatamente o que vem ocorrendo nos últimos meses e culminou no início do processo de repatriação buscado pelo governo de Nicolás Maduro, *“Na Venezuela, o chavista estabeleceu o programa “Volta à Pátria”, que pretende alardear a volta de venezuelanos ao país.”*<sup>43</sup>

No momento o governo brasileiro permanece mantendo o apoio aos refugiados, mormente no estado de Roraima, local que recebe atualmente o maior fluxo migratório, o que faz através do apoio das Forças Armadas que permanecem no município e nos abrigos criados. Os abrigos servem também para cadastro e controle da situação.

Segundo o secretário Nacional de Segurança Pública, Flávio Basílio:

---

42 BAZZO, Gabriela; FRANCO, Marina. Mercosul suspende direitos políticos da Venezuela por ‘ruptura da ordem democrática’. **G1**. São Paulo/SP, 05 ago. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/mais-da-metade-dos-refugiados-reconhecidos-pelo-brasil-podem-ter-deixado-o-pais.ghtml>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

43 ESTADO, Agência. Acordo de Roraima com Maduro acelera volta de refugiados a Venezuela. **Correio Braziliense**. São Paulo/SP, 22 set. 2018. Disponível em: <[https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/mundo/2018/09/22/interna\\_mundo,707565/acordo-de-roraima-com-maduro-acelera-volta-de-refugiados.shtml](https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/mundo/2018/09/22/interna_mundo,707565/acordo-de-roraima-com-maduro-acelera-volta-de-refugiados.shtml)>. Acesso em: 22 set. 2018.

“Eles vão apoiar o trabalho administrativo da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal e do Exército em Roraima. “Os agentes vão fazer um trabalho relacionado a toda a triagem, um trabalho de polícia administrativa para facilitar e resolver o problema do fluxo migratório”, disse Flávio Basílio à mídia. “Então estaremos atuando no contato e apoio à Polícia Federal na área administrativa, na Polícia Rodoviária Federal para controle dos postos estratégicos e no Exército Brasileiro para fazer a segurança dos abrigos e das instalações.”<sup>44</sup>

Inicia também como política pública de auxílio aos refugiados o processo de interiorização<sup>45</sup>, oportunidade em que parte dos refugiados será encaminhada a outras cidades do Brasil, a fim de buscarem oportunidades para manutenção

---

44 BRASIL, Sputnik. **Forças Armadas revelam estratégia de resolução da crise migratória em Roraima**. 22 ago. 2018 Disponível em: <<https://br.sputniknews.com/brasil/2018082212024366-forcas-armadas-brasil-fronteira-venezuela-roraima-refugiados/>> Acesso em: 24 ago. 2018.

45 Na semana passada, a Casa Civil informou que nos meses de agosto e setembro mil venezuelanos que ingressaram em Roraima serão enviados para outros estados. Nos meses anteriores, 820 estrangeiros fizeram o processo de interiorização em aviões da Força Aérea Brasileira (FAB), e outros milhares, segundo o governo, migraram por conta própria. A transferência dos venezuelanos para outros estados é uma das ações da Operação Acolhida, iniciada pelo governo federal, em parceria com a Agência da ONU para Refugiados (Acnur), entidades da sociedade civil e prefeituras, para dar assistência aos imigrantes que chegaram ao Brasil nos últimos meses fugindo da crise político-econômica da Venezuela. BRITO, Débora; CHAGAS, Paulo Victor. Interiorização levará venezuelanos a São Paulo, Paraíba e Amazonas. Agência Brasil. Brasília/DF, 27 ago. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-08/interiorizacao-levara-venezuelanos-sao-paulo-paraiba-e-amazonas>>. Acesso em: 12 set. 2018.



da vida no país, o que continuará contando com o apoio das autoridades brasileiras.

Acerca da interiorização imperioso destacar que: *“ocorre apenas de modo voluntário e todos os venezuelanos são vacinados, fizeram exames de saúde e estão com a situação regularizada no Brasil. Além de CPF, eles possuem carteira de trabalho.* <sup>46</sup>

O fenômeno da interiorização dos refugiados é fruto da tentativa do país de proceder à Integração Nacional, isso sob a perspectiva dos Direitos Humanos, o que de fato nos aproxima da noção mais pura de Estado Constitucional Cooperativo.

Nessa concepção de Estado Constitucional Cooperativo sua essência está atrelada aos direitos humanos. No caso da Constituição Brasileira, os direitos humanos apresentam-se como *critério normativo de abertura do texto constitucional à cooperação internacional, conforme se observa do art. 4º inciso II e do art. 5º § 2º da Carta Constitucional.*<sup>47</sup>

Para o Professor Haberle:

“ A realização cooperativa dos direitos fundamentais é a tarefa do Estado constitucional (cooperativo) nas suas relações “externas” de criar, na

---

46 AGÊNCIA BRASIL, 2018.

47 MALISKA. Marcos Augusto. **A Cooperação Internacional para os Direitos Humanos entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional.** Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos\\_augusto\\_maliska.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

comunidade jurídica internacional, uma medida mínima de realidade material e processual dos direitos fundamentais para “estrangeiros” e apátridas “entre si”.<sup>48</sup>

A situação que se enfrenta em relação ao demasiado fluxo migratório no Brasil requer uma interpretação voltada a abertura e cooperação do Estado, em busca da efetividade em relação a Integração Nacional. No caso em análise observa-se que romperam-se as fronteiras terrestres Brasil X Venezuela, mobilizaram-se políticas públicas, deslocaram-se agentes das Forças Armadas, destinaram-se orçamento público, intensificaram-se as conversas diplomáticas, legislações emergenciais foram insculpidas e um processo de interiorização foi criado; tudo isso, em prol da acolhida aos refugiados. Assim sendo, demonstramos que em terras *tupiniquins* a abertura para o Estado Constitucional Cooperativo já é de fato realidade.<sup>49</sup>

## 5. CONCLUSÃO

O intenso fluxo migratório é uma realidade constante, mormente em relação aos refugiados oriundos da fronteira Venezuela. Diante da situação estampada surgem diversos

---

48 HABERLE, 2007, p. 66.

49 Tal afirmação é feita levando-se em consideração as ações realizadas pelo governo brasileiro em prol de conceder auxílio aos refugiados. É de se reconhecer que a situação é alarmante e exige ainda muitas ações em prol da solução dos problemas. No entanto, as medidas já empregadas revelam a preocupação do país com a situação envolta aos Direitos Humanos dos refugiados, em especial dos venezuelanos.

outros problemas a serem tutelados. Agora, pelo Estado que os recebe. Que passa a ser responsável pela tutela de oportunidades em relação aos refugiados e na busca de mecanismos que auxiliem na sobrevivência dos respectivos no Novo Estado.

Por intermédio do presente estudo pôde-se observar que o Estado brasileiro em regime de abertura e cooperação efetivamente recebe os refugiados em seus diversos estados e municípios, não havendo qualquer óbice a entrada dos que buscam refúgio em terras brasileiras. No entanto, em detrimento do intenso fluxo migratórios evidenciado o governo brasileiro se tomou determinadas medidas, algumas em caráter emergencial, para deliberar de forma organizada a despeito da chegada dos refugiados.

Legislações foram sancionadas, políticas públicas emergenciais colocadas em prática, parte do efetivo das Forças Armadas foi deslocada para o local de intensa migração para auxílio, houve o fornecimento de alimentos e medicamentos e até mesmo a emissão de documentos de identificação (RG e CPF) e Carteiras de Trabalho, além da criação emergencial de centros de apoio, pelo governo brasileiro.

Tais ações nos revelam a preocupação do Estado brasileiro na recepção das pessoas através da migração, mormente aquelas que chegam desprovidas de condições de sobrevivência. A atitude demonstra que a abertura e cooperação surgem diante da necessidade de efetivação dos Direitos Humanos. Nessa perspectiva, observa-se alguns dos elementos do Estado Constitucional Cooperativo presentes nas ações do Estado brasileiro. Afinal de contas, pelas escolhas sociais e políticas realizadas o modelo de Estado Constitucional Cooperativo nos parece adequado ao país, eis que seu panorama de abertura e cooperação nos conduzem à integração nacional.

## 6. REFERÊNCIAS

ACNUR. **Convenção de 1951**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Dados sobre refúgio no Brasil**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Refúgio em números – 3ª Edição**. Disponível em: <[http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros\\_1104.pdf](http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BAPTISTA, Hélio Daniel de Favare. **Por um Direito de Integração Latino Americano**. v. 7. dez. 2008. p. 66 Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/24/48>>. Acesso em 23 ago. 2018.

BAZZO, Gabriela; FRANCO, Marina. Mercosul suspende direitos políticos da Venezuela por ‘ruptura da ordem democrática’. **G1**. São Paulo/SP, 05 ago. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/mais-da-metade-dos-refugiados-reconhecidos-pelo-brasil-podem-ter-deixado-o-pais.ghtml>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5ª ed. Editora Malheiros. 2003.

BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer, e FLORES, Nilton Cesar. **Direito e(m) Alteridade: o individualismo exacerbado e a abstração dos Direitos Humanos**. Rev. direitos fundam. democ., v. 15, n. 15 p. 119-131, janeiro/junho de 2014. p. 120 Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/518/386>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 28 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 9.277, de 05 de fevereiro de 2018.** Dispõe sobre a identificação do solicitante de refúgio e sobre o Documento Provisório de Registro Nacional Migratório. Senado Federal. Brasília, DF, 05. fev. 2018. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=26349555&id=26349560&idBinario=26349564&mime=application/rtf>>. Acesso em 28 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Sputnik. **Forças Armadas revelam estratégia de resolução da crise migratória em Roraima.** 22 ago. 2018 Disponível em: <<https://br.sputniknews.com/brasil/2018082212024366-forcas-armadas-brasil-fronteira-venezuela-roraima-refugiados/>> Acesso em: 24 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997.** Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Portal da Legislação. Brasília, DF, 22. jul. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm)>. Acesso em 17 abr. 2018.

BRITO, Débora; CHAGAS, Paulo Victor. Interiorização levará venezuelanos a São Paulo, Paraíba e Amazonas. **Agência Brasil.** Brasília/DF, 27 ago. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-08/interiorizacao-levara-venezuelanos-sao-paulo-paraiba-e-amazonas>>. Acesso em: 12 set. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013. p. 2.380.

CICCO, Claudio; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e da Ciência Política.** 6ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo-SP. 2015. p. 57.

DEPUTADOS, Câmara dos. **Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais**. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/copy\\_of\\_subcomissao1a](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/copy_of_subcomissao1a)>. Acesso em: 10 ago. 2018

ESTADO, Agência. Acordo de Roraima com Maduro acelera volta de refugiados a Venezuela. **Correio Braziliense**. São Paulo/SP, 22 set. 2018. Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2018/09/22/interna\\_mundo,707565/acordo-de-roraima-com-maduro-acelera-volta-de-refugiados.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2018/09/22/interna_mundo,707565/acordo-de-roraima-com-maduro-acelera-volta-de-refugiados.shtml)>. Acesso em: 22 set. 2018.

FÉLIX, Jackson; COSTA, Emily. Após ataques de brasileiros, 1,2 mil venezuelanos deixaram o país, diz Exército. **G1**. Boa Vista/RR, 19 ago. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/mais-da-metade-dos-refugiados-reconhecidos-pelo-brasil-podem-ter-deixado-o-pais.ghtml>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

HABERLE. Peter. **O Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro. Renovar. 2007 p. 1-2.

LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14<sup>a</sup> ed. Saraiva. São Paulo. 2010. p. 348.

MALISKA. Marcos Augusto. **A Cooperação Internacional para os Direitos Humanos entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional**. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos\\_augusto\\_maliska.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

MALISKA, Marcos Augusto. **ESTADO E SÉCULO XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional**. Renovar. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife. 2006. p. 8.

MARQUES, Marília. Mais da metade dos refugiados reconhecidos pelo Brasil podem ter deixado o país. **G1**. Distrito Federal, 11 abr. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/mais-da-metade-dos-refugiados-reconhecidos-pelo-brasil-podem-ter-deixado-o-pais.ghtml>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

MERCOSUL. **Saiba mais sobre o Mercosul**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercosul>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Método, 2008, p. 210.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. 2006. 390 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 287 Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

ONUBR, Nações Unidas do Brasil. **A Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **ACNUR: Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/acnur/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

\_\_\_\_\_, Nações Unidas do Brasil. **Com apoio da ONU Brasil, centro governamental em Pacaraima recebe venezuelanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/com-apoio-da-onu-brasil-centro-governamental-pacaraima-recebe-venezuelanos/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

PAGANINI, Juliana, e VIEIRA, Reginaldo de Souza. **O Sistema Único de Assistência Social e o Direito Fundamental à Assistência Social previsto na CRFB/88**. Rev. direitos fundam. democ., v. 23, n. 1 p. 68-86, jan./abr. 2018. p. 81-82 Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/895/531>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 24.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 217.

VASCONCELOS, Heloisa. Entenda a crise dos imigrantes venezuelanos na fronteira com Roraima. **O povo online**. 22 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/mundo/2018/08/entenda-a-crise-dos-imigrantes-venezuelanos-na-fronteira-com-roraima.html>> Acesso em: 24 ago. 2018.

VITA, Alvaro. **A Justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Unesp, 2000. p. 16.



# CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA E SUA RELAÇÃO TEÓRICO-POLÍTICA COM A RESPONSABILIDADE PENAL DESDE UMA VISÃO CRÍTICA DO MATERIALISMO HISTÓRICO

Iago Batista Flinkerbusch Schwanke

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo apresentar algumas das várias concepções pelas quais a pessoa jurídica foi pensada – adaptando o universo amostral tratado em razão das dimensões e do objeto do presente trabalho – e firmar como hipótese ser ela uma síntese lógico-histórica, que não goza de uma uníssona definição doutrinária ou jurisprudencial acerca de sua teoria, situação que repercute grandemente nas discussões sobre sua responsabilidade penal. Para tanto, partiu-se de uma análise diacrônica, observando a criação e, posteriormente, a reativação de categorias jurídicas em função das transformações do modo de produção. Uma vez fora da ontologia que lhes foi querida atribuir, inferiu-se que as pessoas jurídicas são agentes potencializadores de riscos sociais, em razão dos quais passaram a adentrar o campo penal. Chegou-se

à conclusão de que a percepção desses instrumentos econômico-jurídicos pelo direito penal é uma medida de equidade no trato dos agentes capazes de praticar delitos, todavia, medida essa que não deve resultar em exceção à racionalidade penal ou às regras de seu jogo processual.

**Palavras-Chave:** pessoa jurídica; responsabilidade penal da pessoa jurídica; materialismo-histórico.

## 1. INTRODUÇÃO

No trato do tema da responsabilidade penal, observou-se a presença de diversas celeumas, a exemplo da disjunção entre uma autorresponsabilidade ou uma heterorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas, que são discutidas olvidando-se reflexões necessárias sobre a base civilística ou empresarialística da empresa/empresário/pessoa jurídica. Bases que são essenciais para um aporte que se pretenda sistemicamente congruente.

Sob esse afinco, afirma-se desde já que não se identifica uma univocidade sobre o conceito doutrinário de pessoa jurídica adotado pelo ordenamento, de forma que não se assume uma posição doutrinária como prevalente.

Na parte inicial esse estudo – em verdade um singelo apanhado –, cujo aprofundamento não caberia nas proporções fixadas, almeja-se firmar paradigmas metodológicos e compor nossas premissas, preparando o terreno para conclusões expostas na parte final do trabalho.

Nesse diapasão, para tanto, adotaremos parcialmente

a organização expositiva promovida por Lamartine<sup>1</sup>, na qual o autor procedeu à organização das diversas teorias sobre o assunto considerando precipuamente dois critérios: a visão social do autor de cada teoria, se mais restrita à norma ou mais aderente à realidade social; e a conceituação de direito subjetivo; e, remotamente, mais um critério: o conceito de pessoa, em geral, e pessoa humana, em particular.

Por conseguinte, assumimos o seguinte esquema conceitual, que será nosso guia para a parte inicial desse estudo: primeiramente, trataremos, dentro das pretensões desse trabalho, da pessoa jurídica no direito romano e no direito canônico. Após, seguiremos para o estudo das teorias individualistas, as quais restringem o conceito de sujeito de direitos à figura humana, sendo abordados o aporte de Savigny e a teoria da ficção jurídica; a teoria do patrimônio de afetação, sob o enfoque dos autores Brinz, Bekker e Bonelli; a doutrina anti-ficcionista e anti-voluntarista de Ihering; e a teoria da Ficção doutrinária, de Vareilles-Sommières. Em seguida, serão tratadas as teorias que afirmam a realidade dos entes coletivos, sendo essas, a teoria voluntarista (*Willenstheorie*) e a *Genossenschaftstheorie*, de Gierke. Outrossim, tratar-se-á de teorias normativistas, sob esse escopo estarão a teoria de Ferrara e a teoria de Kelsen. Por fim, a teoria de Lamartine também será abordada.

Ao fim do referido compêndio inicial, analisar-se-á a leitura da propriedade e da dinâmica da ativação (ou reativação) de instrumentos jurídicos históricos, sob uma perspectiva

---

1 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. **Conceito de pessoa jurídica**. 1962. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1962. p. 28.

diacrônica, e será afirmada a conformação desses inovações e variações em razão de necessidades sociais e econômicas.

Posteriormente, sob a premissa de a pessoa jurídica ser uma síntese lógico-histórica – e não algo de significação necessária –, apontar-se-á sua atuação como fator de criação ou incremento de riscos, os quais, ingressando no intolerável, passaram a ganhar a dignidade penal.

Ao final, concluir-se-á que não há crise da pessoa jurídica a ser resolvida, pois a valoração a ser atribuída aos modelos – transeuntes em um caminho de deslinde histórico – deve ser a do atendimento a necessidades econômicas e ao paradigma ideológico do ordenamento; outrossim, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é medida de equidade no trato dos agentes capazes de praticar delitos, o que não deve implicar a recusa da racionalidade penal ou das regras de seu jogo processual.

## **2. O CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA E SUA RELAÇÃO TÉORICA COM A RESPONSABILIDADE PENAL**

### **2.1 O Direito romano e o Direito canônico**

No presente tópico tratar-se-ão de manifestações e mecanismos jurídicos no Direito antigo afeitos ao tema da pessoa jurídica.

### 2.1.1 Direito romano

Pessoa (*persona*) era conceito atribuído unicamente ao ser humano, a pessoa singular. Todavia, posteriormente, e devido às transformações sociais e necessidades práticas – relembrando que o Direito romano não era hipostasiado –, estenderam características afeitas à personificação para determinados organismos sociais. Dessa forma, no Direito romano encontram-se menções à personificação de organismos sociais – referida qualidade atribuía, extensivamente, aos organismos a) a possibilidade de segregação patrimonial em relação aos seus integrantes e administradores; e b) outrossim, seu relacionamento com a externalidade se daria por meio de representantes dessa coletividade, uma separação entre ambiente exterior e interior. Por essa união de uma coletividade, o organismo passou a ser reconhecido como *universitas* (...) uma coletividade munida de personalidade jurídica<sup>2</sup>.

O primeiro organismo dotado de personificação jurídica de que se tem notícia, nos moldes acima, foram os *municipium*, constituídos por “um complexo dos cidadãos, possuidores de um patrimônio designado *res communis*, representado pelo Senado e por funcionários, e expressando sua vontade através da decisão da maioria dos decuriões”<sup>3</sup>.

---

2 ELIACHEVITCH, Basile Borisovitch. **La personnalité juridique en droit privé romain**. Paris: Recueil Sirey, 1942. p. 349 *apud* LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 10.

3 EULA, Ernesto. **Persone giuridiche, estratto dalla enciclopedia giuridica italiana**. v. XIII, parte II. Milão: Società Editrice Libreria, 1939. p. 20 *apud* LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 15.

É essa unidade orgânica em referência ao relacionamento com terceiros que caracteriza a “pessoa jurídica” (com ressalva do anacronismo) no Direito romano, bem como que, em sua constituição, “não se tem em vista as individualidades, que formam o corpo coletivo, mas a própria entidade orgânica que, neste sentido, é mais que um simples agrupamento de indivíduos”<sup>4</sup>.

Mas essa extensão de determinadas características a organismos sociais não tem o condão de os ressignificar como pessoa jurídica – embora o Direito romano possa até ter “intuído” a pessoa jurídica na prática<sup>5</sup>, é incontroverso que não conheceram uma teoria sobre o instituto<sup>6</sup>, mesmo porque não se estremava direito (instância jurídica) e realidade social (real histórico)<sup>7</sup>.

---

4 CARTAXO, Ernani Guarita. **As pessoas jurídicas em suas origens romanas**. Curitiba: Editora Guaíra, 1943. p. 52 *apud* LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 12.

5 A exemplo também do *peculium* mercantil. Nesse sentido: “Com o tempo, o *peculium* mercantil passou mesmo a ser considerado, de um ponto de vista técnico, como espécie de património de afectação, dotado de autonomia jurídica e que *hoc sensu* não responsabiliza o património do *pater* pelas dívidas contraídas pelo *fillius* ou pelo *servus*, mas apenas, directamente, o património constituído pelo próprio pecúlio”.  
(MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o direito civil: para a crítica histórica do “paradigma civilístico”**. 1990. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Jurídico-Filosóficas, Universidade de Coimbra, 1990. p. 120).

6 Nesse sentido, ver LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 17 e JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 18.

7 MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. *Op. cit.*, 1990. p. 31.

## 2.1.2 Direito Canônico

No Direito canônico mostram-se justificativas teóricas para as construções dogmáticas sobre o tema, ainda que motivada pelas “específicas questões eclesásticas’, próprias da época em que escreveram”<sup>8</sup>. Foi desenvolvida uma construção transcendente, bem como conferiu-se a ela um colorido institucional<sup>9</sup>.

A Igreja, entendida como um império de Deus na terra, uma entidade mística transcendental – assim como todos os órgãos e institutos eclesásticos que compõem o chamado *corpus mysticum*, v.g. hospitais –, é considerada como ente ideal, fundada em decorrência de uma vontade superior. Nesse diapasão, cada órgão administrativo dotado de patrimônio é considerado ente<sup>10</sup>, levando à ideia de fundação autônoma<sup>11</sup> e possibilitando aos particulares serem seus fundadores<sup>12</sup>.

Outrossim, quanto à expressão *universitas fingatur esse una persona ficta*, àquela época predicar a pessoa jurídica

---

8 BINDER, Julius. **Das problem der juristischen persönlichkeit**. Leipzig: Bechert, 1907. p. 4 *apud* LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 1.

9 FERRARA, Francesco. **Le persone giuridiche**. vol. II. 2ª ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1956. p. 10-11.

10 Esta conclusão é textual. Extraída de SALEILLES, Raymond. **De la personnalité juridique: histoire et théories**. 2ª ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau & Compagnie, 1922. p. 5.

11 FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, 1956. p. 10-11.

12 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 21.

de ficção (*persona ficta sive intellectualis*) – concepção desenvolvida por Sinibaldo de Fieschi, posteriormente Papa Inocêncio IV – é decorrência da influência da filosofia realista<sup>13</sup>.

Sinibaldo de Fieschi diferencia a pessoa natural da pessoa jurídica com o objetivo de evitar o problema de excomunhão de cidades quando de revoltas contra o soberano, o papa ou o imperador<sup>14</sup>. Segundo ele, por não possuírem alma e substância corpórea, não poderiam *collegia* e *universitas* pecarem; por conseguinte, não poderiam ser excomungadas. Referida concepção ficou consolidada com o Concílio de Lyon, em 1245<sup>15</sup>.

Com essa distinção hialina entre pessoa natural e pessoa ficta, com responsabilidades e pressupostos diferentes, houve um início de uma possibilidade teórica de uma concepção de pessoa jurídica<sup>16</sup>.

## 2.2 Teorias individualistas

No presente tópico serão abordadas teorias que restringem o conceito de sujeito de direitos à figura humana.

---

13 Esta conclusão é textual. Extraída de JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, 1987. p. 18.

14 BRAVO, Federico de Castro y. **La persona jurídica**. Madri: Editorial Civitas, 1981. p. 146 *apud* AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 279.

15 AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, 2003. p. 279.

16 *Idem*.



### 2.2.1 Savigny e a teoria da ficção jurídica

A teoria da ficção, proposta por Savigny, atenta para a imprescindibilidade da figura humana para a titularidade de direito subjetivo, pois que livre para agir, com volição própria e pelo simples fato de sua existência física<sup>17</sup>. De tal fórmula, “todo homem, e só o homem unicamente, possui capacidade de direito”<sup>18</sup>, extrai-se o voluntarismo como requisito para a concepção natural da capacidade.

Todavia, o direito, o sistema positivo, poderia modificar esse princípio, limitando ou estendendo-o; de forma que a atribuição da capacidade, e conseqüentemente também sua modulação, era faculdade do poder soberano do Estado, que, como tal, poderia excepcionar a concessão àqueles que naturalmente a teriam – o próprio autor exemplifica citando a situação do escravo – ou a atribuir de forma fictícia – precisamente por só se prestarem a fins jurídicos que são denominadas pessoas jurídicas<sup>19</sup>.

O jurista também gradua a existência das pessoas jurídicas em naturais ou, antes, necessárias (*v.g.* o Estado), e de existência artificial ou arbitrária (como as fundações), que devem sua existência da deliberação livre de um ou mais indivíduos<sup>20</sup>.

---

17 SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Sistema del diritto romano attuale**. vol. II. Trad. Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1888. p. 279.

18 *Ibidem*. p. 2.

19 SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Op. cit.*, 1888. p. 279-280.

20 *Ibidem*. p. 245-246.

Outrossim, outro ponto de relevo consiste em a capacidade artificial aludida encontrar respaldo imediato na própria definição de Savigny<sup>21</sup> para pessoa jurídica: um sujeito criado artificialmente, capaz de ter patrimônio, de modo que a capacidade em comento serviria a um limitado espectro de relações jurídicas, as relações de Direito Privado<sup>22</sup>.

Segundo Ferrara<sup>23</sup>, os méritos dessa teoria residem em sua simplicidade e rigor lógico, no qual o exato relevo da pessoa jurídica é ser um sujeito ideal, criado a partir da lei. Porém, é defeituoso esse defluxo, i) pois que a capacidade é adstrita à responsabilidade patrimonial, e ii) por imperfeição técnica, ao considerar ficção aquela que em verdade é uma configuração técnica do fenômeno, o qual possui realidade jurídica como qualquer outra figura do mundo jurídico.

Rodrigo Xavier Leonardo<sup>24</sup>, em leitura da obra de Lamartine, aponta também que extremar a sociedade em Estado e indivíduo, um vício do individualismo, tem como corolário relegar os demais grupos não compreendidos juridicamente ao arbítrio estatal, à confecção íntima, não regulada, de um sistema para a concessão da capacidade. E, ainda que, teoricamente, não seja obrigatória a vinculação entre o conceito de pessoa ju-

---

21 SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Op. cit.*, 1888. p. 284.

22 *Ibidem*. p. 243-244.

23 FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, 1956. p. 20.

24 LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Pessoa jurídica**: por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra. p. 33-75. In: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (org.). **Concurso de monografias prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005. p. 38.

rídica e o regime legal de concessão de personalidade, a teoria da ficção foi aporte doutrinário que justificou pretensões estatais de onipotência em matéria de regulação de organizações<sup>25</sup>.

Outra crítica é a confusão terminológica entre personalidade e capacidade de direito, que na teoria de Savigny assumem significados idênticos<sup>26</sup>. Nessa esteira, haveria contradição entre a capacidade que assumem as pessoas jurídicas em decorrência do direito e a incapacidade que seria verificada de fato, em situação análoga a de impúberes e loucos<sup>27</sup>. Por fim, Lamartine<sup>28</sup> aponta que não há uma criação, um exsurgir *ex-nihilo* da pessoa jurídica em razão do toque estatal.

### **2.2.2 A teoria do patrimônio de afetação: Brinz, Bekker e Bonelli**

Na doutrina do patrimônio como um fim argumentou-se a possibilidade de existência de direitos sem sujeitos. Foca-se não no aspecto da personalidade da pessoa, quando bi-partia-se entre pessoa física e pessoa jurídica, mas no aspecto patrimonial, o qual seria dividido entre aqueles pertencentes a alguém e aqueles pertencentes a algo. O patrimônio com um fim (*zweckvermögen*) seria, então, um “patrimônio que a ninguém pertence, pertencendo antes a seu objetivo (*Zweck*)”<sup>29</sup>.

---

25 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 34.

26 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 31.

27 Idem.

28 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1979. p. 12.

29 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 40.

Outrossim, segundo Bonelli<sup>30</sup>, ser passível de personificação – ou seja, ter patrimônio, que será titularizado coletiva ou singularmente, ou mesmo por ninguém – é substrato indispensável para a aquisição de personalidade (a combinação do elemento humano com o elemento patrimonial).

A pessoa jurídica, por conseguinte, não seria mais que um patrimônio afetado a uma determinada destinação, o qual o ser humano, “por instinto poético, querendo retratá-lo como semelhante a si, considera como pessoa”<sup>31</sup>.

Tal solução comporta críticas. Dentre elas, a de que a pessoa jurídica pode ser pré-existente à afetação de um patrimônio, podendo ela, porém, adquiri-lo posteriormente; e a de que o referido conceito não se adapta às pessoas jurídicas de direito público; a concepção patrimonialística não explica o lado dinâmico e funcional da pessoa jurídica, que se estende para além da esfera econômica<sup>32</sup>. Também deixa fora de consideração as inúmeras finalidades que porventura podem ter o patrimônio afetado, bem como não abarca os direitos não patrimoniais da pessoa jurídica<sup>33</sup>.

---

30 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 41.

31 FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, 1956. p. 21.

32 *Ibidem*. p. 22.

33 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 42.

### 2.2.3 Anti-ficcionista e anti-voluntarista: Ihering

Ihering<sup>34</sup> sustentou que a pessoa jurídica – sujeito aparente no qual está contido o sujeito verdadeiro, sempre o ser humano – não é mais que um instrumento técnico para corrigir a falta de determinação dos sujeitos, que seriam os titulares dos interesses legítimos juridicamente protegidos – por conseguinte, titularizariam o direito subjetivo<sup>35</sup>. Destarte, a pessoa jurídica seria uma membrana que medeia coletividade interna e ambiente externo à organização; em suma, um expediente de simplificação relacional<sup>36</sup>, irrelevante para as relações jurídicas dos membros internos entre si<sup>37</sup>.

É cristalina a influência da concepção de direito subjetivo do autor para sua vertente conceitual de pessoa jurídica. Perscrutando sempre “a quem aproveita” – ignorando as realidades coletivas ao decantá-las em meros interesses individuais –, a concepção iminentemente privatista de Ihering deixa sem resposta a “existência, unidade e perpetuidade das pessoas jurídicas de direito público”<sup>38</sup>, bem como da organizações com fins altruístas.

---

34 FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, 1956. p. 29.

35 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 43.

36 FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, 1956. p. 29.

37 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 43.

38 MICHOU, León. **La théorie de la personnalité morale et son application au droit français**: première partie. 3<sup>e</sup> ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932. p. 33 *apud* LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 45.

## 2.2.4 Ficção doutrinária: a teoria de Vareilles-Sommières

Vareilles-Sommières<sup>39</sup>, por sua vez, concebe a pessoa jurídica como um regime personificante, que é dado por um plexo de cláusulas inseridas no contrato de associação<sup>40</sup>.

De tais regras decorre i) que nenhum dos sócios pode dar em garantia sua quota parte, restando garantida a posição da associação como única proprietária dos bens sociais, como que uma única pessoa, não obstante dos sócios que a compuserem; ii) também se confere homogeneidade e unidade, como se fosse uma única pessoa, ou seja, a solicitação e o recebimento dos créditos sociais só podem ser realizados por todos os sócios, conjuntamente; e iii) a sociedade se apresentaria perante o credor como um ente único, de patrimônio também único: o patrimônio social<sup>41</sup>.

O referido regime tem por sujeito de direito os sócios, que seriam os beneficiados por “esse modo de se expressar,

---

39 Conforme dispõe Lamartine: “1ª cláusula: nenhum associado pode, sem o consentimento de todos, ou, o que vem a dar no mesmo, sem o consentimento do administrador, investido de poderes por todos conferido, subtrair à massa social, por meio de alienações, sua parte sobre os objetos comuns, no todo ou em parte. (...) 2ª cláusula: nenhum associado pode pedir nem receber separadamente o pagamento de sua parte no total de um crédito social. (...) 3ª cláusula: nenhum associado pode ser demandado isoladamente, quer por via judiciária, quer por via extrajudiciária, por sua parte em uma dívida social”. (LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 48-49)

40 FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, 1956. p. 30.

41 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 48-49.

artístico e didático”<sup>42</sup> – qual seja, a ficção doutrinária, a pessoa jurídica. Outrossim, o legislador em nada teria a ver com a ficção doutrinária, pois não poderia proscrever uma medida de comparação, uma figura. Seria lícito a ele condicionar a referida manifestação intelectual, regulá-la; porém, não lhe seria facultado impedir a manifestação, uma vez cumpridos os requisitos. Destarte, “a personalidade civil não é obra do legislador; ela é obra de um grande artista: de todos”<sup>43</sup>.

O modelo teórico de Vereilles-Sommières foi duramente criticado.

Primeiramente, apontou-se que a referida concepção olvidava a existência dos grupos supra individuais; apenas os indivíduos titularizariam direitos.

Adota um regime que versa puramente sobre aspectos patrimoniais e materiais, ao ponto de dizer que, caso uma associação não tivesse relações de dívida ou crédito com terceiros, também não haveria momento em que figuraria como ente único frente terceiros, de modo que, conseqüentemente, não seria uma pessoa jurídica<sup>44</sup>. Lega, dessa forma, irresponsáveis questões como a possibilidade de uma pessoa jurídica travar relações de direito público – em verdade, por coerência

---

42 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 57.

43 Tradução livre de: “La personnalité civile n’est pas l’oeuvre du législateur; elle est l’oeuvre d’un grand artiste: de tout le monde”. LA BROÛE DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Gabriel de. **Les personnes morales**. 2<sup>a</sup> ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1919, p. 26 *apud* LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 48.

44 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 57.

lógica, nessa teoria tal possibilidade fica negada – e a hipótese de uma associação sem beneficiário<sup>45</sup>.

Por fim, apontou-se também como crítica o consequente lógico da terceira regra do denominado regime personificante, que somente os bens sociais seriam afetados pelas dívidas da associação. Vereilles-Sommières não explica o liame lógico que exclui os bens dos sócios da responsabilidade patrimonial.

## 2.3 Teorias Realistas

Nessa classificação estarão compreendidas as teorias que afirmam a realidade dos entes coletivos.

### 2.3.1 A teoria voluntarista (*Willenstheorie*)

Se pessoa jurídica significa sujeito de direito, então cabe questionar, antes, o conceito de direito subjetivo – dele talvez se possa com melhor sucesso decantar os elementos que constituem a pessoa jurídica.

Ainda estabelecendo premissas, o direito subjetivo é equivalente a uma faculdade de querer<sup>46</sup>. Nessa seara voluntarista, é um ser reconhecido juridicamente aquele capaz de externalizar sua vontade – essa, dessa forma, possui o poder de lastrear abstratamente a existência jurídica<sup>47</sup>.

---

45 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 57.

46 *Ibidem*. p. 58.

47 FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, 1956. p. 26.



A volição, todavia, ainda que incorpórea<sup>48</sup>, não é considerada abstratamente. O que se “quer” é sempre visto pelo prisma do escopo volitivo humano: um bem ou um interesse. Se deduz-se daí que, satisfeito ser portador de vontade ou interesse – sem embargo de ser pessoa natural ou uma coletividade –, é sujeito de direito<sup>49</sup>. Em explicação clara: “A vontade comum da associação, derivada da justaposição dos associados, mas distinta da soma destes, é ‘a razão de ser dos direitos da associação, a demonstração do caráter real de sua personalidade’ (139). Nas associações, é sujeito a unidade de querer, a vontade comum. Na fundação, a vontade objetivada do fundador, ou, como diz Saleilles (140), ‘a vontade creadora da fundação’ ‘perpetuada pela realização do estatuto da fundação’”<sup>50</sup>.

Dentre as críticas lançadas<sup>51</sup> ao modelo teórico em comento, destacam-se a inexplicabilidade dos casos de loucos e menores impúberes, a problemática de se dotar de subjetividade jurídica um elemento jurídico – a vontade –, e a difícil receita de se decantar do ser humano a vontade. Outrossim, ainda que admitida a possibilidade de existência de uma vontade coletiva, resta preciso esclarecer qual é o ser e se ele é substanciado apenas pela vontade.

---

48 FERRARA, Francesco. **Teoria delle persone giuridiche**. Napoli: Marghieri Editrice, 1923. p. 194 *apud* LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 58.

49 FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, 1956. 1956. p. 27.

50 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 58.

51 *Ibidem*. p. 59.

Nesse diapasão, Ferrara<sup>52</sup> critica que a vontade concerne ao exercício do direito, não à titularidade, de modo que ela seria inapta ao figurar critério atributivo de subjetividade.

Também, o interesse seria o núcleo do direito, sem ser, porém, sua essência. O direito subjetivo seria, para Ferrara, “a armadura do interesse”<sup>53</sup>, a faculdade de fazer valer a coerção estatal para seu cumprimento. Por conseguinte, não bastaria arguir sua proteção legal para que se fizesse a individuação de seu titular – como já apontado, o critério atributivo é outro.

De caráter pragmático, outra crítica é a de que caso se subjetivasse toda a vontade manifestada coletivamente multiplicar-se-iam em muito, em descolamento da realidade, o número de associações.

Por fim, Lamartine aponta que o benefício da visão realista acabou suplantado pelos vícios organicistas e voluntaristas, sendo eles os responsáveis pelas aporias dessa vertente teórica.

### **2.3.2 *Genossenschaftstheorie*: o organicismo de Gierke**

Essa concepção voluntarista e organicista foi possível graças ao desenho da personalidade no direito alemão<sup>54</sup>,

---

52 FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, 1956. p. 28-29.

53 *Ibidem*. p. 28.

54 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 60.

particularmente rico e que possibilita seu desmembramento para a finalidade de conceber um novo ente. Da união dessas individualidades resultaria a vontade coletiva; não obstante, esse amálgama seria dissociável da vontade do sócio em particular<sup>55</sup>. Outrossim, nota-se que em certos momentos, como no discurso reitoral de 1902<sup>56</sup>, Gierke apela para a descrição de fenômenos sociais similares à solidariedade mecânica para “provar” a existência orgânica das realidades coletivas.

Com a *Genossenschaft*, Gierke inaugura um novo horizonte, no qual há a possibilidade de reconhecimento da realidade dos grupamentos humanos – realidade independente de atribuição externa, passando a existirem de forma orgânica. Nessa acepção, por surgimento “historicamente espontâneo”, a vontade coletiva – “plural e única”, e imanente – possuiria *realidade* autônoma, com capacidade jurídica equivalente àquela das pessoas naturais<sup>57</sup>.

Em análise da *Genossenschaft*, diversos autores disparam críticas contra a concepção de Gierke. Exemplificativamente, Ferrara<sup>58</sup> questiona o processo de atribuição de organicidade a uma determinada coletividade. Para ele, aventar sua organização interna é pertinente sobre seu funcionamento, mas não tem o condão de a transformar em uma unidade no

---

55 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 61.

56 GIERKE, Otto Von. **Natural law and the theory of society**. Cambridge: University Press, 1950. p. 119 e 313 *apud* LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 61.

57 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 60-61.

58 FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, 1956. 1956. p. 24-25.

sentido material, fisiológico ou orgânico do termo. Assim, operando com metáforas, o organicismo crê ter atingido a verdade, e, com isso, serve como paradoxo<sup>59</sup>. Nesse diapasão, para Ferrara é incorreta a suposição de que há uma vontade proveniente do próprio ente coletivo. Certamente que no processo comunicacional e de convencimento – via de regra comum em pessoa jurídica – há a possibilidade de flexibilizações e transações; isto porém não faz surgir uma vontade autônoma, que perpassa todos os sócios, mesmo porque a vontade é, para Ferrara, uma característica humana. Em uma segunda investida, nos mesmos moldes da crítica lançada ao voluntarismo de Zitelmann<sup>60</sup>, Ferrara, fulmina o voluntarismo de Gierke.

## 2.4 As teorias Normativistas

Sob o guarda-chuva teórico do normativismo encontram-se as teorias de Ferrara e de Kelsen, as quais afirmam que a personalidade jurídica é simples recurso, um *status*, atribuído pelo ordenamento.

### 2.4.1 A teoria de Ferrara

Para o jurista italiano, personalidade seria um conceito que poderia assumir três possíveis significações: *físico-anropológico* (ser humano), *teleológico-filosófico* (ente que pode exercer a racionalidade e a faculdade de querer e que possui

---

59 FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, 1956. 1956. p. 25.

60 Resumidamente, o elemento volitivo não participa como elemento de atribuição de personalidade.

consciência) e *jurídico* (significado orientado ao direito). Para que se fizesse uma correta exploração do tema, seria uma exigência basilar que se apartasse cada um dos referidos conceitos, atribuindo-os aos seus respectivos campos<sup>61</sup>.

No tocante ao plano jurídico, portanto, a personalidade seria um conceito derivado da ordem jurídica, tal como uma situação jurídica, um *status*<sup>62</sup> – não existindo de forma empírica, a personalidade é atribuída pelo direito; por corolário, proveniente do Estado<sup>63</sup>.

Essa derivação, no entanto, tem por finalidade a *proteção de interesses humanos*<sup>64</sup>, vale dizer, se a orientação teleológica do direito é a realização mais adequada de fins humanos e sociais, a personalidade, enquanto conceito jurídico, deve ter por escopo a mesma finalidade do conjunto que a contém<sup>65</sup>.

Nesse sentido, a personalidade (também sinônimo de capacidade) seria uma forma legal, uma vestimenta jurídica, uma configuração legal que é atribuída pelo direito objetivo a um grupo ou associação. Em outras palavras, “é a configuração jurídica que recebem para participar do comércio jurídico”<sup>66</sup>.

---

61 FERRARA, Francesco. **Teorie dela persone giuridiche**. 2ª ed. Riveduta. Napoli: Marghieri, 1923. p. 342 *apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 2005. p. 41.

62 FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, 1956. p. 33.

63 *Idem*.

64 *Ibidem*. p. 34.

65 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 71.

66 FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, 1956. p. 35.

A pessoa jurídica (*enti ideali*) representa no ordenamento a unidade de associados (*substrato*), aglutinados com um escopo finalístico<sup>67</sup>; é figura resultante do acoplamento jurídico da unidade artificialmente engendrada pelos sócios. Portanto, é “tradução jurídica de um fenômeno empírico”<sup>68</sup>.

Nas palavras de Ferrara: “Le persone giuridiche dunque sono *enti ideali*, che servono come *forme giuridiche di unificazione e concentrazione di diritti, obblighi e potestà*, per il perseguimento potenziato di *interessi umani*, e che quindi si connettono o sono destinate a connettersi a quelle istituzioni ed opere, apprestate per il raggiungimento di tali fine”<sup>69</sup>.

Resumir-se-ão as críticas lançadas à teoria de Ferrara em cinco pontos, tomando por base aquelas proferidas por Lamartine<sup>70</sup>.

1. Ferrara, defendendo o “ser humano concreto” como o sujeito de direitos, entra em contradição ao defender a separação do conceito de pessoa em três diferentes vieses, e com isso apartando o sentido físico/antropológico do sentido jurídico (pessoa sujeito de direitos)<sup>71</sup>.

---

67 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 73.

68 FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, 1956. p. 36.

69 *Ibidem*. p. 39.

70 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 74-80.

71 *Ibidem*. p. 74-75.

2. A personalidade seria produto da ordem jurídica, não havendo nada de natural nela. Como reforço argumentativo, exemplificou-se que o escravo, no direito antigo, não era considerado pessoa. Lamartine ataca essa exposição. Segundo ele, quando era negada ao escravo a qualidade de pessoa se fazia com referência ao fato de este ser considerado *res*. Todavia, o escravo era destinatário da norma jurídica (sujeito de direito objetivo), estando inclusive sujeito à responsabilização pelos seus atos. Outrossim, o escravo figurava sob o poder do *dominus*, analogamente ao filho-família, estes sob *patria potestade*.

Portanto, continuar nesse diapasão decorreria em transmutar em diferentes graus de personalidade as diferenças que eram, em verdade, de capacidade. Eram aquelas verificadas “entre homem e mulher, cristãos e judeus, nobre e vassallo, etc., e, atualmente, entre nacionais e estrangeiros”. Extrai-se disso que “Ferrara ignora a distinção entre personalidade e capacidade de direito”<sup>72</sup>.

O direito, ao reconhecer um ser humano como pessoa, diz Lamartine<sup>73</sup>, nada mais faz que reconhecer uma realidade pré-jurídica; e é incapaz de decantar a carga filosófica ou ontológica do conceito.

3. Aqui dois problemas: admite-se uma “onipotência formal do Direito” – primeiro problema –, facultando-lhe empregar a forma jurídica de personalidade àquilo que julgasse atender a interesses humanos e sociais – segundo problema<sup>74</sup>.

---

72 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 75-77.

73 *Ibidem*. p. 75.

74 *Ibidem*. p. 74.

Com relação ao primeiro, ou os agrupamentos (as unidades sintéticas, substrato) são fenômenos espontâneos ou a veste de personalidade que lhe cobre não é traje a ser usado por todos os grupos<sup>75</sup>.

Acerca do segundo, o filtro “interesses humanos e sociais”, a permeabilidade é tão alta que não há efetiva retenção; acaba se transformando em mero axioma, hábil a justificar qualquer reconhecimento ou negativa de personalidade jurídica. Nesse sentido, conforme aponta Duguit, “quer a ficção consista na criação da pessoa coletiva, quer consista na assimilação à unidade do que é em realidade pluralidade, o legislador positivo poderá sempre dizer que só ele pode criar essa pessoa ou essa unidade e que o que ele criou, pode a todo instante destruir”<sup>76</sup>.

4. Sustentar que há a constituição da pessoa jurídica (ente ideal) pelo direito, que pousa sua mão sobre o substrato da unidade sintética, também nos remete ao ranço ficcionista<sup>77</sup>.

5. Por fim, a aparente indecisão de Ferrara entre posições normativistas (personalidade como um produto da ordem jurídica), institucionalistas (quando reconhece determinadas qualidades intrínsecas em certos grupamentos, diferenciando-os dos demais) e idealistas (união do grupo como

---

75 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 78.

76 DUGUIT, Pierre Marie Nicolas León. **Traité de droit constitutionnel**. t. 1. 2ª ed. Paris: de Boccard, 1921. p. 370 *apud* LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 80.

77 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 79.



procedimento de abstração e síntese que é também a tradução de um fenômeno empírico) faz com que ele caia em uma aporia sincrética<sup>78</sup>.

### 2.4.2 A teoria de Kelsen

Kelsen, notoriamente positivista, almejou uma formulação jurídica livre de tudo que fosse metajurídico. Mesmo que positivista, sua doutrina o desvencilha do positivismo em sentido amplo (o naturalismo), oferecendo ao problema da autonomia do direito a solução normativista (normatividade justificada). Assim, em sua nova conceituação de pessoa, o emprego de uma linguagem antropomórfica tem apenas o intuito didático, a fim de tornar a exposição mais intuitiva. É, portanto, somente “uma expressão unitária personificadora para um feixe de deveres e faculdades jurídicas, vale dizer, para um complexo de normas”<sup>79</sup> – é o conceito de “pessoa física”, um conceito jurídico que não comporta o sentido anímico, físico/biológico de ser humano.

Referido conceito é um ponto de imputação de situações jurídicas (como direitos e deveres). A individualização dessas condutas resulta da remissão a uma pessoa<sup>80</sup>.

A pessoa jurídica é a expressão de uma ordem jurídica, expressas como personificação, como deveres e direitos,

---

78 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 79-80.

79 *Ibidem.* p. 93.

80 *Ibidem.* p. 94.

um conjunto de normas destinadas a regerem coletivamente um grupo de seres humanos. Para Kelsen<sup>81</sup>, o ordenamento – ordem jurídica total, como o Estado – dirige suas determinações a um sujeito abstrato, atribuindo a uma ordem jurídica parcial – como o caso da associação – a sua determinação, daí a possibilidade de atribuição de situações jurídicas.

Outrossim, Kelsen introduz outras figuras que auxiliam a exposição do processo, os conceitos de norma incompleta e de imputação central.

A norma jurídica dispõe de elementos objetivos e subjetivos, sendo aquele o elemento material; e este, o elemento pessoal (o destinatário). A norma jurídica incompleta é aquela na qual fora determinado somente o elemento objetivo, “Em outras palavras, tais normas incompletas emanadas da ordem jurídica estatal dizem o que se há de fazer ou omitir à norma complementar que será emanada da ordem jurídica parcial expressa na pessoa jurídica”<sup>82</sup>.

A saída inicial oferecida por Kelsen ao naturalismo – e, conseqüentemente, ao causalismo – e ao psicologismo quando da imputação é o conceito de “imputação central”<sup>83</sup>. Posteriormente, e apesar de terem sido distintos em suas

---

81 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 94.

82 KELSEN, Hans. **La teoría pura del derecho**. trad. Jorge Tejerina. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946. p. 70 *apud* LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 95.

83 PAULSON, Stanley Lowell. **The very idea of legal positivism**. trad. Thomas da Rosa de Bustamente. Revista Brasileira de Estudos Políticos (RBEP). Belo Horizonte. n.º 102. jan./jun., p. 122. 2011.

primeiras teorizações acerca do assunto, Kelsen<sup>84</sup> o substituiu pelo conceito de “imputação periférica”<sup>85</sup> e se voltará para a norma fundamental e para um fundamento transcendental neokantiano.

Na “imputação periférica” estabelece-se um liame entre “fatos materiais”, sendo esses entendidos por Kelsen<sup>86</sup> como “condições jurídicas”, e “consequências jurídicas”, ou seja, “a posição jurídica que emerge como sua consequência jurídica”<sup>87</sup>. Isso porque estabelece-se um paralelo, como que *por analogia*, entre a causalidade naturalista (causa e efeito) e seu equivalente jurídico (condição jurídica e consequência jurídica).

A “imputação central”, diferentemente, pode ser melhor entendida por meio da seguinte formulação: “se um ato de certo tipo ocorre (e se...)”<sup>88</sup>, então o autor ou seu substituto deve responder por tal ato”<sup>89</sup>. Conecta, por conseguinte, uma condição jurídica e a respectiva responsabilidade a um sujeito – poderá ser coletiva, inclusive – a ser identificado pela questão contingencial da autoria. É uma versão subjetivada da “imputação periférica”.

---

84 PAULSON, Stanley Lowell. *Op. cit.*, 2011. p. 122.

85 *Ibidem.* p. 123.

86 *Ibidem.* p. 124.

87 *Idem.*

88 Faz-se necessário apontar para o aventado entre parênteses como um recurso didático, significando o atendimento conjunto, para além da “condição jurídica”, de quaisquer outros requisitos que possivelmente forem necessárias a certo procedimento jurídico.

89 PAULSON, Stanley Lowell. *Op. cit.*, 2011. p. 125.

Para Lamartine, “imputação central” é conceito que funciona como “operação mental”, na qual cria-se um liame entre fato jurídico e pessoa jurídica. Referida ligação é necessária, diz Lamartine, porque, para o normativista austríaco, todo ato da pessoa jurídica remete-se a um ato humano. Ressalte-se, a imputação central diferencia-se da violação decorrente do ato ilícito.

Como críticas, expõe-se que é o ser humano, com suas necessidades concretas e funções biológicas e sociais, cuja vida é objeto de regulação pelo Direito. O que lhe sucede no positivismo kelseniano, a abstração jurídica, resulta na operação com conceitos vazios – é o olhar do “dever ser” para o “ser” mediado por um abismo epistemológico, que, outrossim, enfrenta a aporia de não ser objeto de regulação por esse mesmo Direito.

Ainda que fundada na separação tomista ente moral – conjunto de regras por meio das quais o ser humano poderá atingir seu máximo desenvolvimento – e direito – conjunto de regras que normatiza a vida social –, o metajurídico expulso pela porta volta a adentrar o recinto pela janela, pois inegavelmente, a violação de postulados morais é fundamento último de parte considerável das normas.

Outro ponto de destaque é a distinção entre pessoa física e pessoa jurídica, que resulta ser de ordem puramente numérica na doutrina kelseniana – pessoa física: conceito que centraliza fatos jurídicos que têm por objeto a conduta de 1 (uma) pessoa; pessoa jurídica: conceito que imputa, de forma centralizada, situações jurídicas de uma pluralidade de pessoas. Frente à referida situação, para uma maior completude conceitual, Kelsen apresenta em socorro os conceitos de imputação central e norma incompleta.

Todavia, há ao menos duas aporias nas figuras introduzidas por Kelsen: primeiramente, a noção de norma incompleta é contraditória com a própria noção kelseniana de norma obrigatória e válida – norma completa. Nesse diapasão, a ideia de imputação central é também problemática na medida em que teria por premissa uma ordem jurídica parcial (pessoa jurídica), à qual seriam imputadas as situações; essa mesma ordem jurídica parcial, porém, seria resultado da imputação, ou seja, um produto do complexo de normas que estabelecessem um liame entre um fato jurídico e a unidade do grupo – um sistema lógico autopoiético.

Destarte, contestados os reforços aludidos por Kelsen, subsiste somente a aventada diferença entre o número de pessoas naturais reguladas, que, de forma cristalina, é insuficiente para embasar por si só uma teoria da pessoa jurídica.

## 2.5 A teoria de Lamartine

o lastro filosófico de Lamartine é, fundamentalmente, tomista: toma-o **a)** tanto para a definição da noção substancial quanto para a operação de analogia; **b)** a fim de estabelecer pontos de contato entre pessoa jurídica e pessoa natural; e **c)** para reconhecer a pessoa jurídica como realidade ontológica, cabendo à lei – observados os critérios do sistema normativo – reconhecer aquela determinada realidade social, cujo ser não se limita ao que existe, ao materialmente existente.

A noção de substância, derivada do tomismo, possui para Lamartine duas propriedades, quais sejam: é um fim em si mesmo, pois prescinde de fundamentos extrínsecos; e é fundamento dos “acidentes”, que são, por sua vez, complementos

e acabamentos de outros seres. “Acidentes” e “substâncias” são, por conseguinte, essências, são realidades. “O conceito de pessoa abrange o de indivíduo. Toda pessoa é, portanto, individuada. A recíproca, porém, não é verdadeira. E nem toda realidade é pessoa”<sup>90</sup>.

A pessoa humana, nessa acepção, possuiria como características **i**) a substancialidade (“pois princípio de unidade criadora, de independência e de liberdade”<sup>91</sup>), **ii**) individualidade, e **iii**) a natureza racional<sup>92</sup>. Dessas características decorreriam a sua dignidade e “seus direitos absolutos”<sup>93</sup>. Um conceito puramente jurídico da dignidade levaria ao seu esvaziamento, com consequências possivelmente desastrosas, de modo que mesmo para aqueles que não creem na noção substancial, face as consequências políticas e éticas, seria necessária essa noção substancial<sup>94</sup>.

Sobre a pessoa jurídica – que, longe de ser uma forma fictícia, “é realmente pessoa”<sup>95</sup> –, é um termo análogo ao conceito de pessoa. Explica-se: segundo Aquino, haveria três tipos de termo: **a**) unívoco (que sempre tem a mesma essência),

---

90 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 162.

91 *Idem*.

92 A natureza racional aqui referida trata-se da qualidade atribuída ao ser humano como animal racional, ou seja, um ser que possui direitos naturais por ser aquele dotado de razão.

93 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 162.

94 *Ibidem*. p. 163.

95 *Ibidem*. p. 164.

**b)** equívoco (o qual poderia adquirir sentido diferente quando em relação aos sujeitos a que se refere, ex.: “vela de cera e vela de navio”<sup>96</sup>), e **c)** análogo (caso em que o mesmo termo convém a coisas diferentes, porém, que têm “um ponto de contato em suas características essenciais”<sup>97</sup>).

Nesse diapasão, os pontos de contato entre pessoa natural e pessoa jurídica seriam estes: a pessoa jurídica, do mesmo modo que a pessoa humana, é um ser, pois sob o manto da dinamicidade do fluxo de suas aparências, a identidade do sujeito coletivo persiste e é a mesma, remanescendo intactas as alterações acidentais; persiste portanto, e com independência para com a exterioridade, diferindo-se da personalidade dos sócios que a compõem. “Eis os pontos de contato com a pessoa humana”<sup>98</sup>.

O “ser” da pessoa jurídica, que é dotado de efetiva realidade, é um ser “acidental” – existindo para complementar a pessoa natural –, no que é diferente da realidade “substancial” da pessoa humana. Ora, é precisamente em razão de o acidente existir como “complemento ou acabamento de outro ser é que se encontra outra comprovação que a pessoa jurídica é acidental”<sup>99</sup>. Por conseguinte, porque “idêntica em inúmeros aspectos e distinta no mais importante: a substancialidade”<sup>100</sup>

---

96 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 164.

97 *Idem.*

98 *Idem.*

99 *Ibidem.* p. 164-165.

100 *Ibidem.* p. 165.

a pessoa jurídica é, de fato, pessoa; não no sentido pleno da palavra, mas por analogia.

Acerca da referida analogia, também declinação to-mista, pareceu a Lamartine irrelevante a classificar se do tipo de atribuição (que, em virtude de uma relação principal, acaba convindo a muitas coisas, ex.: “sadio é, em sentido próprio, o animal. Analogicamente, o alimento é sadio (...), porque favorecem a saúde do animal”) ou se do tipo de proporção (que estabelece uma relação de semelhança, ex.: “ $2/6=3/9$ . Ou, o olho está para o corpo assim como a inteligência está para a alma. A semelhança entre as duas relações é real”).

Quanto ao “ser” da pessoa jurídica, toda a teoria de Lamartine assenta-se “no pressuposto de que pessoa jurídica, quer associação ou sociedade, quer fundação, é um ser”<sup>101</sup>, um ser de razão. Não é um ser unívoco, pois admite gradações e, também, não se reduz ao existente de forma material. É um ser decorrente da união de vários seres humanos, consistindo, nesse aspecto, em uma coletividade. E é a realidade substancial de cada membro daquela coletividade que faz com que tanto aquele grupo quanto a coletividade em geral devam respeito.

Ainda no que tange ao “ser” da pessoa jurídica, porém no que se refere ao “ser de razão”, a dependência da razão pode se dar de duas formas, segundo dispõe Lamartine<sup>102</sup>: a)

---

101 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1967.

102 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 167-168. A ideia também fica clara na explicação de M. Villey In: VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. trad. Cláudia Berliner. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 184-187.



efeito relativamente à causa, em que a razão ou é causa eficiente (como no caso da obra de arte) ou é causa material (o fundamento de um ato ou hábito); e b) um objeto relativamente a quem conhece, em que o “ser” dependente não existe fora da razão, não sendo, portanto, real.

Os ataques a essa ordem de ideias seriam decorrentes daqueles que olvidassem a realidade inerente aos seres que, com fundamento no grupo humano e nas necessidades da pessoa humana, dependem da razão como efeito da causa, ou seja, que seu complemento ontológico dependa do fornecimento por via intelectual<sup>103</sup>.

Por fim, Lamartine não desmerece o papel da lei. Em sua teoria ela possui efeito declarativo, reconhecendo não qualquer coisa, mas realidades sociais “cujo ser e estrutura correspondam aos de uma pessoa jurídica”<sup>104</sup> – que é, por sua vez, realidade pré-existente, “nascidas da natural sociabilidade do ser humano e nas instituições derivadas de uma determinada destinação de bens a determinados fins, estas são decorrentes da tendência humana a perpetuar suas obras”.<sup>105</sup>

O reconhecimento é fundamental, pois garante, com apoio do Poder Público, a personalidade jurídica a uma realidade ontológica pré-existente. É, ao mesmo tempo, um oportunidade do Estado para negar juridicidade a realidades sociais que atuem contrariamente ao bem comum – não observam os

---

103 LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 168.

104 *Idem.*

105 *Idem.*

requisitos normativos para o reconhecimento. Sem o reconhecimento somente se pode falar de uma realidade social existente de forma ontológica; não, porém, de uma pessoa jurídica, na rigurosidade técnica do termo<sup>106</sup>.

Passa-se à crítica a essa exposição. Destarte, partindo da premissa de que a posição de Lamartine é realista, afirmamos desde já nosso pressuposto de esterilidade de discussões que almejam “desvelar” uma significação necessária, certa de palavras. Nesse sentido, como apontou Bobbio, “A cientificidade de um discurso não consiste na verdade, é dizer, na correspondência da enunciação com uma realidade objetiva, mas no rigor de sua linguagem, é dizer, na coerência de um enunciado com todos os demais enunciados com o sistema que formam com aquele. O valor científico de um estudo, portanto, não é possível fora do uso de uma linguagem rigorosa; a ciência não é possível fora dessa linguagem rigorosa (...)”<sup>107</sup>.

Desse aporte, questiona-se uma concepção em que o jurista toma um ente jurídico nos mesmos moldes em que, “(...) um astrônomo consideraria ‘Saturno’: ou seja, como um ente de existência própria, cujas propriedades autônomas poderão ser reveladas através do raciocínio e da utilização de um

---

106 Conclusão textual extraída de LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Op. cit.*, 1962. p. 169.

107 Tradução livre de: “La cientificidad de un discurso no consiste en la verdad, es decir, en la correspondencia de la enunciación con una realidad objetiva, sino en el rigor de su lenguaje, es decir, en la coherencia de un enunciado con todos los demás enunciados que forman sistema con aquél. El valor científico de un estudio, por tanto, no es posible fuera del uso de un lenguaje riguroso; la ciencia no es posible fuera de ese lenguaje riguroso (...)”.

(BOBBIO, Norberto. **Contribución a la Teoría del Derecho**. Valência: Fernando Torres Editor, 1980. pp. 182-183).

‘telescópio jurídico’<sup>108</sup>. Mesmo porque a hipóstase jurídica é resultado de uma conformação social, implica para sua análise perscrutar a “função histórico-ideológica, no presente e no passado, da forma jurídica, isto é, do Direito, e de sua relação estrutural com a estrutura econômica da formação social de que faz parte”<sup>109</sup>.

### 3. A PESSOA JURÍDICA DESDE UMA VISÃO DO MATERIALISMO HISTÓRICO

Sendo certo que a pessoa jurídica possuiu diferentes determinações ao longo de seu trajeto histórico – como demonstrado no presente trabalho –, fica claro que a ordem normativa que ora nos é repassada – sua essência, como resultado histórico, cuja percepção nos é sincrônica –, é dada ao inverso de sua ordem cronológica<sup>110</sup>.

Logo, não sendo uma significação necessária ou única, o instituto jurídico – no nosso caso, a pessoa jurídica – é encarado por nós como “(...) categoria jurídica fundamental do presente, como uma síntese (na forma de uma unidade lógica) de um múltiplo histórico e como um resultado lógico-histórico que apresenta, na sociedade capitalista, uma determinada *relação* entre os elementos que constituem as suas determinações. Esta relação, esta ordem, é desconstruída pelo método lógico

---

108 JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, 1987. p. 15.

109 MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. *Op. cit.*, 1990. p. 49.

110 *Ibidem*. p. 51.

-histórico que funda a crítica do presente e essa desconstrução significa que não se devem *receber* as categorias jurídicas e as suas determinações “na ordem porque foram historicamente determinadas mas, ao invés, a sua ordem é ‘determinada pelas relações que se estabelecem entre elas na sociedade burguesa e que é precisamente a *inversa* da que parece ser a sua ordem natural”<sup>111</sup>.

Portanto, é relevante salientar importante adendo: tocando em questão prévia à decantação teórica da pessoa jurídica por Savigny, a opção jusnaturalista do que é “singular ao homem”<sup>112</sup> – “pré-história teórica do liberalismo”<sup>113</sup>, o qual, por sua vez, é pressuposto da síntese lógico-histórica que estamos a tratar –, tendo para si a proteção do Estado, por meio de um sistema normativo, ao acesso (pela via contratual) e à livre fruição e disponibilidade dos bens (em decorrência do direito de propriedade) – divisão do século XVI entre *obligatio* e *dominus* que constitui a “sintaxe” do direito patrimonial (direito obrigacional e direito real) desde o século XVII<sup>114</sup> – vem a ser a própria realização (historização) do *ius patrimoniale*.

E, ainda nessa esteira diacrônica, seu fundamento jusnatural passa não mais a ser a conformidade com a vontade

---

111 MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. *Op. cit.*, 1990. p. 51.

112 “*vita, incolumitas corporis, libertas, aestimatio*”. SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Traité du Droit Romain**. I, p. 331 *apud* MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. *Op. cit.*, 1990. p. 252.

113 CERRONI, Umberto. **O pensamento político**, I. Estampa: Lisboa, 1974, p. 50 *apud* MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. *Op. cit.*, 1990. p. 254.

114 *Ibidem*. p. 252.

divina – de fato, os princípios de direito natural seriam válidos ainda que fosse aceita a inexistência de Deus<sup>115</sup> –, mas a própria “natureza das coisas”: desde o século XVII, o capitalismo mercantil<sup>116</sup>.

É dizer antes: na passagem do *ius commune* ao *ius mercatorum*, assiste-se à “reativação” de formas do Direito romano, todavia sob substratos jurídicos novos, como a ideia de *voluntas* – inovada pelo nominalismo e pela Escolástica<sup>117</sup> –, e amalgamados às transformações do modo de produção, da economia artesanal (modo de produção feudal) para o capitalismo comercial, que irá “civilizar” – dotar de racionalidade civilista – importantes institutos do *ius commune*, como o contrato e

---

115 Esta passagem tem sua autoria atribuída a Grócio, porém tem suas primeiras manifestações no nominalismo do final do séc. XIV. Nesse sentido, conferir VILLEY, Michel. *Op. cit.*, 2009. p. 371.

WOLF, Erik. **Grotius, Pufendorf, Thomasius. Drei Kapitel zur Gestaltesgeschichte der Rechtswissenschaft.** J. C. B. Mohr, Tubinga, 1927, p. 51 e ss. *apud* MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. *Op. cit.*, 1990. p. 257.

116 MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. *Op. cit.*, 1990. p. 258.

117 Nesse sentido, toma-se nota da contribuição da Segunda Escolástica para a dominação ibérica dos “novos territórios” ao fornecer o suporte teórico necessário para o estabelecimento de relações jurídicas com os ameríndios (não obstante a notável defesa dessas populações por determinados pensadores desta escola, v.g. Francisco de Vitoria e Bartolomeu de Las Casas). E por esse “novo direito, os ameríndios viam-se obrigados a permitir que os espanhóis dominassem os ‘novos territórios’, exercessem atividades comerciais, casassem e promovessem seu autogoverno, em suma, que constituíssem colônias”. (HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje.** Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 283-284). E, nesse diapasão, houve a constituição do imaginário mundo colonial moderno. A esse respeito, ver MIGNOLO, Walter D. **Histórias locais/Projetos globais:** colonidade, saberes subalternos e pensamento liminar. trad. Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

a propriedade, refletindo uma transformação da propriedade: agora voltada não à satisfação imediata de necessidades, mas à obtenção de nova riqueza<sup>118</sup>. O contrato, e não mais o *dominium*, como principal agente vetorial da propriedade no direito dos mercadores, conjuntamente com os usos e costumes comerciais da época – *bona fides* e *aequitas mercatória*, que eram também fontes do direito –, vêm a mobilizar novas concepções de propriedade, no sentido de patrimonialização – “tal como a propriedade fundiária (*dominium directum et utile*)” –, de forma unitária, passando a incluir, por exemplo o *fonds de commerce*<sup>119</sup>.

Sobre esse “complexo unitário de bens (*universitas facti e iuris*)”<sup>120</sup>, porém, não recaía o mesmo conteúdo do

---

118 “Assim, a propriedade, radicada pelo mecanismo do sujeito na pessoa (*suppositum*) – hispóstase construída «sobre» o *dominium sui* medieval – e que se torna, pelo «trabalho» subsequente da Escolástica Espanhola, num direito absoluto, funda-se, com o jusnaturalismo, numa razão em si contraditória, de tipo «galilaicotomista» (E. Wolf), que no campo do direito privado pré-figura o novo espaço da *voluntas* que o humanismo protestante transforma na categoria moral (M. Weber) do «capitalismo comercial».

A partir destas premissas, é pela interpretação histórica do direito comercial (V. Goldschmidt), *rectius* é pela análise histórica-crítica de algumas categorias do «direito privado comum» – o *dominium* e o contrato –, que se pode perceber *in totum* o significado «global» (M. Weber) da «passagem» do sistema do *ius commune* para os vários direitos nacionais (V. P. Mortari) – na época da «acumulação primitiva» – e, ao mesmo tempo, «decifrar-se» o sentido moderno das categorias *persona* e *res* do plano das Institutas”.

(MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. *Op. cit.*, 1990. p. 266-267).

Também nesse sentido, ver: HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 5-25.

119 *Ibidem*. p. 268.

120 *Ibidem*. p. 271.

*dominium* romano<sup>121</sup>; mas, sim, uma afetação à atividade comercial, “ou seja, os bens estão vinculados «*de iure* à garantia dos créditos relativos à empresa»”<sup>122</sup>, mesmo porque, como já dito, o conteúdo econômico passa a ser relativo, ou seja, a riqueza passa a ser valorada cada vez mais em razão (*racionalmente*) do seu potencial de gerar a “mais-valia”. Esse novo *dominium*, subjetivado pelo nominalismo e tornado absoluto pelo trabalho da segunda escolástica<sup>123</sup>, passa a ser exercido, desde os séculos XVII e XVIII, como *ius in rem*, vale dizer, um poder sobre a coisa – a propriedade mercantil se “civiliza”.

Todavia, referida apreensão da empresa pela racionalidade civilística acaba por abarcá-la somente desde o viés de uma categoria de troca, uma atividade de intermediação, olvidando a organização, conteúdo ou estrutura do ambiente em que os atos comerciais são desenvolvidos<sup>124</sup>. Em síntese, a confluência de domínio dos elementos de produção (matéria-prima, trabalho e capital) de forma organizada não é levada em consideração para a identificação da empresa, ascendendo a atividade, cujo conteúdo passou a ser positivado objetivamente (teoria objetiva dos atos de comércio do *Code de Commerce*), como fator de identificação<sup>125</sup> – atividade em razão da qual,

---

121 MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. *Op. cit.*, 1990. p. 269.

122 Idem.

123 VILLEY, Michel. *Op. cit.*, 2009. p. 369-381.

124 MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. *Op. cit.*, 1990. p. 275.

125 “(...) com a «civilização» do direito comercial «vem a supor-se que a fenomenologia mercantil se reconduz inteiramente à fenomenologia civil: às relações obrigacionais e dominiais em que o indivíduo aparece como puro ‘indivíduo’, quer em face dos *outros*, quer em face dos

finalisticamente, é destinado determinado estabelecimento, diferentemente da pessoa, que possui uma finalidade em si mesma<sup>126</sup>.

Dessa grande separação entre coisa e pessoa, não simples resultado direto do aumento de intensidade das trocas

---

*bens* – fenomenologia de *oposição* ou de *secessão*», de raiz kantiana. Isto significa, que no funcionamento da *ratio* comercial – existe um *operare* que faz deslocar o objecto privilegiado do direito comercial – a empresa, o estabelecimento – da esfera da produção para a esfera da circulação, em resultado da «dominância», sobre a razão jurídica, das categorias típicas de uma economia de mercado. Na verdade, foi por se «ter reconhecido como valor do comércio – como valor disponível e transferível – que o estabelecimento se admitiu na circulação não negocial e, ao mesmo se afirmou perante o fisco». Mas isto não significa, conclui Orlando De Carvalho, «que esse valor objectivo constitua no Direito (ou num certo Direito) um *objecto* em sentido técnico, ou um objecto novo, ou mesmo um objecto (e não uma pluralidade de objectos)»". (MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. *Op. cit.*, 1990. p. 275-276).

- 126 "(...) essa deslocação – a metonímia – estrutural dos «objectos» jurídicos para a esfera da circulação é um «efeito pertinente» (A. Martinet) da ocultação, na tectónica da razão jurídica (e no seu sistema de juízos) e como seu princípio estruturante (C. Varga), da realidade histórica do capital, porque o modo como o direito civil – como «direito privado comum», como «paradigma» do direito vigente – «representa» essa realidade, não é uma representação, mas uma mistificação: transforma (invertendo) o mundo do capital (a sociedade capitalista), num mundo de pessoas contrapostas a coisas. Ou como diz K. Larenz: «o conceito contraposto ao de pessoa, em sentido jurídico, é o de coisa». Ora isto vale também para o direito comercial. Para esta construção jurídica da empresa e para a «fixação» do seu *Umwelt* concorre – para além da liberdade de empresa e da liberdade contratual – um certo tipo de humanismo, um humanismo cristão «laicizado» de que Kant, na linha de C. Wolff, se fez expressão desde os *Fundamentos de uma Metafísica dos Costumes* (1785), a ideia de que o homem é um fim em si mesmo (*Zweck na sich selbst*), isto é, a ideia de que o homem como pessoa tem dignidade, ou o que é o mesmo, não tem preço – princípio que «determina uma oposição radical entre 'coisas' e 'pessoas' que se reflecte em toda a visão do direito privado»". (*Ibidem*. p. 276-277).



comerciais, mas “resultado complexo da Teologia, do Direito e da Filosofia, relativamente a uma sociedade cada vez mais assente na produção de valores de troca”<sup>127</sup>, decorrerá a hipostasiação do sujeito de direito e abrirá caminho para construção da ciência jurídica moderna, sobretudo desde Savigny.

#### 4. A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA A PARTIR DA VISÃO CRÍTICA DA EMPRESA PELO MATERIALISMO HISTÓRICO

Encarada como um resultado lógico-histórico, como um instrumento no qual figura *preambularmente* a relação histórico-estrutural econômica e *no epílogo* a internalização superestrutural – ou seja não mais admitida como um ente ontológico, mas como um instrumento econômico/jurídico decorrente do modo de produção –, defende-se que a empresa vem a ser o conseqüente da verificação de atribuição de sentido – ao se atender aos respectivos requisitos jurídicos de reconhecimento – realizada por um determinado ordenamento.

E sob essa premissa, nota-se a transformação cada vez mais dinâmica da *estrutura*<sup>128</sup>. Hodiernamente, sendo o modelo civilizatório submetido ao crivo da globalidade, percebe-se o incremento do risco, dando azo à denominada

---

127 MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. *Op. cit.*, 1990. p. 285.

128 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Oeiras: Celta Editora, 2000, p. 3-5.

sociedade do risco, preceituada por Ulrich Beck<sup>129</sup>.

O agir nessa concepção social deve ser precedido de uma análise consequencialista, haja vista que a confiança, exponencial e forçosamente espreitada pelo tecido social, é essencial à sua dinâmica – a clivagem social do trabalho, com o fim dos polímatas face a necessidade da especialização do conhecimento, decorre na dependência da confiança nos sistemas perito (mesmo desconhecendo/ignorando o processo de fabricação, a técnica utilizada ou mesmo o trabalhador que a empregou), os quais estruturam o agir social<sup>130</sup>.

Sob influência do aumento do risco, o Direito penal, vocacionado à proteção última de bens jurídicos essenciais, vira sua massa de mira às maiores produtoras de contingências: as companhias<sup>131</sup>. Elas, no dizer de Andrew Grove<sup>132</sup>, devem ser paranoicas se desejarem sobreviver, pois em uma competição generalizada “estejamos já desmascarados como tal ou certos de que seremos desmascarados na primeira oportunidade. Num ‘frenesi competitivo’, todos nós mantemos a pólvora seca e as armas bem lubrificadas”<sup>133</sup>. O sucesso é circunscrito a um

---

129 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

130 GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

131 Nesse sentido, apontam-se as recentes investidas do Direito penal na área ambiental, como a adoção da teoria da autorresponsabilidade, fixada no RE 548.181-PR.

132 GROVE, Andrew S. **Só os paranoicos sobrevivem**. Lisboa: Editora Gradiva, 2000.

133 BAUMAN, Zygmunt. **Retrotopia**. trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro:

efêmero período de gozo, que será imediatamente sucedido pela incerteza – ante esse cenário, dito inelutável, aos agentes caberia apenas sua aceitação pragmática.

E, Sendo o Direito penal necessariamente inscrito num determinado lócus social, resta claro que sofre a influência deste filtro axiológico – o que não se diz a sucumbência irrefletida aos anseios populares –, deixando-o penetrar por suas fendas argumentativas.

Nesse sentido, à referida “modernização” – melhor, “migração”<sup>134</sup> – do Direito penal soma-se a necessária consonância da *proteção* social do intolerável<sup>135</sup>. Isto não quer dizer, frise-se, a superação das garantias processuais penais, como receitam alguns<sup>136</sup> – refrise-se: não se faz aqui uma defesa do

---

Zahar, 2017. p. 47.

134 Nesse sentido, BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 173.

135 “É possível chamar o controle social mais grave exercido pelo Estado de Direito penal, de Direito administrativo, de Direito civil, até mesmo de liquidificador ou de abajur, se quisermos! Isso não desnatura o fato de que está aí presente o mecanismo mais grave que o Estado dispõe para a ingerência na vida do cidadão. Como tal, esse mecanismo deve gozar da melhor estrutura de garantias. Esta é uma máxima da qual a evolução social da humanidade simplesmente não pode prescindir. Isso é inegociável. Já, por outro lado, se vamos produzir o abandono do *Direito penal* por algo melhor do que ele, como queria Radbruch, ou se vamos avançar e chamar tudo de *Direito civil*, pouco importa. O importante é que as intervenções mais graves estejam *pari passu* com as garantias mais afirmadas”. (BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, 2013. p. 173).

136 A exemplo de SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

eficientismo penal<sup>137</sup>. Para além de destinar-se à proteção subsidiária de bens jurídicos, sabe-se que toda e qualquer utilização do Direito penal deve ser orientada por seus princípios fundamentais, regras e metodologia<sup>138</sup>.

Assim sendo, a introdução de novas complicadoras sociais no campo penal indica apenas o espelhamento autorreferencial da influência do movimento das contingências sociais operado no meio extrajurídico, não importando necessariamente em um acoplamento estrutural, uma internalização sistêmica irrefletida. Nesta esteira, aponta DAVID que “[...] **desde já, é necessário defender que esse processo de modernização não implica na recusa do modelo penal liberal. Afinal, tal modelo não deve ser entendido como uma etapa histórica**, mas sim como um ideal teórico que deve salvarguardar, de maneira especial, os valores que constituem, indubitavelmente, o núcleo de garantias que é gozado atualmente. Além disso, a desejável busca do bem-estar social não implica na necessidade de um sacrifício desmesurado da liberdade dos cidadãos; pois, ainda que os anseios econômicos e os valores da sociedade de consumo se imiscuem aos anseios existenciais da população, a valoração subjetiva de cada pessoa sobre os bens da sociedade importará na forma de atuação do Direito

---

137 BARATTA, Alessandro. **La política criminal y el derecho penal de la Constitución**: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 8. n.º 29. jan./mar., p. 41. 2000.

138 DAVID, Décio Franco. **Fundamentação principiológica do Direito penal econômico**: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, Paraná. p. 131.

para controlar a relação que os indivíduos desenvolvem. Especialmente, pelo fato do Estado ter como missão a proteção da pessoa humana<sup>139</sup> (sem destaque no original).

Trata-se, em verdade, de buscar a máxima efetividade das normas constitucionais<sup>140</sup> – e reafirmar sua imperatividade<sup>141</sup>.

Por conseguinte, a responsabilidade penal da pessoa jurídica – o exercício da *potestas puniendi*<sup>142</sup>, na verdadeira aceção de exercício delegado pelo poder político institucionalizado<sup>143</sup> e em respeito pela *potentia*<sup>144</sup> (o próprio povo) e

---

139 DAVID, Décio Franco. *Op. cit.*, p. 85.

140 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1124 e ss.

141 Nesse sentido: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 222.

142 BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. v. I. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017. p. 18.

143 “(...) ante a corrupção das burocracias políticas torna-se mais do que nunca necessária uma crítica da filosófica política para apresentar de maneira nova os princípios normativos da política. Toda a corrupção do político é o efeito de uma *inversão* ontológica fundamental, que consiste em tomar a *potestas* como lugar onde reside a autonomia, a autodeterminação, a soberania, a autoridade do exercício do poder, sem referência à *potentia* (cuja sede é o povo). A partir daí toda a outra corrupção passa a ser possível. Os princípios normativos são necessários para mostrar essa originária inversão ou deslocamento da referência última do poder”.  
(LUDWIG, Celso Luiz. **Política da libertação: notas introdutórias a partir da filosofia de Enrique Dussel**. p. 31 In: SOUZA, André Peixoto de (Org.). **Estado, poder e jurisdição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015).

144 No sentido de dever de realização de direitos fundamentais. Nesta esteira, conferir SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 343 e ss.

em respeito a uma pretensão de *justiça política*<sup>145</sup> –, não se trata apenas de uma decisão política, mas de equidade no trato dos agentes capazes de praticar delitos.

## 5. CONCLUSÃO

O presente trabalho almejou primeiramente destacar diferentes posições doutrinárias acerca do conceito de pessoa jurídica, expondo seus apontamentos e tecendo considerações críticas a respeito de cada uma. Especialmente em razão de ser regido pelo princípio da legalidade, não tendo um conceito próprio de pessoa jurídica, o Direito penal não excepciona a base civilística e empresarialista do instituto – deve, portanto, uma atenção que muitos penalistas vêm olvidando.

Outrossim, embora a contundência com que as organizações nos influenciem, notou-se a necessidade de rememorar a pessoa jurídica como um instrumento econômico-jurídico, não como algo de existência ôntica ou “orgânica”. A fórmula que decorre do “exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”<sup>146</sup> é a apreensão jurídica de um resultado complexo do cristianismo, tomismo, nominalismo, da escolástica, liberalismo e capitalismo. Não há crise a ser resolvida<sup>147</sup>, há modelo

---

145 No sentido proposto por Enrique Dussel *In*: DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación**: arquitecônica, v. II. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 15.

146 É a dicção do art. 966 do Código Civil de 2002.

147 Em referência à obra: LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

que atende mais ou menos a necessidade de mercado e/ou o paradigma ideológico de um ordenamento. Foi o segundo ponto que se procurou demonstrar.

Este assento na superestrutura (no caso, ao nível do direito) vem sendo demandado pelas transformações desenvolvidas na estrutura (modo de produção). Obedecendo corretamente ao impulso constitucional, a relativamente recente (e necessária!) percepção penal da empresa, porém, não deve ter como consectário a recusa de sua racionalidade, a recusa das regras do seu jogo.

## 6. REFERÊNCIAS

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

BARATTA, Alessandro. **La política criminal y el derecho penal de la Constitución**: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciências penales. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 8. n.º 29. jan./mar., 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Retrotopia**. trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Oeiras: Celta Editora, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Contribución a la Teoría del Derecho**. Valência: Fernando Torres Editor, 1980.

BRASIL, República Federativa federativa do. **Constituição da República federativa do**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: jun./2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Federal – STF. **Recurso Extraordinário n.º 548.181-PR**. 1ª Turma. Rel.ª Min.ª Rosa Weber. Dj: 6/08/2013.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. v. I. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DAVID, Décio Franco. **Fundamentação principiológica do Direito penal econômico**: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, Paraná.

FERRARA, Francesco. **Le persone giuridiche**. vol. II. 2ª ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1956.

FRANCO, Alberto Silva. **Do princípio penal da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra. n.º 6, 1996.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GROVE, Andrew S. **Só os paranoicos sobrevivem**. Lisboa: Editora Gradiva, 2000.



HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Pessoa jurídica: por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra**. In: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (org.). **Concurso de monografias prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005.

LUDWIG, Celso Luiz. **Política da libertação: notas introdutórias a partir da filosofia de Enrique Dussel**. In: SOUZA, André Peixoto de (Org.). **Estado, poder e jurisdição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 58.

LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

\_\_\_\_\_. **Conceito de pessoa jurídica**. 1962. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1962.

MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o direito civil: para a crítica histórica do “paradigma civilístico”**. 1990. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Jurídico-Filosóficas, Universidade de Coimbra, 1990.

MIGNOLO, Walter D. **Histórias locais/Projetos globais: colonidade, saberes subalternos e pensamento liminar**. Trad. Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

PALAZZO, Francesco. **Estado constitucional de derecho y derecho penal**. trad. Virginia Sánchez López. Revista Penal. Barcelona. n.º 2. 1998.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PAULSON, Stanley Lowell. **The very idea of legal positivism**. trad. Thomas da Rosa de Bustamente. Revista Brasileira de Estudos Políticos (RBEP). Belo Horizonte. n.º 102. jan./jun., 2011.

SALEILLES, Raymond. **De la personnalité juridique: histoire et théories**. 2ª ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau & Compagnie, 1922.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Sistema del diritto romano attuale**. vol. II. Trad. Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografica Editrice, 1888.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. trad. Claudia Berliner. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

# A FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA COM O ADVENTO DO CPC 2015

Carla Fabiana Rocha Wierzbicki<sup>1</sup>

**Resumo:** A fundamentação das decisões judiciais no atual Estado Constitucional representa a legitimação do Poder Judiciário, tendo em vista que ao expor os motivos de seu convencimento o julgador demonstra imparcialidade e transparência no seu exercício jurisdicional. Este trabalho de conclusão de curso é resultado da pesquisa sobre o tema da Fundamentação da Sentença no Código de Processo Civil de 2015, o qual tem como objetivo analisar quais foram as inovações relevantes trazidas pelo novo Código nesse sentido. A pesquisa abrange os princípios norteadores da fundamentação das decisões judiciais, dando enfoque ao princípio da Motivação, do Contraditório no Estado Democrático de Direito e da Primazia das Decisões de Mérito. Na sequência a pesquisa apresenta a relevância da fundamentação na Carta Magna de 1988 e por fim apresenta a análise da fundamentação elencada pelo novo Códex de maneira a demonstrar a sua relevância.

**Palavras-chaves:** Fundamentação. Decisão. Contraditório. Sentença.

---

<sup>1</sup> Advogada. Pós Graduada em Direito Processual Civil pela ABDConst.

## 1. INTRODUÇÃO

**P**rocurando ajustar aos anseios sociais na solução de conflitos e almejando uma decisão justa, o legislador inseriu no Código de Processo Civil de 2015 a inovação no conceito do elemento da fundamentação da sentença e demais decisões judiciais trazendo a obrigatoriedade ao magistrado de seguir os parâmetros elencados originalmente pela Lei 13.105/2015 para proferir suas decisões garantindo e concretizando os direitos fundamentais do indivíduo.

Devido a sua importância, o presente trabalho realizará a análise da fundamentação das decisões e sua alteração em relação ao elemento da fundamentação da sentença trazida pelo Código de Processo Civil 2015, na procura por compreender com que pressuposto é possível definir o que não é fundamentação que se enquadre na definição do código e, verificar ainda, como o conceito de fundamentação da sentença pode contribuir para que a decisão seja justa.

As recentes reformas legislativas processuais, contribuíram para que se desenvolvesse profundo interesse em relação à eficácia da prestação jurisdicional no âmbito das decisões judiciais, em particular a sentença, devido a mudança do conceito de fundamentação das decisões, de forma a despertar o interesse em propor uma análise face ao Código Processual Civil vigente, com o intuito de averiguar o quanto as novas regras trazidas pelo referido Código podem contribuir para uma efetiva tutela do Poder Judiciário.

Para tanto, no primeiro capítulo é abordado os pronunciamentos judiciais no CPC/2015, examinando-os de forma

a apresentar seus conceitos, estrutura e cabimento. No segundo capítulo o trabalho discorre sobre os princípios que norteiam a fundamentação da sentença no ordenamento pátrio, particularmente os que se referem aos pronunciamentos judiciais. Por fim, no terceiro capítulo, apresenta a fundamentação da sentença como garantia constitucional elencada na Carta Magna, além de discorrer sobre o conceito de fundamentação no CPC de 2015, analisando de que forma o magistrado deve aprofundar sua decisão para uma justa decisão.

## 2. PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS

O processo tem como escopo a solução de conflitos através do Estado, os quais não foram passíveis de um desfecho no âmbito particular, ao recorrer ao Poder Judiciário surge a figura do julgador como mediador do desacordo.

Sendo o juiz o personagem que conduzirá o litígio a sua função constitui em

“(...) atos importantíssimos para o curso do processo, pois dele dependem as soluções incidentais e definitivas que o Estado dará por meio do Poder Judiciário, concretizando, portanto, o acesso ao Judiciário como garantia constitucional processual.”<sup>2</sup>

Nesse intento, foram conferidos ao magistrado alguns poderes chamados de pronunciamentos ou decisões

---

2 THAMAY, Rennan. **Manual de direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 168 (ebook)

judiciais, os quais abrangem a esfera administrativa, que têm a finalidade de propiciar o simples andamento do processo, e outros na esfera judicial, propriamente dita, cujos atos conduzem o processo segundo o rigor da Lei, determinando às partes cumpri-los.

Esses pronunciamentos judiciais praticados pelo magistrado, estão elencados especificamente no Código de Processo Civil, art. 203, caput, os quais são denominados de sentenças, decisão interlocutória e despacho, contudo, tais atos não se resumem apenas a esses três pronunciamentos, pois “além dos pronunciamentos, o juiz realiza outros tipos de atos, como o interrogatório das partes, a colheita de depoimentos, a inspeção judicial e outros atos materiais”<sup>3</sup>. Entretanto, para melhor compreensão do presente trabalho destaca-se o conceito da decisão interlocutória, do despacho e o da sentença.

## 2.1 Decisão interlocutória

Entende-se como decisão interlocutória, todo ato de cunho decisório, relativo a questões processuais ou de mérito, que precisam ser decididas no decorrer do processo e que, no entanto, não definem a fase de conhecimento e nem põe fim à execução, conforme conceitua o CPC<sup>4</sup> em seu art.203, § 2º.

Várias podem ser as ocorrências que se caracterizam como decisões interlocutórias no decorrer do processo sendo

---

3 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo de conhecimento, 1ª parte. vol. I. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 214 (ebook)

4 BRASIL LEGISLAÇÃO. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

“(…) variáveis de acordo com as peculiaridades do litígio, do procedimento e, mesmo, da fase procedimental”<sup>5</sup>. Dentre esses atos pode-se citar, “deferimento ou indeferimento de tutelas provisórias; proibição de juntada de documentos aos autos (...) tomada do depoimento da parte contrária etc.”<sup>6</sup>, ou seja, são “atos pelos quais se resolve questões incidentes”<sup>7</sup> no processo que “trarão prejuízo a uma das partes, favorecendo a outra”<sup>8</sup>.

Importante salientar, como lembra Theodoro, “sob pena de nulidade, toda a decisão interlocutória deverá ser adequadamente fundamentada”<sup>9</sup>, seguindo a determinação da Constituição Federal, art. 93, IX, art. 11 e art. 489, ambos do CPC, assim como a sentença.

Por fim, de acordo com os autores, entende-se que decisão interlocutória é pronunciamento decisório que trará consequências a uma das partes, no âmbito processual ou de mérito, e que apesar de abranger situações que por consequência venham a antecipar o término do processo, ela não pode ser considerada sentença, tendo em vista que tal decisão não define uma fase do processo, seja ela de conhecimento ou de execução.

---

5 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. vol.I. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 260 (livro eletrônico baseado na 16.ed. impressa).

6 MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito Processual Civil**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 630 (ebook)

7 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso**. vol. I. p. 215.

8 MONTENEGRO FILHO, Misael. *Op. cit.*, p. 630 (ebook)

9 THEODORO JR., Humberto. **Curso**. vol. I. p. 743.

## 2.2 Despacho

Segundo o art. 203, § 3º do CPC, “são despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte”. O conceito trazido pelo referido Código é de exclusão, ou seja, será considerado despacho o que não for decisão interlocutória ou sentença.

Pode-se considerar como despachos as determinações ou iniciativas que apenas tem como finalidade impulsionar o processo como “determinação de remessa dos autos ao contador para a elaboração de cálculos, concessão de prazo para o oferecimento de contrarrazões ao recurso interposto pela parte contrária etc.”<sup>10</sup>.

Portanto despachos são meras movimentações administrativas que têm como objetivo dar estímulo ao processo, ou seja, “são aqueles que não têm nenhum conteúdo decisório, sendo incapazes de provocar qualquer prejuízo às partes”<sup>11</sup>.

Para Theodoro serão considerados despachos de mero expediente os atos que “(...) visem unicamente à realização do impulso processual, sem causar nenhum dano ao direito ou interesse das partes. “Caso, porém, ultrapassem esse limite e acarretem ônus ou afetem direitos, causando algum dano (máxime se irreparável), deixarão de ser de mero expediente e ensejarão recurso”. Configurarão, na realidade, não despachos, mas verdadeiras decisões interlocutórias”<sup>12</sup>.

---

10 MONTENEGRO FILHO, Misael. *Op. cit.*, p. 630.

11 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso**. vol. I. p. 215.

12 THEODORO JR., Humberto. **Curso**. vol. I p. 744.



Tal pronunciamento, por tratar-se de ato de mero expediente, tem como característica não ser passível de recurso e nem de preclusão.

Diante do exposto o CPC esclarece que será considerado despacho o ato que não se enquadrar como decisão interlocutória ou sentença.

### 2.3 Sentença

De acordo com o art. 203 § 1º do CPC: “Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.”, ou seja, é o pronunciamento pelo qual o julgador define de forma solene e formal uma fase do processo, com ou sem análise do mérito, ou seja, é o momento onde o juiz ao conduzir o processo utilizando-se do contraditório efetivo, “(...) interpreta e aplica o direito a fim de resolver a controvérsia apresentada em juízo”<sup>13</sup>.

Em relação à terminologia, o correto é dizer que a sentença põe fim a uma fase cognitiva do processo, já que “o legislador valeu-se da conjugação dos dois critérios para defini-la. Ela é o pronunciamento judicial que se identifica: a) por seu conteúdo, que deve estar em consonância com o dispositivo nos art. 485 e 487 do CPC; b) por sua aptidão ou de por fim ao processo, nos casos de extinção sem resolução de mérito ou em que não há necessidade de execução ou ainda nos processos

---

13 MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Novo Curso**. vol.II. p. 305.

de execução nos títulos extrajudiciais, ou a fase cognitiva, nos casos de sentença condenatória, que exige subseqüente execução.”<sup>14</sup>, ou seja, é necessário que estejam presentes esses dois elementos em conjunto para que o pronunciamento judicial se configure como sentença.

A partir do conceito elencado no art. 203, § 1º, percebe-se que é abordado dois tipos de sentença, a que “diz respeito o art. 487, em que há resolução de mérito;”<sup>15</sup> e “(...) as *terminativas*, relacionadas no art. 485, em que não há resolução de mérito”<sup>16</sup>, desse modo, conforme o conceito legal, supracitado, os pronunciamentos firmados com fundamento no art. 485 decidirão a lide com observâncias processuais, aquelas que dizem respeito somente a questões de cunho formal, enquanto os pronunciamentos em conformidade com o art. 487 serão proferidos em razão da análise do mérito, ou seja, do objeto pertinente ao conflito.

Importa salientar que o conceito de sentença de primeiro grau abrange as decisões monocráticas e os acórdãos, assim chamadas as resoluções proferidas em instâncias superiores, por desembargadores e ministros ao imprimirem suas decisões monocraticamente ou em julgamento colegiado, conforme as lições de Marinoni, “acórdãos são julgamentos colegiados realizados pelos tribunais (art. 204). Essa denominação

---

14 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso**. vol.II. p. 169.

15 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** : procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos. vol.II. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 72 (ebook)

16 Idem.

advém do fato de o julgamento constituir um acordo unânime ou por maioria entre os desembargadores ou ministros que compõem o órgão colegiado encarregado do julgamento”.<sup>17</sup>

Compreende-se, portanto que a sentença é o pronunciamento do julgador para a solução das fases do conflito, as quais podem resolver o mérito da causa ou não e que abrange tanto o conteúdo, quanto a finalidade do ato.

### **2.3.1 Estrutura**

Considerando que a sentença é um ato solene e formal, que provém do trabalho lógico do juiz, será indispensável observar as regras do CPC em relação aos componentes necessários para que o pronunciamento judicial seja considerado como decisão válida. Dessa forma o art. 489 do Códex processual determina como elementos a estruturarem a sentença: o relatório, os fundamentos e o dispositivo, que aborda a conclusão do julgamento como itens necessários a compor a sentença, sendo que o magistrado deverá observar com rigor tais elementos para que sua decisão goze de plena validade, como se discorrerá na sequência.

### **2.3.2. Relatório**

O relatório deve compor a parte inicial da sentença e refere-se à descrição do histórico dos fatos que permearam o processo, ou seja, sua síntese. De acordo com o ordenamento ele é elemento essencial à sentença sendo que na sua inexistência

---

17 MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Novo Curso**. vol.II. p. 68.

“(…) a sentença estará nula”<sup>18</sup>.

Segundo o art. 489, I do CPC é fundamental que estejam expressos “os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo”.

O relatório apresenta as funções de “permitir ao juiz mostrar às partes e a sociedade que ele conhece o processo que vai julgar”<sup>19</sup>. Dessa forma o magistrado aponta as questões relevantes, demonstrando o que aconteceu no processo, obrigando-o a estudar tudo que está nos autos; e a outra perspectiva é de “comparar o caso que foi julgado com outros que ainda o serão”<sup>20</sup>, essa comparação é importante, pois servirá de parâmetro para cuidar que casos parecidos sejam julgados da mesma forma, facilitando a correta aplicação de precedente existente.

### 2.3.3 Fundamentação

O segundo elemento elencado pelo art. 489, inciso II do CPC e tema do presente trabalho é referente à fundamentação, ou seja, a parte da sentença destinada a apresentar os motivos pelos quais o juiz decidiu dessa ou daquela maneira. De acordo com Marinoni *et al* é “(…) na fundamentação que aparecem as razões que devem sustentar a *convicção judicial* sobre o

---

18 NERY JR., Nelson.; NERY, Rosa Maria de Andrade de. **Código**. p. 1.160.

19 MARINONI, Luiz Guilherme *et al*. **Novo Curso**. vol.II. p. 307.

20 Idem.

caso”<sup>21</sup>, a qual se dá a partir da “(...) análise das questões fático-jurídicas”<sup>22</sup> encaminhadas ao processo pelas partes litigantes.

Nessa segunda etapa da decisão, “(...) através do raciocínio decisório, o juiz analisa o conjunto probatório ou outros critérios que lhe permitam decidir”<sup>23</sup>, ou seja, usando da lógica, o magistrado constrói um raciocínio jurídico presumido com base nas provas e nos fatos trazidos pelas partes ao processo.

De acordo com Didier, “(...) a motivação deve ser racional: deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que atua o órgão julgador. Não se confunde com uma ciência exata ou com a lógica absoluta da matemática pura. o que se espera é que atenda às regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico.”<sup>24</sup> Sendo assim, motivar racionalmente se justifica para evitar decisões subjetivas e genéricas, além de facilitar o controle da decisão.

O elemento fundamentação foi inovado pela Lei 13.105/2015 (NCPC) no aspecto de se exigir uma decisão clara, precisa e pormenorizada determinada no art. 489, §§ 1º e 2º do referido código, por expressar o que não se considera como fundamentação adequada à decisão, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, de forma a reafirmar sua importância na efetividade da atividade jurisdicional. Tal novidade será abordada com aprofundamento em capítulo próprio.

---

21 MARINONI, Luiz Guilherme. *et al.* **Novo Curso**. vol.II. p. 307.

22 *Idem*.

23 *Ibidem* p. 316.

24 DIDIER JR., Fredie, *et. al.* **Curso**. vol. II. p. 103.

### 2.3.4 Dispositivo

Dos três elementos que compõem a sentença o dispositivo é a parte da referida decisão que irá concluí-la, pois, nele o “(...) juiz resolve as questões principais que as partes lhe submeteram, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor na sentença definitiva, ou extinguindo o processo sem resolução do mérito, na sentença terminativa”<sup>25</sup>, e, portanto, descreverá o resultado do que decidiu, de modo que tal comando passará a reger a vida das partes, nele o magistrado ao concluir a sentença confirmará no todo ou em parte o pedido suscitado pelo autor. Dessa forma o dispositivo se presta a apresentar qual foi a decisão pertinente ao caso concreto.

Portanto compreende-se que esse elemento tem a função de apresentar a decisão do magistrado, sendo que nele está manifestado o resultado final da sentença, seja analisando o mérito do processo no caso da chamada, sentença definitiva, ou encerrando a lide sem a respectiva análise do mérito, em que o processo é encerrado por motivos processuais.

## 3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA

Os princípios jurídicos são auxiliares no ordenamento jurídico, tanto como forma de interpretação quanto aplicação

---

25 DONIZETTI, Elpidio. **Curso**. p. 961.

das regras jurídicas. Vários são os princípios que norteiam o processo civil, contudo em relação à fundamentação das decisões judiciais, em especificidade à sentença, objeto da pesquisa, destacam-se o princípio da motivação, o princípio do contraditório, o princípio da publicidade e o princípio da primazia da decisão de mérito. Tais princípios são vertentes do princípio do devido processo legal<sup>26</sup>.

Para não se estender em demasia com o tema princípios e exceder o conteúdo, a pesquisadora elegeu três para discorrer na sequência.

### 3.1. Princípio da motivação das decisões judiciais

O princípio da motivação das decisões judiciais é uma garantia constitucional que submete o magistrado, na esfera judicial, bem como às autoridades administrativas que lavram decisões em processos administrativos, ao dever de apresentar as razões que os convenceram a decidir dessa ou daquela maneira, salvo os despachos de mero expediente. Tal garantia oferece ao jurisdicionado ou administrado a “(...) segurança das relações jurídicas e controle da atividade jurisdicional, (...)”<sup>27</sup>, ou seja, segurança de que tal decisão tem respaldo legal e não

---

26 O princípio do devido processo legal está elencado no art. 5º, LIV da CF, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tal princípio se desenvolve quando no âmbito processual é garantido ao jurisdicionado, por exemplo, tratamento isonômico, com o direito assegurado ao contraditório e ampla defesa, com respeito a todos os trâmites necessários e possíveis para um julgamento justo.

27 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo**. 2. ed.. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 109 (ebook)

partiu simplesmente do foro íntimo de quem proferiu determinado comando, além da “(...) possibilidade de impugnar aquelas decisões que não estejam devidamente fundamentadas.”<sup>28</sup>

Analisando tal princípio no âmbito judicial, verifica-se que ele encontra respaldo na Carta Magna em seu art. 93, inc. IX e no art. 11 do CPC, onde se prevê uma imposição aos órgãos jurisdicionais, com o propósito de evitar arbitrariedades, sendo sua inobservância de tamanha gravidade que será passível de nulidade do ato decisório, conforme preconiza o próprio ordenamento pátrio e “(...) asseguram a transparência das decisões judiciais (...)”.<sup>29</sup>

O princípio da motivação, diz respeito a conferir legitimidade ao poder judiciário em face a Democracia tendo em vista que “ao contrário do que acontece no processo legislativo, em que o ato de positividade de poder – a lei – é fruto da participação de membros eleitos, significando participação indireta, e do que ocorre diante das formas de participação direta – referendo popular, plebiscito, iniciativa popular, ação popular etc. –, o exercício do poder no processo jurisdicional não depende da técnica representativa e não se assenta nos fundamentos da democracia participativa, ou melhor, nas ideias voltadas a permitir a participação direta do cidadão no poder”.<sup>30</sup>

Por tal razão o cumprimento do dever jurisdicional no Estado Constitucional exige do julgador a compreensão da lei

---

28 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op. cit. p. 109.

29 MONTENEGRO FILHO, Misael. Op. cit. p. 104.

30 MARINONI, Luiz Guilherme. *et al.* **Novo Curso**. vol. I. p. 350.



à luz dos direitos fundamentais aplicando-se ao caso concreto e, fundamentando as decisões, para “(...) prestar contas aos litigantes, isto é, àqueles que são atingidos pela coisa julgada e por todas as decisões proferidas pelo juiz”<sup>31</sup> e “(...) à sociedade em geral”<sup>32</sup>, para que dessa forma se permita “(...) aferir a imparcialidade do juiz e a legalidade de suas decisões”<sup>33</sup> de modo a conferir-lhe legitimidade no exercício da função, pois “o processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia, e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar – pela participação –, deve ser legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais – e ainda produzir uma decisão legítima”<sup>34</sup>, visando possibilitar a legitimação da adequada prestação jurisdicional no que tange a tutela de direitos.

Em relação à aplicabilidade, Didier aduz que a obrigatoriedade em fundamentar as decisões judiciais abrange duas funções, a “função endoprocessual e a função extraprocessual”<sup>35</sup>. A primeira diz respeito às partes do litígio, pois através da motivação poderão verificar a análise dos elementos e as razões que resultaram naquela determinada decisão, inclusive “para reformar ou manter a decisão”<sup>36</sup>, no

---

31 MARINONI, Luiz Guilherme. *et al.* **Novo Curso**. vol. I. p. 350.

32 *Idem*.

33 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Op. cit.* p. 110.

34 MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Novo Curso**. vol. I. p. 345.

35 DIDIER JR., Fredie. *et al.* **Curso**. vol. II. p. 315.

36 *Idem*.

que tange a “(...) função extraprocessual, (...) a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada.”<sup>37</sup>

De todo o exposto conclui-se que o princípio da motivação é garantia constitucional que visa controlar as decisões judiciais para se evitar subjetividade e ilegalidades, demonstrando que efetivamente o julgador pronunciou-se de modo imparcial, de forma a proteger o jurisdicionado e a sociedade de decisões confusas e arbitrárias, dando legitimidade ao poder judiciário no Estado Democrático de Direito.

### **3.2 Princípio do contraditório**

O princípio do contraditório, está elencado no art. 5º, inciso LV da Constituição da República e aplicado ao Processo Civil conforme destaca os arts. 7º, 9º caput, 10º e 489, § 1º todos do CPC.

Tal princípio compreende as prerrogativas que as partes envolvidas no litígio possuem: como serem ouvidas, tomarem conhecimento do que acontece no processo, apresentarem documentos e demais provas necessárias a embasar seus argumentos para a formação do convencimento do juiz etc., posto que o princípio do contraditório condiga com o princípio democrático na estruturação do processo.

Segundo Montenegro, o princípio do contraditório “(...) representa a garantia de que as pessoas que participam do processo (não apenas as partes), podem produzir provas (desde que não sejam ilícitas ou moralmente ilegítimas) para

---

37 DIDIER JR., Fredie. *et al.* **Curso**. vol. II. p. 315.

comprovar a veracidade das suas alegações, e de que o juiz deve tratar igualmente as partes, não podendo permitir que uma delas produza provas enquanto a outra não, sem qualquer justificativa plausível”.<sup>38</sup>

Ademais “o direito de manifestação, que induz às partes a assunção de seu efetivo papel ativo durante o processo, se liga à garantia de fundamentação, ao exigir do juiz a análise de fatos e fundamentos discutidos previamente no processo.”<sup>39</sup>, motivo pelo qual tal princípio apresenta destaque ao tema do trabalho desenvolvido.

A garantia do contraditório “(...) deve ser entendida sob dois planos: primeiramente deve a lei estabelecer meios para a participação equilibrada dos litigantes no processo cabendo ao juiz franquear-lhes esses meios”<sup>40</sup>, tendo em vista que a prerrogativa de contrapor não é absoluta, no sentido da possibilidade em exercê-lo a qualquer momento no processo, existe limitações impostas pelo ordenamento, como por exemplo “ (...) a juntada de documentos aos autos é garantida em decorrência da aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa, mas condicionada e limitada, estabelecendo a lei processual fases apropriadas para que isso ocorra”<sup>41</sup>. Diante de situações como essas é que aplicam-se condicionantes e

---

38 MONTENEGRO FILHO, Misael. Op. cit. p. 102.

39 THEODORO, Humberto Júnior; NUNES Dierle; BAHIA Alexandre Melo Franco; PEDRON Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 82. (ebook)

40 CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Princioplógicos do Processo Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 71

41 MONTENEGRO FILHO, Misael. Op. cit. p. 101.

limitações ao princípio ora estudado.

Num segundo plano, que diz respeito à participação do juiz de modo efetivo, este deve exercer o contraditório, no sentido de que “(...) a ele incumbe assegurar a plena observância do princípio.”<sup>42</sup> Dessa forma o contraditório deve ser compreendido como um “direito das partes e é também dever do juiz.”<sup>43</sup>

No que concerne aos litigantes, para que ambas as partes se manifestem no processo de forma a efetivar o contraditório “(...) deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”<sup>44</sup>.

De acordo com Marinoni *et al* o entendimento tradicionalista referente ao “binômio conhecimento-reação”<sup>45</sup> no qual as partes simplesmente participam do processo, não caracteriza a aplicação efetiva do contraditório, pois “(...) o contraditório, no processo civil atual, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. Nessa época, (...) o contraditório era visto como mera garantia de conteúdo formal (...). Não havia como se falar, assim, em efetividade ou em realização efetiva do contraditório mediante a possibilidade de influência e dever de diálogo público do juiz, nem muito menos em obstáculos

---

42 CRETELLA NETO, José. Op. cit. p. 71

43 Idem.

44 NERY JR., Nelson. **Princípios**. p. 250.

45 MARINONI, Luiz Guilherme. *et al*. **O novo processo civil**. p. 178.

sociais capazes de impedir a participação em contraditório”.<sup>46</sup>

Diferente do que ocorria na cultura do “Estado Legislativo”<sup>47</sup>, em que o magistrado julgava em conformidade com a generalidade e abstração da Lei, “confinando as partes no terreno das alegações de fato e da respectiva prova”<sup>48</sup>, sem observar sua adequação ao caso concreto, o princípio do contraditório hoje em dia no “Estado Constitucional”<sup>49</sup>, onde se tutela direitos fundamentais, abrange o direito de influência ou poder de persuasão, isto é, a possibilidade da parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional interferindo com argumentos, ideias ou alegando fatos.

Dessa forma, permite-se que além dos litigantes o juiz também participe do contraditório assumindo o dever de assegurar tal direito e em certas situações submeter-se a ele, “daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas de fundamentalmente a ele também se submeter.”<sup>50</sup>

Atualmente o princípio do contraditório não se limita ao binômio conhecer do processo e se defender, pois no Estado Constitucional tal princípio assume ares de direito

---

46 MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sergio Cruz, Mitidiero Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. vol.I. 3.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 351. (ebook)

47 Idem.

48 Idem.

49 MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **O novo processo civil**. p. 178.

50 Idem.

fundamental capaz de influenciar a decisão da demanda, posto que na fundamentação não baste que o julgador enfatize apenas a tese vencedora, ele deverá aludir também sobre os motivos que as teses do derrotado não o convenceram, sendo assim, o juiz deve motivar as decisões através de argumentos jurídicos debatidos pelas partes para que a decisão seja aceitável e racional.

### 3.3 Princípio da primazia da decisão de mérito

Deveras o formalismo é útil como meio de organização processual, no entanto seu uso exacerbado pode comprometer o resultado eficiente do processo, nesse sentido, o atual CPC inovou ao “(...) conceber um novo formalismo que se adeque às diretrizes do processo democrático,”<sup>51</sup> o chamado princípio da primazia da decisão de mérito visa um processo que prioriza “(...) o uso do procedimento como garantia de consolidação de princípios processuais constitucionais (...)”<sup>52</sup> na solução dos litígios o qual se dá por meio da flexibilização formal de alguns dispositivos do CPC em prol de uma solução do mérito das demandas.

Ao se adotar o novo formalismo democrático, deve-se ter como objetivo realizar de modo substancial a “(...) satisfação do direito”<sup>53</sup>, de modo a propiciar o máximo aproveitamento da participação no litígio para isso, se faz necessário primar

---

51 THEODORO JR., Humberto. *et al.* **Novo CPC**. p. 17.

52 *Idem*.

53 *Ibidem*. p. 146.

por procedimentos corretos no sentido de se proferir decisão com teor substancial, ou seja, bem fundamentada, além de não se prender a formalismos exacerbados.

Entretanto essa nova concepção não se limita a apenas dar celeridade ao processo com a redução de formalismos desnecessários, como a possibilidade determinada no art. 282, § 2º do CPC, “isso porque já se percebeu que não adianta tão somente andar rápido nas atividades, uma vez que o trabalho malfeito induz retrabalho (...). O debate bem realizado induz melhor aproveitamento e menor tempo quando se enxerga o processo de modo panorâmico, mesmo que, momentaneamente, o gasto cronológico seja superior. Quando se parte dessa premissa, a redução de tempo que uma atividade processual bem realizada provoca é evidente”.<sup>54</sup>

De acordo com Theodoro, o atual CPC comprometeu-se com a instrumentalidade do processo, adequando a uma realização plena e efetiva do direito material que se extrai do litígio, de forma a relativizar o formalismo acentuado pela efetiva solução do mérito das demandas na busca por um processo justo. Aduz ainda que o Códex processual busca viabilizar a decisão sobre o mérito das causas evitando as técnicas puramente formais, e que para alcançar tal objetivo um dos exemplos que se pode citar é “(...) a necessidade de fundamentação específica à luz de circunstâncias concretas para fins de invalidação de ato subsequente ao defeituoso”<sup>55</sup> Dessa forma a fundamentação das decisões tem função importante para efetivar tal princípio, pois

---

54 THEODORO JR., Humberto. *et al.* **Novo CPC**. p. 146-147.

55 *Ibidem*. p. 18.

em seu entendimento poderá se evitar recursos desnecessários, além de excessiva demora de resultado final.

O princípio da primazia de mérito veio contribuir para instrumentalizar e dar celeridade ao processo, de modo a realizar de forma substancial a satisfação do mérito. Particularmente em relação a sentença, Theodoro, entende que ao fundamentar com melhor qualidade, pautada na cooperação das partes e do juiz, possivelmente poderá diminuir as taxas de reforma e recursos, provenientes da superficialidade do debate, de forma a proporcionar a edificação do processo em seu caráter instrumental e célere.

#### 4. FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA

A fundamentação é um dos elementos da sentença elencado no art. 489, inciso II do CPC, e através dela o magistrado ira apresentar na decisão as razões que o levaram a definir o processo de tal maneira, sendo "(...) ela que dá sustentação lógica à decisão."<sup>56</sup>

Através deste elemento o julgador exterioriza os motivos de fato e de direito que o convenceram a decidir daquela forma, de modo a mostrar aos litigantes e demais interessados os caminhos percorridos para o seu convencimento e desse modo "(...) apresentar, racionalmente, as bases fáticas e jurídicas da decisão"<sup>57</sup>, pois a partir dos fatos e do direito o magistrado

---

56 ALVIM, Eduardo Arruda. , GRANADO, Daniel Willian e FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6. ed..São Paulo : Saraiva Educação, 2019. p. 871

57 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil**



construirá racionalmente os motivos que o levaram a tal decisão, apresentando-os na fundamentação, de forma a caracterizar um ato de inteligência porque envolve a lógica do caminho percorrido pelo magistrado, desde a norma cabível ao caso concreto até sua compreensão em relação aos fatos alegados pelas partes e provas, afirma ser uma declaração por revelar com exatidão o sentido da norma aplicada ao caso concreto e um ato de resposta por justamente responder ao pedido suscitado, além de haver a possibilidade de averiguação por estâncias judiciais diversas.

A fundamentação deve estar pautada em razões objetivas que coadunem com a norma aplicada, já que “(...) responde à necessidade de *racionalidade* do discurso jurídico”<sup>58</sup>, pois em “(...) um Estado Constitucional, a *atividade* interpretativa e o resultado da interpretação que têm lugar na sentença devem ser *racionais*. A *racionalidade* da sentença, porque permite o seu controle intersubjetivo, é uma das mais fundas garantias de uma Justiça Civil preocupada em fazer valer para além do simples discurso *valores genuinamente democráticos* e fundados na necessidade de *fidelidade ao Direito*. A *atividade* interpretativa é racional se é *justificada*. O *resultado* interpretativo é racional se é *coerente e universalizável*”.<sup>59</sup>

Diante da necessidade de racionalidade do discurso jurídico para o Estado Constitucional, por permitir averiguar

---

**Comentado:** com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 785.

58 MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Novo Curso**. vol.II. p. 305.

59 *Idem.*

os motivos que levaram o julgador a decidir, o ato obrigatório de fundamentar as decisões é garantia positivada na Constituição de 1988 em seu artigo 93, inciso IX e o CPC de 2015, pautado no Estado Democrático de Direito, reporta especial atenção a essa garantia em seus artigos 11 e 489, de forma a efetivar a realização de um processo justo.

#### 4.1 Fundamentação na constituição da república

No atual Estado Democrático de Direito “(...) a Constituição, os tratados e as leis infraconstitucionais são fontes legais diretas e imediatas do direito processual (...)”<sup>60</sup>, nesse diapasão a exigência de justificar os motivos da decisão judicial, ou seja, fundamentá-la, encontra respaldo como garantia constitucional elencado no artigo 93, inciso IX da Magna Carta, fonte primária do direito processual, de forma a assegurar controle e objetividade nas decisões judiciais.

Tal comando diz respeito a todas as decisões proferidas, pois “o dispositivo constitucional em comento, ao referir-se à necessidade de fundamentação das *decisões*, evidentemente utiliza-se dessa expressão em seu sentido genérico, querendo referir-se não só às chamadas decisões interlocutórias, como também às sentenças prolatadas pelos órgãos jurisdicionais de primeira instância e aos acórdãos proferidos pelos tribunais”<sup>61</sup>, de modo que a ausência de fundamentação de qualquer decisão será considerada nula de pleno direito, por violar tal princípio.

---

60 THEODORO JR., Humberto. **Curso**. vol. I. p. 83.

61 DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 8.ed.São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 45.

A fundamentação das decisões judiciais determinada na Constituição garante ao Poder Judiciário, além de respeito, a possibilidade de legitimar-se perante a opinião pública, pois havendo um detalhamento da motivação pela Justiça será propiciada a verificação por parte da comunidade do exercício da função jurisdicional, inclusive avaliando o quanto se “(...) decide com imparcialidade e com conhecimento de causa.”<sup>62</sup>

Destarte que a devida fundamentação deve pautar-se na objetividade e em argumentos de cunho jurídico para que afaste-se ao máximo a discricionariedade e arbitrariedade, pois o julgador ao aplicar a lei ao caso concreto se incumbe de detalhar as peculiaridades do caso concreto explicando a lógica racional de sua decisão.

Para Theodoro motivar a decisão judicial, “(...) trata-se, a um só tempo, de princípio processual, dever do juiz, direito individual da parte e garantia da Administração Pública”<sup>63</sup>

A fundamentação é considerada princípio constitucional porque está previsto na Constituição como modelo a seguir pelos órgãos jurisdicionais de forma obrigatória, e, portanto, “matéria de ordem pública”<sup>64</sup>, cuja inobservância

---

62 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. atual. até a EC nº 55/07. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1.347.

63 THEODORO JR., Humberto. **Curso**. vol. I. p.157.

64 THAMAY, Rennan Faria Kruger; ANDRADE, Vinícios Ferreira de. Sentença no Novo CPC. Cap. 08 *in* DIDIER JR, Fredie (coordenador); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). **Novo CPC doutrina selecionada, procedimento comum**. vol.II. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016. p. 633.

acarretará a nulidade do ato decisório, tendo como objetivo assegurar o controle, transparência e legitimidade das decisões, pois o cidadão ao não ter ciência por parte do Estado-juiz do motivo pelo qual “sua vida, liberdade ou patrimônio foram invadidos”<sup>65</sup>, vê restringido seu direito “de impugná-la e exercer o direito ao contraditório”<sup>66</sup>.

Como dever do juiz, deriva de outro princípio constitucional, o devido processo legal (art. 5º, LIV da CF), tendo em vista que para existir um processo justo é basilar que haja uma decisão que apresente motivos adequadamente esclarecidos, possibilitando melhor recurso em estância judicial superior, além de coibir abusos e ilegalidades, afirmando que daí advém a determinação expressa no CPC, em seu art. 489, II, ao trazer a fundamentação como elemento essencial das suas decisões, bem como, da resposta que o magistrado é incumbido a dar para a parte, de forma a proteger o jurisdicionado de decisões arbitrárias.

Fundamentar se trata de um direito da parte, no sentido de que no processo democrático é conferido ao litigante participar da formação do provimento judicial sendo possível exigir, que sua participação seja levada em conta no ato de composição do litígio de forma a efetivar a garantia constitucional do contraditório substancial, além de propiciar aos envolvidos a oportunidade de entender os motivos daquela decisão para “(...) que possam combatê-la através da

---

65 Idem.

66 Idem.

interposição do recurso adequado”<sup>67</sup>.

O juiz ao indicar na decisão os motivos que levaram ao seu convencimento cumpre o dever de dar aplicabilidade a uma garantia constitucional, pois fundamentar as suas decisões, significa dar efetividade a tutela jurisdicional no sentido de que qualquer lesão ou ameaça de lesão estará assegurada pelo direito fundamental previsto na Constituição, o qual implica na obrigatoriedade do juiz mostrar às partes e à sociedade os fatores relevantes ao seu convencimento dentro dos ditames legais possibilitando o entendimento dos motivos de sua decisão, desse modo tal obrigação tende a afastar decisões arbitrárias, sentenças secretas, decisões mal fundamentadas pautadas na subjetividade acarretando impossibilidade de averiguação de recurso cabível etc.

## **4.2 Fundamentação no código de processo civil**

O elemento fundamentação foi inovado pela Lei 13.105/2015, Código de Processo Civil, no aspecto de se exigir uma decisão clara, precisa e pormenorizada determinada no art. 489, §§ 1º e 2º do referido código, por definir minuciosamente a contrário *sensu* o que não será considerada como fundamentação adequada à decisão, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, de forma a reafirmar sua importância na efetividade da atividade jurisdicional.

Segundo Theodoro, o legislador preocupou-se com a motivação das decisões judiciais de forma a primar por

---

67 MONTENEGRO FILHO, Misael. Op. cit. p. 103.

um processo democrático e cooperativo, pois “(...) foi severo e minucioso na repulsa à tolerância com que os tribunais vinham compactuando com verdadeiros simulacros de fundamentação, em largo uso na praxe dos juízos de primeiro grau e nos tribunais superiores. Enumerou, em longa série, situações em que, exemplificativamente, a sentença não pode, *in concreto*, ser havida como fundamentada em sentido jurídico (art.489, § 1º)”.<sup>68</sup>

Essa precaução se perfaz, para evitar “(...) que se produza um discurso superficial (retórico) e vazio ao qual se adere por emoção, gerando um consenso irracional, pois a decisão não deve ser encarada como resultado de adivinhação (...)”<sup>69</sup>. Os quesitos dos §§ 1º e 2º do art. 489 do CPC representam a pretensão em alcançar uma “argumentação congruente e coerente para que seja compreensível, pública e acessível”<sup>70</sup>, em que o legislador não limita o conteúdo semântico da fundamentação, apenas aponta o que não considera como decisão fundamentada.

O atual CPC ao evidenciar situações que não considera como fundamentada a decisão, procurou nortear o aplicador do direito a se ater em critérios objetivos, coerentes e compreensíveis para proferir de forma válida sua decisão.

Desse modo, para se considerar fundamentada uma decisão é exigido “(...) i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, i.i) individualização

---

68 THEODORO JR., Humberto. **Curso**. vol. I. p. 1.498.

69 DIDIER JR, Fredie. **Curso**. vol.II. p. 317-318.

70 Idem.

das normas aplicáveis; i.ii) verificação das alegações de fato; i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica de fato; ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente apropriada”<sup>71</sup>. A presença de tais condições, traça os parâmetros de qualidade da decisão e quando não expressos implicarão a nulidade da mesma.

O inciso I do § 1º do art. 489 do CPC elenca que se a decisão “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida” não será considerado como fundamentado.

Em relação a este inciso, Marinoni *et al* leciona que tal comando, implica na “(...) necessidade de individualização das normas aplicáveis (...)”<sup>72</sup> explicando os motivos, ou seja, o porquê que tal norma serve para a solução daquele determinado litígio. Tal procedimento vem garantir que a norma aplicada está condizente com o caso analisado, isso porque a solução do litígio não vem “(...) preparada e embalada no texto da lei (...)”<sup>73</sup>, é necessário que o magistrado interprete os enunciados normativos em face dos “(...) fatos alegados entre a causa de pedir e de defesa (...)”<sup>74</sup>, pois para concordar ou discordar,

---

71 MARINONI, Luiz Guilherme *et al*. **O Novo processo civil**. p. 322.

72 MARINONI, Luiz Guilherme *et al*. **Novo Curso**. vol.II. p. 327.

73 DIDIER JR., Fredie. *et al*. **Curso**. vol. II. p. 327.

74 Idem.

alegar certo ou errado o juiz precisa extrair da expressão um sentido.

O inciso II do § 1º do art. 489 do CPC determina que não será considerada fundamentada a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

Conceito jurídico indeterminado abrange tanto regras “com conteúdo vago ou indeterminado, bem como as cláusulas gerais”<sup>75</sup>, como por exemplo: “(...) ‘repercussão geral’ (art. 102, § 3º, CF); ‘bem comum’ (art. 8º CPC); ‘interesse público’ (art. 178, I e 947, § 2º do CPC); ‘proceder de modo temerário’ (art. 8, V, CPC) (...)”<sup>76</sup> entre outros. Essa tendência do legislador na criação dessas regras de sentido aberto se justifica devido a “evolução da função do Estado na ordem jurídica, bem como as alterações sociais e do direito substantivo, acabaram impondo uma profunda transformação no papel do juiz”<sup>77</sup>.

Dessa forma a função desse inciso é evitar arbitrariedade na aplicação da decisão porque, “(...) os conceitos vagos podem abranger um maior número de situações concretas. Daí a necessidade de o juiz explicar o motivo da incidência do conceito vago ao caso concreto, para evitar a arbitrariedade na sua aplicação nas decisões judiciais”.<sup>78</sup>

---

75 MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito**. p. 27.

76 DIDIER JR., Fredie, *et al.* **Curso**. vol. II. p. 330.

77 MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito**. p. 27

78 THEODORO JR., Humberto. **Curso**. vol. I. p. 1.499.



O inciso III do § 1º do art. 489 do CPC afirma que ao “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” não será considerada como fundamentada tal decisão.

Theodoro aduz que a situação elencada ocorre de forma comum no meio judiciário e cita o exemplo “(...) quando o juiz, defere uma liminar, afirmando tão somente que estão presentes os pressupostos legais”<sup>79</sup>. Dessa maneira não se considera fundamentada a decisão, pois o julgador deve justificar a sua posição de forma clara e precisa, sendo inadmissível decidir de forma padrão ou generalizada, sem a respectiva adequação ao caso em litígio, dado que decisões proferidas de forma generalizada, não atendem à exigência da motivação e o magistrado tem a obrigação de “(...) dizer por que entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão ou denegação da tutela provisória; tem que dizer de que modo as provas confirmam os fatos alegados pelo autor (e também porque as provas produzidas pela parte contrária não o convenceram)”<sup>80</sup>

Portanto, fundamentar de forma genérica sem justificar sua devida incidência ao caso concreto não é considerado como fundamentação, pois o uso de termos que poderiam motivar qualquer decisão não satisfaz a fundamentação tendo em vista que não fica demonstrado que se basearam nos fatos e provas alegados no caso concreto.

O inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC aduz que se o juiz “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo

---

79 THEODORO JR., Humberto. **Curso**. vol. I. p. 1.499.

80 DIDIER JR., Fredie. **Curso**. vol.II. p. 335.

capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” a decisão não será considerada como fundamentada.

No que tange o referido inciso, Marinoni *et al* esclarece que “o próprio legislador erige um critério para distinguir entre: argumentos relevantes e argumentos irrelevantes: argumento relevante é todo aquele que é capaz de infirmar, em tese, a conclusão adotada pelo julgador. Argumento relevante é o argumento idôneo para alteração do julgado. Omitindo-se o juiz na análise de argumentos relevantes, não se considera fundamentada a decisão”.<sup>81</sup>

Portanto, se o magistrado baseia sua fundamentação em premissa maior, ou seja, que o argumento caracterize-se como fator determinante o suficiente para embasar sua decisão, não há porque examinar outros argumentos de menor importância.

Contudo, existe um costume nos tribunais em que é admitido ao juiz fundamentar a decisão apenas com motivo suficiente que a justifique, sem abranger todos os argumentos deduzidos no processo, na compreensão de Didier “(...) essa decisão contraria a garantia do contraditório, vista sob a perspectiva substancial, e não observa a regra da motivação da decisão”<sup>82</sup>, considerando-a, por essa razão, parcialmente correta. Essa prática foi endossada pelo julgado AI n. 791292-QO, rel. Min. Gilmar Mendes do STF, onde o relator afirmou

---

81 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sergio Cruz; MITIDIERO Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 592.

82 DIDIER JR., Fredie. **Curso**. vol.II. p. 335.

ser dispensável a abordagem de cada argumento, podendo ser sucinta a fundamentação.

O inciso V do § 1º do art. 489 do CPC elenca que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” não será considerada uma decisão fundamentada.

Sobre o inciso Didier *et al* aduz que é necessário contrapor “(...) as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verificar se a tese jurídica adotada outrora é adequada para o caso em julgamento.”<sup>83</sup>, de modo que o juiz tem que conferir se existe semelhança com o caso concreto e os julgados anteriores, tendo em vista que não se considera fundamentada decisão que apenas faz referência a precedente ou meramente o transcreve sem relacioná-lo ao caso sob julgamento.

Em relação ao aludido inciso, Almeida alude que ao utilizar “(...) texto de precedente ou súmula para fundamento da sua decisão o magistrado deve demonstrar através do cotejo de que se amolda ao caso concreto”<sup>84</sup>. Sendo que para o magistrado aplicar ou deixar de aplicar respectivo precedente ou súmula, os fundamentos que deram origem à norma, ou seja, sua razão de decidir têm que estar relacionados ao caso concreto.

Portanto, mais do que adequar o texto do precedente ou súmula ao caso concreto, tal norma tem que ser aplicada com base nos princípios e razões que a geraram, ou seja,

---

83 DIDIER JR., Fredie. **Curso**. vol.II. p. 338.

84 ALMEIDA, Vitor Luís de. Op. cit. p. 342.

deve-se levar em conta se esse fundamento originou-se por situação semelhante ao do caso em julgamento.

O inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC determina que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” não será considerada como uma decisão fundamentada.

Nesse caso, o juiz terá a obrigatoriedade de justificar a sua recusa em adotar certa súmula, precedente ou jurisprudência, pois “(...) o julgador não pode, simplesmente, ignorar precedentes e súmulas, como se o caso concreto estivesse sendo colocado à apreciação do Judiciário pela primeira vez”<sup>85</sup>, ou seja, ele terá de explicar porque não tem cabimento no presente caso, se pautar no precedente ou súmula invocado pela parte.

Em outro aspecto, a obrigatoriedade imposta ao juiz no inciso VI, diz respeito somente à precedentes obrigatórios, de modo que o juiz fica obrigado a justificar de duas formas, dizer que não há semelhança contextual entre o caso posto e o precedente ou demonstrar que o precedente está superado, tendo em vista que “(...) aqui, não se exige apenas a fundamentação ordinária – onde o juiz tem que expor os fundamentos com base nos quais aprecia as questões de fato e de direito -, mas uma fundamentação qualificada, pois a desconsideração do precedente, quer na dimensão vertical, quer na dimensão horizontal, impõe um pesado ônus

---

85 THEODORO JR., Humberto. **Curso**. vol. I. p. 1.501.

argumentativo, do qual se desincumbirá o julgador apenas se: (i) demonstrar que o precedente se formou equivocadamente, ou que não goza mais de congruência social e/ou consistência sistêmica [...]; (ii) demonstrar que no caso em julgamento há fatos relevantes que o distancia do caso em que se firmou o precedente”.<sup>86</sup>

Tal inciso exige uma explicação muito maior da sua fundamentação de forma a primar pela segurança jurídica, pois o julgador só poderá deixar de seguir preceito vinculativo se houver razões concretas para a mudança ou conseguir, amiúde, demonstrar que não se deve proceder com suposta conduta diante de situação que se repete.

Elenca o § 2º do art. 489 que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”, não se considera fundamentada a decisão.

Tendo em vista que o magistrado terá de ser específico na sua fundamentação ao eleger uma norma em detrimento de outra, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery elencaram o método da ponderação como meio de fundamentar qualquer antinomia afirmando que “(...) tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e

---

86 ATAÍDE, Jaldemiro Rodrigues Jr.. A fundamentação das decisões judiciais no NCPC e o resgate da categoria jurídica da incidência. Cap. 5 (p. 521 à p. 550) *in* DIDIER, Fredie Jr. (coordenador); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). **Novo CPC doutrina selecionada, procedimento comum**. vol. II. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016. p. 547.

entre princípios constitucionais”<sup>87</sup>. Desse modo, o termo ponderação elencado no referido parágrafo faz referência ao conflito de normas que tem relação com os princípios e direitos fundamentais, pois segundo eles, quando se tratar de normas em geral o método a se aplicar é o da “hermenêutica jurídica clássica”<sup>88</sup>.

Compreende-se, que o CPC em seu artigo 489 e parágrafos, se preocupa profundamente em evitar as decisões genéricas, subjetivas e arbitrárias baseadas no foro íntimo do julgador, onde o magistrado fundamenta de forma superficial, pois não relaciona os fatos e provas do caso específico com o direito a ser aplicado.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa realizou a análise da fundamentação da sentença, desde o seu conceito e estrutura, até as recentes reformas trazidas pelo Código de Processo Civil 2015.

Verificou-se que no Estado Constitucional, se tem apreço pelos direitos fundamentais, baseados em princípios e, portanto, a fundamentação das decisões judiciais corresponde ao cumprimento de um dever para com a sociedade, visto que fundamentar adequadamente, propicia o controle do exercício de dada função através de decisões coerentes, justas e transparentes aos olhos dos jurisdicionados e da comunidade

---

87 NERY, Nelson Junior, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código**. p. 1.164 -1.165.

88 Ibidem p. 1.165.

em geral, motivo que embasou o CPC 2015.

Com uma perspectiva inerente ao Estado Constitucional, como foi demonstrado pelo conteúdo do trabalho, que o novo CPC em seu artigo 489 e parágrafos, possibilitou a implementação de critérios objetivos, de parâmetros que passaram a nortear a fundamentação à contrário *sensu*. Tais parâmetros comprometem o magistrado a fundamentar de forma detalhada e o desafiam a interpretar com análise racional e aprofundada as normas que acredita aplicar-se ou não ao caso sob julgamento, de forma a afastar decisões genéricas.

Como visto, a aludida fundamentação determinada pelo CPC, propicia aos operadores do direito a facilitação para determinar o recurso a ser empregado, dada a clareza esperada da decisão e em particular às partes, a certeza de que terão seus argumentos rebatidos e uma decisão afastada de arbitrariedades.

No decorrer do estudo mencionou-se que o CPC de 2015 norteou-se em princípios constitucionais para seu embasamento, no qual, relativamente à fundamentação, foi enfatizado o princípio do Contraditório, pois com o advento do novo Códex processual tal princípio ganhou outro entendimento pautado numa relação participativa efetiva e não a mera participação formal das partes, desse modo não se pode olvidar da sua importância como garantia aos princípios que orientam o processo.

Sem a intenção de esgotar o tema, o aprofundamento do respectivo assunto atinente a fundamentação, desenvolveu uma compreensão positiva sobre a qualidade na fundamentação da sentença, pois com o advento do CPC

de 2015 reavivou-se tal preceito de forma a garantir que o julgador no seu dever de resposta, cumpra sua incumbência com mais objetividade e profundidade de interpretação, a fim de promover uma decisão justa, condizente com o caso concreto, propiciando um processo civil mais democrático.

De tudo que se viu, entendeu-se que a fundamentação da sentença é um tema complexo, que apresenta novidades substanciais, as quais demandam adaptação e empenho do julgador e da estrutura do judiciário no dia a dia forense para apresentarem os resultados esperados pelos jurisdicionados, os quais anseiam por decisões justas, coerentes e objetivas, pautadas nas argumentações e peculiaridades do caso concreto.

## 6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. , GRANADO, Daniel Willian e FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6. ed..São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ATAÍDE, Jaldemiro Rodrigues Jr. A fundamentação das decisões judiciais no NCPC e o resgate da categoria jurídica da incidência. Cap. 5 (p. 521 à p. 550) *in* DIDIER, Fredie Jr. (coordenador); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). **Novo CPC doutrina selecionada, procedimento comum**. vol. II. 2.ed. rev. e atual.Salvador: Juspodium, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos**. vol.II. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (ebook)



BRASIL LEGISLAÇÃO. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 10.01.2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal da República de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10.01.2020.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Princiopológicos do Processo Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 8.ed.São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. vol. I. 21.ed. Salvador: Jus podivm, 2019. (ebook)

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. vol. II. 10. ed..Salvador: Jus Podivm, 2015. (ebook)

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (ebook)

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo de conhecimento, 1ª parte**. vol. I. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. (ebook)

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil: processo de conhecimento e procedimentos especiais**. vol. II. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (livro digital e-pub)

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sergio Cruz, MITIDIERO Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. vol. I. 3.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. (ebook)

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. vol. II. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. (ebook)

\_\_\_\_\_. ARENHART Sergio Cruz; MITIDIERO Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_; ARENHART. Sergio Cruz, MITIDIERO Daniel. **O novo processo civil**. 2. ed rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito processual civil moderno**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.(ebook)

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. atual. até a EC nº 55/07. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito Processual Civil**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. (ebook)

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade de. **Código de Processo Civil Comentado**.17.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (3. ed. em e-book baseada na 17. ed. impressa)

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (ebook)

THAMAY, Rennan. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (ebook)

\_\_\_\_\_; ANDRADE. Vinícios Ferreira de. Sentença no Novo CPC. Cap. 08 *in* DIDIER JR, Fredie (coordenador); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). **Novo CPC doutrina selecionada, procedimento comum**. vol. II. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. 60. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. (ebook)

\_\_\_\_\_; NUNES Dierle; BAHIA Alexandre Melo Franco; PEDRON Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. (ebook)

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. vol. I. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (livro eletrônico baseado na 16.ed. impressa).



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UM PROBLEMA DE COERÊNCIA?

**Eduardo Tourinho Gomes<sup>1</sup>**

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo analisar a decisão do Superior Tribunal de Justiça editada nos seguintes termos: a embriaguez do segurado não exime a seguradora do pagamento da indenização prevista em contrato de seguro de vida. A intenção é verificar tal orientação à luz da teoria de Maccormick. Para tanto será importante tratar do que entendia Maccormick acerca do direito e a necessidade da coerência dentro de um mesmo sistema legal. Após utilizando-se do conceito do jurista será analisado se ao editar a súmula 620 o Superior Tribunal de Justiça respeitou tal entendimento ou se a orientação editada vai de encontro com a coerência vigente em nosso sistema jurídico.

**Palavras-Chave:** Maccormick, Coerência, Súmula 620 STJ.

---

1 Mestrando em Direito Fundamentais e Democracia pela UniBrasil, Curitiba, PR.

## 1. INTRODUÇÃO

**N**ão há dúvidas que atualmente falta ao judiciário, como um todo, coerência em suas decisões, ausência de análise cautelosa dos juízes aos casos e a indiscriminada aplicação direta de regra e precedentes sem qualquer análise ao caso concreto.

Para isso o presente artigo busca através de outros artigos, livros, jurisprudências e notícias, verificar se há desrespeito quanto ao conceito de coerência fundado por Neil Maccormick.

Para tanto é primordial fazer uma análise da Teoria de Maccormick em especial no que tange a sua preocupação em um ordenamento jurídico coeso. Ultrapassada tal premissa também é necessário analisar o que o ordenamento jurídico brasileiro diz sobre embriaguez e direção em veículos, por fim analisar se a súmula 620 do Superior Tribunal de Justiça consegue ser coerente com o restante do ordenamento ou não.

Argemiro Cardoso Moreira Martins e outros deixam claro a importância do conceito de coerência em Maccormick ao afirmar que para o autor, é preciso enxergar o ordenamento jurídico – e a norma que sair de cada decisão passa a fazer parte desse sistema – não como um amontoado de regras jurídicas desconexas, mas sim como um grupo de normas que fazem sentido quando analisadas em conjunto.<sup>2</sup>

---

2 A NOÇÃO DE COERÊNCIA NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK: CARACTERIZAÇÃO, LIMITAÇÕES, POSSIBILIDADES Argemiro Cardoso Moreira Martins Cláudia Rosane Roesler Ricardo Antonio Rezende de Jesus <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3281>, p. 214.

Ou seja, uma lei não é apenas uma lei, ela está inserida dentro de um contexto em que todas devem possuir um fio condutor, assim como uma decisão judicial não pode ser dada fora de um contexto.

Por fim, será também mencionado e analisados quase a totalidade das legislações e discussões que o judiciário já se deparou quando o assunto é embriaguez ao volante, fazendo um análise casuística demonstrando os pontos em que Poder Judiciário preocupa-se em tentar diminuir a ocorrência de acidentes e preservar a vida, em face da súmula 620 do STJ, que a priori, parece ir de encontro com o ordenamento jurídico, faltando-a coerência.

A metodologia empregada para a confecção do presente artigo teve como base a análise de documentos doutrinários e do julgado do próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>3</sup>. Entende-se que ambas as fontes tem fundamento para basear as proposições formuladas.

## 2. UM ORDENAMENTO JURÍDICO COERENTE

Maccormick foi um jurista escocês que traçou um percurso que o levou da defesa do positivismo hartiano ao reconhecimento de que sua Teoria do Direito era, na falta de uma expressão melhor, “pós-positivista”, mais ligadas ao pensamento de Dworkin.<sup>4</sup>

---

3 A partir do presente momento será sempre referido o Superior Tribunal de Justiça como STJ.

4 “Dessas e de outras formas eu procuro avançar com base naquilo que escrevi antes, aproximando-me mais do que eu antes entendia correto, nesse processo, da posição de Ronald Dworkin.” (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 42).

O pensamento de Maccormick pode ser dividido em três fases<sup>5</sup> na primeira o autor se reconhecia como um positivista, na segunda pode-se dizer que trata-se de um período de transição, e na última fase sobre a definição do Direito como uma ordem normativa institucional, sendo que no presente artigo ficaremos com as considerações feitas na última fase, eis que nesse momento de seu pensamento o conceito de “coerência” tornou-se imutável para ele.

Esse terceira fase do seu pensamento também pe posta, como além de ser “pós positivista”, como a fase na qual ele fundou a expressa de Ordem Normativa. A melhor explicação de ordem normativa institucional é aquela dita por William e Katia<sup>6</sup>:

*“A partir dessa necessidade de organizar e ordenar as condutas sociais, estabelece-se um conjunto de padrões a serem seguidos de modo “vinculante” por todas as pessoas dentro de um determinado território. Aquelas que seguem este conjunto de padrões pré-estabelecidos contribuem para a preservação da ordem – quem desvia dessas condutas, prejudica a organização”*

Assim tem-se que o Direito é uma das Ordens normativas existentes na sociedade, a qual merece atenção.

Dessa forma, levantado em conta o entendimento do autor de que as pessoas devem seguir o conjunto de padrões

---

5 BIAZEVIC, Juan Paulo Haye. **Raciocínio Jurídico de Neil MacCormick**: um estudo comparativo entre Legal Reasoning and Legal Theory e Rhetoric and the Rule of Law. 2016. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

6 Kotzki e Pugliese, Direito, Estado e razão Prática, p 16-17.



impostos, decorre o conceito do autor de coerência, eis que tais padrões, devem ser coerentes dentro do sistema.

Dessa forma, podemos dizer que para o autor coerência é<sup>7</sup>:

*“Por trás da interpretação linguística repousa um objetivo de preservar a clareza e a precisão da linguagem legislativa e um princípio de justiça que proíbe a reconstrução judicial retroativa das palavras escolhidas pelo legislador. Por trás da interpretação sistêmica repousa um princípio de racionalidade fundado no valor da coerência e da integridade de todo o sistema jurídico. Por trás da interpretação teleológico-avaliativa repousa o respeito por uma demanda de razão prática segundo a qual as atividades humanas precisam ser guiadas por algum senso de valor a ser realizado pela ação e por princípios que sejam observados nesse senso de valor.”*

Ou seja, para o autor somente é possível uma interpretação sistêmica quando for verificada a coerência no sistema jurídico como um todo. Em outras palavras não podemos falar em racionalidade se não estiver fundada na coerência e na integridade de um sistema jurídico, dessa forma, uma decisão foram dessa coerência não poderia integrar o sistema jurídico.

Não diferente Argemiro Cardoso Moreira e outros também definem o que é coerência para Maccormick<sup>8</sup>:

---

7 MacCORMICK, Neil. Retórica e o estado..., op. cit., p. 185.

8 MARTINS, 2011, p. 213-218.

“A coerência significa que a solução deve estar em harmonia com o sistema jurídico (regras, princípios e valores). Divide-se em coerência normativa e coerência narrativa. A primeira significa que as normas somente poderão ser tidas como coerentes se puderem se subsumir a princípios gerais satisfatórios ou pertinentes. É neste diapasão que MacCormick reconhece o relevante papel dos princípios como normas gerais e explicativas do sistema jurídico. A segunda, que diz respeito aos fatos passados (caráter diacrônico). A decisão deve guardar coerência com os fatos narrados. A coerência fática é verificada pela experiência racional, juízos de probabilidade e causalidade.”

A importância da coerência também pode ser posta pelo fato de ser “uma propriedade de um grupo de proposições que, tomadas em conjunto, ‘faz sentido’ na sua totalidade”<sup>9</sup>

Ou seja, analisando a totalidade em um mesmo ordenamento jurídico ou algo é proibido ou é permitido, como será demonstrada, não é possível a embriaguez ao volante ser em alguns casos punidas e em outros concedidas benesses, isso não é coerência.

A coerência para Maccormick é uma “questão de subordinação comum de um conjunto de leis a um valor ou valores relevantes”. Este aspecto da coerência normativa tem um outro lado: ao mesmo tempo em que as regras devem se subordinar a valores, elas não podem violar outros.<sup>10</sup>

---

9 MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado...**, op. cit., p. 248.

10 MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado...**, op. cit., p. 250.

Ou seja, se a sociedade elege como princípio que não concorda com a embriaguez e direção, tal princípio deve ser respeitado como um todo e não apenas em pontos de interpretação diferente pelo julgador.

Para que a decisão seja coerente para o autor, todo o sistema deve respeitar não podendo ter regras que sejam incoerentes umas com as outras, sob pena de dismantelar o sistema jurico.

Maccormick ainda afirma que a coerência de um conjunto de normas “é função de sua *justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória*”<sup>11</sup>

Assim temos que se o princípio que estejam na ordem superior pareça aceitável, os demais ordenamentos e decisões judiciais devam ser coerentes com esse sistema.

Neimar Roberto de Souza e Silva<sup>12</sup> afirma também que:

*“MacCormick oferece um caminho pelo qual o magistrado possa optar, entre várias soluções possíveis, uma faça sentido tanto para o jurisdicionado quanto para o sistema jurídico.*

---

11 MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado...**, op. cit., p. 253.

12 Disponível em Neimar Roberto de Souza e Silva DIREITO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM NEIL MACCORMICK <http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/531/442>, p. 34, acessado em 28.03.2019.

*Assim, a justificação de segunda ordem deve passar por critérios de universalidade, consistência, coerência e consequência.”*

Ou seja, o magistrado pode tomar decisões dentro do ordenamento jurídico e dentro das opções que não sejam incoerentes entre si, eis que não se justificariam.

Cabe frisar que aqui não estamos mais diante do juiz Boca da Lei que conforme afirma Luiz Guilherme Marinoni era o juiz que estava preso somente a declaração da lei, aqui para Maccormick, o juiz tem liberdade dentro do ordenamento.

Tal ponto é de vital importância, eis que não há possibilidade de um juiz exercer a sua liberdade para além do ordenamento, ou seja para além da própria coerência do sistema.

Evilanne Brandão de OLIVEIRA e Nayla Soares ainda mencionam que apesar de um suposto subjetivismo no julgador, existem balizas que devem respeitar os requisitos da coerência e da coesão.

Para as autoras a coerência vai exigir que as normas do direito vigente envolvam valores válidos para a sociedade.

Não diferente é o próprio entendimento de MacCormick no qual afirma que “a lei conforme administrada nos tribunais deveria exibir coerência de princípios e não ser ‘uma selva de exemplos isolados’”

Nesse contexto que será analisada a súmula do 620 do STJ, sob a luz do conceito de coerência de Maccormick.

### 3. A ANÁLISE DO ORDENAMENTO VIGENTE E A AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NO QUE TANGE A SÚMULA 620 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dentro do princípio de coerência em Maccormick é importante trazer desde já o entendimento de LEVENBOOK, Barbara<sup>13</sup>:

“Há algo fundamentalmente errado sobre o papel que MacCormick dá à coerência do raciocínio jurídico: é muito modesto. Para que uma decisão judicial possa ser justificada, na visão de MacCormick, apenas alguma coerência com o direito pré-existente precisa ser demonstrada. Além disso, um argumento de coerência pode ser derrotado por argumentos de avaliação de uma série de considerações de ordem social, política e moral que ele vagamente chama de ‘conseqüências’. (tradução Livre)”

Na ideia de valor político, o Estado Brasileiro já havia entendido que a ideia de ingestão de bebida alcoólica e direção seriam reprováveis, para tanto, uma serie de legislações foram criadas para combater tal ato.

Nesse contexto pode-se afirmar algumas legislações brasileiras que entendem que a direção de veículo automotor embriagado não é aceita.

A primeira normativa que podemos analisar é o

---

13 LEVENBOOK, Barbara Baum. The role of coherence in legal reasoning. Law and philosophy. 1984, V. III, p. 358.

próprio código penal brasileiro que considerada como causa agravante a pena a ingestão pré-ordenada de álcool<sup>14</sup>.

Ou seja, o legislador quando tratou do Código Penal, *ultima ratio*, do nosso ordenamento jurídico considerou que a ingestão de bebida alcoólica com a pratica posterior de um crime, deveria ser agravada.

Não diferente o Código brasileiro de trânsito também entendeu como prática de crime todo aquele que permita, confie ou entregue a direção do veículo automotor à pessoa embriagada<sup>15</sup>.

O mesmo diploma legal também entende que dirigir sob a influência de álcool é crime, tratando-se de infração gravíssima e sendo punível com a suspensão do direito de dirigir por 12 meses e multa multiplicada por dez vezes.<sup>16</sup>

Importante frisar que tais modificações vieram com a chamada Lei Seca (LEI Nº 11.705, DE 19 DE JUNHO DE 2008.) que em suma teve como objetivo estabelecer alcoolemia

---

14 Circunstâncias agravantes Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I) em estado de embriaguez preordenada.

15 Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

16 Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência - Infração - gravíssima; Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses - Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4o do art. 270 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

0 (zero) e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool.

Tal alteração inclusive resultou na alteração do artigo 276 do CTB<sup>17</sup>

Cabe frisar ainda que vendo o legislador que diversos acidentes em nosso país eram causados em razão<sup>18</sup>, muitos dessas com vítimas fatais<sup>19</sup>, criminalizou também a conduta<sup>20</sup> ou seja entendendo que não se trata mais de culpa, mas sim de dolo.

Nesse ponto a jurisprudência penal também já entendeu que nos casos em que ocorre multa, trata-se de dolo

---

17 “Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.

18 Conforme verifica-se na notícia Acidentes de trânsito no Brasil, um problema de saúde pública <https://jornal.usp.br/atualidades/acidentes-de-transito-no-brasil-um-problema-de-saude-publica/> acessado em 28.03.2019.

19 Há 10 anos era sancionada a lei 11.705, mais conhecida como Lei Seca. Desde que foi aprovada, em 2008, a legislação ficou menos tolerante com quem dirige e ingere álcool, impondo mudanças no comportamentos dos motoristas e ajudando a reduzir mortes no trânsito. Dados do Sistema de Informações de Mortalidade (SIM), do Ministério da Saúde, indicam que houve uma redução em mais de 14% do número de mortes por acidentes de trânsito no país. Em 2008, quando a lei foi implementada, o SIM registrou 38.273 óbitos por essa causa. Em 2017, dados preliminares, já apontam a queda para 32.615 casos – <https://revistaautosporte.globo.com/Noticias/noticia/2018/06/lei-seca-em-10-anos-mortes-no-transito-caem-14-mas-fiscalizacao-precisa-melhorar.html> - acessado em 28.03.2019.

20 Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber. § 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver: I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência;

eventual, não culpa, ou seja, os Tribunais Pátrios, atendendo os valores da sociedade punem mais severamente os “homicídios” ocorridos sob a influência de álcool.<sup>21</sup>

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná também entende dessa forma, conforme julgado ocorrido em 27.09.2019<sup>22</sup>

---

21 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO APÓS SUPOSTA INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA. PRONÚNCIA. DOLO EVENTUAL. EMBRIAGUEZ. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS EXCEDENTES AO TIPO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É possível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual na conduta do autor, desde que se justifique tal conclusão excepcional com base em circunstâncias fáticas que, subjacentes ao comportamento delitivo, indiquem haver o agente previsto o resultado morte e a ele anuído. AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 629.630 – SP (2014/0317978-8), julgado em 06.12.2018, acessado em 28.03.2019, disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90700931&num\\_registro=201403179788&data=20181213&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90700931&num_registro=201403179788&data=20181213&tipo=5&formato=PDF).

22 RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO NO TRÂNSITO - ARTIGO 121, CAPUT (POR DUAS VEZES) E ARTIGO 121, CAPUT C/C ARTIGO 14, II, (POR UMA VEZ) - PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - FALTA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR, EMBRIAGUEZ AO VOLANTE, FARÓIS APAGADOS - POSSIBILIDADE DE TER O RÉU PRESUMIDO E ASSENTIDO COM O RISCO - DOLO EVENTUAL - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI - PRONÚNCIA MANTIDA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A dúvida, quando razoável, quanto à existência de dolo se resolve em prol da sociedade, autorizando a submissão do caso ao julgamento do Conselho de Sentença. fls.2 2. In casu, a soma da circunstância (condutor dirigindo possivelmente sob o efeito de álcool, sem habilitação para dirigir e com os faróis da moto apagados) não descarta a possibilidade de o crime contra a vida ter sido cometido com dolo eventual, situação que impede o acolhimento do pleito absoluto, desclassificador ou a impronúncia, obrigando o julgamento da causa aos Senhores Jurados. (TJPR - 1ª C.Criminal - 0000193-06.2008.8.16.0166 - Terra Boa - Rel.: Antonio Loyola Vieira - J. 27.09.2018), acessado em 28.03.2019, disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/410000006196351/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000193-06.2008.8.16.0166#>.



o qual deixa claro que em casos de embriaguez a conduta do réu é ainda mais reprovável.

Continuando a analisar o ordenamento jurídico e o sistema de precedentes, verifica-se que o Judiciário também não entende como devido aos segurados o pagamento da indenização securitária para veículos nos casos em que o segurado estava alcoolizado.

Com tal Recurso Especial verifica-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que reconheceu a inexistência do dever de indenizar, por parte da seguradora, em virtude da configuração do agravamento de risco pelo motorista que conduziu o veículo alcoolizado.

Nesse sentido o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná também tem posicionamento firmado<sup>23</sup> conforme recente julgamento de 28.02.2019 o qual menciona que o Agravamento ocorreu em razão da ingestão de álcool o que fere o artigo 306 do CTB, sendo certo que o não faz jus ao recebimento da garantia da indenização pelo veículo.

---

23 APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VEÍCULO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL. 1. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. 2. CLÁUSULA CONTRATUAL DE EXCLUSÃO DE COBERTURA. VALIDADE. EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR COMO CAUSA DETERMINANTE DO ACIDENTE. NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO. CONCENTRAÇÃO DE 31,5 DECIGRAMAS DE ÁLCOOL POR LITRO DE SANGUE. SUBSUNÇÃO DO FATO À DESCRIÇÃO DO CRIME DE TRÂNSITO TIPIFICADO NO ARTIGO 306, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. 3. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS (ART. 85, §11, DO CPC/2015). POSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 8ª C.Cível - 0001578-50.2018.8.16.0194 - Curitiba - Rel.: Luis Sérgio Swiech - J. 28.02.2019) acessado em 28.03.2019 disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000007877201/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0001578-50.2018.8.16.0194#>.

Analisando o acórdão acima citado, cabe frisar ainda o entendimento para esse caso de que, ainda, que mesmo se não houvesse referida previsão contratual, o próprio Código Civil dispõe, em seu artigo 768 que “O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.

Assim próprio Código Civil brasileiro é expresso no que tange a ausência do dever de indenizar quando há Agravamento de risco pelo segurado<sup>24</sup> conforme verifica-se no RESP 1.664.910 julgado em 18.12.2017.

Dessa forma, além de todo o microsistema penal, as interpretações do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais locais, o próprio Código Civil Brasileiro também afirma que o segurado irá perder o direito a indenização securitária se agravar o risco.

Para analisar tal trecho importante trazer a luz o conceito de Agravamento, que segundo a melhor definição

---

24 AGRADO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC/73. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CIVIL. CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMÓVEL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR. AGRAVAMENTO INTENCIONAL DO RISCO. EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO. 1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões, obscuridades ou contradições deve ser afastada a alegada ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973. 2. O agravamento do risco não se dá somente quando o próprio segurado se encontra alcoolizado na direção do veículo; também abrange os condutores principais (familiares, empregados e prepostos), e envolve tanto o dolo quanto a culpa grave do segurado, que tem o dever de vigilância e o dever de escolha adequada daquele a quem confia a prática do ato. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento. Acessado em 28.03.2019, disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78465159&numero\\_registro=201700733531&data=20171218&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78465159&numero_registro=201700733531&data=20171218&tipo=5&formato=PDF).

gramatical<sup>25</sup> nada mais é do que a: Ação ou efeito de agravar ou agravar-se.

Cabe frisar ainda que o artigo 768 do Código civil brasileiro está na parte geral do capítulo de Seguro, ou seja, não há qualquer distinção seja para o seguro de dano ou para os seguros de pessoas, conforme as distinções são feitas nos artigos 778 e seguintes do Código Civil Brasileiro, iniciando pelas regras específicas dos seguros de danos.

Dessa forma, seja por uma interpretação coerente ou até mesmo por opção do legislador, o artigo 768 do Agravamento de risco deve ser válido para todos os seguros.

Assim, da mesma forma que o julgador também interpretada nos casos de crime de trânsito deveria fazer no seguro de pessoas, reconhecendo que a ingestão de álcool com a direção configura-se dolo, portanto ao dirigir-se embriagado o segurado agrava intencionalmente o risco, sendo que perde o direito à indenização.

Todavia, diferente do que acontece em todas as matérias acima ventiladas quando se trata de seguro de vida, o Superior Tribunal de Justiça entende diferente, o que inclusive fez editar a súmula 620: A embriaguez do segurado não exime a seguradora do pagamento da indenização prevista em contrato de seguro de vida.<sup>26</sup>

---

25 Acessado em 28.03.2019, disponível em <https://www.dicio.com.br/agravamento/>.

26 Acessado em 28.03.2019, disponível em [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Duas-novas-s%C3%BAmulas-s%C3%A3o-aprovadas-pela-Segunda-Se%C3%A7%C3%A3o](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Duas-novas-s%C3%BAmulas-s%C3%A3o-aprovadas-pela-Segunda-Se%C3%A7%C3%A3o).

Assim ao analisar o seguro de vida a Segunda Seção do STJ, em apreciação aos embargos de divergência, pacificou o entendimento que encontrava dissonância no âmbito das Turmas responsáveis pelas matérias relativas a Direito Privado, acerca do direito, ou não, de os beneficiários de seguro de vida receberem a respectiva indenização securitária quando constatado que o segurado estava embriagado na ocasião do acidente automobilístico que o levou a óbito.

Desse modo, a jurisprudência da Segunda Seção deste Tribunal se uniformiza, adotando o entendimento de que, nos seguros de pessoas, é vedada a exclusão de cobertura na hipótese de sinistros ou acidentes decorrentes de atos praticados pelo segurado em estado de insanidade mental, de alcoolismo ou sob efeito de substâncias tóxicas.<sup>27</sup>

Ocorre que tal decisão é contraditório ao restante do ordenamento jurídico, sendo certo que conforme o entendimento de Maccormick não há argumento que sustente a súmula.

O principal argumento para a edição da súmula e o entendimento antagonista ao mesmo tema dos outros assuntos é o artigo 51 do Código de Defesa do consumidor <sup>28</sup> mencionado

---

27 Acessado em 28.03.2019, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=SEGURO+-VEICULO+EMBRIAGUEZ&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>.

28 “Art. 51 do CDC. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV -estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;” acessado em 28.03.2019 disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm).

de que a exclusão do recebimento da garantia seria um cláusula que colocaria o consumidor em desvantagem excessiva.<sup>29</sup>

Todavia, conforme ensina Ricardo Bechara dos Santos<sup>30</sup>: “acrescenta-se que o próprio CDC admite cláusulas restritivas ao direito do consumidor”.

Não há dúvidas de que o artigo 54, § 4<sup>o</sup><sup>31</sup> autoriza as cláusulas restritivas. Cabe frisar que não há que se falar que a cláusula de Agravamento de risco em seguro de vida ao dirigir embriagado, não é abusiva, eis que inclusive diversas legislações, inclusive, a classificam como crime.

---

29 Conforme pode ser verificado nos precedentes que deram origem a súmula 2<sup>a</sup> Seção. EREsp 973.725-SP, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado Do TRF 5<sup>a</sup> Região), julgado em 25/04/2018 (Info625).<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=620&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>, [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\(%27AINTARESP%27+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27\)+adj+1081746\).suce.+ou+\(\(%27AINTARESP%27.clas.+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27.clap.\)+e+@num=%271081746%27\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((%27AINTARESP%27+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27)+adj+1081746).suce.+ou+((%27AINTARESP%27.clas.+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27.clap.)+e+@num=%271081746%27)), [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\(%27AINTARESP%27+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27\)+adj+1110339\).suce.+ou+\(\(%27AINTARESP%27.clas.+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27.clap.\)+e+@num=%271110339%27\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((%27AINTARESP%27+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27)+adj+1110339).suce.+ou+((%27AINTARESP%27.clas.+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27.clap.)+e+@num=%271110339%27)), [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\(%27ERESP%27+ou+%27ERESP%27\)+adj+973725\).suce.+ou+\(\(%27ERESP%27.clas.+ou+%27ERESP%27.clap.\)+e+@num=%27973725%27\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((%27ERESP%27+ou+%27ERESP%27)+adj+973725).suce.+ou+((%27ERESP%27.clas.+ou+%27ERESP%27.clap.)+e+@num=%27973725%27)), [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\(%27RESP%27+ou+%27RESP%27\)+adj+1665701\).suce.+ou+\(\(%27RESP%27.clas.+ou+%27RESP%27.clap.\)+e+@num=%271665701%27\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((%27RESP%27+ou+%27RESP%27)+adj+1665701).suce.+ou+((%27RESP%27.clas.+ou+%27RESP%27.clap.)+e+@num=%271665701%27)).

30 Santos, Ricardo Bechara Revista Jurídica de Seguros, maio de 2018, p. 220-221.

31 § 4<sup>o</sup> As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, acessado em 28.03.2019, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm).

Por tais razões, tendo em vista um ordenamento coerente, não há razões apresentadas na edição da súmula que consigam fundamentá-la, ou ainda não há como sustentar os argumentos apresentados.

#### **4. CONCLUSÃO.**

Assim conclui-se que a súmula 620 do STJ não pode ser admitida sob a perspectiva da coerência posta em Maccormick.

É sabido que ao estruturar uma teoria pelo uso de argumentos por princípios, assim como ao ampliar as exigências pela coerência, o resultado pretendido para que uma decisão seja considerada coerente ganha complexidade<sup>32</sup>.

A sociedade brasileira entende que não é correto a “mistura” álcool e direção, nesse sentido pode-se afirmar que é um princípio eleito pela população, sendo que certo que ao estruturar uma teoria pelo uso de argumentos por princípios, assim como ao ampliar as exigências pela coerência, o resultado pretendido para que uma decisão seja considerada coerente ganha complexidade<sup>33</sup>

A decisão que determina que o segurado não perde o direito à indenização é totalmente externo ao ordenamento jurídico Brasileiro, eis que exceto a súmula todo o ordenamento,

---

32 DECIDIR E ARGUMENTAR: RACIONALIDADE DISCURSIVA E A FUNÇÃO CENTRAL DO ARGUMENTO Fabiano Hartmann Peixoto Claudia Rosane Roesler Debora Bonat <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46712> - p. 15.

33 MARTINS; ROESLER; JESUS, 2011, p. 219.

jurisprudência e legislação vão de encontro com o fato de dirigir embriagado.

Nesse ponto novamente importante o entendimento de Argemiro Cardoso Moreira Martins que afirma acerca da coerência nas decisões judiciais<sup>34</sup>:

Sendo assim, entende-se a relevância de examinar a coerência de uma decisão como um dos itens para se levar em conta ao qualificar uma decisão como boa ou justa. Ocorre que, justo e bom, nesse sentido e para essa perspectiva, podem ser, portanto, uma decisão que esteja de acordo com decisões de casos semelhantes do passado, a qual demonstre estar vinculada aos princípios jurídicos gerais aceitos pela comunidade

Atienza ao mencionar Maccormick vai afirmar que para a justificação de uma decisão deve ser verificada a coerência:

“Dito de forma resumida, sua tese consiste em afirmar que justificar uma decisão num caso difícil significa, em primeiro lugar, cumprir o requisito da universalidade, e, em segundo lugar que a decisão em questão tenha sentido em relação ao sistema (ou seja, que cumpra os requisitos da consistência e da coerência) e em relação ao mundo (o que significa que o argumento decisivo – dentro dos limites marcados pelos critérios anteriores – é um argumento consequencialista).”<sup>35</sup>

---

34 A NOÇÃO DE COERÊNCIA NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NÉIL MACCORMICK: CARACTERIZAÇÃO, LIMITAÇÕES, POSSIBILIDADES Argemiro Cardoso Moreira Martins Cláudia Rosane Roesler Ricardo Antonio Rezende de Jesus <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3281>, p. 217.

35 ATIENZA, Manuel El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación, p. 182.

Nessa seara, não é possível afirmar que o STJ realizou tal procedimento.

Ao demonstrar a coerência de uma regra, o Legislativo justifica sua pertinência no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, ao justificar uma decisão, acaba fazendo mais do que isso. Este é um ponto essencial na teoria. Ao analisar um caso em que as partes discutem a aplicabilidade de uma regra e, também, a possibilidade de se excepcionar a aplicação deste dispositivo, os juízes avaliam as possíveis consequências e procuram “qual princípio melhor explica o Direito tal como estabelecido, até agora, pelos agentes responsáveis por produzi-lo?”<sup>36</sup>

No entanto, esse novo direito não nasce apenas da criatividade do magistrado, mas sim do Direito existente, pois a decisão deve ser coerente com o ordenamento e ser compatível com sua “moldura de referência”<sup>37</sup>

Por fim não há dúvidas de que a afirmação do próprio Maccormick de que “a coerência é a compatibilidade axiológica entre duas ou mais regras, todas justificáveis em vista de um princípio comum”<sup>38</sup> é a conclusão do presente artigo.

Esse entendimento é o mesmo Martins, Roesler e Jesus, “[...] ultrapassou-se a ideia de coerência apenas como um requisito formal de adequação entre o direito posto e o direito

---

36 MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado...**, op. cit., p. 266.

37 MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado...**, op. cit., p. 362.

38 MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado...**, op. cit., p. 301.



que aparece na solução de cada caso concreto passou-se a exigir a demonstração de que a solução construída é coerente com ideias de uma vida social voltada para o mútuo entendimento e respeito recíproco”<sup>39</sup>

Não a coerência da decisão do STJ ao editar a súmula 620, eis que não possui a compatibilidade axiológica mencionada pelo autor. O princípio comum, que é a preservação da vida, da diminuição de mortos em acidentes de trânsito, o desincentivo à prática da ingestão de bebida e da direção, sendo que são puníveis em vários momentos em nosso ordenamento, não podem ter uma compensação no que tange ao direito securitário concedendo benefício ao falecido que Agravo o risco, pratica um crime, coloca a vida de terceiros em risco, e mesmo assim será beneficiado.

Por tais razões a súmula edita pelo STJ é incoerente com o atual sistema axiológico de regras e julgamento do ordenamento brasileiro. Enquanto todo o sistema jurídico brasileiro foi elaborado para desestimular a prática do ato de beber e dirigir a súmula 620 do STJ vem de encontro, o que demonstra que o Tribunal não é capaz de olhar para o ordenamento ao tomar decisões que impactaram milhões de pessoas.

---

39 MARTINS; ROESLER; JESUS, 2011, p. 219.

## 5. REFERÊNCIAS

Acidentes de trânsito no Brasil, um problema de saúde pública, assinado pela redação da USP, disponível em <https://jornal.usp.br/atualidades/acidentes-de-transito-no-brasil-um-problema-de-saude-publica/>, acessado em 28.03.2019.

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 629.630 – SP, (2014/0317978-8), disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90700931&num\\_registro=201403179788&data=20181213&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90700931&num_registro=201403179788&data=20181213&tipo=5&formato=PDF), acessado em 28.03.2019.

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.664.910 - PR (2017/0073353-1), disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78465159&num\\_registro=201700733531&data=20171218&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78465159&num_registro=201700733531&data=20171218&tipo=5&formato=PDF), acessado em 28.03.2019.

AgInt no AREsp 1081746 SC 2017/0077648-3 Decisão:17/08/2017, disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\(%27AINTARESP%27+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27\)+adj+1081746\).suce.+ou+\(\(%27AINTARESP%27.clas.+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27.clap.\)+e+@num=%271081746%27\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((%27AINTARESP%27+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27)+adj+1081746).suce.+ou+((%27AINTARESP%27.clas.+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27.clap.)+e+@num=%271081746%27)) acessado em 28.03.2019.

AgInt no AREsp 1110339 SP 2017/0126760-5 Decisão: 05/10/2017DJe DATA:09/10/2017, disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\(%27AINTARESP%27+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27\)+adj+1110339\).suce.+ou+\(\(%27AINTARESP%27.clas.+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27.clap.\)+e+@num=%271110339%27\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((%27AINTARESP%27+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27)+adj+1110339).suce.+ou+((%27AINTARESP%27.clas.+ou+%27AgInt%20no%20AREsp%27.clap.)+e+@num=%271110339%27)), acessado em 28.03.2019.

Apelação Cível Nº 0001578-80.2018.8.16.0194, disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000007877201/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0001578-50.2018.8.16.0194#>, acessado em 28.03.2019.

ATIENZA, Manuel El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación. Barcelona: Editora Ariel, 2006.

BIAZEVIC, Juan Paulo Haye. Raciocínio Jurídico de Neil MacCormick: um estudo comparativo entre Legal Reasoning and Legal Theory e Rhetoric and the Rule of Law. 2016. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Código Brasileiro de Trânsito, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm), acessado em 28.03.2019.

Código de Defesa do Consumidor, disponível e [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm), acessado em 28.03.2019.

Código Penal Brasileiro, acessado em 28.03.2019, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm).

REsp 973725 SP 2013/0016348-9 Decisão:25/04/2018, disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(%27ERESP%27+ou+%27EResp%27\)+adj+973725\).suce.+ou+\(%27ERESP%27.clas.+ou+%27EREsp%27.clap.\)+e+@num=%27973725%27](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=(%27ERESP%27+ou+%27EResp%27)+adj+973725).suce.+ou+(%27ERESP%27.clas.+ou+%27EREsp%27.clap.)+e+@num=%27973725%27).

HARTMANN, Fabiano Peixoto, BONAT Rosane, DECIDIR E ARGUMENTAR: RACIONALIDADE DISCURSIVA E A FUNÇÃO CENTRAL DO ARGUMENTO disponível em <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46712>, acessado em 28.03.2019.

Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=SEGURO+VEICULO+EMBRIAGUEZ&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>, acessado em 28.03.2019.

Kozicki e Pugliese, Katya e William, Direito, Estado e Razão Prática: A teoria de Neil Maccormick, disponível em <https://acer-vodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/43756/R%20-%20T%20-%20WILLIAM%20SOARES%20PUGLIESE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acessado em 28.03.2019.

“Lei seca”, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm), acessado em 28.03.2019.

LEI SECA: EM 10 ANOS, MORTES NO TRÂNSITO CAEM 14%, MAS FISCALIZAÇÃO PRECISA MELHORAR, redigido por Tabatha Benjamin, disponível em <https://revistaautoesporte.globo.com/Noticias/noticia/2018/06/lei-seca-em-10-anos-mortes-no-transito-caem-14-mas-fiscalizacao-precisa-melhorar.html>, acessado em 28.03.2019.

LEVENBOOK, Barbara Baum. The role of coherence in legal reasoning. Law and philosophy. 1984, V. III, p. 355-374.

MacCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. São Paulo: Elsevier, 2008.

MARTINS, Argemiro C. M.; ROESLER, Claudia R.; JESUS, Ricardo A. R. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. Revista Novos Estudos Jurídicos/UNIVALI, v. 16, n. 2, mai-ago 2011, p. 207-221.

MARINONI, Luiz Guilherme, APROXIMAÇÃO CRÍTICA ENTRE AS JURISDIÇÕES DE CIVIL LAW E DE COMMON LAW E A NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL disponível em <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/17031/11238>, acessado em 28.03.2019.

Neimar Roberto de Souza e Silva DIREITO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM NEIL MACCORMICK <http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/531/442>.

OLIVEIRA, Evilanne de Brandão, MORAIS, Nayla Soares de Teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick – disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/teoria-da-argumenta%C3%A7%C3%A3o-jur%C3%ADdica-de-neil-maccormick> acessado em 28.03.2019.

Recurso em sentido estrito Nº 0000193-06.2008.8.16.0166, disponível em <https://portal.tjprjus.br/jurisprudencia/j/4100000006196351/Ac%C3%B3rd%C3%A3o000193-06.2008.8.16.0166#>, acessado em 28.03.2019.

REsp 1665701 RS 2016/0309392-5 Decisão:09/05/2017 DJe DATA:31/05/2017, disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\(%27RESP%27+ou+%27Resp%27\)+adj+1665701\).suce.+ou+\(\(%27RESP%27.clas.+ou+%27REsp%27.clap.\)+e+@num=%271665701%27\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((%27RESP%27+ou+%27Resp%27)+adj+1665701).suce.+ou+((%27RESP%27.clas.+ou+%27REsp%27.clap.)+e+@num=%271665701%27)), acessado em 28.03.2019.

SANTOS, Ricardo Bechara Revista Jurídica de Seguros, maio de 2018, número 8, Revista Jurídica CNSEG.

Súmula 620 do STJ, disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=620&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>, acessado em 28.03.2019

Superior Tribunal de Justiça, Súmula 620, acessado em 28.03.2019, disponível em [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf)

# REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DA OAB-PR



Selo editorial



[www.livroslegais.com.br](http://www.livroslegais.com.br)



[www.edicaopordemanda.com.br](http://www.edicaopordemanda.com.br)