

RDCJ

REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Ano 1. nº 1. Outubro / Dezembro de 2022



AUTORES:

Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho

Erika Nunes Dias

Júlio Luiz de Medeiros Alves Lima Kuhlmann

Lia Coelho de Albuquerque

Roberta Araújo Formighieri

COORDENADORES:

Prof.º Valdeci Cunha

Prof.º Me. Dr. Francisco Odécio Sales

Prof.^a Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales

Ma. Roberta Araújo Formighieri

RDCJ

REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS VOL. 1

Ano I. nº 1. Out. / Dez. 2022



Fortaleza-CE
2022

Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).



CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Mestranda Roberta Araújo Formighieri
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Raimundo Carneiro Leite
Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo
Diagramação: Vanques Emanuel
Capa: Vanderson Xavier
Produção Editorial: Editora DINCE
Revisão: Os Autores

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista Digital de Ciências Jurídicas. Ano I. n. 1 Out. / Dez. 2022.

Fortaleza – Ceará. Editora DINCE, 2022 – //p. Digital

SEMESTRAL

ISSN ?????

DOI: doi.org/10.56089/978-85-7872-569-3

ISBN [978-85-7872-569-3](https://www.isbn.org/978-85-7872-569-3)

1. Direito – Periódico. 2. Artigos jurídicos. I. Temas diversos

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

APRESENTAÇÃO

REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – RDCJ – nasceu objetivamente com uma proposta radical: apresentar assuntos demasiadamente significativos para o mundo jurídico, para os operadores do Direito e para todas as correntes que se ocupam das ciências jurídicas e sociais, cuja comunicação se expresse em uma linguagem do dia a dia, sejam através de artigos, entrevistas, leis e jurisprudências comentadas; sejam por meio de opiniões, enfoques ou mesmo de diversas outras publicações nessa área, reservada, sobretudo, aos que estudam, pesquisam e debatem as informações do Direito e da Justiça, sob o ponto de vista legal, legítimo e lícito que preconizam o ordenamento jurídico da vida em sociedade.

Tudo isto é motivo de imensa satisfação, podermos apresentar a todos os leitores, escritores e ao público em geral o lançamento desta oportuna e enriquecedora *REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS* que, para além das abordagens variadas, pluralistas e ecléticas no campo digital da filosofia e da ciência do Direito, promovem reflexões profundas aos que enxergam, vivem e sonham com uma sociedade constitucionalmente desenvolvida, livre, sem preconceitos e sem discriminações.

Trata-se de uma REVISTA no formato digital, publicada trimestralmente, que aborda assuntos técnicos e científicos, dos mais variados tópicos, relacionados com a narrativa e com o debate nacional e internacional sobre os modernos paradigmas que orientam os princípios normativos das ciências jurídicas e sociais, bem como de sua filosofia aplicada especialmente ao direito brasileiro.

Sob a coordenação do **Prof.º Valdeci Cunha, Prof.º Me. Dr. Francisco Odécio Sales, Prof.ª Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales e Ma. Roberta Araújo Formighieri**, entre outros renomados autores, a REVISTA busca suprir uma lacuna existente atualmente no mercado editorial do estado do Ceará e do Brasil no sentido de atender às necessidades de alunos, professores, escritórios jurídicos, magistrados, membros do ministério público e demais profissionais do Direito, diante do qual nas atuais circunstâncias, não dispõem de uma publicação periódica que viabilize disponibilizar seus trabalhos em forma de artigos, teses, monografias e demais estudos relacionados com a proposta vocacional da já mencionada RDCJ -*REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS*.

A revista também se propõe a atender aos candidatos que se preparam para concursos públicos e muitas vezes precisam apresentar seus trabalhos jurídicos, de provas e títulos, para efeito de avaliações e/ou aprovações.

Importante também se faz ressaltar que a RDCJ será produzida no formato digital e disponibilizada ao público interessado para baixá-la gratuitamente na plataforma <https://dince2editora.com/revistas/>

Finalizamos, portanto, expressando nossas razões que justificam esse imenso esforço pessoal e profissional de servir a todos, na tarefa de realizar esta missão com o sincero propósito de contribuir para o crescimento integral de todos que percorrem e peregrinam nessas estradas em busca de um novo debate e de novas informações, cujo produto fundamental é o firme desejo de ser útil nas ações, juridicamente orientadas, como meio de avanços significativos na ciência jurídica, na filosofia e no exercício prático do Direito.

SUMÁRIO

A INFLUÊNCIA DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS NA EVOLUÇÃO PROTETIVA DOS SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS BRASILEIROS	9
---	---

Roberta Araújo Formighieri

INTERVENÇÃO DO JUIZ NOS CONTRATOS: O INSTITUTO DA LESÃO COMO INSTRUMENTO DA JUSTIÇA CONTRATUAL	29
--	----

Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho

INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE TEMPLOS DE QUALQUER CULTO.....	55
---	----

Erika Nunes Dias

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	61
--	----

Erika Nunes Dias

A REVISÃO CONTRATUAL FUNDADA NAS CLÁUSULAS ABUSIVAS...	77
--	----

Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho

A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL	103
-----------------------------------	-----

Júlio Luiz de Medeiros Alves Lima Kuhlmann

A AUTOEXECUTORIEDADE DO PODER DE POLÍCIA E A (DES)NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL.....	129
--	-----

Lia Coelho de Albuquerque

O PACOTE ANTICRIME E OS SEUS.....	143
-----------------------------------	-----

Vinícius Yscandar de Carvalho

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LÍCITOS E ILÍCITOS 162

Erika Nunes Dias

EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO 175

Erika Nunes Dias

A INFLUÊNCIA DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS NA EVOLUÇÃO PROTETIVA DOS SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS BRASILEIROS

THE INFLUENCE OF INTERNATIONAL INSTRUMENTS ON THE PROTECTIVE EVOLUTION OF BRAZILIAN ARCHAEOLOGICAL SITES

Roberta Araújo Formighieri¹

RESUMO

Neste artigo traçamos um esboço cronológico da elaboração de mapas nacionais e internacionais relacionados à conservação do patrimônio, mostrando sua influência na elaboração de leis de proteção aos sítios arqueológicos no Brasil no século XX. A adoção de estratégias voltadas para a educação patrimonial é meio essencial para a preservação de sítios históricos e pré-históricos diante do desconhecimento da população em geral. Fazer o conhecimento acadêmico da conservação e preservação do patrimônio assimilado pela população e praticado na defesa dos sítios arqueológicos, requer mudanças culturais e comportamentais, realizadas por meio de trabalhos de consciência social por meio da educação. O trabalho baseou-se no método de abordagem hipotético-dedutivo, sob enfoque empírico-analítico, em que se fez uso de uma abordagem qualitativa, com pesquisa bibliográfica e legislativa.

Palavras-chaves: Patrimônio histórico e cultural - Cartas patrimoniais – Sítios arqueológicos – Regime protetivo

ABSTRACT

In this article we trace a chronological outline of the elaboration of national and international maps related to heritage conservation, showing its influence on the elaboration of laws to protect archeological sites in Brazil in the 20th century. The adoption of strategies aimed at heritage education is an essential means of preserving historic and prehistoric sites in the face of the general population's lack of knowledge. Making academic knowledge of the conservation and preservation of heritage assimilated by the population and practiced in the defense of archeological sites requires cultural and behavioral changes, carried out through works of social

¹ Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR.

awareness through education. The work was based on the method of hypothetical-deductive approach, under an empirical-analytical approach, in which a qualitative approach was used, with bibliographical and legislative research.

Keywords: Historical and cultural heritage - Heritage charts - Archeological sites - Protective regime

INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 3.924², que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos e todos os elementos que neles se encontram no Brasil, foi publicada em 26 de julho de 1961, é a primeira carta patrimonial de proteção arqueológica no Brasil e está mantida em vigor até os dias atuais.

O diploma foi concebido com o intuito de proteger os sítios arqueológicos em um contexto de exploração e aproveitamento econômico, sobretudo dos sambaquis³, cuja exploração de cal e outros produtos acarretou a destruição e descaracterização destes. Não por acaso a lei é popularmente conhecida por Lei do Sambaqui.

Pelo que se extrai da Lei nº 3.924/1961, o patrimônio arqueológico é caracterizado pela cultura material composta por vestígios de manifestações culturais pretéritas, como artefatos (bens produzidos por humanos, por exemplo, machado polido, ponta de flecha, vaso de cerâmica, adorno de osso/pedra, estatueta em forma de animais ou humanos de pedra/cerâmica, cachimbos de cerâmica, moeda, louça etc.), sepultamentos humanos, arte rupestre e vestígios orgânicos associados às atividades humanas.

O diploma normativo que lhe serviu de inspiração, a Carta Lauseanne, reflete toda a influência dos mapas do patrimônio europeu durante a evolução cronológica do século XX e está repleto de cláusulas punitivas que não resolveram o problema da preservação dos sítios

² https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13924.htm

³ São sítios arqueológicos encontrados em regiões costeiras nas proximidades do mar, mangue e desembocadura dos rios. Construídos por populações de caçadores, coletores e pescadores que interagiram com paisagens litorâneas e estuarinas. Caracterizam-se pelo acúmulo intencional de conchas de moluscos e restos alimentares. São encontrados também vestígios de fogões (circulares e feitos de pedra), artefatos líticos, sepultamentos, além de adornos e zoólitos (esculturas feitas em pedra, representando animais). Trecho retirado de Normas de Gerenciamento do Patrimônio Arqueológico. Iphan, 2005, pág. 31).

arqueológicos no Brasil. Logo após a publicação desta carta, que atualmente é monitorada pelo IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), o Brasil viveu um período ditatorial que durou 21 anos e contribuiu para reforçar a reflexão de que a intimidação policial resolveria diante dos atos de vandalismo cometidos contra o patrimônio histórico e pré-histórico nacional.

O objetivo principal deste trabalho é caracterizar o processo de construção histórica das leis do patrimônio brasileiro, notadamente dos sítios arqueológicos, sob a influência das cartas internacionais sobre a conservação do patrimônio, ao mesmo tempo em que mostra nas entrelinhas a ineficácia da lei de proteção vigente no país e a necessidade de novas estratégias de divulgação à população por meio da educação patrimonial para que passe a defender esse patrimônio como valores culturais historicamente adquiridos, intrinsecamente vinculados a esta sociedade.

1. PRIMEIRAS PREOCUPAÇÕES COM RELAÇÃO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO NO BRASIL

1.1. A Carta de Atenas (1931)

No início do século XX, começaram a ter lugar uma série de reuniões e conferências com o objetivo de identificar os itens fundamentais que dariam forma a uma concepção comum do conceito de cidade. Dessa forma, urbanistas e arquitetos de renome fizeram um diagnóstico da situação das cidades, identificando debilidades e problemas, bem como as respectivas soluções. Foram redigidas normas a respeitar a partir de um diagnóstico prévio.

O grupo de especialistas analisou 33 cidades de diferentes latitudes e climas do mundo de forma a responder aos problemas causados pelo rápido crescimento dos centros urbanos, nomeadamente, devido à mecanização e às mudanças nos sistemas de transportes.

A Carta de Atenas, documento de compromisso, datado de 1933, redigido e assinado por grandes arquitetos e urbanistas internacionais do início do século XX, entre os quais se destaca Le Corbusier, foi redigida como conclusão do Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos de Monumentos Históricos que teve lugar em Atenas, na Grécia, em outubro de 1931.

O instrumento, ao dar linhas de orientação sobre o exercício e o papel do urbanismo dentro da sociedade, serviu de inspiração à arquitetura contemporânea, e assentava em quatro funções básicas na cidade: habitação, trabalho, diversão e circulação. Em termos sociais, a Carta de Atenas propunha que cada indivíduo tivesse acesso às alegrias fundamentais, ao bem-estar do lar e à beleza da cidade.

Com a publicação da Carta de Atenas em outubro de 1931, começaram a surgir preocupações entre as autoridades governamentais no Brasil sobre a necessidade de incluir leis que protegessem os monumentos históricos no Brasil. No texto da Carta de Atenas, havia recomendações de que as autoridades públicas deveriam ter a responsabilidade pela preservação, quando afirma:

A conferência, profundamente convencida de que a maior garantia de conservação de monumentos e obras de arte vem do afeto e do respeito pelas pessoas e, considerando que esses sentimentos podem ser muito favorecidos por ações cabíveis do poder público, expressa o desejo de que os educadores envidem todos os esforços para habituar as crianças e os jovens a se abster qualquer ação que possa degradar os monumentos. Esta responsabilidade assume um âmbito mais amplo, quando se inclui a necessidade de preservar uma gama muito mais ampla de bens que possam inferir patrimônio cultural.

Embora ainda não haja uma noção exata do que seria o patrimônio cultural e histórico, na Constituição concedida de 1937, procura-se um vínculo intrínseco entre o patrimônio histórico e cultural com a própria noção de patrimônio nacional no seu artigo 134, ao dispor que " Os monumentos históricos, artísticos e naturais, bem como as paisagens ou locais particularmente dotados de natureza, beneficiam da proteção e do cuidado particular da União, dos Estados e dos Municípios".

1.2. Decreto-Lei nº 25/1937 (1937)

Porém, a proteção jurídica do patrimônio arqueológico entra em jogo com a publicação do Decreto Legislativo nº 25, de 30 de novembro de 1937, que já introduz em seu artigo primeiro uma concepção do que seria o patrimônio, constituindo "todos os bens móveis e imóveis existentes no país e cuja preservação seja de interesse público, seja pela sua vinculação com fatos marcantes da história do Brasil, seja pelo seu excepcional caráter arqueológico, seja pelo valor etnográfico, bibliográfico ou artístico".

1.3. A Lei nº 3.924/1961: primeira carta patrimonial de proteção arqueológica no Brasil (1961)

Os sítios arqueológicos, em todas as regiões do Brasil, sofreram sua própria sorte e esquecimento por décadas no século XX. Somente no final dos anos 1950, com o trabalho de uma equipe de arqueólogos americanos e franceses, despertou-se para a necessidade de uma lei federal que viesse efetivamente a proteger o patrimônio histórico, de forma mais concreta, inclusive com medidas punitivas.

Assim, em 5 de dezembro de 1956, foi publicada em Nova Delhi, na Índia, a recomendação advinda da conferência geral da UNESCO, sobre os princípios internacionais a serem aplicados em matéria de pesquisas arqueológicas, que estipulava em seus artigos quarto e quinto, obrigações e responsabilidades dos Estados-membros ante o patrimônio arqueológico.⁴

Essas recomendações forneceram uma base teórica para a elaboração de uma lei brasileira que viesse a reger a exploração arqueológica e a proteção do patrimônio histórico, que deve incluir medidas para impedir o processo de destruição do patrimônio histórico.

Segundo Morley, existem três motivos principais para a destruição de sítios arqueológicos, quais sejam, obras de grande porte, aproveitamento econômico de áreas de interesse arqueológico e vandalismo.

Nesse contexto, surge a Lei nº 3.924, de 06 de julho de 1961, publicada pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, que dispunha sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos,

⁴ Cada Membro-Estado deveria garantir a proteção de seu patrimônio arqueológico, levando em conta, especialmente, os problemas advindos das pesquisas arqueológicas e em concordância com as disposições da presente recomendação.

5. Cada Estado-Membro deveria, especialmente:

- a) submeter as explorações e as pesquisas arqueológicas ao controle e à prévia autorização da autoridade competente;
- b) obrigar quem quer que tenha descoberto vestígios arqueológicos a declará-los, o mais rapidamente possível, as autoridades competentes;
- c) aplicar sanções aos infratores dessas regras;
- d) determinar o confisco dos objetos não declarados;
- e) precisar o regime jurídico do subsolo arqueológico e, quando esse subsolo for propriedade do Estado, indicá-lo expressamente na legislação;
- f) dedicar-se ao estabelecimento de critérios de proteção legal dos elementos essenciais de seu patrimônio arqueológico entre os monumentos históricos.

expressando obrigações da União e listando direitos e deveres dos proprietários de áreas com sítios arqueológicos, o documento permanece até os dias de hoje como elemento regulador das atividades de escavação, conservação e proteção desse patrimônio histórico⁵.

A Lei 3.924 tentava conter, de forma intimidatória, os atos de vandalismos e depredação que estavam sofrendo os sítios arqueológicos de forma desenfreada em todas as regiões do território brasileiro, ao proibir, no artigo 3º o aproveitamento econômico, a destruição ou mutilação, para qualquer fim, das jazidas arqueológicas ou pré-históricas conhecidas como sambaquis, casqueiros, concheiros, birbigueiras e sernambis, e bem assim dos sítios, inscrições.

Essas medidas punitivas ficaram, por certo tempo, somente na teoria, tanto pela falta de fiscalização quanto pela própria ausência de institutos de pesquisas arqueológicas, ou ainda em razão da total ausência de informação da população brasileira do que seria “um sambaqui” ou mesmo um sítio arqueológico qualquer.

A falta de clareza do que seria patrimônio histórico ou do que seria monumento histórico, também dificultava a execução dessa primeira Carta Patrimonial (que está em vigor até os dias de hoje) em seu sentido mais prático.

⁵ Art 2º Consideram-se monumentos arqueológicos ou pré-históricos:

- a) as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico a juízo da autoridade competente.
- b) os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha;
- c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, "estações" e "cerâmios", nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico;
- d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios.

1.4. A Carta de Veneza⁶: monumentos históricos, patrimônio cultural e plano de conservação (1964)

Em maio de 1964, foi publicada a Carta de Veneza, que afirma que o monumento não pode ser separado da história de suas testemunhas ou do ambiente em que foi descoberto, e o que foi conceitualmente esclarecido em seu artigo primeiro.

O conceito de monumentos históricos inclui tanto criações arquitetônicas isoladas, quanto ambientes urbanos ou paisagísticos que são testemunhas de civilizações específicas, grandes evoluções ou acontecimentos históricos. Este conceito não é apenas aplicável a grandes obras, mas também aplicável ao longo do tempo. A passagem de obras humildes que têm significado cultural.

Diante da ciência dispersa do passado e da intrincada história das conclusões arqueológicas desprovidas de fundamentos teóricos, de 1965 a 1970, o Brasil desenvolveu um extenso programa de atividades arqueológicas sistemáticas e padronizadas, denominado PRONAPA (Programa Nacional de Pesquisas Arqueológicas).

Sob o guia da chamada Escola Ford (Metodologia Americana), várias instituições e pesquisadores se agrupam Prous (2000: 29) sintetiza em poucas linhas o primeiro estudo sistemático da arqueologia brasileira, sob a coordenação de Evans, um ambicioso projeto reuniu 11 arqueólogos de oito estados: PRONAPA (1965/1970), que visa proporcionar o primeiro graças ao uso de métodos únicos e os mesmos. Uma perspectiva teórica, portanto, um amplo resumo da história pré-histórica dos países litorâneos do Brasil é realizado através de uma pesquisa completa.

Apesar da boa vontade de alguns pesquisadores, o projeto acabou falhando porque insistia em parâmetros estatísticos (nem sempre confiáveis) e em metodologias que não eram utilizadas até os próprios Estados Unidos. No entanto, tem um lado positivo que incentiva a pesquisa arqueológica em algumas áreas quase desconhecidas da academia.

⁶ <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Veneza%201964.pdf>

1.5. A Carta de Burra⁷ (1979)

Em 19 de agosto de 1979, foi publicada a "Carta de Burra" (nome de um local culturalmente significativo da Austrália ICOMOS Austrália), com novas medidas de incentivo para proteger o patrimônio histórico. Ademais, o diploma contou com os conceitos de bem, substância, lugar, significado cultural, proteção, conservação, restauração e reconstrução, avançando a conscientização acadêmica quanto à necessidade de reavaliação de procedimentos no trato do patrimônio histórico no Brasil.

Assim, o artigo 1º define: • Bom: designa lugares, áreas, edifícios ou outras obras arquitetônicas ou coleções de edifícios ou outros edifícios que tenham significado cultural (seu conteúdo e ambiente circundante devem ser compreendidos em todos os casos); • Substância: será um grupo de materiais que constituem fisicamente uma mercadoria; • Local: refere-se a um local, área, terreno, paisagem, edifício ou outro projeto, grupo de edifícios ou outro projeto e pode incluir componentes, conteúdo, espaço e efeitos visuais; • Significado cultural: expressa o valor estético, histórico, científico, social ou espiritual das gerações passadas, presentes ou futuras; • Conservação: refere-se a todos os processos de manutenção do site para manter sua importância cultural; • Manutenção: refere-se à proteção contínua da substância, conteúdo e ambiente ao redor do produto e não deve ser confundida com o termo "manutenção"; • Conservação: servirá para manter o estado de uma determinada carga e retardar o processo de degradação; • Recuperação: recupera uma substância em um estado previamente conhecido; • Reconstrução: restaura o estado anteriormente conhecido como a maior precisão, caracterizado pela introdução de diferentes materiais (novos ou antigos) na substância existente.

Em seguida, o foco passa a ser a necessidade de proteção adequada do patrimônio histórico. Em todo o mundo, devido ao desenvolvimento das cidades, as expectativas das pessoas de intervir nas cidades históricas tornaram-se evidentes. Como algumas cidades brasileiras foram consideradas patrimônio cultural da humanidade, a "Carta de Toledo", editada em 1986, é muito útil.

⁷ <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Burra%201980.pdf>

1.6. A Carta de Toledo⁸ (1986)

Em 1986 foi publicada a Carta Internacional para a Conservação das Cidades Históricas, conhecida como Carta de Toledo, na qual se recomenda a “adesão dos habitantes” na conservação das cidades e que o “Plano de Conservação deve ter uma relação harmônica entre a área histórica e a cidade”.

1.7. A Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Porém, só podemos verificar o avanço conceitual, no Brasil, do patrimônio cultural por meio da Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, que contempla três títulos, quatro capítulos e seis artigos (mais incisos), enfatizando sua responsabilidade de proteger métodos e conteúdo.

O artigo 216 enfatiza o conceito de patrimônio cultural, no Capítulo 3, ao estatuir que o patrimônio cultural brasileiro é propriedade material e imaterial, utilizado isoladamente ou em conjunto, e refere-se à identidade, comportamento e memória dos diferentes grupos que compõem a sociedade brasileira, incluindo I-formas de expressão; II- A forma de criação, produção e vida; III- Ciência, arte e criação tecnológica; IV- Obras, objetos, documentos, edifícios e outros espaços destinados a atividades artísticas e culturais; V- Edifícios e lugares urbanos com valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

1.8. A Carta de Lausanne⁹ (1990)

Posteriormente, com a publicação da Carta de Lausanne em 1990, o entendimento das pessoas sobre o conceito de patrimônio arqueológico tornou-se mais específico no que diz respeito à proteção e gestão do patrimônio arqueológico.

De acordo com o artigo 1, o "Patrimônio Arqueológico" inclui o que parte do patrimônio tangível do patrimônio arqueológico. Os métodos arqueológicos podem fornecer conhecimentos básicos. Cobre todos os vestígios da existência humana e chama a atenção em todos os lugares

⁸<http://www.patrimoniocultural.gov.pt/media/uploads/cc/CARTAINTERNACIONALPARASALVAGUARDADASCIDADESHISTORICAS.pdf>

⁹<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Lausanne%201990.pdf>

onde há indícios de atividade humana, sejam quais forem. Vários edifícios abandonados e edifícios no solo, subterrâneos ou debaixo de água. Detritos e materiais relacionados com eles.

A Carta amplia a compreensão das pessoas sobre o conceito de patrimônio arqueológico e aconselha sobre a aplicação da legislação: a legislação deve se basear no conceito de que o patrimônio arqueológico é o patrimônio de todos os seres humanos e grupos humanos, não de indivíduos ou nações.

1.9. A nova Carta de Atenas (1995)

A partir de meados de 1995, associações e institutos de urbanistas de países da União Europeia uniram-se no Conselho Europeu de Urbanistas (composto por representantes Portugal, Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Itália e Reino Unido), e no início de 1998 apresentaram a redação da Nova Carta de Atenas.

A Nova Carta de Atenas pretendeu ser mais adequada às gerações vindouras do que a de 1933, dando o papel principal ao cidadão na hora de tomar decisões organizativas. Segundo a nova carta, a evolução das cidades deve resultar da combinação de distintas forças sociais e das ações dos principais representantes da vida cívica. O papel dos urbanistas profissionais passou a ser o de proporcionar e coordenar o desenvolvimento.

2. A IMPORTÂNCIA DO USO DE MAPAS HEREDITÁRIOS E O VALOR CULTURAL E PATRIMONIAL DOS SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS EXISTENTES

Em primeiro lugar, pode-se inferir dos antecedentes da educação social acima mencionados que a sociedade dificilmente compreende o valor cultural e patrimonial dos sítios arqueológicos existentes. O conceito de valorização do patrimônio cultural é relativamente novo.

Na conferência sobre preservação e uso de monumentos e sítios históricos e artísticos realizada em Quito, Equador, em 1967, apareceu uma definição, no Capítulo VI, Artigo 1, segundo o qual o “valor do patrimônio histórico arte ou artístico equivale a ativá-lo em condições objetivas e ambientais sem comprometer sua natureza, mas sim enfatizar suas características e permitir seu melhor aproveitamento, devendo-se entender

que esta agregação de valor vai além da finalidade e, no caso da Ibero América, contribuirá para o desenvolvimento econômico da região”.

No entanto, tendo em vista o vácuo conceitual do que seria um valor patrimonial (como bem cultural), e considerando a histórica falta de sensibilidade do poder público brasileiro às questões culturais (principalmente de proteção) nos diversos campos administrativos, o desconhecimento da população não é nada novo, principalmente em relação à preservação da nossa memória histórica e pré-histórica.

Combinados com esses aspectos negativos, devido a alguns fatores, diferentes grupos sociais tratam as relíquias arqueológicas de maneiras diferentes, dadas as chamadas características regionais, que estão na base do processo de absorção simbólica existente nos grupos de valorização social contemporâneos e nos sítios arqueológicos com registro pericial.

Os vestígios arqueológicos são apresentados como resquícios da vida cotidiana, inseridos no processo da história social, e o cotidiano contemporâneo é apenas o resultado recente. Portanto, os dados arqueológicos podem ser entendidos não apenas como mnemônicos (relatando diretamente emoções e grupos passados), mas também como metonímia, ou seja, armazenando neles atributos simbólicos, cujo valor muda com o tempo.

Nessa perspectiva, pode-se perceber, devido à consciência cultural de todo o grupo social contemporâneo, a especial importância da participação das comunidades locais na preservação do seu próprio patrimônio histórico. Sem a combinação desses dois pilares, todo o processo de proteção do patrimônio seria inconsistente.

A tarefa de integrar os moradores locais na proteção do patrimônio natural e cultural parece ser um objetivo básico. Qualquer estratégia voltada para lidar com tais situações deve incluir fortes ações educativas em torno dos valores culturais e sua importância para a comunidade. Esses componentes do patrimônio devem ser vistos como benéficos para toda a comunidade por meio do processo educacional. Informar os vizinhos, principalmente na educação formal, que é o espaço mais aberto à participação, integrando setores jovens mais fáceis de penetrar e que precisam de novas atividades para serem substituídos.

A Carta de Lausanne (1990) também mencionou o papel da população na proteção do patrimônio histórico, no Artigo 6, ao dispor que “a população local deve ser incentivada a proteger o patrimônio arqueológico”. Em alguns casos, recomenda-se delegar aos povos indígenas a responsabilidade pela proteção e gestão de monumentos e sítios.

Outro aspecto a se considerar é a importância de divulgar amplamente os resultados das pesquisas arqueológicas realizadas por pesquisadores acadêmicos (esses resultados são muitas vezes usados como segredos invioláveis e chaves a serem levadas à sepultura).

É preciso alertar, mais uma vez, sobre esse incompreensível egoísmo acadêmico, que prejudicaria a difusão cultural dos resultados da pesquisa e criaria obstáculos para que os moradores locais participassem da proteção de seu próprio patrimônio histórico. O patrimônio não pode se limitar a instituições acadêmicas, universidades e centros de pesquisa, por duas razões importantes.

Em primeiro lugar, devido à obrigação moral dos pesquisadores, eles devem devolver os achados científicos e os dados obtidos à comunidade, para que os residentes locais possam compreender a importância e a riqueza de seu patrimônio cultural. O segundo aspecto, igualmente importante, é que sem o apoio e entusiasmo das autoridades e da população local, os investigadores não poderão proteger este patrimônio.

A carta de Lausanne mostra mais uma vez a importância da informação para as descobertas científicas locais no segundo artigo, que estatui “a participação deve ser baseada na aquisição de conhecimentos, que é uma condição necessária para qualquer decisão”. Portanto, as informações públicas são uma parte importante da “proteção abrangente”.

A necessidade de conscientização social por meio da educação do patrimônio cultural e da viabilização do uso de mapas do patrimônio brasileiro. A necessidade de um planejamento de curto, médio e longo prazo para a preservação do patrimônio histórico e pré-histórico por parte dos poderes públicos e principalmente através da educação da sociedade, tornou-se imperativo.

Esta diretriz não é nova e já foi publicada na Carta de Atenas de 1931, quando o Capítulo VII, alínea 'b', mostrava a importância da educação dos jovens na defesa do patrimônio cultural: O papel da educação e profundo respeito pelos monumentos.

Convencida de que a melhor garantia para a preservação de monumentos e obras de arte vem do respeito e do interesse dos próprios povos, uma vez que esses sentimentos podem ser muito estimulados pela ação adequada das autoridades, ela concorda que os educadores habituem as crianças e jovens. Não danificar monumentos, sejam eles quais forem, geralmente aumenta seu interesse em proteger os testemunhos de todas as civilizações.

É claro que existem leis rígidas em relação aos danos ao patrimônio cultural, com referência especial à 'lei sobre crimes ambientais (Lei 9. 605/98 e regulamentada pelo Decreto 3. 179/99) que as diferentes multas variaram entre R \$ 10. 000,00 (dez mil) e R \$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para quem cometer destruição de bem cultural protegido por lei federal (no caso de sítios arqueológicos), além de o infrator responder a processos administrativos e penais.

O próprio Código Penal Brasileiro prescreve sanções contra o patrimônio cultural, conforme evidenciado pelo título 'Dos crimes contra o patrimônio' no Capítulo IV (Do dano) do artigo 165: Artigo 165 - Destruir, obstruir ou deteriorar pela autoridade competente por ser registado de valor arqueológico ou histórico: Pena: reclusão de seis meses a dois anos e multa de mil cruzeiros e vinte mil cruzeiros.

Entretanto, reitera-se um ponto importante ao deixar claro que a mera criação de leis ou julgamentos mais rígidos não resolverá os problemas de preservação do patrimônio histórico, e aponta a formação da sociedade como a mais apropriado para uma situação que piora a cada dia.

A seguir, destacam-se alguns passos essenciais para que a sociedade adquira algum nível de consciência cultural que permita a defesa desse patrimônio histórico pela própria população: 1 - Divulgação de informação científica traduzida em dupla linguagem para a Arqueologia Desmistificadora e destruindo-o de maneiras fantásticas e enganosas e fortalecendo seu significado interior; 2 - Avaliação dos eventos culturais que nos antecederam, principalmente em função do período anterior à chegada dos europeus ao Brasil; 3 - Incorporação de disciplinas arqueológicas, principalmente relacionadas à pré-história, no currículo, sempre utilizando informações de textos produzidos no Brasil para que não persistam as distorções existentes; 4 - Construir uma relação real entre o Brasil do passado e do presente para que esse passado não seja mais tão sombrio para as pessoas comuns; 5 - Sensibilizar a nível nacional para a importância do patrimônio arqueológico como fonte excepcional de informação que pode e deve ser utilizada por todos.

A criação deste roteiro parece ser o melhor caminho para um país que está apenas começando a descobrir um legado histórico e pré-histórico inestimável.

3. AS DIFICULDADES NA IMPLEMENTAÇÃO DA LEI Nº 3.924/61

A implementação da Lei nº 3.924/61 de proteção dos sítios arqueológicos do IPHAN, sem a conscientização cultural por meio da formação da sociedade, não parece ser a melhor solução. O aspecto punitivo e intimidador que a lei transmite colide diretamente com a ignorância da sociedade sobre um legado histórico, trazendo desconforto e aversão.

A dificuldade de aplicação e cumprimento dessa lei devido às deficiências do próprio órgão governamental frente ao vasto contexto geográfico do Brasil parece ser outro grande obstáculo, no que diz respeito a alguns fatores sociais relacionados ao patrimônio arqueológico.

Neste ponto, devemos alertar para as dificuldades de aplicação das leis de conservação do patrimônio cultural quando são federais por natureza. Os controles do escritório responsável do IPHAN em grandes áreas como a Bahia são praticamente nulos. A legislação existente, que é essencialmente criminal, não pode impedir atos deliberados de destruição porque não há oficiais de inspeção ou eles não podem conduzir fisicamente a avaliação. As leis de proteção local são mais fáceis de padronizar e fiscalizar e podem ser uma opção para as equipes federais.

Se há dificuldades de fiscalização na esfera federal por conta da falta de mão de obra qualificada e de recursos financeiros, as perspectivas na esfera local são muito piores. Ainda que na constituição federal incumba aos municípios, conforme preconiza seu artigo trigésimo, promover a proteção do patrimônio histórico e cultural local, observar a legislação e as medidas de controle dos governos federal e estadual, a realidade da cidadania municipal torna-se ainda pior neste sentido.

A viabilidade da sua aplicação passa, portanto, primeiro por um processo educativo e informativo que permita à população tomar consciência de que a perda desta memória cultural é irreparável se envolver a destruição dos seus testemunhos físicos e que se trata da ideia de sentido, que tem memória cultural. O compromisso da população local com a preservação dos sítios arqueológicos é fundamental para a preservação deste patrimônio histórico.

Porém, para atingir esse compromisso é necessário fornecer à população informações precisas sobre os programas de proteção patrimonial a serem implementados.

O Congresso Europeu do Patrimônio Arquitetônico, realizado em Amsterdã em 1975, destacou algumas dessas etapas preparatórias para

programas de preservação do patrimônio cultural e a necessidade desse compromisso com a comunidade: Permitir que a população participe na concepção dos programas é aconselhável fornecer-lhes os elementos para avaliar a situação. Por um lado, explica o valor histórico e arquitetônico dos edifícios a conservar e, por outro lado, fornece todas as informações sobre os regulamentos definitivos e provisórios.

A título de exemplo, falta informação sobre o patrimônio cultural obtida junto da multidão. Dado o patrimônio histórico visto com lajes de rocha em nossos sítios arqueológicos, observamos uma falta de conscientização da comunidade.

O que os caçadores e fazendeiros costumam chamar de "escrita indígena", "escrita bárbara", "sinal", "pedra pintada" ou "escrita holandesa" são afetados por fatores naturais e humanos, mas não receberam qualquer proteção do poder público ou Moradores locais.

Habitado ao sistema capitalista, o conceito de "bem" costuma estar diretamente ligado ao próprio termo econômico. A grande maioria das pessoas não entende o termo "bem cultural", que se expressa nas recomendações sobre a proteção dos produtos culturais ameaçados por sua implementação.

Obras públicas ou privadas discutidas na Assembleia Geral da UNESCO realizada em Paris, França, em 19 de novembro de 1968: Considerando que os produtos culturais são produtos e testemunhas de diferentes tradições intelectuais e conquistas do passado, eles são, portanto, um elemento essencial da personalidade das pessoas.

Portanto, a transição do nível de assimilação dos bens econômicos ao conceito de bens culturais não é um processo fácil de eliminar para a maioria das pessoas do plano educacional unificado a curto, médio e longo prazo.

Ele transmitiu o conteúdo do significado do termo patrimônio cultural, representado pelo princípio de estabelecer monumentos arquivísticos, conjuntos arquitetônicos e arquivos de sítios históricos e artísticos, elaborado pela décima primeira sessão do ICOMOS em Sofia, Bulgária em outubro de 1996: Patrimônio Cultural-Refere Sítios históricos, conjuntos de edifícios e sítios que possuem valor de patrimônio histórico e artístico e fazem parte do entorno histórico ou edificado.

Sem entender o significado e o significado desses registros rupestres vistos no sítio arqueológico, as pessoas ficaram indiferentes e reagiram misteriosamente quando questionadas sobre o assunto, levando suas

reações ao nível da fantasia (como se fossem feitas por gente improvisada), a cultura permanece misteriosa (indicando tesouros desconhecidos).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da aplicabilidade das legislações patrimoniais brasileiras e internacionais é de fundamental importância para a conservação do patrimônio cultural histórico e pré-histórico. O principal fator negativo quanto à ineficácia dessa aplicabilidade contemporânea, porém, não é especificamente a ausência de leis. Incompletas ou mal elaboradas, elas existem, mas sim na forma como são colocadas em prática, e no total falta de informação por parte da população sobre o tema da conservação do patrimônio.

No entanto, por falta de informação ou sensibilização para os conceitos de monumento, património, património histórico, património pré-histórico, património cultural e valor dos bens intangíveis, uma parte da população é responsável por atos que prejudicam significativamente a conservação e conservação de discos rochosos, o que poderia salvar aspectos importantes dos contextos históricos e pré-históricos do Brasil.

Nesse sentido, a questão prática da aplicabilidade dessas leis encontra seu primeiro obstáculo na falta de fiscalização e controle dos órgãos públicos responsáveis por tais atividades; em segundo lugar, deve haver uma reformulação dos procedimentos burocráticos e a atualização da legislação por parte dos poderes públicos municipais, estaduais e federais, que redirecione para atitudes menos intimidantes e empatizastes (como ameaças de multas e punições criminais), e tenta tomar diretrizes que visam a educação patrimonial de curto, médio e longo prazo da população local, de forma que ela própria promova a defesa do patrimônio cultural que se encontra no território em que vive.

Algumas medidas poderiam ser tomadas para mudar a situação atual de desconhecimento por parte da população desse patrimônio cultural e as formas de procedimentos, com base na educação patrimonial.

Dentre as medida, podem ser mencionados o levantamento, através de cartografia geográfica, com equipas especializadas, de todo o patrimônio cultural, incluindo sítios arqueológicos com vestígios rochosos e conseqüente formação de uma base de dados (inventário) sobre património histórico e pré-histórico; a institucionalização da cultura de conservação do património cultural junto da população local, através de campanhas

educativas periódicas (seminários, conferências, eventos educativos, etc.) promovidas pelos poderes públicos municipais; e a reformulação do currículo com a inclusão da disciplina de Conservação do Patrimônio Cultural nas escolas municipais e estaduais, nos níveis de ensino voltados à educação básica do cidadão (educação infantil, ensino fundamental e ensino superior).

Ademais, é possível citar, ainda, a divulgação massiva com folders, por meio da mídia (rádio e jornais), das potencialidades culturais, ressaltando a necessidade de preservação dos sítios históricos e pré-históricos para a população; e por meio de política de conservação, elaboração de plano integrado de conservação de monumentos e sítios históricos e pré-históricos, com objetivos estabelecidos, de conservação do patrimônio por parte do poder público municipal, Iphan, comunidades e segmentos institucionais da sociedade civil organizada (ONGs não governamentais).

Importante ação é a elaboração de infraestrutura básica, em condições de emergência, para proteção dos sítios arqueológicos mais diretamente afetados por fatores antrópicos, tais como painéis de clarificação e sinalização e cercas improvisadas que impeçam o acesso direto aos painéis rochosos; e a formação de mão de obra qualificada (guias turísticos locais) para o enfrentamento adequado dos os turistas que visitam os sítios arqueológicos dos municípios, tornando-os multiplicadores na política de conservação do patrimônio.

Portanto, a implantação efetiva de uma cultura de conservação do patrimônio histórico na população brasileira é um fator fundamental para que a aplicação das legislações nacionais e internacionais sobre o patrimônio seja respeitada e respeitada, de forma satisfatória e para ser assimilada como fontes documentais permanentes de defesa. Vestígios arqueológicos que nos permitirão resgatar as origens culturais históricas e pré-históricas do homem na América e que nos ajudem nas respostas que sempre procuramos: de onde viemos, porque estamos aqui e para onde iremos.

O maior interesse das pinturas rupestres é que mostram que, no Brasil, antes da chegada dos europeus, havia um mundo cultural extremamente rico, muito semelhante em termos de criatividade ao mundo cultural do Ocidente.

Esse mundo ocidental, que não soube observar e valorizar o que existia no Brasil, porque privilegiou a tecnologia de guerra e a repressão religiosa da inquisição. Um mundo europeu, centrado em si mesmo, que não soube apreciar uma sensibilidade diferente à sua e à criatividade da arte

indígena, devido a um etnocentrismo que sempre caracterizou a sua política colonialista, em todos os continentes.

O sucesso desta intervenção foi a perda de um extraordinário patrimônio cultural do qual, hoje, a ciência tenta salvar os escassos vestígios "Anne-Marie Pessie e Niède Guidon"

REFERÊNCIAS

- BELTRÃO, Maria. LOCKS, Martha e AMORIM, Jacqueline (2002). **Projeto Central: Preservação dos sítios arqueológicos com arte rupestre**. FUMDHAMentos II, **Fundação Museu do Homem Americano**, V.1, n. 2, São Raimundo Nonato-PI, 2002; Páginas 243 a 253.
- BOITO, Camillo. 1884. **Os Restauradores**. Conferência feita na Exposição de Turim; Tradução de Paulo Mugayar Kühl e Beatriz Mugayar Kühl; Ateliê Editorial; Cotia; São Paulo; 2002; Páginas 09 a 63.
- BRANDI, Cesare. 1971. **Princípios de Teoria da Restauração; Curso del Centro Internacional de Estudios para la Conservación y Restauración de les Bienes Culturales de Roma (UNESCO) Y LA Facultad de Arquitectura de Roma**; Tradução de Salvador Diaz-Berrio Fernandez; Universidade Nacional Autónoma do México.
- CALDARELLI, Solange Bezerra. SANTOS, **Maria do Carmo Mattos Monteiro dos**. **Arqueologia de contrato no Brasil**. Editora USP, Revista USP, Vol. 1, São Paulo, 2000; Pág. 52 a 73.
- CURY, Isabelle.(org.) **Cartas patrimoniais**. Iphan, segunda edição, Rio de Janeiro, 2000.
- ETCHEVARNE, Carlos.(2002). **Uma proposta de ação integrada para as áreas arqueológicas e pinturas rupestres em Iraquara**, Bahia. FUMDHAMentos II, **Fundação Museu do Homem Americano**, V.1, n. 2, São Raimundo Nonato-PI, 2002; Páginas 219 a 229.
- MORLEY, Edna June (2000). **Como preservar os sítios arqueológicos brasileiros**. In: Pré História da terra brasilis. Org. Maria Cristina Tenório. Editora UFRJ, primeira reimpressão, Rio de Janeiro, 2000; Páginas 371 a 376.
- PESSIS, Anne-Marie. MARTIN, Gabriela (2002). Área arqueológica de Seridó, RN, PB: **Problemas de Conservação do Patrimônio Cultural**. FUMDHAMentos II, **Fundação Museu do Homem Americano**, V.1, n. 2, São Raimundo Nonato-PI, 2002; Páginas 187 a 208.

- PROUS, André (2000). **Arqueologia, Pré-História e História**. In: Pré-História da terra brasilis. Org. Maria Cristina Tenório. Editora UFRJ, primeira reimpressão, Rio de Janeiro, 2000; Páginas 19 a 32.
- RIEGL, Aloïs. 1903. **Monumentos: Valores Atribuídos e sua Valorização Histórica. Tradução: Les Valeurs Monumentales et leur Evolution Historique, in Le Culte Moderne des Monuments:son Essence e as Genèse**; Paris; 1984; Páginas 35 a 62; publicada na Revista Museologia, Nº 1, 1989; Páginas 17 a 23.
- _____. 1903. Culto Moderno a los Monumentos. Caracteres y Orígem. Tradução de Ana Perez Lopez. Visor. Madrid 1987.
- RUSKIN, John. 1849. The seven Lamps of Architecture; London: George Allen & Unwin Ltda, Ruskin House, 40; Museumstreet, W.C.3. **Apresentação, tradução e comentários críticos de Odete Dourado**; Mestrado de Arquitetura e Urbanismo; Série b, nº 02; Salvador, Bahia, 1996.
- SPENCER, Walner Barros. Patrimônio: legislação e instrumentos normativos: ecos de silêncio! **A memória indígena recusada**. Dissertação de mestrado em ciências sociais da UFRN, Natal, 2000.
- VIOLLET-LE-DUC, Eugène Emmanuel. Restauração; Apresentação e tradução de Beatriz Mugayar Kühl; Ateliê Editorial; Cotia; São Paulo; in **Dictionnaire Raisoné de l'Architecture Française du XI au XVI siècle**; Paris; Librairies – Imprimeries Réunies, s.d. (1854-1868); Vol. 8; páginas 14 a 34.

INTERVENÇÃO DO JUIZ NOS CONTRATOS: O INSTITUTO DA LESÃO COMO INSTRUMENTO DA JUSTIÇA CONTRATUAL

INTERVENTION OF THE JUDGE IN CONTRACTS: THE INJURY INSTITUTE AS AN INSTRUMENT OF CONTRACTUAL JUSTICE

Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho¹⁰

RESUMO:

Busca o presente trabalho analisar as principais hipóteses legislativas ensejadoras da revisão contratual pelo Poder Judiciário: a lesão. Dessa forma, objetiva-se demonstrar os requisitos específicos que o magistrado deverá observar para intervir diretamente nos contratos, com o intuito de delimitar um conteúdo mínimo para a aferição da justiça contratual no caso concreto. Verifica-se a relevância da pesquisa diante da tensão existente entre a intervenção judicial dos contratos e a autonomia da vontade das partes, pois a justiça contratual aborda conceitos jurídicos indeterminados, o que pode gerar certa dificuldade para a exata aplicação pelo intérprete-juiz. Portanto, é necessário um estudo atento sobre o tema de modo a auxiliar os operadores do direito e, assim, eventuais abusos do Estado nas relações contratuais.

Palavras-Chave: Revisão judicial dos contratos; dirigismo contratual; autonomia da vontade; boa-fé objetiva; equivalência material das prestações; lesão; limites à revisão do negócio jurídico; justiça contratual.

ABSTRACT:

The present work analyses the main legislative hypotheses that lead to the contractual revision by the Judiciary: the legal injury. In this way, the objective is to demonstrate the specific requirements that the magistrate must observe to intervene directly in the contracts, in order to delimit a minimum content for the benchmarking of contractual justice in the concrete case. It is verified the relevance of the research due to the existing tension between the judicial intervention in the contracts and the autonomy of the parties' will, because contractual justice approaches undetermined

¹⁰ Advogado. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Público.

legal concepts, which may generate some difficulty for the exact application by the interpreter-judge. It is therefore necessary to study closely the subject in order to assist legal operators and prevent possible abuses by the State in contractual relations.

Keywords: judicial review of the contracts; contractual management; autonomy of will; objective good faith; material equivalence of benefits; legal injury; limits to the review of the contract; contractual justice.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo buscará delimitar a aplicação da revisão judicial dos contratos com base no estudo do instituto da lesão pela constatação das respectivas limitações impostas ao intérprete-juiz ao interferir no plano da autonomia da vontade das partes.

Tal tema se mostra de extrema relevância por causa da dificuldade em conciliar a intervenção judicial dos contratos com a autonomia da vontade das partes, pois a justiça contratual aborda conceitos jurídicos indeterminados, o que dificulta a exata aplicação do dispositivo legal pelo intérprete-juiz e pelos operadores do direito.

Portanto, será trabalhado o conceito de lesão contratual, sua origem histórica, seus elementos essenciais, hipóteses de incidência e sua aplicação na legislação pátria de modo a delimitar sua atuação na revisão judicial dos contratos.

2. O INSTITUTO DA LESÃO COMO INSTRUMENTO DA JUSTIÇA CONTRATUAL

A lesão, ao longo do desenvolvimento do direito civil, possuiu diversos significados. Mostra-se necessário o conhecimento da historicidade da lesão como forma de enriquecer o conhecimento do próprio instituto. A exemplo das cláusulas abusivas, a lesão, de ocorrência contemporânea à formação do contrato, autoriza a revisão judicial, funcionando, portanto,

como uma expressão do princípio da equivalência das prestações contratuais.¹¹

2.1. BREVE HISTÓRICO DA LESÃO

2.1.1. A lesão no Direito Romano

No Direito Romano, a lesão teria surgido como instituto jurídico na Lei Segunda (*lex Secunda*), do ano 285 de nossa era, promulgada por Diocleciano.¹² O instituto encontra-se presente no Código de Justiniano, mencionado como pertencente às Constituições de Diocleciano e Maximiliano. No Direito Romano primitivo,¹³ era desconhecido.

Por sua vez, na *Lex secunda*, haveria lesão sempre que o preço pago fosse inferior à metade do valor da coisa, possibilitando, assim, desfazimento do negócio ou complementação do preço. O critério era, portanto, completamente objetivo.¹⁴

Ao alienante era facultada a possibilidade de requerer o desfazimento do negócio com a devolução da coisa e a restituição do preço.

¹¹ SCHREIBER, Anderson . O Princípio do Equilíbrio das Prestações e os Instituto da Lesão. In: Thiago Ferreira Cardoso Neves. (Org.). *Direito e Justiça Social*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 273-291. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.com.br/index.php/artigo/download/122>>. Acesso em: 20 fev. 2021. Anderson Schreiber indica que com “a edição do Código Civil de 2002, ganhou força na doutrina brasileira a alusão à ‘novos princípios contratuais’, que, mitigando o caráter liberal e individualista da dogmática tradicional, permitiram uma reformulação profunda no direito dos contratos. Para a maior parte dos autores, estes novos princípios contratuais são essencialmente três: a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e o equilíbrio das prestações”.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. Vol. I. São Paulo: Atlas 2013, p. 446.

¹³ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 142. O autor ressalta que o Direito Romano clássico, não conheceu o instituto da lesão. O seu surgimento apenas se daria, de forma brusca, anos mais tarde. Na Lei das XII Tábuas, por exemplo, não se encontra qualquer referência à lesão, muito embora houvesse normas destinadas à limitação dos juros. Leis posteriores incorporariam ao sistema limites à liberdade de contratar com o intuito de impedir o aproveitamento abusivo, mas não se tratava de normas de caráter geral.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. Vol. I. São Paulo: Atlas 2013, p. 446.

Contudo, o comprador poderia utilizar a opção de complemento do preço com o propósito de conservar o contrato.¹⁵

Assim, o fundamento da lesão, no direito romano, reside na desproporção entre o valor real e o preço da venda, sendo estipulado um critério bem objetivo para a sua apuração no sentido de que a venda realizada por menos da metade do preço real do objeto seria lesiva, podendo importar até mesmo em sua rescisão. Entretanto, não havia nenhum critério de determinação do que deveria ser considerado *justo preço*, costumando-se atribuir a denominação de lesão enorme (*laesio enormis*).¹⁶ A partir do surgimento do instituto da lesão, verifica-se o objetivo de atacar a validade de um negócio jurídico formalmente adequado por razões de equidade.

Nesse sentido, a lesão consistia em uma exceção admitida em favor da equidade. De forma geral, o preço livremente pactuado não poderia causar a invalidade do negócio, ainda que inferior ao preço justo. No entanto, quando a desproporção superasse a metade desse valor, o negócio seria rescindível, ainda que celebrado sem vício do consentimento. Ademais, a diferença hábil a ensejar a rescisão lesionária é aquela que se apura no momento da celebração da avença.¹⁷

Da Lei Segunda, extraem-se as demais características da lesão. Em primeiro plano, destaca-se o fundamento do instituto a partir da equidade. Portanto, admite-se a rescisão lesionária em razão de ser equitativo que o vendedor prejudicado em mais da metade do justo preço possa reaver a coisa, restituindo o montante que lhe foi pago ou receber a diferença para tornar justo o negócio. Quanto ao campo de incidência, a norma, em regra, era aplicada aos negócios de compra e venda.¹⁸

Outrossim, o Direito Romano já conhecia, naquele tempo, os vícios do consentimento que ensejaram, em parte, a restituição, mas a lesão assume aspecto diferente, por não estar ligada ao dolo, ao erro ou à violência, por exemplo. O legislador romano se limitou à magnitude do dano, concedendo a possibilidade de rescisão quando este superasse determinado limite. Os magistrados, portanto, apenas comprovavam a

¹⁵ CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 152.

¹⁶ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 146-147.

¹⁷ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 146-147.

¹⁸ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 147.

desproporção entre as prestações sem investigar se houve ou não a intenção de aproveitamento.

2.1.2. A lesão na Idade Média

No Império Romano do Oriente, conhecido como Império Bizantino, a lesão teve plena aplicação durante toda a Idade Média. Entretanto, na Europa, o mesmo não se verificou. A partir da queda do Império Romano do Ocidente, a influência das leis bárbaras gerou o enfraquecimento do instituto da lesão. Apesar de ter havido, durante toda a história de Roma, leis repressivas à usura e, em determinados momentos, a regulação dos preços de alguns produtos, as circunstâncias econômicas e sociais nessa época não eram propícias para a manutenção do instituto. A economia fundava-se na agricultura e o volume de negócios era reduzido, visto que o comércio marítimo perdeu importância.¹⁹

Por volta do século X, assistiu-se a um renascer do comércio, modificando as características da economia e fazendo surgir os primeiros centros urbanos, onde se concentram os artesãos, os comerciantes, os artistas e os intelectuais.

Já no fim do século XI e início do século XII, o Direito Romano foi redescoberto pela Escola de Bolonha. Seus estudiosos tiveram acesso aos textos antigos e as Leis Segunda foi analisada, renascendo, assim, a lesão.

Os glosadores tiveram dificuldades em admitir a lesão como um instituto autônomo, visto que associaram a lesão aos vícios do consentimento, em especial ao presumido dolo do comprador. Logo, vender o que era seu por menos da metade do quanto valia significa que houve uma manobra hábil da outra parte compradora. Dessa forma, há a presença de um elemento subjetivo na constatação do instituto.²⁰

Ademais, segundo Sílvio Venosa, o ressurgimento da lesão no século XII foi também influenciado pela Igreja, sob a égide do justo preço, e alicerçado no pensamento de Santo Tomás de Aquino. No auge do pensamento cristão, foi criada a lesão enormíssima, inexistente no pensamento romano. Era reconhecida nas situações em que o vendedor sofria prejuízo em mais de dois terços do valor da coisa. A presença desse

¹⁹ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 151.

²⁰ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 153.

vício não somente inquinava o contrato, possibilitando sua rescisão, como também o considerava inexistente como ato jurídico. Consistia, pois, em forma especial de lesão.²¹

Nesse sentido, a lesão experimentou um largo período de prestígio e desenvolvimento. Portanto, na Idade Medieval, diferentemente do Direito Romano, que associava a lesão à desproporção tarifada das prestações contratuais, o instituto se inseria na ideia de vício do consentimento e abrangia o aspecto subjetivo do dolo do comprador.

2.1.3. A lesão no Código Civil Francês de 1804

A lesão experimentou um largo período de prestígio e desenvolvimento. Contudo, às vésperas da Revolução Francesa, a lesão não contava mais com o apoio irrestrito dos juristas. Muitos já o consideravam um instituto ultrapassado a partir do crescimento das ideias iluministas e do individualismo racionalista.

Nesse contexto, o Código de Napoleão outorgou atenção residual à figura da lesão, restringindo o seu âmbito de aplicação às alienações imobiliárias e às partilhas, trazendo ainda à evidência a associação entre o instituto e a teoria dos vícios do consentimento como espécie de erro.

O critério para a caracterização de sua ocorrência era a venda de imóveis por preço inferior a 7/12 do preço de mercado. Trata-se, portanto, de um critério bem objetivo, sendo uma tarifação arbitrária em sentido semelhante do exposto na Lei Segunda no Código Justiniano.²²

A lesão se prestava, em regra, ao desfazimento contratual, facultando-se ao comprador a escolha entre restituir a coisa, recuperando o preço ou guardar o fundo, pagando o complemento do justo valor com a dedução de um décimo do total.²³

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2013, p. 446.

²² CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 154.

²³ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 154.

Assim, não havia a previsão da possibilidade de revisão do contrato com fundamento na lesão a não ser que o comprador se dispusesse a pagar o complemento do justo valor.

2.1.4. A lesão no Código Civil alemão de 1900

O Código Civil alemão acolheu a lesão como caso especial de negócio celebrado contra os bons costumes. Assim, houve um afastamento dos padrões inflexíveis ao dispor que seria nulo o negócio em que se estabelecem vantagens patrimoniais em manifesta desproporção com a prestação. Ademais, é tido como precursor da chamada lesão subjetiva, que envolve aspectos objetivos e subjetivos.²⁴

Exige-se, portanto, a exploração do estado de necessidade ou in experiência da outra parte. Logo, acrescenta-se ao desequilíbrio patrimonial não somente o estado de inferioridade da vítima como também a exploração pelo beneficiado. O elemento subjetivo é, portanto, duplo. Em relação à vítima, importa a situação de desigualdade. Pelo lado do beneficiário, impõe-se o abuso da necessidade alheia.

Nesse sentido, o Código Civil alemão, de um lado, leva em conta, como elemento objetivo, a desproporção entre a vantagem patrimonial de uma parte e a prestação da outra. De outro lado, como elementos subjetivos, elege as condições subjetivas da parte contratual lesada e a intenção de aproveitamento dessas condições pela outra parte.²⁵

Portanto, ao lado do caráter puramente objetivo da lesão no Direito Romano e no Direito Francês, o Direito Civil Alemão agregou-lhe elementos subjetivos. Por isso, diante desse contexto, costuma-se atribuir a denominação de lesão qualificada ou especial.

2.1.5. A lesão no direito brasileiro

No direito brasileiro anterior a 1916, a lesão conservava o aspecto original romano, não sendo caracterizada por qualquer defeito de ordem psicológica, mas apenas pelo aspecto objetivo: a desproporcionalidade

²⁴ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 159.

²⁵ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 156.

entre o valor e o preço. Nas Ordenações Afonsinas, a lesão estendia-se a todos os contratos. Nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, tendo sido mantidos os mesmos princípios, foram estabelecidas a lesão enorme e a lesão enormíssima, respectivamente, para os negócios afetados pela desproporção de mais da metade ou de mais de dois terços do valor da coisa.²⁶

Ademais, o instituto não encontrou espaço no Código Comercial de 1850, vendo-se no art. 220 que não há possibilidade de anulação por lesão nas compras e vendas entre comerciantes. Apesar de ter havido tentativas para a introdução do instituto no Código de 1916, vingou a ideia dos que a repeliam, como fruto do individualismo em vigor na época, pois tendia-se para a menor interferência possível da ordem pública na vontade dos particulares, em razão de ter sido adotada a filosofia liberal de predominância da vontade individual.²⁷

De certo modo, o instituto foi revivido no Brasil na legislação que define os crimes contra a economia popular com o Decreto-lei nº 869, de 18-11-38, posteriormente modificado pela Lei nº 1.521, de 26-12-51, com roupagem diversa, prevendo a lesão de cunho subjetivo, semelhantemente ao que foi disciplinado no Código Civil alemão.

O aludido decreto, tipificador dos crimes contra a economia popular, estabeleceu a tipificação legal do crime de usura real como sendo o abuso ocorrido em negócio no qual uma das partes ganha imoderadamente em detrimento da outra.

Ademais, o art. 4º, § 3º da Lei nº 1.521/1951 estabeleceu que a estipulação de juros acima da taxa legal ou lucros usurários seria nula, devendo o Poder Judiciário ajustá-los à taxa legal ou, caso já houvesse sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso com os juros legais a contar da data de pagamento indevido. Entretanto, tal parágrafo foi revogado pela Medida Provisória nº 2.172-32 de 2001.²⁸

Após, com a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, não houve nenhuma referência à lesão. Contudo, tal instituto foi impulsionado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 446-447.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2013, p. 447.

²⁸ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, pp. 157-159.

Em seu art. 170, o princípio da defesa do consumidor foi inserido nos ditames da justiça social como base da ordem econômica e, no art. 173, § 3º, houve a previsão da repressão ao abuso de poder econômico, o qual muitas vezes pode refletir-se em negócios usurários.²⁹

Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, o Código de Defesa do Consumidor regulou da melhor forma o instituto da lesão, retornando ao antigo direito com pressupostos exclusivamente objetivos. Dessa forma, haveria lesão quando o contrato prevê obrigação excessivamente onerosa ao consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do negócio, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares,³⁰ de acordo com o art. 51, inciso IV e § 1º, inciso III do CDC.³¹

Outrossim, a lesão reaparece no direito civil também no Código Civil de 2002, na qualidade de defeito do negócio jurídico como categoria autônoma e de aplicabilidade geral, tanto nas relações civis quanto nas de cunho comercial. Obedece-se, pois, a uma nova concepção de justiça, elaborada a partir dos princípios constitucionais em que a igualdade de direitos e deveres e a proteção do contratante em situação de vulnerabilidade jurídica deve ser assegurada pelo Estado. Assim, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 contribuíram de forma destacada para o retorno completo da lesão ao direito civil brasileiro.³²

²⁹ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 160.

³⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2002, p. 70.

³¹ “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.

Art. 51, § 1º do CDC. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: (...)

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual”.

³² CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 160.

2.2. Lesão

2.2.1. Conceito

A lesão, que sob as influências liberais fora excluída do ordenamento jurídico pátrio pelo Código Civil de 1916, restaura-se com maior vigor no Código Civil de 2002.³³

Caio Mário define lesão como o prejuízo que uma das partes na relação contratual sofre na conclusão do negócio jurídico, resultante da desproporção existente entre as prestações das duas partes.³⁴

Já Ruy Rosado leciona que o instituto da lesão consiste em instrumento para assegurar o princípio da justiça material dos contratos, visto que o equilíbrio contratual se mostra o ideal para uma correta e justa circulação de bens a partir da cooperação entre as economias e as atividades individuais.³⁵

O art. 157 do Código Civil de 2002 define o instituto nos seguintes termos:

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.

§ 2º_Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2013, p. 448. Sílvio Venosa indica que, a partir das disposições legais sobre o instituto nas legislações modernas, “a lesão perdeu o caráter marcadamente objetivo do Direito Romano para ganhar contornos também de índole subjetiva, como em nossa Lei de Economia Popular. Há elemento objetivo, representado pela desproporção do preço, desproporção entre as prestações, mas há também elemento subjetivo, que faz aproximar o defeito dos vícios de vontade, representado pelo estado de necessidade, inexperiência ou leviandade de uma das partes, de que se aproveita a outra das partes no negócio”.

³⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 456.

³⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2002, p. 70.

O instituto traz a ideia de desequilíbrio patrimonial, verificado quando uma das partes sofre um prejuízo ao não receber do outro valor igual ao da prestação que forneceu. Vale ressaltar que a lesão aqui referida não é sinônimo de dano, ao contrário da acepção corrente na esfera da responsabilidade civil, na forma de lesão a direito e do sentido atribuído na esfera pena a partir da lesão corporal. Portanto, o que está em análise é um dos defeitos do negócio jurídico, que possui como base o prejuízo, mas nele não se esgota nem com ele se confunde.

A lesão consiste, enquanto defeito do negócio jurídico, na desproporção existente entre as prestações de um contrato, verificada no instante da celebração da avença, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido originado de uma situação de inferioridade da outra parte.³⁶

A importância do instituto é ressaltada pelos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico das prestações, o que mitiga o princípio da força obrigatória dos contratos. Esse último postulado representava a base do individualismo no qual a vontade era a única fonte legítima para a criação de direitos e obrigações a partir do exercício pleno da liberdade e da igualdade entre as partes. Contudo, com a evolução da sociedade e constitucionalização do direito civil, havendo a funcionalização da autonomia privada aos objetivos sociais, a possibilidade de revisão dos contratos passou a ser necessária.³⁷

A autonomia privada, portanto, constitui-se em princípio para realizar os valores sociais de acordo com as normas constitucionais. Dessa forma, contratações injustas não podem ser aceitas, quando uma das partes se aproveita da situação de inferioridade da outra, estando a lesão diretamente relacionada à ideia de justiça contratual.³⁸

Ademais, a lesão não é o negócio defeituoso, mas o vício que torna defeituoso o negócio no qual se faz presente. A lei ainda requer para a

³⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 297.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 298.

³⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 298.

configuração de lesão que o prejudicado tenha concluído o negócio sob necessidade ou por inexperiência, mas não exige o abuso do beneficiado.³⁹

A lesão, portanto, se encontra inserida no Código Civil de 2002 como um vício de consentimento,⁴⁰ ou seja, como um defeito do negócio jurídico, não havendo referência a qualquer espécie de tarifação ou valor como critério de aferição do lucro patrimonial lesivo.

2.2.2. Elementos essenciais

O instituto da lesão possui dois elementos incontroversos. O primeiro, objetivo, consiste na desproporção entre os benefícios auferidos por cada um dos contratantes. O segundo, subjetivo, constitui-se no estado de inferioridade do prejudicado. Tanto um quanto o outro abrangem o conteúdo do defeito do negócio jurídico em questão.⁴¹

O primeiro elemento, objetivo, verifica-se a partir da desproporção patrimonial, ou seja, a desproporção entre os benefícios econômicos auferidos pelos contratantes, importando lucro excessivo de um em prejuízo do outro. A aludida desproporcionalidade pode ser determinada a partir de um parâmetro quantitativo (utilizado no direito romano, momento em que a lesão enorme consistia no preço da venda inferior à metade do que se considerava o preço justo) ou, como utilizado no Código Civil de 2002, de

³⁹ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 194.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 457-458. Mesmo que a doutrina entenda sem muitas divergências o fato de a lesão ser vício de consentimento, Caio Mário entende de forma diversa, pois leciona que “não é a lesão puramente um vício de consentimento, de vez que o desfazimento do negócio não tem por fundamento uma desconformidade entre a vontade real e a vontade declarada. Difere a lesão do erro em que o agente no momento da declaração de vontade tem a consciência da realidade material das circunstâncias; não há nele o emprego de artifícios por parte de alguém que procure induzir o agente a realizar o negócio jurídico; difere da coação, em que falta o processo de intimidação sobre o ânimo do agente para compeli-lo ao negócio jurídico; e tanto se distancia da fraude que nem há mister salientar a diferença. Residindo, pois, a lesão na zona limítrofe dos vícios do consentimento, por aproveitar-se o beneficiário da distorção volitiva, para lograr um lucro patrimonial excessivo, é sem dúvida um defeito do negócio jurídico, embora diferente, na sua estrutura, dos até agora examinados, razão por que é chamado por alguns de vício excepcional”.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 298-299.

um conceito aberto, exigindo apenas que as prestações sejam desproporcionais de acordo com a valoração do magistrado.⁴²

Vale ressaltar que a discrepância deve ser caracterizada no momento da celebração do negócio jurídico, segundo o art. 157, § 1º do Código Civil. Logo, se a onerosidade excessiva se origina de fatos posteriores à celebração da avença, não há que se falar em lesão, sendo aplicável a resolução ou revisão contratual decorrente do desequilíbrio das prestações do contrato causado por fatos supervenientes à sua realização.

Ademais, tendo em vista que o Código Civil utiliza um conceito aberto para a apuração da desproporção prestacional, surge a questão do justo preço. De fato, para que se possa exigir a equivalência entre as prestações contratuais, é necessário a possibilidade de quantificá-las. O valor dos bens, em geral, varia de lugar para lugar, assim também com o passar do tempo. Assim cabe questionar em que medida poder-se-ia considerar justo o preço de mercado de cada coisa.

Em regra, o juiz deverá comparar o montante auferido pelo contraente inferiorizado com o valor de mercado do bem dado em troca, valor este que será a média por que tenham sido negociados bens equivalentes, na mesma época do negócio e na mesma praça, preferencialmente. Para aqueles bens que tenham cotação em bolsa, basta verificar a que se atingiu ao tempo de negócio. Para os demais, será necessária uma pesquisa de mercado que, em regra, poderá ser realizada por meio de perícia.⁴³

De toda forma, mesmo que o critério do valor de mercado, deixando de lado as incertezas de um preço de difícil apuração, a igualdade absoluta se torna difícil de se atingir, pois flutuações razoáveis são intrínsecas ao mundo dos negócios. Ademais, uma certa margem de erro na determinação do preço de mercado já impõe a aceitação de certas diferenças, sendo importante para indicar que nem toda desproporção interessa ao direito, nem qualquer divergência de valor acarreta lesão. De acordo com o art. 157 do Código Civil, o instituto da lesão é caracterizado se o desequilíbrio patrimonial for manifesto.⁴⁴

⁴² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 298.

⁴³ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 202.

⁴⁴ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 202.

Outrossim, no sistema do Código Civil, a lesão não se exaure no elemento objetivo, equivalente ao desequilíbrio contratual, pois o direito, em regra, não intervém nas relações privadas apenas por força da quebra do sinalagma ou da justiça contratual. O direito dos contratos apresenta uma hipercomplexidade axiológica, decorrente da necessidade do convívio de princípios liberais, como a autonomia privada, e sociais, como a boa-fé, função social e equilíbrio das prestações, que traduzem valores diferentes e eventualmente antagônicos.⁴⁵

Logo, segundo o art. 157 do Código Civil, para a configuração da lesão, além da desproporção entre os direitos e deveres emergentes do negócio, exige-se que a situação de inferioridade do lesado pelo fato de o contrato tenha sido concluído sob premente necessidade ou por inexperiência. O prejudicado, portanto, deve ter sido levado a celebrar o negócio por circunstâncias tais que gerem o rompimento da paridade, ou seja, quando há a verificação de uma desigualdade de fato, sendo um fator que viole a justiça material.

Exige-se, portanto, o aproveitamento, mas não o dolo de aproveitamento. Caio Mário da Silva Pereira leciona que não há dolo de aproveitamento, pois não é necessário que o beneficiado induza o agente a praticar o ato, levando-o à emissão de vontade por algum processo de convencimento, nem que tenha a intenção de explorá-lo. Basta apenas que o beneficiado se aproveite conscientemente daquela situação de inferioridade, mesmo que seja momentânea do agente, e celebre negócio de que afigure lucro exorbitante.⁴⁶

Nesse sentido, o enunciado nº 150 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, indica que “A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige o dolo de aproveitamento”.⁴⁷

Assim, o instituto da lesão consiste em expressão do princípio da boa-fé objetiva, que exige dos contratantes cooperação e colaboração recíproca para o alcance dos objetivos comuns perseguidos pelas partes, de modo a preservar o equilíbrio econômico dos contratos.

⁴⁵ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 212-213.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 459.

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 299.

2.2.3. Sanção do negócio lesionario

O negócio jurídico compreende três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Para que se aperfeiçoe, é necessário que o negócio contenha os elementos de existência, cumpra os requisitos de validade e, ainda, se realizem os fatores de eficácia.⁴⁸

O plano de validade é exclusivo do negócio jurídico, ao passo que os planos da existência e da eficácia se fazem presentes também nos fatos jurídicos em geral, e decorre justamente da sua característica especial de ato de autonomia privada por meio do qual as partes autorregulam seus interesses, determinando a produção de seus efeitos jurídicos.⁴⁹

O ordenamento jurídico, mesmo que reconheça a autonomia privada dos indivíduos, estabelece certas exigências para que o negócio jurídico ingresse regularmente no mundo jurídico. São, portanto, os requisitos de validade do negócio jurídico, entendida validade como a qualidade do negócio jurídico que se apresenta de acordo com as regras jurídicas. Assim, o agente deve ser capaz, o objeto deve ser lícito, possível e determinável, a forma deve ser prescrita em lei, quando for o caso, e a declaração deve ser resultante de um processo volitivo isento de vícios, por exemplo.⁵⁰

O negócio jurídico que não se enquadra nesses elementos de validade é, em regra, nulo de pleno direito quando a infração se dirige a preceito de ordem pública. Eventualmente, o negócio pode ser também anulável quando verifica-se que a norma legal afrontada tem por objeto proteger predominantemente os interesses particulares de certas pessoas.

A lesão assume, no sistema do Código Civil, a natureza de defeito do negócio jurídico. Dessa forma, o art. 171, inciso II do Código Civil⁵¹ atribui a sanção de anulabilidade para a avença atingida pelo referido vício do consentimento.

Assim, o vício não produz efeito antes de declarado por sentença judicial, ou seja, enquanto a lesão não for reconhecida em juízo, o

⁴⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 24-27.

⁴⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 23-24.

⁵⁰ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 318-320.

⁵¹ “Art. 171 do Código Civil. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: (...) II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

prejudicado não pode eximir-se do cumprimento da avença. A desconstituição do ato, portanto, depende de provocação do interessado e de manifestação judicial. Nesse sentido, na hipótese de a prestação lesionária vir a ser exigida em juízo, pode o lesado opor exceção baseada na existência do vício, ou seja, a lesão pode ser alegada como matéria de defesa em contestação.⁵²

A legitimidade para alegar a lesão cabe, em princípio, apenas ao contratante prejudicado de modo que não é dado a terceiros alegá-la, nem ao Ministério Público. Pelo fato de predominar a proteção de interesses privados, não pode ser reconhecido de ofício pelo juiz, sendo uma clara limitação à atuação do magistrado.

Ao contrário do que acontece com os negócios nulos, aqueles anuláveis, dentre eles o viciado por lesão, podem ser confirmados pelas partes de modo a afastar o defeito, conforme indica o art. 172 do Código Civil.⁵³ Contudo, para ser eficaz, é necessário que a confirmação ocorra após sanada a situação de inferioridade, caso contrário, a própria confirmação poderá estar viciada por lesão. As partes podem também excluir o defeito pela complementação da diferença, sendo uma hipótese de revisão do negócio,⁵⁴ de acordo com o art. 157, § 2º do Código Civil.

Vale destacar que o prazo decadencial para a anulação de um negócio viciado por lesão é de quatro anos, com base no art. 178, inciso II do Código Civil.⁵⁵ Nesse sentido, se ação não for proposta dentro do período previsto em lei, o negócio será convalidado. Pela convalidação, que poderá ocorrer pela conversão do negócio jurídico, pela confirmação das partes ou pelo convalidamento temporal, o negócio inválido passa a ser válido.⁵⁶ No caso em comento, o decurso do tempo sem oposição da parte prejudicada se mostra o suficiente para sanar o vício.

⁵² CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 324.

⁵³ “Art. 172 do Código Civil. Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro”.

⁵⁴ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 324-325.

⁵⁵ “Art. 178 do Código Civil. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: (...) II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico”.

⁵⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Método, 2013, p. 194.

2.2.4. A lesão e a revisão contratual no Código Civil de 2002

Tendo em vista que o instituto da lesão foi apresentado no Código Civil de 2002 como defeito do negócio jurídico, a verificação de tal instituto, em regra acarreta a anulação da avença nos termos do art. 171, inciso II do Código Civil:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

(...)

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Contudo, o art. 157, § 2º do Código Civil admite uma alternativa para que o negócio jurídico não venha a ser anulado, com conseqüente retorno ao *status quo ante*. Trata-se da possibilidade de a parte favorecida tomar uma das seguintes condutas, que objetivam reequilibrar economicamente o contrato em atenção aos princípios sociais da equivalência material das prestações contratuais e da boa-fé objetiva: ofertar suplemento suficiente em favor da parte lesada ou concordar com a redução do proveito auferido no negócio lesivo.

Em seus termos literais, art. 157, § 2º dispõe que: “Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

O aludido dispositivo é bastante relevante para a consolidação de uma contemporânea teoria geral dos contratos, pois, a partir de uma perspectiva baseada nos princípios sociais contratuais, a referida norma legal corresponde à possibilidade de revisão contratual por parte do Poder Judiciário por meio do uso do instituto da lesão, possibilitando o retorno das noções de justiça e paridade contratual.

Ademais, esse dispositivo constitui expressão do princípio da conservação dos contratos, o qual se coloca como diretiva ao ordenar que os pactos devam, quando possível, ser conservados e não resolvidos ou anulados.

Dessa forma, nas relações contratuais cotidianas, os contratantes necessitam dos bens da vida objetos dos contratos. Aos indivíduos, em regra, não interessa a resolução ou anulação contratual com o retorno ao *status quo ante*, mas sim que o contrato seja efetivamente cumprido de forma equânime. O sistema de revisão contratual no

ordenamento jurídico brasileiro deve, portanto, ser prevalecente e principal em relação aos sistemas de desfazimento contratual, seja por meio de resolução, seja por anulação do negócio jurídico. Logo, as normas que incidem sobre o conteúdo material dos contratos, dentre as quais aquelas que tutelam o instituto da lesão, devem ser aplicadas pelos intérpretes julgadores como normas voltadas fundamentalmente para a revisão contratual e não para a sua resolução ou decretação de nulidade.⁵⁷

Diante dessa perspectiva, a III Jornada de Direito Civil aprovou, por unanimidade, o seguinte enunciado:⁵⁸

“Enunciado 149 – Art. 157: Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002”.

O § 2º do art. 157, como expressão da conservação dos contratos, deverá ser sobrelevado pelos magistrados, devendo estes incitarem a parte favorecida a ofertar um suplemento ou a concordar com a redução do proveito ou ambas as partes realizarem um acordo sobre a revisão do preço.

O juiz deverá vislumbrar o justo e o equilibrado nos negócios lesivos como categorias jurídicas abertas à sua concretização mediadora, agindo em conformidade com os princípios sociais dos contratos, como o princípio da equivalência material das prestações.⁵⁹

Ademais, a partir da leitura do dispositivo em comento, nota-se que o Código Civil não foi expresso em outorgar à parte lesada o direito de revisão contratual, cabendo, inicialmente, à parte beneficiária do contrato lesionado, como forma de evitar a anulação do negócio. Essa interpretação favorece de forma clara os interesses do beneficiário do negócio defeituoso que tenha contratado de boa-fé, pois lhe interessa a avença em si mesma e

⁵⁷ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, pp. 165-166.

⁵⁸ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 166.

⁵⁹ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 167.

não apenas manter condições extraordinariamente favoráveis que a situação de inferioridade da outra parte possibilitou.⁶⁰

Contudo, entende-se que a tarefa de reequilibrar o negócio lesivo cabe também à parte lesada e não apenas à parte favorecida, conforme a redação do § 2º do art. 157. Nesse sentido, a IV Jornada de Direito Civil se posicionou acerca do tema por meio da aprovação do seguinte enunciado:⁶¹

Enunciado 291 – Art. 157. Nas hipóteses de lesão previstas no art. 157 do Código Civil, pode o lesionado optar por não pleitear a anulação do negócio jurídico, deduzindo, desde logo, pretensão com vista à revisão judicial do negócio por meio da redução do proveito do lesionador ou do complemento do preço.

Portanto, a revisão judicial por lesão objetiva o equilíbrio da avença, que não foi atingido anteriormente no negócio original. Assim, o juiz deverá ajustar as prestações de forma que o benefício econômico auferido por cada uma das partes torne-se equivalente ao da outra. As disposições lesionárias serão revistas e adequadas à equidade para que a avença possa subsistir isenta de vícios.

2.2.5. Lesão e estado de perigo no Código Civil de 2002

Vale destacar ainda que o art. 156 do Código Civil de 2002⁶² prevê, como vício de consentimento, o denominado estado de perigo, o qual não se confunde com a lesão.

O estado de perigo constitui defeito do negócio jurídico que ocorre quando o sujeito, premido da necessidade de salvar-se ou de salvar alguém

⁶⁰ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 365.

⁶¹ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 168.

⁶² “Art. 156 do Código Civil. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias”.

de sua família de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Nesse instituto, é indispensável que a outra parte tenha conhecimento do estado de perigo, fazendo-se presente o elemento do dolo de aproveitamento.⁶³

Ressalta-se ainda que, enquanto a lesão apenas é identificada em negócios jurídicos bilaterais, o estado de perigo pode ocorrer em atos jurídicos *stricto sensu*, por conferir mais destaque à declaração do que ao próprio acordo da vontade.⁶⁴

Ademais, o estado de perigo possui como fundamento situação bem específica: a premente necessidade de o sujeito se salvar ou à pessoa de sua família. No entanto, na lesão, não há necessariamente o propósito da parte salvar-se de grave dano a ponto de agir com receio e celebrar negócio excessivamente oneroso.

Dessa forma, a parte beneficiada pela declaração de vontade deve ter, no estado de perigo, o conhecimento da necessidade da outra parte e o dolo de aproveitamento, o qual não está elencado como um requisito necessário para a verificação da lesão.

Destaca-se ainda que, segundo o enunciado nº 148 da III Jornada de Direito Civil,⁶⁵ é plenamente possível revisar judicialmente tal avença pactuada em estado de perigo, a partir da aplicação por analogia do § 2º do art. 157 do Código Civil, que prevê a possibilidade de revisão dos contratos viciados por lesão.⁶⁶

⁶³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 460.

⁶⁴ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 170.

⁶⁵ Enunciado nº 148 da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal. Ao “estado de perigo” (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157.

⁶⁶ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, pp. 170-171.

2.2.6. A lesão no Código de Defesa do Consumidor

O instituto da lesão encontra-se também disciplinado no Código de Defesa do Consumidor, especialmente no art. 6º, inciso V, 1ª parte e ainda nos arts. 39, inciso IV, e 51, inciso IV e § 1º, indicados a seguir:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

Art. 51. 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.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

No regime das relações de consumo, a lesão assume contornos próprios, de certo modo irredutíveis à previsão genérica do Código Civil, pois sua regulação se diferencia do modelo francês, alemão e do próprio padrão do Código Civil.

No tocante à sua diferença com o modelo francês, a lesão no Código de Defesa do Consumidor, apesar de ter forte caráter objetivo consistente na desproporção das prestações, não prevê tarifação ou parâmetro valorativo de aferição da lesão com o intuito de caracterizar o instituto. Ademais, a disciplina da lesão consumerista difere do padrão alemão, pois não estabelece expressamente a participação de elementos subjetivos, a exemplo do dolo de aproveitamento e da inexperiência da outra parte.⁶⁷

Já a distinção em relação ao modelo do Código Civil de 2002 reside no fato de que, além de não se tratar de um vício do consentimento, não requer também a presença específica dos elementos subjetivos da necessidade e da inexperiência da parte lesada.⁶⁸

Assim, o art. 4º do Código de Defesa de Consumidor⁶⁹ presume, de forma absoluta, a vulnerabilidade jurídica do consumidor, podendo-se dizer que os elementos caracterizadores da inferioridade, como, por exemplo, a necessidade e a inexperiência, estão presentes implicitamente no Código.

Nesse sentido, enquanto o Código Civil de 2002 expõe explicitamente os elementos subjetivos da lesão, o Código de Defesa do Consumidor os carrega implicitamente a partir da presunção da vulnerabilidade jurídica do consumidor, não estando nenhum dos elementos subjetivos referidos expressamente.

Diante de tal perspectiva, no regime do Código de Defesa do Consumidor, a lesão contratual pode ser caracterizada unicamente pelo

⁶⁷ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 172.

⁶⁸ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 173.

⁶⁹ “Art. 4º do Código de Defesa do Consumidor. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

desequilíbrio objetivo das prestações contratuais, sendo possível atribuir, ao contrário do Código Civil de 2002, um caráter predominantemente objetivo. Assim, quando for configurada a lesão, por meio da demonstração da proporcionalidade das prestações, o magistrado terá a oportunidade de modificar as cláusulas contratuais que geraram essa desproporção, conforme o art. 6º, inciso V, 1ª parte do Código de Defesa do Consumidor.

O instituto da lesão insere-se, portanto, dentro da perspectiva do direito civil constitucional, que permite a aplicação indireta dos princípios fundantes do ordenamento jurídico. Dessa forma, as relações privadas são pautadas pela mitigação do princípio da autonomia da vontade a partir da intervenção do Estado nas relações privadas e pelo fortalecimento da noção de justiça contratual por meio do pressuposto do equilíbrio das forças e das prestações negociais.

3. CONCLUSÃO

O instituto da lesão consiste, enquanto defeito do negócio jurídico, na desproporção existente entre as prestações de um contrato, verificada no instante da celebração da avença, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido originado de uma situação de inferioridade da outra parte.

Segundo o art. 157 do Código Civil, para a configuração da lesão, além da desproporção entre os direitos e deveres emergentes do negócio, exige-se que a situação de inferioridade do lesado pelo fato de o contrato tenha sido concluído sobre premente necessidade ou por inexperiência.

Nesse sentido, a lesão assume, no sistema do Código Civil, a natureza de defeito do negócio jurídico. Dessa forma, o art. 171, inciso II do Código Civil atribui a sanção de anulabilidade para a avença atingida pelo referido vício do consentimento.

Ademais, no regime do Código de Defesa do Consumidor, a lesão contratual pode ser caracterizada unicamente pelo desequilíbrio objetivo das prestações contratuais, sendo possível atribuir, ao contrário do Código Civil de 2002, um caráter predominantemente objetivo. Assim, quando for configurada a lesão, por meio da demonstração da proporcionalidade das prestações, o magistrado terá a oportunidade de modificar as cláusulas contratuais que geraram essa desproporção, conforme o art. 6º, inciso V, 1ª parte do Código de Defesa do Consumidor.

Ante o exposto, verifica-se a enorme relevância que a revisão judicial dos contratos pelo instituto da lesão ocupa no ordenamento jurídico brasileiro de modo a conciliar os princípios clássicos contratuais, como o princípio da autonomia da vontade entre as partes, com os princípios sociais contratuais, tais como a boa-fé objetiva, a equivalência material das prestações e a função social do contrato. Assim, o magistrado, observando as hipóteses de incidência da revisão contratual e os limites impostos à sua atuação, deve agir com o intuito de proteger a autonomia negocial dos contratantes e os valores sociais fundantes do ordenamento jurídico, de modo a promover efetivamente a justiça contratual.

4. REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2002.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. *Código Civil*. Colaboradoras Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Colaboradoras Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CUNHA. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Volume I.
- SCHREIBER, Anderson. O Princípio do Equilíbrio das Prestações e os Instituto da Lesão. In: Thiago Ferreira Cardoso Neves. (Org.). *Direito e Justiça Social*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 273-291. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.com.br/index.php/artigo/download/122>>. Acesso em: 20 de fev. de 2021.
- TARTUCE. Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Método, 2013.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte Geral. Vol. I. São Paulo: Atlas 2013.

INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE TEMPLOS DE QUALQUER CULTO.

INCIDENCE OF ICMS ON TEMPLE OF ANY CULT

Erika Nunes Dias⁷⁰

RESUMO:

Busca o presente trabalho analisar as hipóteses de incidência de Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) sobre Templos de Qualquer Culto, que possuem imunidade tributária prevista em âmbito constitucional. A celeuma reside sobre o fato de o ICMS ser considerado um imposto indireto que distingue o contribuinte de fato e o contribuinte de direito da operação e a possibilidade de cobrança instituída pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, objetiva-se distinguir os contribuintes de fato do contribuinte de direito e verificar se é possível realizar a cobrança do imposto sobre templos de qualquer culto quando se encaixarem como contribuintes. Verifica-se a relevância da pesquisa diante das inúmeras consultas aos Fiscos Estaduais e aos mais diversos julgamentos pelo Poder Judiciário. Portanto, é necessário um estudo atento sobre o tema de modo a auxiliar os operadores do direito e, assim, eventuais abusos do Estado nas cobranças do imposto.

Palavras-Chave: ICMS. Templos de qualquer culto. Incidência do imposto.

ABSTRACT:

The present work seeks to analyze the hypotheses of incidence of Tax on Operations related to the Circulation of Goods and Provision of Interstate and Intermunicipal Transport and Communication Services (ICMS) on Temples of Any Worship, which have tax immunity provided for in the constitutional scope. The stir resides in the fact that ICMS is considered an indirect tax that distinguishes the actual taxpayer and the taxpayer de jure of the transaction and the possibility of collection instituted by the Federal Supreme Court. In this way, the objective is to distinguish the de facto

⁷⁰ *Bacharel em Direito*

taxpayers from the de jure taxpayer and verify if it is possible to charge the tax on temples of any cult when they fit as taxpayers. The relevance of the research is verified in the face of the numerous consultations with the State Tax Authorities and the most diverse judgments by the Judiciary. Therefore, a careful study on the subject is necessary in order to help legal operators and, thus, possible abuses by the State in tax collections.

Keywords: ICMS. *Temples of any cult. Tax incidence*

INCIDÊNCIA DE ICMS

A Constituição Federal elenca em seu artigo 150 as limitações do poder de tributar dos Entes Federados. Dentre as limitações encontram-se os princípios tributários, como legalidade e anterioridade; e as imunidades tributárias.

Na imunidade tributária estabelece-se que sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre templos de qualquer culto (Art. 150, VI, b).

A imunidade religiosa, como é conhecida, é complementada no parágrafo 4º do referido artigo que prevê “as vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”.

Pois bem, analisando os dispositivos constitucionais entender-se-ia, sem qualquer debate, que não incide sobre o templo imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS).

No entanto, a assertiva não é tão simples como parece.

É necessário desatacar que o ICMS é um imposto indireto, ou seja, é um imposto que incide sobre o serviço ou produto – consumo - e não sobre a sua renda.

Além disso, característica dos impostos indiretos é a divisão entre contribuinte de direito e contribuinte de fato. O primeiro é aquele que a lei prevê como sujeito passivo do tributo; o último é quem efetivamente arca com o ônus financeiro do imposto.

Exemplificando: quando um consumidor compra uma blusa em uma loja está embutido no preço o valor do ICMS que foi recolhido pelo fabricante, ou qualquer outra pessoa jurídica incumbida pela legislação, lá trás na cadeia tributária. Nesse caso é possível claramente identificar o contribuinte de direito: fabricante; e o contribuinte de fato: consumidor.

Essa breve explicação serve de base para entender a Tese de Repercussão Geral definida no RE 608.872, Tema 342 do Supremo Tribunal Federal (STF):

A imunidade tributária subjetiva aplica-se a seus beneficiários na posição de contribuinte de direito, mas não na de simples contribuinte de fato, sendo irrelevante para a verificação da existência do beneplácito constitucional a repercussão econômica do tributo envolvido.

[Tese definida no RE 608.872, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 23-2-2017, DJE 219 de 27-9-2017, Tema 342.]

Sob o prisma desse entendimento do STF as pessoas jurídicas sob o manto da imunidade tributária são sujeitos passivos do ICMS no caso de serem contribuinte de fato.

Após essa explicação, se fosse feita a pergunta “Templos de qualquer culto são sujeitos passivos do ICMS”? A resposta deve ser: depende.

Caso o templo esteja realizando o fato gerador do ICMS dentro do território nacional então é contribuinte de fato e, portanto, deve pagar o imposto como tal.

No entanto, se o templo estiver importando um bem, que será utilizado na atividade religiosa, então deve se manter sob o guarda-chuva da imunidade.

No primeiro cenário, que prevê que o templo de qualquer culto é contribuinte de fato do imposto, o STF enfrentou caso no AgR no RE 1.240.154/RJ. Nos termos do Egrégio Tribunal:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. CONTRIBUINTE DE FATO. IGREJAS E TEMPLOS DE QUALQUER CULTO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INAPLICABILIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência do STF, a imunidade tributária subjetiva não afasta a

incidência de tributos sobre operações em que as entidades imunes figurem como contribuintes de fato, sendo irrelevante para a verificação da existência do beneplácito constitucional a repercussão econômica do tributo envolvido. Tema 342 da repercussão geral. ADI 5816. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Nesse mesmo entendimento, o STF decidiu na ADI 5.816, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 26.11.19:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE DE IGREJAS E TEMPLOS DE QUALQUER CRENÇA. ICMS. TRIBUTAÇÃO INDIRETA. GUERRA FISCAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL E ANÁLISE DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO. ART. 113 DO ADCT (REDAÇÃO DA EC 95/2016). EXTENSÃO A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A imunidade de templos não afasta a incidência de tributos sobre operações em que as entidades imunes figurem como contribuintes de fato. Precedentes. 2. A norma estadual, ao pretender ampliar o alcance da imunidade prevista na Constituição, veiculou benefício fiscal em matéria de ICMS, providência que, embora não viole o art. 155, § 2º, XII, “g”, da CF – à luz do precedente da CORTE que afastou a caracterização de guerra fiscal nessa hipótese (ADI 3421, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2010, DJ de 58/5/2010) –, exige a apresentação da estimativa de impacto orçamentário e financeiro no curso do processo legislativo para a sua aprovação. 3. A Emenda Constitucional 95/2016, por meio da nova redação do art. 113 do ADCT, estabeleceu requisito adicional para a validade formal de leis que criem despesa ou concedam benefícios fiscais, requisitos esse que, por expressar medida indispensável para o equilíbrio da atividade financeira do Estado, dirigi-se a todos os níveis federativos. 4. Medida cautelar confirmada e Ação Direta julgada procedente.

Em breve exemplificação, entidade religiosa que vende forma regular artigos religiosos para angariar fundos, que serão revertidos nas obras da Igreja, é contribuinte de direito (comerciante), e, portanto, deve recolher o imposto aos cofres públicos.

Em sentido contrário, é o que se vê quando o templo de qualquer culto se encontra na posição de importador. Nesse caso particular, o templo

atua como contribuinte de direito, sujeito passivo do ICMS-Importação, e contribuinte de fato, quem arca com os custos da importação.

Percebe-se então que como no caso da importação o templo assume característica de contribuinte de direito, por ser o encarregado pela lei de recolher o imposto, ele será acobertado pela imunidade tributária, desde que o bem tenha relação com as finalidades essenciais da entidade e que se reverta a ela. Ademais a tributação nesse caso seria sobre o patrimônio do templo, o bem importado, o que é vedado constitucionalmente (Art. 150, § 4º, CF).

Em caso concreto a Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo já discutiu oportunamente a imunidade de ICMS sobre importação de produtos pelos templos na Consulta 11851/2016:

12. Dessa forma, para que a operação de repasse (ou venda), aos fiéis e às igrejas de mesma doutrina, de produtos religiosos, não se sujeite ao ICMS, mantendo-se albergada pela imunidade que se irradia do próprio templo, é necessário que: (i) seja efetuada diretamente pelo templo (igreja); (ii) seja realizada graciosamente ou, na hipótese de venda, que o valor cobrado seja igual ou inferior ao "preço de custo" ou ao "custo de reposição" (preço de aquisição atualizado) do produto; e (iii) os produtos em questão sejam essenciais à prática do próprio culto e devam ser utilizados dentro das edificações do templo (estabelecimento físico).

13. Na hipótese apresentada na consulta em análise, em sendo atendidos os requisitos expostos no item 12 precedente, a venda (ou repasse) de produtos religiosos aos fiéis e às igrejas de mesma doutrina pelo preço de reposição do produto (assim entendido como preço de aquisição atualizado), efetuada diretamente pela própria igreja está inserida na imunidade detida pela Consulente, com fulcro no artigo 150, VI, "b", da Constituição Federal/1988.

Portanto, é necessário analisar qual o prisma em que se encontra o templo religioso para identificar se será ele beneficiário da imunidade constitucional ou não.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 608872. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3837900>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR no RE 1.240.154/RJ. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865407790/agreg-no-recurso-extraordinario-agr-re-1240154-rj-rio-de-janeiro-0259649-4120138190004/inteiro-teor-865407820>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.816 RONDÔNIA. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751470450>

RESPOSTA À CONSULTA TRIBUTÁRIA 11581/2016, de 07 de Julho de 2016. Disponível em: https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/RC11581_2016.aspx

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

CIVIL LIABILITY OF THE STATE

Erika Nunes Dias⁷¹

RESUMO: Busca o presente trabalho analisar as principais causas de responsabilidade civil do Estado em relação aos presos. Dessa forma, objetiva-se demonstrar os requisitos específicos para ser caracterizada a responsabilidade civil do Estado, suas causas excludentes e atenuantes e como se portam os institutos conquanto a relação de guarda do preso em cárcere privado. A temática trazida por este trabalho faz-se relevante pelos inúmeros casos envolvendo o ferimento de direitos humanos dentro do sistema prisional e das constantes notícias sobre crimes cometidos por indivíduos que deveriam estar sob a vigília do Estado, mas não estão encarcerados seja por atos previstos legalmente ou por fuga do cárcere privado. Portanto, é necessário um estudo atento sobre o tema e analisar como os doutrinadores e a jurisprudência pátria trata a responsabilidade do Estado nessa óptica.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil do Estado. Responsabilidade subjetiva. Responsabilidade objetiva. Preso

ABSTRACT: The present work seeks to analyze the main causes of civil liability of the State in relation to prisoners. In this way, the objective is to demonstrate the specific requirements to characterize the civil liability of the State, its excluding and mitigating causes and how the institutes behave in relation to the guard relationship of the prisoner in private prison. The theme brought by this work is relevant due to the numerous cases involving the injury of human rights within the prison system and the constant news about crimes committed by individuals who should be under the vigil of the State, but are not incarcerated either by acts provided for by law. or by escaping from private prison. Therefore, a careful study on the subject is necessary and to analyze how the doctrinaires and the country's jurisprudence treat the responsibility of the State in this perspective.

Keywords: State civil liability. Subjective responsibility. Objective responsibility. Inmate

⁷¹ *Bacharel em Direito*

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado é expressamente prevista na Constituição Federal de 1988.

Art. 37 (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

É possível encontrar a normatização da responsabilidade do Estado também na norma civilista. O Código Civil de 2002, em seu artigo 43 prevê que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

É também da norma cível que se pode retirar a obrigatoriedade de reparação do dano que se causar a outrem⁷². Regra geral prevê que a responsabilidade civil está atrelada a uma ação que viola um dever/direito, sendo considerado um ato ilícito. É essa a regra que se pode perceber no art. 186 do Código Civil que ensina que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Todavia, a leitura dos artigos subsequentes leciona que em situações excepcionais é possível atrelar a responsabilidade por atos lícitos, gerando a necessidade de indenização.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos: (...) II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do

⁷² Art. 927, caput, Código Civil de 2002.

dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Neste diapasão, a responsabilidade objetiva retira a ilicitude da conduta do agente do Estado e a insere no resultado. Dessa forma, independentemente da conduta do agente do Estado, seja ela lícita ou ilícita, será o ente público responsável pelo dano que se causarem a outrem, desde que exista o nexo entre a conduta e o dano.

De forma contrária é a responsabilidade prevista como regra geral no Código Civil - a subjetiva. Nesse caso, o dever de indenizar advém do ato ilícito, do dano, do nexo de causalidade e da conduta do agente.

É no último elemento – conduta do agente – que se pode aferir o grau de responsabilidade do agente, eis que necessário comprovar o dolo ou a culpa do mesmo. Em linhas gerais, a culpa, *strictu sensu*, é a inexecução de um dever por negligência, imperícia ou imprudência. Já o dolo caracteriza-se pela vontade, intenção, de cometer o ato.

A breve exposição é necessária uma vez que parte da doutrina e da jurisprudência entende ser possível a culpa subjetiva do Estado.

Prosseguindo.

Apesar das inúmeras possibilidades de responsabilização do Estado, não será em todos os casos de danos causados a outrem que será possível atrelar a responsabilidade à pessoa de direito público. É necessário atentar no caso concreto se existe alguma causa de excludente ou de atenuação da responsabilidade.

Conforme já aduzido, a doutrina pátria ensina que para que seja configurada a responsabilidade objetiva é necessário que se tenha: a conduta, o dano e o nexo causal. Existem circunstâncias, no entanto, que excluem o nexo causal, e, conseqüentemente, a responsabilidade do Estado.

A primeira causa excludente do nexo causal é a culpa exclusiva da vítima. Nesse caso há a provocação de autolesão pelo terceiro, como no caso de suicídio. Não obstante, é necessário atentar se houve qualquer contribuição do Estado para o fatídico resultado quando no seu dever de garantir a segurança e integridade física de pessoas sob sua guarda.

Outra causa que rompe o nexo causal ocorre quando o dano é causado por um terceiro que não possui qualquer vínculo com o Estado – fato de terceiro. Nesse enquadramento, o Superior Tribunal de Justiça

entende que não é responsável o ente público ou quem o faça (concessionária de serviço público de transporte) por danos causados a passageiros em decorrência do arremesso de pedra por terceiros⁷³.

Por fim, é possível a excludente da culpa do Estado por caso fortuito e a força maior. Sem maiores detalhes sobre a diferença entre os institutos, resume-se como eventos naturais ou humanos imprevisíveis que causem danos diretos a terceiros. Novamente é necessário estar atento para o caso de alguma omissão do Estado ter contribuído para o resultado danoso.

Já as causas atenuantes da responsabilidade permitem que se reduza o montante da indenização por ter havido contribuição do terceiro para o evento danoso. Nessa hipótese será dividida, na devida proporção, a responsabilidade entre o Estado e o terceiro por culpa concorrente.

Além da hipótese de responsabilidade por condutas comissivas, ensinamento doutrinário e jurisprudencial ensinam que é também responsável o Estado quando omisso.

Conforme explicitado, a responsabilidade por omissão é matéria de divergência doutrinária e jurisprudencial, tornando-a difícil de conceituar e perceber sua aplicação no cotidiano.

A primeira divergência encontra-se em campo doutrinário. Os ilustres juristas são antagônicos em classificar a responsabilidade por omissão.

A doutrina do professor Hely Lopes Meirelles⁷⁴ ensina que a Constituição Federal não faz distinção entre condutas omissivas e condutas comissivas, dessa forma, a responsabilidade seria objetiva em ambos casos.

Sentido diverso é a teoria da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁵ que entende ser subjetiva a responsabilidade do Estado quando em

⁷³ Trata-se de recurso de usuário de transporte coletivo (ônibus) que foi vítima de ferimentos graves provocados pelo arremesso de pedra por terceiro, o que ocasionou seu afastamento das atividades escolares e laborais. No caso, a Turma entendeu que a empresa recorrida está isenta de responsabilidade pelo episódio, porquanto não contribuiu para o sinistro, não havendo ato ilícito a ser indenizado por ela. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.064.974-RJ, DJe 15/10/2008; REsp 402.227-RJ, DJ 11/4/2005, e REsp 262.682-MG, DJ 20/6/2005. REsp 919.823-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 4/3/2010.

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 567.

⁷⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo. 31. Ed. Forense: 2018, p. 898.

casos omissos. É também partidário da responsabilidade subjetiva o ilustre professor José Cretella Junior⁷⁶,

“a omissão configura a culpa in omittendo ou in vigilando. São casos de inércia, casos de não atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como *bonus administrator*. Foi negligente. Às vezes imprudente ou até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à ideia de inação, física ou mental”.

Por fim, terceira posição, capitaneada por Sergio Cavaliere Filho⁷⁷, entende que nos casos de omissão genérica, relacionadas ao descumprimento de dever genérico há a responsabilidade subjetiva. Sentido diverso é no caso de omissão específica que atrai a responsabilidade objetiva do Estado. Nesse sentido, Rafael Oliveira⁷⁸

Entendemos ser objetiva a responsabilidade civil do Estado em virtude de suas omissões juridicamente relevantes, pois o art. 37, § 6.º, da CRFB e o art. 43 do CC, que consagram a teoria do risco administrativo, não fazem distinção entre ação e omissão estatal. Ainda que a omissão não seja causa do resultado danoso, como afirma a segunda posição anteriormente citada, certo é que a inação do Estado contribui para a consumação do dano. É preciso distinguir a omissão natural e a omissão normativa. Enquanto a primeira relaciona-se com a ausência de movimento ou comportamento físico, sem a produção de qualquer resultado (da inércia nada surge), a omissão normativa, por sua vez, pressupõe o descumprimento de um dever jurídico, gerando, com isso, consequências jurídicas, inclusive a responsabilidade civil. Dessa forma, a responsabilidade por omissão estatal

⁷⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. 8:210

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 231

⁷⁸ Oliveira, Rafael Carvalho Rezende Curso de direito administrativo – 9. ed., – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, pg. 1377

revela o descumprimento do dever jurídico de impedir a ocorrência de danos.

Todavia, somente será possível responsabilizar o Estado nos casos de omissão específica, quando demonstradas a previsibilidade e a evitabilidade do dano, notadamente pela aplicação da teoria da causalidade direta e imediata quanto ao nexo de causalidade (art. 403 do CC).

Para ampliar a discussão sobre a responsabilidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça possuem entendimentos divergentes sobre o tema.

Enquanto para o Pretório Excelso⁷⁹ é possível caracterizar a responsabilidade objetiva do Estado por omissão específica. Ou seja, o Estado possui a possibilidade de prever o dano e evita-lo, no entanto permanece inerte.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO ESPECÍFICO DE AGIR.

1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE. 2. Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. 3. Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu, pautado na doutrina da teoria do risco administrativo e com base na legislação local, que não poderia ser

⁷⁹ Supremo Tribunal Federal. RE 136.861/SP. Relator: Min. Edson Fachin.

atribuída ao Município de São Paulo a responsabilidade civil pela explosão ocorrida em loja de fogos de artifício. Entendeu-se que não houve omissão estatal na fiscalização da atividade, uma vez que os proprietários do comércio desenvolviam a atividade de forma clandestina, pois ausente a autorização estatal para comercialização de fogos de artifício. 4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: "Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular". 5. Recurso extraordinário provido. (grifo nosso)

Como antecipado, em sentido diverso entende o Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁸⁰, que estabelece que a responsabilidade civil do Estado em casos de omissão é subjetiva.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO.

RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CULPA OU NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. REEXAME. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...)

II. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que "a responsabilidade civil do

estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos" (STJ, AgRg no

AREsp 501.507/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/06/2014). Em igual

⁸⁰ Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 501.507/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/06/2014

sentido: STJ, REsp 1.230.155/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/09/2013

A jurisprudência do STJ é firme no sentido que para configurar a responsabilidade civil por omissão é necessário comprovar a conduta omissiva e culposa – ou por negligência da atuação estatal ou pela má prestação do serviço -, o dano e o nexo causal.

Após a devida explanação sobre a possibilidade de responsabilização do Estado é possível adentrar na responsabilidade do ente público em relação aos detentos que estão sob sua custódia e como os Tribunais Superiores estão enfrentando as diferentes ocorrências.

1. RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A TUTELA DO PRESO

Inúmeros são os casos enfrentados pelos Tribunais Superiores envolvendo condutas praticadas por detentos e sofridas por eles dentro do cárcere privado. Como se fez claro, não existe um consenso entre a jurisprudência para identificar claramente qual o tipo de responsabilidade é cabível ao Estado. Dessa forma a análise é casuística, dependendo das condições e grau de atuação ou omissão do ente público.

1) DANOS CAUSADOS POR PRESOS FORAGIDOS

O primeiro julgado é o Recurso Extraordinário 60.880, julgado pelo Tribunal Pleno do STF⁸¹, que analisava a culpa (*lato sensu*) do Estado em caso de danos causados por detento foragido.

EMENTA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOA CONDENADA CRIMINALMENTE, FORAGIDA DO SISTEMA PRISIONAL. DANO CAUSADO A TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O ATO DA FUGA E A CONDUTA DANOSA. AUSÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A responsabilidade

⁸¹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 60880. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe. 01.10.2020.

civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva, exige os seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência denexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. . 2. **A jurisprudência desta CORTE, inclusive, entende ser objetiva a responsabilidade civil decorrente de omissão, seja das pessoas jurídicas de direito público ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.** 3. Entretanto, o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias como o caso fortuito e a força maior ou evidências de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima. 4. **A fuga de presidiário e o cometimento de crime, sem qualquer relação lógica com sua evasão, extirpa o elemento normativo,** segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação **aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente.** Nesse cenário, em que não há causalidade direta para fins de atribuição de responsabilidade civil extracontratual do Poder Público, não se apresentam os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal - em especial, como já citado, **por ausência do nexo causal.** 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Tema 362, fixada a seguinte tese de repercussão geral: “Nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, **não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não demonstrado o nexo causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada**” . (grifo nosso)

Percebe-se que nesse julgado a Suprema Corte sustenta a tese de responsabilidade objetiva do Estado em caso de omissão. Nesse sentido, apesar de não ter que ser demonstrada a conduta do agente ainda se faz necessário apontar o nexo de causalidade entre o ato – omissão – e o dano. No caso em tela, não ficou comprovado o nexo causal entre o dano e a omissão do ente público, dessa forma, não foi possível atribuir a

responsabilidade do Estado, configurando hipótese de exclusão da responsabilidade.

Nesse mesmo sentido entende Superior Tribunal de Justiça⁸², não permitindo a imputação da responsabilidade civil do Estado em caso de ausência de nexo causal.

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO E O ATO ILÍCITO PRATICADO POR FORAGIDO DE INSTITUIÇÃO PRISIONAL. AUSÊNCIA

1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

2."Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., nº 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa" (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.92, Min. Moreira Alves).

3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido. A violência contra a recorrida, que produziu os danos reclamados, ocorreu mais de dez meses após o foragido ter se evadido do presídio. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF (RE 130.764, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.92; RE 369.820-6, 2ª T., Min. Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004;

⁸² Superior Tribunal de Justiça. REsp 719738/RS. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJe 22.09.2008

RE 341.776-2, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.04.2007) e do STJ (REsp 858.511/DF, 1ª T., relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19.08.2008). 4. Recurso especial a que se dá provimento.

2) RESPONSABILIDADE POR SUICÍDIO DO PRESO

Existe a responsabilidade civil do Estado em caso de suicídio do detento. No entanto, o Pretório Excelso⁸³ entende que só há responsabilização objetiva quando houver a inobservância do dever específico de proteção.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...)

4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arripio do texto constitucional.

6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis.

7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. (...) STF. Plenário. RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016.

⁸³ Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016

Importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça⁸⁴ possui entendimento similar ao Supremo Tribunal Federal em caso de suicídio de detentos, mas entendendo por ser objetiva a responsabilidade.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SUICÍDIO. DETENTO. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado pela morte de detento em delegacia, presídio ou cadeia pública é objetiva, pois é dever do Estado prestar vigilância e segurança aos presos sob sua custódia. 2. Agravo interno a que se nega provimento.

3. INDENIZAÇÃO DO PRESO QUE SE ENCONTRE EM SITUAÇÃO DEGRADANTE

Entende-se que apesar de estar cumprindo pena o detento não perde sua condição de ser humano, e portanto, deve ter assegurado o seus direitos humanos e respeito à sua integridade física e moral.

Nesse sentido, o STF condenou o Estado para pagamento de indenização a uma pessoa que estava presa em unidade prisional que apresentava péssimas condições, como superlotação e falta de condições mínima de higiene e saúde.

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. STF. Plenário. RE

⁸⁴ Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1305249 / SC. Rel. Ministro OG Fernandes. 2ª turma STJ. 19/09/2017.

580252/MS, rel. orig. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral) (Info 854).

É um dever constitucional a preservação da integridade do preso. O art. 5º, inciso XLIX, da CF, afirma que: “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Além disso, o direito está vinculado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição de 1988), à incolumidade do indivíduo (“ninguém será submetido à tortura ou tratamento desumano ou degradante”, art. 5º, III da Constituição de 1988).

CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se que cabe ao Estado ressarcir o indivíduo que sofre dano causado por seus agentes. Em regra, a responsabilidade do ente público será objetiva, bastando que se comprove a conduta, o dano e onexo causal, adotando-se a teoria do risco administrativo.

Certo que ainda são possíveis os casos de excludente de responsabilização, como a culpa exclusiva da vítima; o caso fortuito e força maior; e o fato de terceiro, devendo o Estado comprovar a ocorrência dessas situações.

No caso de omissão de um dever, o Estado poderá responder objetivamente ou subjetivamente. No entanto, nos casos envolvendo presos, em sua maioria, a responsabilidade será objetiva, pela violação de um dever legal.

O Estado como detentor exclusivo do poder de punir tem o dever de guarda e o dever de zelar pela preservação dos direitos humanos do detento. Diante disso, deve o poder público indenizar o detento ou sua família pela ausência de cuidado, proteção e vigilância.

As situações analisadas nesse trabalho levaram a entender que os Tribunais Superiores entendem ser objetiva a responsabilidade do Estado diante do fato ocorrido dentro do sistema prisional que cause dano ao preso.

No entanto, para que se configure a responsabilidade objetiva do ente político é necessário que seja comprovada o nexode causalidade entre a conduta e o dano. Nos casos que não seja possível identificar esse elo o

Estado não será responsável pelo dano ocorrido ao preso ou a outrem causado pelo preso.

Sendo assim, não é possível categorizar a responsabilidade do Estado quando da tutela do preso, uma vez que depende de análise casuística, pois a depender das circunstâncias a responsabilidade do Estado será objetiva, subjetiva ou até mesmo inexistir a responsabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2022. **Código Civil**. DOU de 11.01.2002.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no REsp 1305249/SC. Rel. Ministro OG Fernandes. 2ª turma STJ. DJe 19/09/2017. <[https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AIRE SP%27.clas.+e+@num=%271305249%27\)+ou+\(%27AgInt%20no%20REsp%27+adj+%271305249%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AIRE SP%27.clas.+e+@num=%271305249%27)+ou+(%27AgInt%20no%20REsp%27+adj+%271305249%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)> Acesso em: 14 de setembro de 2022.

_____. AgRg no AREsp 501.507/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/06/2014. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/578120508>> Acesso em: 14 de setembro de 2022.

_____. REsp. 719738/RS. Rel. Min. Teoria Zavascki. DJe 22.09.2008. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500121767&dt_publicacao=22/09/2008> Acesso em: 14 de setembro de 2022.

_____. REsp 919.823-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 4/3/2010. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%22919823%22%29+ou+%28RESP+adj+%22919823%22%29.suce.>>> Acesso em: 14 de setembro de 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário. 136.861/SP. Rel. Min. Edson Fachin. Publicado em 11.03.2020. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753445003>> Acesso em: 14 de setembro de 2022.

_____. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Publicado no DJE 16.02.2017. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>> Acesso em: 14 de setembro de 2022.

_____. Recurso Extraordinário 60880. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe. 01.10.2020. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432834/false>> Acesso em: 14 de setembro de 2022.

_____. Recurso Extraordinário 841526, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>> Acesso em: 14 de setembro de 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018.

A REVISÃO CONTRATUAL FUNDADA NAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

THE CONTRACTUAL REVISION BASED ON ABUSIVE CLAUSES

Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho⁸⁵

RESUMO:

Busca o presente trabalho analisar as principais hipóteses legislativas ensejadoras da revisão contratual pelo Poder Judiciário: as cláusulas abusivas. Dessa forma, objetiva-se demonstrar os requisitos específicos que o magistrado deverá observar para intervir diretamente nos contratos, com o intuito de delimitar um conteúdo mínimo para a aferição da justiça contratual no caso concreto. Verifica-se a relevância da pesquisa diante da tensão existente entre a intervenção judicial dos contratos e a autonomia da vontade das partes, pois a justiça contratual aborda conceitos jurídicos indeterminados, o que pode gerar certa dificuldade para a exata aplicação pelo intérprete-juiz. Portanto, é necessário um estudo atento sobre o tema de modo a auxiliar os operadores do direito e, assim, eventuais abusos do Estado nas relações contratuais.

Palavras-Chave: Revisão judicial dos contratos; dirigismo contratual; autonomia da vontade; boa-fé objetiva; equivalência material das prestações; cláusulas abusivas; limites à revisão do negócio jurídico; justiça contratual.

ABSTRACT:

The present work analyses the main legislative hypotheses that lead to the contractual revision by the Judiciary: the unfair terms. In this way, the objective is to demonstrate the specific requirements that the magistrate must observe to intervene directly in the contracts, in order to delimit a minimum content for the benchmarking of contractual justice in the concrete case. It is verified the relevance of the research due to the existing tension between the judicial intervention in the contracts and the autonomy of the parties' will, because contractual justice approaches undetermined legal concepts, which may generate some difficulty for the exact application by the interpreter-judge. It is therefore necessary to study closely the subject in order to assist legal operators and prevent possible abuses by the State in contractual relations.

⁸⁵ Advogado. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Público.

Keywords: Judicial review of the contracts; contractual management; autonomy of will; objective good faith; material equivalence of benefits; unfair terms; limits to the review of the contract; contractual justice.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscará delimitar a aplicação da revisão judicial dos contratos no âmbito das cláusulas abusivas a partir da aferição as respectivas limitações impostas ao intérprete-juiz ao interferir no plano da autonomia da vontade das partes.

Verifica-se a relevância da pesquisa diante da tensão existente entre a intervenção judicial dos contratos e a autonomia da vontade das partes, pois a justiça contratual aborda conceitos jurídicos indeterminados, o que pode gerar certa dificuldade para a exata aplicação pelo intérprete-juiz. Portanto, é necessária uma análise atenta sobre o tema de modo a auxiliar os operadores do direito e, assim, eventuais abusos do Estado nas relações contratuais.

Assim, inicia-se o estudo pela evolução histórica do contrato de adesão. Após, será desenvolvido o conceito de contrato de adesão, cláusulas abusivas, boa-fé objetiva e suas implicações na revisão judicial dos contratos, explorando os principais aspectos e hipóteses relacionadas, tanto no Código Civil de 2002, quanto no Código de Defesa do Consumidor.

2. A REVISÃO CONTRATUAL FUNDADA NAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

2.1. Os contratos de massa e a evolução histórica do contrato de adesão

As cláusulas abusivas, mais do que em qualquer outra hipótese de revisão, relaciona-se diretamente com os contratos de adesão, que se desenvolveram ao longo da própria evolução da atividade mercantil e confundem-se com o próprio aperfeiçoamento do conceito de contrato.

O contrato é um instituto que teve seu desenvolvimento no mundo dos negócios, sendo instrumento adequado para proporcionar a circulação de riquezas e sua origem remonta ao direito romano. Portanto, pressupõe a existência de um acordo de vontades, baseado na liberdade que as partes

têm para contratar. Assim, uma vez que o contrato consiste em acordo e negociação, predomina o princípio da igualdade das partes como decorrência da liberdade contratual, pressupondo que uma das partes não pode impor à outra o conteúdo, devendo a organização das cláusulas resultar da livre discussão entre as partes.

Segundo Maria Helena Diniz, tal poder de autorregulamentação dos interesses das partes contratantes, condensado no princípio da autonomia da vontade, reflete diretamente a liberdade contratual, que é a determinação do conteúdo da avença e a de criação de contratos atípicos, como também a liberdade de contratar, alusiva à de celebrar ou não o contrato e à de escolha da outra parte da relação contratual.⁸⁶

Contudo, com o desenvolvimento comercial e industrial, houve profundas modificações no mundo negocial, rompendo com as tradicionais formas de contratar, gerando uma nova modalidade negocial decorrente da oferta em massa de bens e serviços.

Nesse contexto, surge o contrato de adesão como instrumento de contratação em massa, em que as condições gerais de contratação são determinadas e predispostas por uma das partes, não tendo a parte aderente a liberdade de discutir, alterar ou de determinar o seu conteúdo. A predominância da vontade unilateral de um dos contratantes para estabelecer o conteúdo dos contratos de adesão costuma proporcionar abusos e injustiças, gerando o evidente desequilíbrio nas relações contratuais.⁸⁷

Atualmente, esses desequilíbrios ocupam maior destaque nas relações de consumo, havendo necessidade da intervenção Estatal para coibir os abusos de modo a coibir os abusos alterando o conteúdo material da avença.

2.1.1. Evolução histórica do contrato anterior à noção de adesão

O contrato, surgido no direito romano,⁸⁸ funda-se no formalismo, assegurando à vontade humana a possibilidade de criar direitos e

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. op. cit., p. 41.

⁸⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131.

⁸⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte Geral*. Vol. I. São Paulo: Atlas 2013, p. 30. Sobre a relevância do estudo do direito romano, discorre Sílvio Venosa: “Devemos destacar a importância e a utilidade do estudo e do conhecimento do Direito Romano por vários aspectos. Pela importância histórica, pois o Direito atual é baseado em compilações

obrigações. Logo, a noção de formalismo romano significa que não bastava apenas o consenso das partes, sendo necessária a existência de certas formalidades como a troca de palavras solenes entre o credor e o devedor, sob pena de nulidade.⁸⁹ Tal ideia se aproxima, portanto, da classificação doutrinária de contratos solenes quando a forma é exigida como condição de validade do negócio, ou seja, os contratos apenas se aperfeiçoam quando o consentimento é expresso pela forma prescrita em lei.⁹⁰ Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira, o direito romano não entendia ser possível o contrato sem uma exteriorização da forma, fundamental na gênese da própria *obligatio*.⁹¹

Havia também no direito romano clássico, contratos plenamente consensuais como a venda, locação sociedade e mandato mesmo que o consensualismo não tenha sido a regra no direito romano, pois todos os contratos deviam ser formados *in rem*, ou seja, com a entrega da coisa sendo designados de contratos reais ou revestido na forma requerida pela *stipulatio*, que eram um processo geral para o sujeito contrair obrigação e servia para dar forma a qualquer contrato. Os romanos ainda designavam de *conventio*, *pactum* ou *pactio* todo acordo de vontade entre duas ou mais pessoas dispendo sobre qualquer atividade, particularmente a de crédito e que tenha como efeito jurídico criar, modificar ou extinguir direitos.⁹²

Dessa forma, os contratos nasciam das exigências cotidianas e aperfeiçoavam-se conforme a necessidade de cada parte. Logo, nota-se que, no direito romano, o contrato funda-se no pacto e na forma, sendo pressupostos básicos do acordo de vontades para que surjam obrigações. O princípio da prevalência das formas era aplicado de forma rigorosa inicialmente, mas, aos poucos, sofre um abrandamento e uma mitigação em favor do conteúdo e da intenção dos sujeitos contratantes.

vazadas no Direito Romano; sua importância deve-se também ao fato de ser considerado um modelo, porque os romanos tiveram aptidão especial para o direito, criando uma inteligência e uma forma de raciocínio jurídicas que nos seguem até o presente. Ademais, o estudo do Direito Romano deve ser visto como um auxiliar precioso para o estudo de todos os povos de influência romano-germânica, como o nosso, estando, a todo o momento, a explicar e especificar nossas instituições jurídicas”.

⁸⁹ SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, p. 48.

⁹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92.

⁹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.8

⁹² SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, pp. 48-49.

O sistema contratual desenvolvido pelo direito romano perdurou durante toda a Idade Média, mas com maior rigidez. O direito predominante nos povos bárbaros apenas aceitava os contratos formais e os reais, sendo que, mesmo os contratos consensuais típicos dos romanos, não eram admitidos.

Formando-se o contrato, a responsabilidade das partes era sempre igual, não importando se fosse um contrato a título gratuito ou oneroso. Não era possível alegar o estado de necessidade de uma das partes para que esta deixasse de efetuar uma doação anteriormente prometida mediante as formas exigidas pelo direito.

Apesar da dureza deste sistema medieval, incompreensível para a mentalidade moderna, ele procurava solucionar uma série de problemas no tocante aos contratos, buscando sempre alcançar uma segurança para as relações de direito.⁹³

Até o século XVIII, o consensualismo não estava consolidado no âmbito jurídico. Para que fosse amplamente implementado, haveria a necessidade de uma mudança de postura filosófica, que quebrasse a noção aristotélica, que foi a base do direito romano e medieval. Nas corporações de ofício durante a Idade Média, o indivíduo era visto como um mero instrumento largamente utilizado para a realização dos fins almejados pelas corporações, não possuindo, portanto, vontade própria. A liberdade de contratar, quando existia, era limitada e individualmente considerada. As corporações, a partir de uma série de proibições e restrições, provocavam a sucumbência da vontade individual ante a sua vontade, o que gerava obstáculos ao aparecimento de novas formas negociais já exigidas pela crescente economia.⁹⁴

Tal descompasso crescente, somado a uma crise econômica sem precedentes, possibilitou a explosão de motins e revoluções sociais por toda a Europa. Dentre esses movimentos, a Revolução Francesa foi essencial para o delineamento do princípio da autonomia das partes, pois suas consequências significariam uma ruptura no caminho linear do desenvolvimento das sociedades modernas, tendo como base teórica, as

⁹³ SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, pp. 49-50.

⁹⁴ SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, p. 50.

ideias dos filósofos iluministas, com base no racionalismo e individualismo. Em decorrência de tais ideias, surge o liberalismo.⁹⁵

2.1.2. Formação da noção de adesão nos contratos

O contrato de adesão surgiu como uma nova modalidade de forma contratual, tendo como origem as mudanças econômicas, sociais e políticas ocorridas no início do século XIX.

Enquanto a Revolução Industrial ocorria na Europa, a Revolução Francesa se desenvolvia e alterava todo o contexto sociopolítico da época. Durante séculos, os franceses foram submetidos ao absolutismo, sistema político em que o rei possuía total poder sobre seu reino e seus súditos. O povo, responsável pela produção das riquezas nacionais, era submetido por pesados impostos e pela desigualdade na distribuição da renda, além de não ter o direito de participar na vida política.⁹⁶

A Revolução Francesa derrubou o absolutismo naquele país, implementando diversas ideias defendidas pelos iluministas como o liberalismo econômico e o iluminismo. Com a Revolução Industrial houve transformações diretas das formas clássicas de contratação, passando por uma adequação às novas condições do mercado capitalista.

O aumento da produção industrial gerou uma maior circulação de mercadorias, incrementando o consumo e a necessidade de recursos para sustentar esse novo sistema. Tais mudanças atingem o contrato em sua substância, deixando de ser um mero acordo de vontades, remodelando sua estrutura básica, fundada na discussão prévia.

No período da Revolução Francesa, os princípios básicos norteadores dos contratos eram tidos como absolutos. O princípio da autonomia da vontade, que consiste na liberdade de contratar, abrangendo os poderes de autodeterminação de interesses, de livre discussão das condições contratuais e da escolha do tipo de contrato conveniente à atuação de vontade era apenas limitado se fosse contrário à ordem pública e aos bons costumes.⁹⁷

⁹⁵ SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, p. 50.

⁹⁶ SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, p. 51.

⁹⁷ SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, p. 51.

Após, com o decurso do tempo e com o desenvolvimento industrial e econômico, verificou-se grande abstenção do Estado no momento de formação do contrato, provocando, muitas vezes, diversos abusos pela parte mais forte da relação contratual.

A Revolução Industrial, a fabricação em série, o investimento em diversas técnicas publicitárias de venda e o consumo em massa⁹⁸ constituem fatores que dificultaram a formação paritária dos contratos pela ausência de discussão pelos contraentes de todas as cláusulas contratuais. Nesse contexto, surge o contrato de adesão, modalidade contratual em que duas partes, uma forte e outra fraca, firmam uma avença. A esta última é dada a faculdade de deixar de contratar, mas por ter necessidade do serviço, quase sempre adere. O contrato de adesão, portanto, mitiga o princípio da autonomia da vontade.

No final do século XIX, há o fortalecimento das ideias contrárias ao individualismo exagerado e, com a evolução social e o exagerado desenvolvimento econômico, as relações sofreram transformações, necessitando da intervenção do Estado com o intuito de obter o justo equilíbrio contratual. Assim, o contrato que era absolutamente centrado no direito privado passa a ser limitado por intervenções publicísticas, ou seja, de direito público.

Antes do surgimento do contrato de adesão, as partes se baseavam na igualdade teórica e abstrata dos contratos pela liberdade e autonomia de consentimentos. Com o advento do contrato de adesão, houve um flagrante desequilíbrio na relação negocial de modo que a autonomia da vontade perde prevalência, visto que a parte mais fragilizada da relação contratual acaba aderindo a cláusulas abusivas e não discutidas de forma equânime. Tal desproporção prejudica a promoção da justiça contratual e ressalta a necessidade de uma atuação maior do Estado-juiz de forma a restaurar a balança e a razoabilidade das prestações obrigacionais contrapostas.

O período pós-Segunda Guerra Mundial favoreceu o surgimento do direito do consumidor, que decorre das necessidades sociais recentes a partir da nova conjuntura de contratação e dos mercados ampliados. Nesse

⁹⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 117. Paulo Lôbo destaca que: “A sociedade de massas multiplicou a imputação de efeitos negociais a um sem-número de condutas, independente da manifestação de vontade dos obrigados. Não há como negar que o modelo paradigmático do liberalismo, de liberdade de escolhas para a autocomposição de interesses, em igualdade de condições, teve seu espaço reduzido substancialmente, em razão da massificação contratual e da crescente concentração de capital. Esse fenômeno real, mais que a intervenção legislativa, foi a causa efetiva da crise da autonomia privada contratual”.

sentido, busca-se o reestabelecimento da autonomia da vontade e do princípio do *pacta sunt servanda*, ou seja, da obrigatoriedade dos contratos por meio de um equilíbrio dinâmico na execução dos mesmos, assegurando a liberdade de manifestação da vontade dos contratantes.⁹⁹

O direito do consumidor gerou transformações substanciais no direito contratual, pois não tratou de situações peculiares e episódicas, mas da maior parte das relações negociais realizadas pelas pessoas físicas, que necessitam dos produtos e serviços lançados no mercado de consumo¹⁰⁰ para sua existência ou para o seu lazer. O diálogo entre o direito contratual comum, destinado aos presumidamente iguais ou paritários, e o direito contratual do consumidor, destinado aos presumidamente desiguais, efetivamente se intensificou, como ocorreu com o Código Civil alemão, que previa ambos após as profundas reformas do direito das obrigações.¹⁰¹

Assim, o intervencionismo do Estado na ordem econômica se mostra como indispensável diante das condições histórico-sociais atuais. A autonomia privada é, portanto, mitigada, passando o Estado a intervir na regulação da atividade econômica.

2.2. Contrato de adesão

2.2.1. Conceito

Por volta do século XIX, com o desenvolvimento econômico, houve o surgimento dos contratos de massa, constituindo novas técnicas no âmbito negocial. A partir da massificação das relações contratuais, houve restrição na autonomia da vontade e na liberdade de contratar, gerando a construção de uma nova figura jurídica: o contrato de adesão.

Segundo as lições de Orlando Gomes, o contrato de adesão caracteriza-se por permitir que seu conteúdo seja pré-constituído por uma das partes, retirando a livre discussão que precede normalmente a formação

⁹⁹ SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, p. 53.

¹⁰⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 30. O autor afirma ainda que: “As últimas décadas do século XX protagonizaram as demandas sociais por proteções legais eficazes aos contratantes consumidores, ante o fenômeno avassalador da concentração de capitais, estimulado pela urbanização e pela massificação social. Tornou-se cada vez mais clara a assimetria de poderes negociais entre os fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo, alguns em escala planetária, e os adquirentes ou usuários desses bens e serviços, principalmente pessoas físicas”.

¹⁰¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 30.

dos contratos. Haveria a imposição da vontade de um dos contratantes à do outro, visto que uma das partes deve aceitar em bloco as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual definida em todos os seus termos. O consentimento representa a simples adesão ao conteúdo preestabelecido da relação jurídica.¹⁰²

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira afirma que contratos de adesão são “aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra”.¹⁰³

Paulo Lôbo entende que a referida espécie contratual, ao ser concluída, adere a condições gerais e predispostas ou utilizadas por uma das partes, sendo o aderente o contratante que ingressa na posição de usuário ou de adquirente dos produtos ou serviços fornecidos pelo predisponente. O autor ressalta que, em regra, o aderente se encontra em posição de desigualdade de poder negocial, cuja vulnerabilidade jurídica não se confunde com a hipossuficiência econômica.¹⁰⁴ A vulnerabilidade jurídica refere-se ao fato de submeter-se a condições gerais sem poder discuti-las.¹⁰⁵

Para Maria Helena Diniz, contratos de adesão constituem uma oposição à ideia de contrato paritário por não haver liberdade de convenção, o que exclui a possibilidade de qualquer debate entre as partes, pois um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições gerais previamente redigidas e impressas pelo outro. O aderente, portanto, não pode discutir ou modificar o teor dos contratos ou as suas cláusulas, sendo o caso dos

¹⁰² GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 128.

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 62.

¹⁰⁴ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99, mai.-jun./2015, pp. 101-123. Nesse sentido, Carlos Nelson Konder leciona que “a vulnerabilidade tornou-se a inferioridade de que sofre qualquer sujeito consumidor na relação que estabelece com o fornecedor. No entanto, essa generalização impôs a busca por outros mecanismos de diferenciação de sujeitos que, no vasto e heterogêneo universo das relações de consumo, estão ameaçados de forma diferenciada e, por isso, são merecedores de uma proteção qualificada. Já de plano isso foi reconhecido no âmbito do debate sobre hipossuficiência. O próprio Código reconhece que nem todo consumidor é hipossuficiente, uma vez que essa condição é pressuposto específico para a inversão do ônus da prova, e não para ser consumidor. Por conta disso, parte da doutrina consumerista defendeu a distinção entre os conceitos na esfera do consumo: a vulnerabilidade presumida para todos os consumidores, a hipossuficiência somente para aqueles que em concreto se verificarem em condições de inferioridade”.

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126.

contratos de seguro, os de venda de grandes sociedades, os de transporte e os de financiamento bancário, por exemplo. Para a autora, a nomenclatura contrato de adesão seria imprópria, preferindo a denominação “contrato por adesão” em razão de se constituir pela adesão de vontade de um aderente indeterminado à oferta do proponente ostensivo.¹⁰⁶

2.2.2. Os contratos de adesão no Código de Defesa do Consumidor

A definição da referida espécie contratual encontra-se prevista no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

A partir da análise de tal dispositivo, observam-se três características essenciais que definem os contratos de adesão: a predisposição, a unilateralidade e a rigidez. Logo, os contratos de adesão são celebrados com base em cláusulas previamente redigidas, por uma das partes ou por autoridade competente, não sendo dado à parte que adere alterar a essência do que lhe é apresentado.¹⁰⁷

Ademais, no tocante à proteção contratual do consumidor, há dois modos de controle: um formal e outro material.

Diante da perspectiva de um controle formal dos contratos de adesão, sendo uma espécie de contrato de consumo, o art. 46 do CDC dispõe que: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

Nota-se, portanto, o dever de informação¹⁰⁸ ao consumidor, que consiste em necessária proteção ao polo mais fragilizado juridicamente de

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. op. cit., p. 107.

¹⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 130. Paulo Lôbo leciona que: “O dever de informar leva sempre em consideração o aderente médio que adquire ou utiliza determinado produto ou serviço. Os documentos que veiculem as

uma relação contratual. Tal mecanismo de defesa do consumidor, em conjunto com os §§ 3º e 4º do art. 54 do CDC,¹⁰⁹ visam a combater, sob um aspecto formal, os diversos mecanismos exercidos pelas empresas no mercado de consumo como, por exemplo, termos imprecisos e ambíguos, ausência de destaque dos ônus aos consumidores e letras diminutas.

Logo, se uma cláusula estiver escrita de modo impreciso ou ilegível, haverá violação ao Código de Defesa do Consumidor e, ainda que não seja abusiva materialmente, não obrigará o consumidor nos termos do art. 46 do CDC por vício formal.

Vale ressaltar ainda que, havendo dúvida na interpretação das cláusulas nos contratos de consumo, a legislação pátria adota a regra da interpretação mais favorável ao consumidor, conforme o art. 47 do CDC.¹¹⁰

O controle material, por sua vez, ocorre pela análise da correção e equilíbrio das cláusulas dos contratos de adesão, conforme será analisado posteriormente.

2.2.3. Os contratos de adesão no Código Civil de 2002

Os contratos de adesão representam categoria contratual autônoma, ou seja, não se restringem apenas às relações contratuais de consumo, mas abarcam também as relações contratuais comuns, funcionando como instrumento de proteção à parte hipossuficiente juridicamente, independentemente de se tratar de consumidor ou não.

Contudo, no Código Civil de 1916, não havia nenhum dispositivo que regulasse os contratos caracterizados, de um lado, pela predeterminação unilateral de cláusulas por uma das partes e, de outro, pela simples adesão a essas cláusulas pela parte mais fragilizada do contrato.

condições gerais devem ser impressos em caracteres gráficos legíveis e compreensíveis. Os termos técnicos apenas devem ser usados quando rigorosamente necessários e quando forem difundidos pelo uso”.

¹⁰⁹ “Art. 54 do Código de Defesa do Consumidor.

§ 3º—Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

¹¹⁰ “Art. 47 do Código de Defesa do Consumidor. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

A partir do Código Civil 2002, iniciou-se a regulação dos contratos de adesão nas relações contratuais comuns em seus artigos 423 e 424.¹¹¹

O art. 423 institui a regra, para os contratos comuns, da interpretação contra aquele que estipulou ou proferiu o termo contratual e a favor daquele que aderiu apenas ao esquema proposto, especialmente se houver, nos contratos de adesão, cláusulas ambíguas e contraditórias. Reflete, portanto, regra similar ao art. 47 do CDC e consiste em mecanismo de controle formal das cláusulas contratuais dos contratos de adesão. Tutela-se, assim, o conhecimento e a compreensão do contrato de adesão que o aderente possui das cláusulas que poderão vir a ter o seu consentimento formal.¹¹²

Já a regra do art. 424 do Código Civil estabelece um controle material do conteúdo dos contratos, que será analisado junto com as cláusulas abusivas a seguir.

2.3. Cláusulas abusivas

2.3.1. Definição e elementos característicos

As cláusulas abusivas, normalmente presentes em contratos de massa, são aquelas cláusulas inseridas de forma demasiadamente favorável ao estipulante e desfavorável ao aderente, gerando, portanto, um desequilíbrio contratual. Logo, as cláusulas abusivas atribuem, ao mesmo tempo, vantagem exagerada ao estipulante e onerosidade excessiva ao aderente, o que interfere no equilíbrio das prestações do contrato.

De acordo com as lições de Paulo Lôbo, consideram-se cláusulas abusivas as cláusulas de contrato de consumo e as condições gerais dos contratos que atribuem vantagens excessivas ao fornecedor ou predisponente, gerando, em contrapartida, demasiada onerosidade ao aderente e desarrazoado desequilíbrio contratual. Por meio de tais cláusulas, o fornecedor, abusando da atividade que exerce e da fragilidade

¹¹¹ “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

¹¹² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28.

jurídica do aderente, estabelece conteúdo contratual iníquo, o que prejudica o razoável equilíbrio das prestações.¹¹³

Vale esclarecer que o Direito não objetiva a igualdade absoluta de prestações, pois admite, por exemplo, contratos gratuitos. Contudo, no âmbito da atividade econômica que utiliza as condições gerais do contrato, a paridade das posições contratuais, o equilíbrio razoável que seja compatível com os princípios da equivalência material e da boa-fé, são limites entre o válido e o inválido ou abusivo. Dessa forma, a invalidade das cláusulas resulta do abuso do poder negocial dominante do predisponente para, por exemplo, exonerar ou limitar a responsabilidade própria de sua posição contratual, reduzir ou atenuar obrigações a seu cargo, agravar ônus ou deveres do aderente, estabelecer prazos injustos e atribuir a si direitos que são negados ao aderente.¹¹⁴

O autor ressalta ainda que é a existência do poder contratual dominante, nos contratos de adesão e nos contratos de consumo, presumida pela lei, que converte uma cláusula em abusiva, pois essa mesma cláusula, em contrato comum livremente negociado, que presume a inexistência de poder negocial dominante, poderia ser considerada válida.¹¹⁵

Vale destacar a distinção entre cláusulas abusivas e as cláusulas ilícitas em sentido estrito, pois estas possuem finalidade ilícita enquanto aquelas decorrem do desequilíbrio contratual objetivo provocado pela prevalência do poder negocial dominante.¹¹⁶ Como exemplo de cláusula ilícita é a que estipula o pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, expressamente proibido pela lei, mesmo que haja a concordância entre as partes e não seja verificado qualquer desequilíbrio contratual.

O conteúdo da cláusula abusiva pode não ser contrário à lei, a exemplo da que fixa o foro contratual, mas passa a ser quando for inserida em contrato de adesão, pois se presume em favor de quem se prevalece do poder negocial dominante. Por exemplo, em um contrato de seguro, a

¹¹³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131. O autor assevera ainda que no âmbito do direito do consumidor, generalizou-se o uso da expressão “cláusulas abusivas”, que abrangem as condições gerais inválidas nas relações de consumo, mas não se resumem a elas, pois também são abusivas as cláusulas de qualquer contrato de consumo, inclusive o que não se caracterize como contrato de adesão. Ademais, o Código Civil não utiliza essa expressão quando trata do contrato de adesão, mas nada impede que seja adotada nesta hipótese, pois a nulidade que prevê é idêntica à das cláusulas abusivas previstas no Código do Defesa do Consumidor.

¹¹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 131-132.

¹¹⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 132.

¹¹⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 132.

fixação do foro coincidente com o da sede da seguradora, em prejuízo do aderente, que arcará com ônus excessivo para a defesa judicial de seus interesses. Logo, a qualidade abusiva não pode ser extraída diretamente de seu texto, mas de seu contexto, a partir das circunstâncias consideradas em cada caso. Contudo, tanto a cláusula ilícita em sentido estrito quanto a cláusula abusiva possuem a mesma consequência, que consiste em sua nulidade, pois ambas são espécies derivadas do gênero ilicitude.¹¹⁷

O ordenamento jurídico brasileiro determinou a sanção de nulidade para as cláusulas abusivas, pois o regime de proteção do aderente independe de sua iniciativa, sendo, portanto, de interesse geral. Portanto, a nulidade das cláusulas abusivas é de ordem pública, visto que o interesse lesado não pertence individualmente ao aderente ou ao consumidor, mas a um vasto grupo de sujeitos potencialmente atingidos.

Nesse sentido, a nulidade pode ser suscitada não apenas pelo consumidor diretamente afetado, mas também pelo Ministério Público, associação civil ou entidade estatal por meio da ação civil pública. A declaração de nulidade possui ainda efeitos *ex tunc*, pois considera-se a cláusula absolutamente inválida, não devendo integrar o contrato nem sequer produzir efeitos jurídicos.

Ressalte-se ainda que a nulidade da cláusula abusiva não invalida todo o contrato, permanecendo este na parte remanescente quando for possível, com base no princípio da conservação dos contratos e no art. 51, §2º do Código de Defesa do Consumidor.¹¹⁸ Tal princípio se manifesta também para a declaração da nulidade parcial da cláusula quando for possível dar um sentido útil à parte restante dela, invalidando-se apenas na parte incompatível com o equilíbrio contratual. Assim, nula a cláusula, o contrato subsiste, se ficar assegurado o justo equilíbrio entre direitos e obrigações.¹¹⁹

2.3.2. Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor

Diante da evidente vulnerabilidade jurídica do aderente nas relações contratuais, o Código de Defesa do Consumidor insere a proteção

¹¹⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 132.

¹¹⁸ Art. 51, § 2º do CDC. A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

¹¹⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133.

contra as cláusulas abusivas como um dos direitos básicos do consumidor, conforme disposto no art. 6º, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços

Ademais, o Código de defesa do Consumidor estabelece, no art. 51,¹²⁰ uma lista exemplificativa com modelos abertos de apreciação pelo julgador, principalmente a partir da aplicação do princípio da boa-fé nas relações consumeristas. Nesse sentido, trata-se de normas proibitórias de cláusulas abusivas,¹²¹ sendo normas de ordem pública, inafastáveis pela vontade das partes, as quais, assim, aparecem como instrumentos do direito para o equilíbrio do contrato e das expectativas legítimas do consumidor de forma a compensar sua vulnerabilidade jurídica.

¹²⁰ “Art. 51 do CDC. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V – (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias”.

¹²¹ CUNHA. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, pp. 137-138.

A lista exemplificativa do art. 51 do CDC pode ser dividida em três grupos principais:¹²²

- a) cláusulas que impossibilitem, exonerem, atenuem ou impliquem renúncia dos direitos do consumidor, instituído pelo CDC: por exemplo, incisos I, II, III, VI e XVI;
- b) cláusulas que criem determinadas vantagens unilaterais ao fornecedor: incisos IX, X, XI, XII e XIII;
- c) cláusulas “surpresa”: inciso V, a qual sofreu veto presidencial.

Outrossim, o art. 53 do CDC também estabelece cláusula abusiva especial, voltada apenas aos contratos de compra e venda de móveis e imóveis e às alienações fiduciárias, a qual impede a perda total das prestações pagas.¹²³

2.3.2.1 A cláusula geral da boa-fé objetiva

Conforme depreende-se da leitura do rol exemplificativo do art. 51 do CDC, o legislador estabeleceu parâmetros de abusividade prontos e colocados à disposição do intérprete. Contudo, a chave da proteção contratual ao consumidor contra as cláusulas abusivas se encontra especificamente no inciso VI desse artigo, ao instituir uma cláusula geral de boa-fé objetiva nas relações de consumo brasileiras, proibindo a inserção de cláusulas que contrariem o aludido princípio.

Segundo o art. 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

¹²² CUNHA. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 138.

¹²³ “Art. 53 do CDC. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

O legislador indica ainda critérios dos termos constantes da cláusula geral da boa-fé objetiva, em especial a vantagem exagerada, sendo explicitados no § 1º do art. 51 do CDC:

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Nas lições de Maria Helena Diniz, o princípio da boa-fé objetiva refere-se à interpretação do contrato, pois o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção da declaração de vontade das partes. Segundo a autora, o aludido princípio visa à garantia do interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade, probidade e confiança recíprocas, ou seja, proceder com boa-fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, objetivando o equilíbrio nas prestações pela vedação ao enriquecimento indevido. É uma norma, portanto, que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas, tendo por escopo promover o equilíbrio contratual e a distribuição dos riscos e encargos ante a proibição do enriquecimento sem causa.¹²⁴

Por sua vez, Judith Martins-Costa indica que há uma certa dificuldade em se definir a boa-fé objetiva, mas se delimita, relacionamente, as condutas que lhe são conformes, sendo a referida expressão uma forma metonímica de variados modelos de comportamentos exigíveis na relação

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. op. cit., pp. 51-52.

obrigacional. Logo, é possível discernir funcionalmente a sua atuação e eficácia como fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do copartícipe da relação obrigacional; como baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual; e como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais. Diante de tais dimensões, a boa-fé serve como pauta de interpretação, fonte de integração e critério para a correção de condutas contratuais, inclusive para a correção do conteúdo contratual.¹²⁵

No tocante ao princípio da boa-fé, Orlando Gomes destaca que, para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas, havendo, portanto, a colaboração entre credor e devedor na execução do contrato. Assim, a conduta de ambos subordina-se a regras que objetivam impedir a atuação contrária de uma parte à outra.¹²⁶

Ademais, o aludido inciso IV do art. 51 do CDC, por estar diretamente relacionado a parâmetros essencialmente ligados à justiça e equilíbrio contratual, refere-se também a cláusula geral da equivalência material das prestações contratuais. Logo, tanto o princípio da boa-fé objetiva quanto o da equivalência material servem para apurar a abusividade das cláusulas no contrato.

2.3.2.2 Confronto entre a sanção de nulidade absoluta às cláusulas abusivas e a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais (art. 51 versus art. 6º, inciso V do CDC)

Conforme depreende-se da leitura do art. 51, *caput* do Código de Defesa do Consumidor, o direito brasileiro cominou a sanção de nulidade absoluta às cláusulas abusivas ao dispor que seriam nulas de pleno direito, tendo em vista o regime de proteção do aderente, juridicamente vulnerável na relação de consumo.

Contudo, o art. 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. O aludido artigo dispõe:

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 42-43.

¹²⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Em uma leitura inicial, pode-se chegar à interpretação de que o juiz poderia escolher entre a sanção de nulidade absoluta ou, ao contrário, poderia modificar e revisar tais cláusulas. No entanto, a hipótese prevista no art. 6º, inciso V do CDC reflete uma exceção ao sistema de nulidade absoluta, reconhecendo ao consumidor o direito básico de requer ao Judiciário a modificação de um tipo de cláusula contratual específica, geralmente a do preço ou de outra prestação a cargo do consumidor quando houverem circunstâncias especiais não previstas.¹²⁷

Dessa forma, aplica-se tal dispositivo à possibilidade de modificação das cláusulas, por exemplo, de preço, visto que não haveria regra supletiva apta a preencher eventual lacuna de modo que a sanção de nulidade absoluta não se adequaria a tais hipóteses. Assim, surge a possibilidade de o juiz revisar as cláusulas do contrato relativas ao preço com o intuito de reestabelecer o equilíbrio contratual, não englobando, portanto, todos os tipos de cláusulas abusivas.¹²⁸

Outrossim, ressalta-se que a modificação ou revisão das cláusulas contratuais nos moldes do art. 6º, inciso V do CDC ocorre em razão de fundamentos outros, diversos da abusividade. Conforme será ainda analisado, a modificação da cláusula funda-se, na primeira parte da norma, na verificação da ocorrência de lesão, enquanto na segunda parte da norma baseia-se na onerosidade excessiva superveniente.

¹²⁷ CUNHA. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, pp. 146-147.

¹²⁸ CUNHA. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, pp. 147-148.

2.3.3. Cláusulas abusivas no Código Civil de 2002

As cláusulas abusivas costumam ser associadas aos contratos de adesão de consumo. Dessa forma, é no âmbito do direito do consumidor que haveria o maior número de incidência de tais cláusulas, considerando-se a disparidade dos poderes contratuais entre as partes, consumidores e fornecedores, e a imposição na unilateralidade dos termos contratuais.

Contudo, não obstante o CDC ter sido inovador no Brasil ao tutelar os contratos de adesão, a questão não interessa apenas aos consumidores. As relações de consumo normalmente efetivam-se por meio de um contrato de adesão, mas tal forma de contratar, mesmo frequente na praxe, não reflete toda a realidade contratual por haver contratos de adesão sem a verificação de uma relação de consumo.

Nesse sentido, na *III Jornada de Direito Civil*, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, tratando da presença de cláusulas abusivas nos contratos civis comuns, restou aprovado por unanimidade o seguinte enunciado:¹²⁹

Enunciado 172 – Art. 424: As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002.

Ademais, se as características de predisposição, unilateralidade e rigidez na celebração do contrato forem verificadas, haveria um contrato de adesão, o qual deverá ser adequadamente tutelado pelo ordenamento, estejam ou não identificados os pressupostos legais caracterizadores de uma relação de consumo. O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não deveriam ser considerados diplomas contrastantes, mas sim complementares no âmbito da complexidade do ordenamento, instrumentos para a promoção da solidariedade no meio privado.¹³⁰

Assim, o art. 423 do Código Civil determina que, quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deve-se adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Torna-se necessário, pois, que

¹²⁹ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 149.

¹³⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 26-27.

seja verificada a existência de ambiguidade ou contrariedade nas cláusulas de um contrato para que possa ser aplicada a interpretação contra o estipulante da cláusula. Nesse sentido, enquanto a ambiguidade pressupõe duas interpretações possíveis no âmbito de uma mesma cláusula, a contrariedade é suscitada pela multiplicidade de interpretações decorrente do conflito de cláusulas distintas.¹³¹

Já o art. 424 do Código Civil indica que, nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. O referido dispositivo disciplina um regime de tutela com base na evidente vulnerabilidade jurídica do aderente, a quem não é dado negociar, em posição de igualdade com o predisponente, as condições e os termos contratuais.

Vale destacar que, enquanto o art. 423 representa uma tentativa de proteção do aderente não consumidor no plano de formação do contrato de adesão, o art. 424 consiste em mecanismo de proteção do aderente no plano do conteúdo negocial.¹³² Dessa forma, o dispositivo em comento visa a coibir uma cláusula claramente abusiva, que se mostrava comum na praxe negocial, e se aproxima do art. 51, inciso I do CDC, que estabelece a nulidade das cláusulas que “impossibilitem, exonerem, ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos.”

De toda forma, a função equitativa a ser exercida pelo juiz em relação à revisão dos contratos que contenham cláusulas abusivas será essencial para proporcionar um equilíbrio material das prestações e, assim, atingira a justiça contratual.

2.3.4. Cláusulas abusivas e dirigismo contratual

A expressão *dirigismo contratual* consiste no controle que os poderes públicos exercem na formação e nos efeitos do contrato.¹³³ O fenômeno do dirigismo contratual reflete-se nas negociações, pois o legislador, muitas vezes, determina a formação, perfazimento e execução

¹³¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28.

¹³² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 30.

¹³³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 22.

dos contratos. Seria, portanto, uma forma destinada a proteger a parte vulnerável juridicamente, restringindo a liberdade contratual da parte juridicamente forte, especialmente no que se refere à discussão do conteúdo do negócio.

Caio Mário da Silva Pereira indica que o princípio da autonomia da vontade, definido como a faculdade que as pessoas possuem de concluir livremente os seus contratos, não é absoluto, nem reflete a realidade social na sua plenitude. O ordenamento jurídico prevê restrições trazidas pela prevalência da ordem pública e do dirigismo contratual.¹³⁴

Nesse sentido, há leis que ordenam ou proíbem determinados comportamentos sem deixar aos particulares a liberdade de derogá-los pelo meio privado. Quando um contrato é celebrado, não é possível inobservar tais normas, sob pena da incidência de penalidades legais como a nulidade absoluta da cláusula. Há uma mitigação do princípio da autonomia privada, visto que os contratantes sujeitam a sua vontade aos princípios da ordem pública e dos bons costumes. Enquanto a ordem pública consiste nas regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da nação, os bons costumes¹³⁵ são aqueles que se cultivam como condições de moralidade social, matéria sujeita a variações em cada época.¹³⁶

No âmbito desses campos, cessa ou reduz a liberdade de contratar. Logo, o contrato, que reflete, por um lado, a autonomia privada e, por outro, submete-se à ordem pública, deve ser o produto de tais forças atuantes no ordenamento. Tendo em vista que os conceitos de ordem pública e bons costumes variam como também os conteúdos das

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 22.

¹³⁵ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do direito civil. *Revista de Ciências Jurídicas Pensar*, Fortaleza, vol. 22, n. 2, mai.-ago./2017, pp. 425-443. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/6200/pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2021. Segundo Thamis Dalsenter, “é possível sinalizar a função atual dos bons costumes como sendo a cláusula geral que impõe limites externos à autonomia existencial por meio de sua tríplice função – interpretativa, geradora de deveres e limitadora de direitos –, determinando padrões de conduta sempre que os atos de autonomia implicarem consequências jurídicas relevantes (efeitos diretos e imediatos) para duas ou mais esferas jurídicas. Isso significa precisamente que a cláusula geral de bons costumes promove o desejado equilíbrio entre os princípios constitucionais da liberdade e da solidariedade, ampliando a tutela da autonomia e da dignidade da pessoa humana nas relações jurídicas de direito privado”.

¹³⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 22.

respectivas normas por consequência, o contrato é momento de equilíbrio dessas duas forças, ocorrendo da redução da liberdade de contratar na medida em que o legislador entenda conveniente ou não alargar a extensão das normas de ordem pública.¹³⁷

Nesse contexto de evolução do contrato, não se recusa o direito de contratar e não se nega a liberdade de fazê-lo, mas destaca-se a característica da regulamentação legal do contrato, com o intuito de coibir abusos advindos da desigualdade econômica, vulnerabilidade jurídica e, sobretudo, a preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada.¹³⁸

Assim, a publicização do contrato é marcada principalmente pela preponderância do social sobre o individual, visto que, anteriormente, as partes gozavam de ampla liberdade para contratar e o contrato se revestia de uma plasticidade usufruída pelas partes. Agora, o seu conteúdo passa a sofrer a interferência da autoridade pública. Logo, a iniciativa cabe ao particular, mas a direção pode ser modificada pelo poder público.¹³⁹

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi produzida voltada aos valores supremos de solidariedade desde a sua formação inicial e, conseqüentemente, o Estado vê-se impulsionado para adotar medidas ou elaborar leis sobre assuntos preponderantemente sociais, mas que geram efeitos em âmbito individual e particular.

A constitucionalização do direito civil¹⁴⁰ surge como uma mudança de postura, que tem contribuído para a construção do pensamento privado no tocante à inovação a partir da forma de interação nos dois ramos do direito – o público e o privado –, interpretando o Código Civil segundo a

¹³⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 23.

¹³⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 25-26.

¹³⁹ SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, pp. 148-149.

¹⁴⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11. Teresa Negreiros indica que o “processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo — em lugar do individuo surge a pessoa. E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social”.

Constituição Federal em substituição do que se costumava fazer, ou seja, o inverso.¹⁴¹

Portanto, quando verificadas as hipóteses autorizadas por lei, o intérprete deve buscar de forma equitativa revisar o contrato em atenção à busca da justiça contratual de modo a reestabelecer o equilíbrio e a equivalência material das prestações.

3. CONCLUSÃO

A revisão judicial fundada nas cláusulas abusivas se mostra um importante instrumento para promoção do equilíbrio no negócio jurídico e consiste em forma de expressão do princípio da boa-fé objetiva e da equivalência material das prestações. Dessa forma, o estudo de suas hipóteses de incidência, bem como dos limites para a atuação do juiz, torna-se relevante para garantir a efetividade e concretude da justiça contratual. Diante de tudo o que se expôs, é possível extrair as seguintes conclusões.

Em relação ao contrato de adesão e às cláusulas abusivas, a referida modalidade contratual surge como instrumento de contratação em massa, em que as condições gerais de contratação são determinadas e predispostas por uma das partes, não tendo a parte aderente a liberdade de discutir, alterar ou de determinar o seu conteúdo. A predominância da vontade unilateral de um dos contratantes para estabelecer o conteúdo dos contratos de adesão costuma proporcionar abusos e injustiças, gerando o evidente desequilíbrio nas relações contratuais. Dessa forma, a atuação do Estado se mostra necessária para evitar abusos e garantir a justiça contratual e o equilíbrio material das prestações.

No art. 51 do CDC, o legislador estabeleceu parâmetros de abusividade colocados à disposição do intérprete, sendo a chave da proteção contratual ao consumidor contra as cláusulas abusivas o inciso VI desse artigo, ao instituir uma cláusula geral de boa-fé objetiva nas relações de consumo brasileiras, proibindo a inserção de cláusulas que contrariem o aludido princípio.

As cláusulas abusivas, mesmo que sejam mais recorrentes nas relações de consumo, estão também disciplinadas no Código Civil de 2002. Assim, o art. 423 do Código Civil determina que, quando houver no contrato

¹⁴¹ TARTUCE. Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. São Paulo: Método, 2013, p. 55.

de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deve-se adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Já o art. 424 do Código Civil indica que, nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Logo, enquanto o art. 423 representa uma tentativa de proteção do aderente não consumidor no plano de formação do contrato de adesão, o art. 424 consiste em mecanismo de proteção do aderente no plano do conteúdo negocial.

Dessa forma, quando verificadas as hipóteses autorizadas por lei, o intérprete deve buscar de forma equitativa revisar o contrato em atenção à busca da justiça contratual de modo a reestabelecer o equilíbrio e a equivalência material das prestações.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Colaboradoras Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Colaboradoras Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do direito civil. *Revista de Ciências Jurídicas Pensar*, Fortaleza, vol. 22, n. 2, mai.-ago./2017, pp. 425-443. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/6200/pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

CUNHA. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99, mai.-jun./2015.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Volume III.
- SOBRINHO, Mário de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Método, 2013.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte Geral*. Vol. I. São Paulo: Atlas 2013.

A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

Júlio Luiz de Medeiros Alves Lima Kuhlmann¹⁴²

Resumo:

O presente artigo busca analisar a evolução do constitucionalismo como elemento agregador da civilização ocidental, passando por seus elementos históricos e, com isso, apontando as características essenciais do constitucionalismo contemporâneo, especialmente como marco de limitação do Poder.

Abstract:

This article intends to analyze the evolution of constitutionalism as an aggregating element of Western civilization, going through its historical elements and, with that, pointing out the essential characteristics of contemporary constitutionalism, especially as an element of limitation of Power.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Civilização. Limitação do Poder. Papel contramajoritário. Democracia constitucional.

1 O CONSTITUCIONALISMO COMO MARCO CIVILIZATÓRIO

O constitucionalismo é a técnica jurídica em que se assegura aos cidadãos o exercício de seus direitos e, simultaneamente, implica o dever de o Estado não os violar. Caracteriza-se, pois, pela tentativa de limitar o poder do Estado em favor dos cidadãos, impossibilitando, em bases jurídicas, o poder absoluto. Tem-se, como uma de suas bases teóricas, o

¹⁴² Advogado inscrito na seccional da OAB/DF sob o nº 38.926. Pós graduado em Direito Público pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA)

clássico de Charles de Secondat, Baron de **MONTESQUIEU**, em *O Espírito das Leis*, Livro XI, intitulado *Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a Constituição*¹⁴³, obra em que se procurou demonstrar a necessidade de imobilizar o arbítrio estatal, mas, naquela altura, a favor dos abastados e detentores da propriedade privada.

Cuida-se, assim, do resultado teórico da análise das Constituições e de seu desenvolvimento, consistindo, então, na investigação sobre as formas de organização política do poder do Estado e de seu conseqüente exercício. Além disso, representa o Governo das Leis, e não dos homens, em que a racionalidade do direito deve imperar, e não a lógica do simples poder de fato. Portanto, trata-se de uma solução histórica para a limitação do poder, máxime no que se refere ao regime absolutista de outrora, em que o Rei gozava de poderes ilimitados¹⁴⁴.

Anotam **SARMENTO** e **SOUZA NETO** que o constitucionalismo, como é conhecido hoje, é fruto da Modernidade, isto é, do Iluminismo e das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, ocorridas na Inglaterra, França e Estados Unidos¹⁴⁵. Fala-se, todavia, em outros dois constitucionalismos, a saber, no antigo e no medieval, para referir-se às concepções sobre o poder político existentes na Antiguidade e na Idades Média¹⁴⁶.

A propósito do tema, **RAMOS TAVARES** ensina que é um equívoco “supor que constitucionalismo surgiu apenas com o advento das revoluções modernas, que instauraram a democracia e afastaram os regimes absolutistas até então existentes”¹⁴⁷

Com efeito, Karl **LOEWENSTEIN** identificou o surgimento desse movimento constitucionalista entre o povo hebreu, o qual “já em seu Estado teocrático, criaram limites ao poder político, por meio da imposição da

¹⁴³ **MONTESQUIEU**, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*, Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996 (paidéia), 1996, p.165 e seguintes

¹⁴⁴ **BOBBIO**, Norberto. *Dicionário de política I* Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.p.247/248

¹⁴⁵ **SARMENTO**, Daniel; **SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017.p.69

¹⁴⁶ Op.cit.p.69

¹⁴⁷ **TAVARES**, André Ramos Curso de direito constitucional. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, versão e-book, p.51

chamada ‘lei do Senhor’”¹⁴⁸. Em que pese tal movimento hebreu ter sido bastante tímido se comprado com o que se veria na Modernidade, assevera **RAMOS TAVARES** que “é preciso aceitar que os hebreus se deve a primeira aparição do constitucionalismo”¹⁴⁹

Posteriormente, na Grécia (séculos VI e IV a.C), **ARISTÓTELES** associava constituição e governo como uma ordem estatuída por aqueles que moravam na cidade-estado. Conforme ensinam **SARMENTO** e **SOUZA NETO**, a sociedade politicamente organizada da cidade-estado era denominada de *politeia*, expressão que, em geral, é traduzida como Constituição¹⁵⁰. Entretanto, anotam que se cuidava de um conceito **ora empírico**, isto é, designava uma forma de ser da comunidade política, **ora abstrato**, que indicava apenas um modelo a ser seguido para a realização do bem comum, sem um conteúdo propriamente jurídico, que é o sentido moderno de Constituição, a qual se revela como norma de hierarquia superior, reguladora do processo político e das relações entre indivíduos e Estado.¹⁵¹

Por conseguinte, o regime político grego daquela época se preocupava “com a limitação das autoridades e com a contenção do arbítrio”, mas essa “limitação visava antes a busca pelo bem comum do que a garantia das liberdades individuais”¹⁵².

Como se nota, há a consolidação de direitos políticos, com a participação dos cidadãos - com muitas exclusões, diga-se - nas questões atinentes à cidade-estado. Inclusive, noticiam **SARMENTO** e **SOUZA NETO** que, em **PLATÃO**, na obra A República (400 a.C.), defendeu-se a igualdade e a noção do bem comum. Já **ARISTÓTELES**, na Ética a Nicômaco, salientou a importância do agir com justiça, para o bem de todos da *pólis*, mesmo em face de leis injustas. Finalmente, tem-se uma reflexão sobre a superioridade normativa de determinadas normas, mesmo em face da vontade do poder¹⁵³.

¹⁴⁸ **TAVARES**, André Ramos Curso de direito constitucional. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, versão e-book, p.52

¹⁴⁹ **SARMENTO**, Daniel; **SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017.p.52

¹⁵⁰ Op.cit.70

¹⁵¹ Op.cit.70

¹⁵² Op.cit.70

¹⁵³ **RAMOS**, André de Carvalho Curso de direitos humanos. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p.35

Fala-se, também, em um constitucionalismo medieval, que se inicia com a queda do império romano. Trata-se de um período em que se manifestou amplo pluralismo político, assinalando **SOUZA NETO** e **SARMENTO** que não se manifestava uma instituição que detivesse o monopólio do uso legítimo da força, da produção normativa ou mesmo da prestação jurisdicional. Por isso, tem-se que o poder se difundira por múltiplas instituições, “como a Igreja, os reis, os senhores feudais, as cidades, as corporações de ofício e o Imperador, sem que houvesse qualquer divisão clara de competências entre elas, nem uma supremacia incontestada de qualquer uma”¹⁵⁴

Mesmo com essa fragmentação, é na Idade Média que o constitucionalismo aparece como movimento de conquista de liberdades individuais, o que se materializou com a Magna Carta de 1215, a qual não se limitou a impor parâmetros para atuação do poder soberano, como também representou o resgate de certos valores, como a garantia dos direitos individuais em contraposição à atuação estatal¹⁵⁵

Como ensina **CANOTILHO**, tem-se, naquela altura, um esboço de Lei fundamental, significando a consagração de um conjunto de princípios, normas e práticas “adotadas nas relações religiosas e comunitárias, especialmente entre as classes sociais e o soberano, anotando que: “A ideia da lei fundamental como lei suprema limitativa dos poderes soberanos virá a ser particularmente salientada pelos monarcas franceses e reconduzida à velha distinção do século VI entre ‘*lois de royaume*’ e ‘*lois du roi*’. Estas últimas eram feitas pelo rei e, por conseguinte, a ele competia modificá-las ou revogá-las; as primeiras eram leis fundamentais da sociedade, uma espécie de *lex terrae* e de direito natural que o rei devia respeitar”¹⁵⁶

Observa-se, então, que, na Idade Média, o poder dos governantes era ilimitado, porque baseado em uma suposta vontade divina. Nesse contexto, surgem os primeiros movimentos de reivindicação de liberdades a determinados estamentos, como a Declaração das Cortes de Leão adotada na Península Ibérica em 1188 e a Magna Carta inglesa de 1215. Com o Renascimento e a Reforma Protestante, tem-se a crise da Idade Média, dando lugar ao surgimento dos Estados Nacionais absolutistas e a

¹⁵⁴ **SARMENTO**, Daniel; **SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017, p.71

¹⁵⁵ **TAVARES**, André Ramos Curso de direito constitucional. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, versão e-book, p.53

¹⁵⁶ **CANOTILHO**, J. J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1993, p 61/62

sociedade estamental medieval foi substituída pela forte centralização do poder na figura do rei¹⁵⁷.

Sobrevém, assim, a erosão da relevância dos estamentos (Igreja e senhores feudais), surgindo, ao menos no plano ideal, a concepção de igualdade de todos submetidos ao poder absoluto do Rei, o que não excluiu a opressão e a violência, como o extermínio perpetrado contra os indígenas na América¹⁵⁸.

Por isso, no século XVII, o Estado Absolutista foi posto em xeque, em especial na Inglaterra. Esse intento manifesta-se na busca pela limitação do poder estatal, a qual foi consagrada na *Petition of Rights* de 1628, bem como com a edição do *Habeas Corpus Act* (1679), documentos em que se formalizam mandados de proteção judicial aos que haviam sido injustamente presos¹⁵⁹.

Além disso, em 1689, logo após a Revolução Gloriosa, tem-se a edição da “Declaração Inglesa de Direitos”, a *Bill of Rights* (1689), por meio da qual o poder autocrático dos monarcas ingleses foi reduzido de forma definitiva. A propósito, Carvalho Ramos ensina que “[n]ão é uma declaração de direitos extensa, pois dela consta, basicamente, a afirmação da vontade da lei sobre a vontade absolutista do rei. Entre seus pontos, estabelece-se ‘que é ilegal o pretendido poder de suspender leis, ou a execução de leis, pela autoridade real, sem o consentimento do Parlamento’; ‘que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento’ e que ‘a liberdade de expressão, e debates ou procedimentos no Parlamento, não devem ser impedidos ou questionados por qualquer tribunal ou local fora do Parlamento”¹⁶⁰

Já em 1701 há a aprovação do *Act of Settlement*, que enfim fixou a linha de sucessão da coroa inglesa, reafirmou o poder do Parlamento e da vontade da lei, resguardando-se os direitos dos súditos contra a volta da tirania dos monarcas¹⁶¹

Fruto dessas conquistas históricas, tem-se o constitucionalismo moderno, o qual foi antecipado, segundo **SOUZA NETO** e **SARMENTO**, ainda no final da idade média. Trata-se, na verdade, de uma retomada de

¹⁵⁷ **RAMOS**, André de Carvalho Curso de direitos humanos. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p.38

¹⁵⁸ Op.cit.p. 39

¹⁵⁹ Op.cit.p.40

¹⁶⁰ Op.cit.p.40

¹⁶¹ Op.cit.p.40

todos os ideais acima expostos, com a definição de novos papéis para o Estado. De fato:

Surgiram pactos, celebrados entre reis e certos estamentos sociais superiores, que reconheciam aos integrantes desses estamentos certos direitos e prerrogativas, erigindo limitações jurídicas ao exercício do poder político. Destes pactos estamentais, o mais conhecido é a Magna Carta, firmada em 1215 na Inglaterra pelo Rei João Sem Terra, pelo qual esse se comprometia a respeitar determinados direitos dos nobres ingleses. O Rei se obrigava, por exemplo, a não criar novos tributos sem prévia autorização dos nobres, concedida em assembleia, obtendo, como contrapartida, o reconhecimento do seu poder.¹⁵ A esses pactos faltava, contudo, a universalidade que caracteriza as constituições modernas, uma vez que eles não reconheciam direitos extensivos a todos os cidadãos, mas apenas liberdades e franquias que beneficiavam os estamentos privilegiados¹⁶²

Nessa linha, surge o constitucionalismo moderno. Segundo **SARMENTO** e **SOUZA NETO**, trata-se de movimento que prega a limitação jurídica do poder em favor da liberdade individual¹⁶³, tendo alguns eventos históricos contribuído para tal doutrina. Com efeito, a ascensão da burguesia como classe hegemônica, o fim da unidade religiosa na Europa, com a Reforma Protestante, bem como a **cosmovisão racionalista e antropocentrista**, legadas pelo Iluminismo, contribuíram para o surgimento desse novo olhar sobre a contenção do Poder¹⁶⁴.

Por isso, sintetizam **SARMENTO** e **SOUZA NETO** que esse constitucionalismo moderno se pauta em três bases bem claras, a saber, a (a) **contenção do poder dos governantes, por meio da separação de poderes**, a (b) **garantia de direitos individuais concebidos como direitos negativos oponíveis ao próprio Estado** e, por derradeiro, a (c) **necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, por intermédio da democracia representativa**¹⁶⁵

¹⁶² **SARMENTO**, Daniel; **SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017.p.72

¹⁶³ Op.cit.p.72

¹⁶⁴ Op.cit.p.72

¹⁶⁵ Op.cit. p.74

TAVARES assevera que a realização dos ideais do constitucionalismo moderno pode ser traduzido pela consubstanciação, por escrito, de normas constitucionais, com a consagração da (a) **publicidade, permitindo o conhecimento da estrutura do poder e a garantia dos direitos**, da (b) **clareza, por ser documento uno, afastando as incertezas e dúvidas sobre os direitos e a limitação do poder** e, finalmente, da (c) **segurança jurídica, na medida em que proporciona a clareza necessária para a compreensão do poder**. Em resumo, **“tem-se que o constitucionalismo moderno revela-se na ideia básica de registrar por escrito o documento fundamental do povo”**¹⁶⁶

Há, conforme ensinam **SOUZA NETO** e **SARMENTO**, pilares para o constitucionalismo moderno, isto é, os modelos (i) inglês, (ii) francês e (iii) norte-americano.

O constitucionalismo na Inglaterra é fruto de singular experiência cultural, centralizada no princípio do **rule of law**, conceito “tão difícil de definir como de traduzir: governo da Lei, regra do direito”¹⁶⁷. Com efeito, **SOUZA NETO** e **SARMENTO** afirmam que, no Reino Unido, não se chegou a se materializar um absolutismo propriamente dito, na medida em que, desde o final da idade média, o poder monárquico encontrava-se limitado por determinados costumes e pactos estamentais, entre os quais o mais conhecido é a Carta Magna de João Sem Terra, firmada em 1215. Assim, lecionam que:

o constitucionalismo inglês tem raízes que mergulham nestas tradições e atos solenes, que remontam à invasão normanda da ilha em 1066. Sem embargo, o século marcante na definição do modelo constitucional inglês foi o XVII, caracterizado pelas fortes tensões entre a Coroa e o Parlamento e por diversas reviravoltas políticas, que culminaram na Revolução Gloriosa de 1688, a qual depôs a dinastia dos Stuarts. Aquela revolução assentou o **princípio da supremacia política do Parlamento inglês, em um regime pautado pelo respeito aos direitos individuais**. No curso do século XVII, foram editados três documentos constitucionais de grande importância: a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; e o *Bill of Rights*, de 1689, que

¹⁶⁶ **TAVARES**, André Ramos Curso de direito constitucional. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, versão e-book, p.58

¹⁶⁷ **BOBBIO**, Norberto. Dicionário de política I Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.p.252

garantiam importantes liberdades para os súditos ingleses, impondo limites à Coroa e transferindo poder ao Parlamento.

Além disso, tem-se o constitucionalismo francês, o qual tem seu marco na Revolução Francesa de 1789, simbolizando uma ruptura com antigo regime absolutista até então vigente. Dizem **SARMENTO** e **SOUZA NETO** que:

Os revolucionários franceses não tinham a intenção de apenas modificar pontualmente o Antigo Regime. Muito mais que isso, eles visavam a formar um novo Estado e uma nova sociedade, erigida sobre o ideário Iluminista da igualdade, da liberdade e da fraternidade. Sob a perspectiva da teoria constitucional, esta vontade de ruptura com o passado se expressou na teoria do poder constituinte, elaborada originariamente pelo Abade Emanuel Joseph Sieyès, em sua célebre obra *Qu'est-ce que le Tier État?*. Por essa teoria, o poder constituinte exprimiria a soberania da Nação, estando completamente desvinculado de quaisquer limites impostos pelas instituições e pelo ordenamento do passado. Ele fundaria nova ordem jurídica, criando novos órgãos e poderes — os poderes constituídos — que a ele estariam vinculados.

O protagonista do processo constitucional no modelo constitucional francês é o Poder Legislativo, que teoricamente encarna a soberania e é visto como um garantidor mais confiável dos direitos do que o Poder Judiciário. Historicamente, esta concepção deveu-se tanto à desconfiança que os franceses nutriam em relação ao Judiciário, visto como uma instituição corrompida e associada ao Antigo Regime, como à valorização da lei, concebida, a partir da influência do pensamento de Rousseau, como a expressão da vontade geral do povo. Isto levou, na prática, a que a Constituição acabasse desempenhando o papel de proclamação política, que deveria inspirar a atuação legislativa, mas não de autêntica norma jurídica, que pudesse ser invocada pelos litigantes nos tribunais¹⁶⁸.

¹⁶⁸ **SARMENTO**, Daniel; **SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017, p.76/77

Anote-se que o modelo constitucional francês revelou-se como o mais influente do século XIX e início do século XX, mas, no que concerne à supremacia do Poder Legislativo, esse tem cedido lugar para a jurisdição constitucional, que é um dos traços do constitucionalismo norte-americano, a ser analisado a seguir.

Com efeito, o constitucionalismo norte-americano teve grande influência do direito natural, como demonstra o texto da Declaração de Independência do país, segundo a qual “consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade”¹⁶⁹. Trouxe, ainda, a “a ideia de ruptura com o passado, por meio do exercício do poder constituinte, é igualmente cultivada nos Estados Unidos, inclusive pela valorização da sabedoria e do espírito público dos constituintes — os ditos “Pais Fundadores” (*Founding Fathers*) —, que chega às raias da mistificação”¹⁷⁰

Ensinam **SOUZA NETO** e **SARMENTO** que a ideia central do constitucionalismo estadunidense é a concepção da constituição como norma jurídica, que, como tal, deve ser invocada “pelo Poder Judiciário na resolução de conflitos, mesmo quando isto implique em restrição ao poder das maiorias encasteladas no Legislativo ou no Executivo. Apesar do silêncio do texto constitucional a tal propósito, desenvolveu-se no direito norte-americano a noção de que os juízes, ao decidirem conflitos, podem reconhecer a invalidade de leis que contrariem a Constituição, deixando de aplicá-las ao caso concreto”¹⁷¹

Sabe-se que o constitucionalismo norte-americano tem raízes anteriores à própria Constituição dos Estados Unidos da América, bem como à própria declaração de Independência daquela federação. Com efeito, o fato de a “colonização dos Estados Unidos ter sido realizada em boa parte por imigrantes que escapavam da perseguição religiosa na Europa contribuiu decisivamente para que se enraizassem na cultura política norte-americana ideias como a necessidade de limitação do poder dos governantes e de proteção das minorias diante do arbítrio das maiorias”¹⁷²

Sem dúvida, o controle judicial dos atos estatais, à luz da Constituição, é o ponto nodal do constitucionalismo estadunidense, o qual sofre até hoje muitas críticas, “sendo frequentemente apontado como um

¹⁶⁹ Tradução disponível em < http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html > acessado em 28 de julho de 2018

¹⁷⁰ Op.cit.79

¹⁷¹ Op.cit.79

¹⁷² Op.cit.p.78

instituto antidemocrático, por transferir aos juízes, que não são eleitos, o poder de derrubar decisões tomadas pelos representantes do povo, com base nas suas interpretações pessoais sobre cláusulas constitucionais muitas vezes vagas, que se sujeitam a diversas leituras”, mas esse *judicial review* “não apenas criou profundas raízes no Direito Constitucional daquele país, como também acabou se disseminando por todo o mundo, sobretudo a partir da segunda metade do século XX”¹⁷³

Nesse contexto, sobretudo após a II Guerra Mundial, ante os horrores que o nazi-fascismo disseminou na Europa, o constitucionalismo ganhou novos contornos, adquirindo uma função democratizadora do processo civilizatório, na medida em que se trouxe à tona a jurisdição constitucional, admitindo-se o controle contramajoritário, por intermédio do Poder Judiciário, do conteúdo do Direito editado pelo Poder Legislativo e dos atos do Poder Executivo. Com efeito, ensinam Abboud e Nery Jr que

Recentemente, o marco histórico mais importante para a evolução do constitucionalismo diz respeito à 2ª Guerra Mundial.

O final da 2ª Guerra Mundial representa um marco para a composição de uma nova ordem, social, política e jurídica, é o início do fenômeno denominado por **MARIO LOSANO** de direito pós-bélico.

Na atual quadra de nossa história, **o direito adquire importante função como instrumento democratizador do processo civilizatório dos povos, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, quando se consolidou a crença de que nem todo conteúdo poderia ser direito, e algumas garantias deveriam ser asseguradas em qualquer regime constitucional.**

Nesse momento histórico que se consolida a especializada jurisdição constitucional e passa-se a admitir a possibilidade de **controlar de forma contramajoritária** – via judicial – **o conteúdo da legislação e não apenas seus aspectos formais.**

Desse modo, **no direito desenvolvido após a 2ª Guerra Mundial, superou-se aquela máxima: desde que respeitados os procedimentos formais, todo conteúdo poderia ser direito.** Assim, mesmo uma lei formalmente regular passou a ter seu conteúdo/sua

¹⁷³ Op.cit. 79/80

materialidade controlada pelo Judiciário quando contrária ao texto constitucional.

Nessa perspectiva, **o constitucionalismo contemporâneo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surgem após a 2ª Guerra.** Trata-se de **expressão oriunda do direito constitucional espanhol que importamos como um novo paradigma científico para estudarmos o direito constitucional.** Essas novas Constituições não se limitam mais a apenas estabelecer a separação de poderes e delimitar competências do Poder Público, na medida em que passam a positivar diversas garantias fundamentais, estabelecendo, assim, **novos limites para a atuação do Poder Público.**

Convém ressaltar que, **no cenário político, as Constituições tiveram profundas alterações em seus textos.** Elas deixaram de apenas estabelecer a formação do processo legislativo, na medida em que seu enfoque passou a constituir primordialmente a **consagração de direitos fundamentais em seu texto.**

Em razões do novo formato desses textos constitucionais, a atuação dos Tribunais Constitucionais e a doutrina também sofreram profundas alterações.

Portanto, **o constitucionalismo, em si, na qualidade de movimento político-jurídico, estruturou-se como elemento para assegurar a proteção dos direitos fundamentais e a conseqüente racionalização e limitação do poder.** A única forma de se compreender historicamente o constitucionalismo é como **instrumento civilizatório de limitação de poder.** Se o poder é absoluto, o constitucionalismo perde sentido, tudo se torna decisão política, imergimos no decisionismo de Carl Schmitt

O constitucionalismo surge e, principalmente, se consolida como fenômeno histórico-político, cuja função consiste em limitar e racionalizar o poder político, estabelecendo todas as regras normativas a partir das quais o Estado pode agir. Ademais, é o constitucionalismo que impõe limites ao poder soberano, mediante a divisão de poderes, estabelecendo como

valores primordiais da sociedade a liberdade, a igualdade e a preservação dos direitos fundamentais¹⁷⁴.

Além disso, há, atualmente, o que se convencionou chamar de constitucionalismo globalizado, oriundo da cada vez mais constante integração econômica e cultural dos povos, com uma tentativa de “ampliação dos ideais e princípios jurídicos adotados pelo Ocidente, de maneira que todos os povos reconheçam sua universalidade”¹⁷⁵

A propósito, **SARMENTO** e **SOUZA NETO** ensina que o constitucionalismo moderno foi construído com base nos Estados nacionais,

¹⁷⁴ **NERY JÚNIOR**, Nelson. **ABBOUD**, Georges. Direito Constitucional brasileiro: curso completo. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/123448227/v1/document/123497041/anchor/a-12349704>>. Acesso em 23 de setembro de 2022.

¹⁷⁵ **TAVARES**, André Ramos Curso de direito constitucional. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, versão e-book, p.64. A propósito, registra o doutrinador que “Parte desse movimento deve receber destaque e estudo mais acurado, porque tem se mostrado como um movimento que se fortalece na atualidade e que pode indicar o desenvolvimento de uma nova fase desse constitucionalismo sem fronteiras. É o caso do uso de material e referências de Direito legislado e de jurisprudência estrangeira pelos Parlamentos e Judiciários nacionais. Dentro desse movimento tem-se o uso de jurisprudência constitucional estrangeira pela Justiça Constitucional nacional, de maneira a estabelecer, em alguns casos, um verdadeiro diálogo entre cortes (com uma global community of courts), como propõe o ilustre pensador italiano GIUSEPPE DE VERGOTTINI. em sua recente obra, na qual adverte para as circunstância de que nem sempre há diálogo efetivo. Nada obstante a existência deste sentimento otimista, quase que utópico, coroado com a criação da União Europeia e a gestação de sua Constituição., não se pode olvidar que essa suposta fase “final” do constitucionalismo se encontra, na realidade, em um árduo começo, repleto de sérios e perigosos obstáculos, tais como as crises financeiras e econômicas globalizadas e os obstáculos que erigem os países do Oriente (vide os Estados não democráticos e o terrorismo), os quais, em parte, vislumbram, nessa tentativa de unificar os ideais humanos, o “exercício sagaz do imperialismo moral ocidental”, na expressão utilizada por IGNATIEFF .. Uma nova e perturbadora “onda” desse constitucionalismo se iniciou com os ataques do 11 de setembro, em 2001, a aprovação e aplicação do Patriotic Act, nos EUA, e, em seguida, a disseminação ampla da necessidade de reduzirem-se direitos, garantias e proteções em geral. Nessa linha, por exemplo, deve-se incluir a Lei aprovada em maio de 2015, na França, que permite um amplo monitoramento de suspeitos e, ainda, o acesso indiscriminado aos chamados metadados e, também, ao conteúdo das comunicações propriamente dito. A privacidade, o sigilo de dados, a liberdade de manifestação e de religião têm sido colocadas em severo questionamento quanto a sua extensão. Por fim, esse mesmo “novo constitucionalismo” preocupa-se, prioritariamente, com políticas chamadas de “austeridade” que atendem aos interesses de retorno financeiro dos grandes conglomerados comerciais globais no Mundo, como bem advertem GILBERTO BERCOVICI e MASSONETT”

detentores do monopólio da produção normativa, o que passa a ser fragilizado com a globalização.

De fato, ela “diminuiu a importância das fronteiras políticas e impulsionou o fenômeno da desterritorialização do poder”¹⁷⁶. Anotam, ainda, que os “Estados nacionais, sozinhos, não conseguem enfrentar alguns dos principais problemas com que se deparam em áreas como economia, o meio ambiente e a criminalidade”, desenvolvendo-se, ainda, “um cosmopolitismo ético, que cobra dos Estados mais respeito aos direitos humanos, não aceitando a invocação da soberania ou de particularismos culturais como escusa para as mais graves violações à dignidade humana”¹⁷⁷

Noticiam, ainda, que a tradicional concepção da ordem jurídica como uma pirâmide, em que no seu vértice localiza-se a Constituição soberana perde, nesse contexto, seu sentido, na medida em que se tem, hoje, a ideia de ordenamento jurídico como “rede, em razão da presença no Direito de inúmeras cadeias normativas, emanadas de distintas fontes, mas incidentes sobre o mesmo território”¹⁷⁸

Por isso, fala-se, hoje, em um “pluralismo constitucional, em transconstitucionalismo ou em constitucionalismo multinível” para referir-se à “convivência, nem sempre isenta de tensões, entre diversas esferas constitucionais com pretensões regulatórias incidentes sobre um mesmo território”, chegando-se a aludir-se a um “neofeudalismo jurídico, caracterizado pela pluralidade das fontes normativas e jurisdicionais, em que o papel da Constituição estatal seria significativamente restringido”¹⁷⁹¹⁸⁰.

¹⁷⁶ **SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio** Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017, p. 87

¹⁷⁷ Op.cit.89

¹⁷⁸ Op.cit.p.92

¹⁷⁹ Op.cit.p.93

¹⁸⁰ Op.cit.p.93/94 Há, inclusive, aqueles que, como Gunther Teubner, falam do “surgimento de constituições privadas, que ignorando fronteiras, disciplinariam determinados campos”, de sorte que tais constituições privadas “não teriam forma de tratados, nem estariam vinculadas a entidades internacionais de caráter público, mas surgiram no urso do processo de desenvolvimento e autonomização de esferas sociais dotadas de racionalidade própria”. Lecionam Sarmento e Souza Neto que :De acordo com Gunther Teubner – principal expositor dessa teoria – seriam diversas as constituições privadas, emergindo de uma multiplicidade de subsistemas autônomas da sociedade-mundo, que, embora desvinculadas de Estados, adquiriram determinadas características típicas das constituições, como a supremacia em face de outras normas produzidas na mesma área. Um exemplo deste tipo de constitucionalização teria ocorrido na área das comunicações digitais (internet). Neste campo, normas privadas superiores teriam sido criadas,

De todo o exposto, verifica-se que **o constitucionalismo afigura-se como verdadeiro movimento filosófico-jurídico que traz balizas e racionalidade para o fenômeno do poder, de sorte que a função jurisdicional**, ao aplicar a Constituição como norma jurídica, deve também se guiar pela limitação, racionalização e controlabilidade do poder estatal e social, na proteção das minorias e na prevenção de novos perigos para a dignidade humana.

Além do constitucionalismo, como técnica de limitação do poder, revela-se como um importante parâmetro para a tomada de decisão pelo Poder Judiciário a abordagem do Estado de Direito contemporâneo e da democracia constitucional.

2 A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DO PODER

Sabe-se que a Civilização é fruto de um processo de repressão dos instintos animais dos indivíduos, de modo que não haveria a possibilidade de convivência entre as pessoas sem a repressão das manifestações egoísticas da existência individual¹⁸¹.

Em muitos casos, essa repressão manifesta-se de forma espontânea, mas, em grande parte das situações, faz-se necessário um comando externo aos indivíduos, a impor limitações à tendência egoística do ser humano, o qual, sem limites, tende à buscar a realização de interesses próprios em detrimento dos interesses da coletividade¹⁸².

Por isso mesmo, tem-se que o Estado é a manifestação formal da sociedade civil organizada, de maneira que apenas “podem ser realizados os valores superiores, de interesse coletivo, se a entidade estatal absorver o poder, distribuir os encargos e eliminar as manifestações de violência privada”¹⁸³.

Para **MAX WEBER**, poder consiste na prerrogativa de uma pessoa ou instituição influenciar o comportamento de outrem, de modo que cabe ao

desempenhando um papel similar ao das constituições estatais na política nacional
“Op.cit.p. 93/94

¹⁸¹ **JUSTEN FILHO**, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p.87

¹⁸² Op.cit.p.87

¹⁸³ Op.cit.p.87

Estado o poder específico de repreensão legítima, isto é, do monopólio da violência:

O poder significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências

(...)

Hoje, o Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território – este, o ‘território’, faz parte da qualidade característica –, reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado o permita. Este é considerado a única fonte do ‘direito’ de exercer coação¹⁸⁴

Realmente, a detenção do monopólio da violência pelo Estado não implica a legitimação do poder por meio violento. Isso porque é até possível, em tese, que “algum Estado e alguma ordem jurídica surjam por meio de atos de violência e força física”, mas, de modo algum o “Estado se justifica, nem se mantém, por meio pura e simplesmente da força; nenhuma ordem jurídica se legitima – nem se mantém, insista-se – através simplesmente da violência”¹⁸⁵

Como visto, hodiernamente, tem-se que **a legitimidade do Estado e do exercício do poder político encontra-se na soberania popular**, de modo que se afasta - à luz do constitucionalismo – a sustentação de um Estado pela força pura e simples.

Essa temática foi analisada por **MAX WEBER**, que fez a distinção de três tipos ideais de dominação legítima, isto é, de autoridade: a tradicional (ou religiosa), a carismática e a legal-racional.

A **dominação tradicional ou religiosa** verifica-se no início da concepção do que vinha a ser o Estado, altura em que a atribuição do poder a determinadas estruturas de governo calcava-se em motivos metafísicos, uma vez que os poderes políticos e religiosos fundiam-se como faces de

¹⁸⁴ **WEBER**, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Volume 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 175 e 525-526

¹⁸⁵ **JUSTEN FILHO**, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015p.88

uma mesma moeda, reconhecendo-se, assim, a legitimidade “na crença na santidade de ordem e poderes senhoriais tradicionais (‘existem desde sempre’)”¹⁸⁶. Nota-se, então, que essa autoridade tradicional deriva do costume, do cumprimento ritual do que vem sendo feito, possuindo força normativa dos fatos reiterados, vale dizer, são aqueles comportamentos obedecidos desde sempre. Cuida-se, assim, de uma forma, em geral, patriarcal de exercício do poder, baseada no compartilhamento de valores pela sociedade.

Por sua vez, na **dominação carismática**, a autoridade é baseada no dom da graça (carisma), extraordinária e pessoal, isto é, resulta da aptidão de polarizar a esperança de concretização de projetos comuns do povo. Segundo **WEBER**, é aquela “baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas”¹⁸⁷. Percebe-se, assim, que tal tipo ideal tudo tem a ver com aqueles que, ungidos de uma personalidade excepcional, com certo magnetismo em que a legitimidade do governante se evidencia como se fosse um título originário.

Finalmente, a **dominação legal-racional** afigura-se como um paradigma totalmente diferente das formas de legitimação anteriores, consistindo em uma autoridade fundada em regras racionalmente criadas, isto é, funda-se num conjunto de instituições construídas como resultado dos esforços comuns do povo. WEBER sustenta que “sua vigência está baseada na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação”¹⁸⁸. Trata-se de um estágio avançado em que se encontra boa parte dos Estados, sendo uma das faces da complexificação e burocratização das sociedades atuais, tornando legítimas apenas as decisões tomadas com base em métodos abstratos, sobretudo com a observância de normas jurídicas. De fato, cuida-se de uma das características das democracias modernas, as quais não precisam de homens providenciais ou de valores compartilhados.

Dessa forma, vê-se que o uso legítimo da força e a supressão das diferenças entre os cidadãos são elementares para a manutenção de Estados cuja legitimidade se funde na tradição ou no carisma pessoal de um

¹⁸⁶ **WEBER**, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Volume 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 148

¹⁸⁷ Op.cit.p.141

¹⁸⁸ **WEBER**, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Volume 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1999. p.141

líder, ao passo que, nos Estados fundados na legitimidade racional/legal, a concordância dos governados - por meio de leis democraticamente elaboradas - em relação às Leis e às Instituições afigura-se como fonte do poder estatal, sendo, assim, menor a necessidade do uso da violência para a manutenção da ordem coletiva.

Anote-se que o paradigma legal-racional manifesta-se como um desdobramento da racionalização característica da modernidade. De fato, nas sociedades tradicionais, tinha-se um amálgama inquebrantável entre os valores compartilhados e as normas e regras que regulavam a sociedade¹⁸⁹. Por outro lado, nas sociedades modernas, pautadas pelo paradigma legal-racional, esse amálgama se desfaz, implicando muitas transformações. Rompe-se com a ideia de que há uma única visão global sobre os eventos do mundo, passando a coexistir uma **“pluralidade de concepções de mundo e de formas de vida, de modo que a legitimação de suas normas e regras não se dá mais pela referência à tradição, mas sim a procedimentos democráticos reconhecidos por todos”**¹⁹⁰

Com base nessas premissas, pode-se, então, analisar o Estado de Direito e suas respectivas vertentes.

A Constituição da República de 1988 diz, em sua norma inaugural, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em um “Estado Democrático de Direito”. Diz-se, igualmente, que “[t]odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Além disso, assevera que ninguém poderá ser privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal (CRFB, artigo 5º, inciso LIV). Essas disposições dão conta que está consolidado o ponto áureo do constitucionalismo e da legitimação legal-racional, isto é, a consagração da democracia, a participação de seus destinatários no exercício do poder e da proteção dos direitos fundamentais como nota elementar do sistema constitucional brasileiro.

Sem dúvida, **JUSTEN FILHO** assevera que a ideia de legitimação legal-racional liga-se à ideia de Estado de Direito, resultante da doutrina alemã do *Rechtstaat*, no século XIX, com forte carga formalista, tendo por pilares três postulados, vale dizer, (a) **a divisão dos poderes**, (b) a

¹⁸⁹ **SEGATTO**, Antonio Ianni. Tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, M.; TERRA, R. (Org.). Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 48

¹⁹⁰ Op.cit.p.49

generalização do princípio da legalidade e, ainda, (c) a **universalização da Jurisdição**¹⁹¹.

Aprofundando o conceito de Estado de Direito, ensinam **STRECK** e **BOLZAN DE MORAIS** que, em termos teóricos, ele surge como uma construção da segunda metade do século XIX, “nascendo na Alemanha – como *Rechtstaat* – e, posteriormente, sendo incorporado à doutrina francesa, em ambos como um debate apropriado pelos juristas e vinculado a uma percepção de hierarquia das regras jurídicas, com o objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito”¹⁹².

Assinalam, ainda, **STRECK** e **BOLZAN DE MORAIS** que se pode falar num Estado de Direito Liberal e em um Estado de Direito Social.

Pelo Estado de Direito de cariz liberal, fruto do liberalismo, além da submissão do Estado ao Direito, da franquia de direitos fundamentais aos cidadãos e da separação entre os poderes, tem-se outras quatro características bem definidas, a saber, a (i) **separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito**, a (ii) **garantia das liberdades individuais**, isto é, os direitos fundamentais mediando a relação entre indivíduo e Estado, a (iii) **democracia vinculada à ideia de soberania da nação**, como ideal vinculado à Revolução Francesa, de modo a vincular a aceitação da origem consensual do Estado, que se liga à ideia de representação, a qual foi posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta (*referendum* e plebiscito), assim como a imposição de um controle hierárquico da produção legislativa mediante o **controle de constitucionalidade** e, finalmente, o (iv) **Estado com um papel reduzido, apresentando-se como Estado mínimo, que deve apenas assegurar a liberdade de atuação dos cidadãos**¹⁹³.

Por sua vez, pelo Estado de Direito de cariz social, pretende-se a “correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista no pós-Segunda Guerra Mundial”, de sorte que pretende ser “um modelo no qual o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público”¹⁹⁴

¹⁹¹ Op.cit.p.90

¹⁹² **STRECK**, Lenio Luiz; e **MORAIS**, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do estado. 8. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014., versão e-book, p.32

¹⁹³ Op.cit.p.34

¹⁹⁴ Op.cit. 35

Entretanto, há uma viragem nessa sucessão de modelos de Estado de Direito. Com efeito, os regimes totalitários do século XX mostraram que é possível a utilização instrumental do Direito para perpetrar as mais absurdas atrocidades contra os direitos fundamentais e contra a dignidade humana, com respaldo do ordenamento jurídico¹⁹⁵.

Por isso, fala-se, hoje, em um Estado Democrático de Direito, também designado de Estado Constitucional, como evolução do Estado de Direito¹⁹⁶. Para **STRECK** e **BOLZAN DE MORAIS** esse Estado é caracterizado pelo ideal de (i) constitucionalidade, ou seja, **a vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica**; a (ii) **organização democrática da sociedade, por meio de uma participação ativa dos cidadãos na tomada de decisões do Estado**; um (iii) **sistema de direitos fundamentais** (individuais e coletivos), **implicando tanto deveres de abstenção quanto de ação por parte do Estado**; a (iv) **ideia de justiça social como mecanismo corretivo das desigualdades**; a (v) **igualdade não apenas formal, mas, sobretudo, como articulação de uma sociedade mais justa e solidária**; uma (vi) **clara divisão de Poderes e Funções**; e, finalmente, (vii) **segurança e certeza jurídicas**¹⁹⁷.

Aprofundando o tema, **NERY JÚNIOR** e **ABBOUD** ensinam que o Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional) é aquele identificado com o constitucionalismo, devendo se Democrático ampla participação dos cidadãos no devido processo decisório, e de Direito, ou seja, submetido à ordem jurídica¹⁹⁸.

Segundo esses autores, o Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional) implica mudanças na dimensão dos direitos fundamentais, na medida em que, além dos direitos fundamentais clássicos (ditos liberais),

¹⁹⁵ **NERY JÚNIOR**, Nelson. **ABBOUD**, Georges. Direito Constitucional brasileiro: curso completo. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/123448227/v1/document/123497041/anchor/a-12349704>>. Acesso em 23 de setembro de 2022.

¹⁹⁶

¹⁹⁷ **STRECK**, Lenio Luiz; e **MORAIS**, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do estado. 8. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014., versão e-book, p.38

¹⁹⁸ **NERY JÚNIOR**, Nelson. **ABBOUD**, Georges. Direito Constitucional brasileiro: curso completo. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/123448227/v1/document/123497041/anchor/a-12349704>>. Acesso em 23 de setembro de 2022

passaram a ser considerados fundamentais os direitos de caráter social, possibilitando a exigência de prestações positivas do Estado¹⁹⁹.

Anotam, ainda, que, quanto à separação de poderes, essa divisão “é entendida como um processo de distribuição e integração racionalizada das diversas funções e órgãos do Estado, com o intuito de limitar as possibilidades de exercício arbitrário do Poder e garantir as condições para uma maior eficiência da atuação estatal na defesa e promoção dos direitos fundamentais”²⁰⁰.

Por isso, a Constituição passa a ser a salvaguarda da própria sociedade, na medida em que limita a soberania do Estado. Por outras palavras, não há que se falar em sujeitos políticos ilimitadamente soberanos, pois todos à Constituição estão submetidos²⁰¹.

Sem dúvida, “direitos fundamentais constituem primordialmente uma reserva de direitos que não pode ser atingida pelo Estado [Poder Público] ou pelos próprios particulares”²⁰². Nota-se, dessa forma, que os direitos fundamentais são a pedra de toque desse novo Estado Democrático de Direito, assegurando ao cidadão um plexo de direitos e garantias que não poderão se violados. Eles apresentam uma dupla perspectiva, a saber, “constituem prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas ao cidadão, ao mesmo tempo que constituem limites/restrições à atuação do Estado”²⁰³

Outro ponto a ser levado em consideração quando se fala em Estado Constitucional de Direito é a dignidade humana como premissa antropológica-cultural, assinalando **HABERLE** que a soberania popular, a divisão entre os Poderes, os direitos fundamentais, a tolerância, a pluralidade de partidos e a independência dos tribunais também são traços desse novo modelo de Estado²⁰⁴

¹⁹⁹ Op.cit.

²⁰⁰ Op.cit.

²⁰¹ Op.cit.

²⁰² Op.cit.

²⁰³ Op.cit.

²⁰⁴ **Apud. NERY JÚNIOR**, Nelson. **NERY**, Rosa Maria de Andrade, Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/99407083/v6/document/122739278_TIT.I/anchor/a-A.1 Acesso em 23 de setembro de 2022.

²⁰⁴ Op.cit.

Nesse sentido, surge a proposta procedimental de Estado Democrático de Direito apresentada pelo filósofo contemporâneo Jürgen Habermas.

Com efeito, **HABERMAS** observa que a Constituição deve ser entendida como um **sistema de direitos fundamentais que fixa as condições procedimentais para a institucionalização da democracia**.

De um lado, para ele, aos indivíduos asseguram-se certos direitos fundamentais para ação em conformidade com os próprios interesses, isto é, para o gozo pleno de sua liberdade, o que se denomina de autonomia privada, de modo a liberar essas pessoas do fardo moral de fundamentar suas ações²⁰⁵. De outro, as condições procedimentais compreendem a autonomia pública a partir da ótica da legitimidade do procedimento decisórios, com participação dos indivíduos implicados, baseada na soberania popular²⁰⁶.

No seu raciocínio, a soberania popular, como expressão dos direitos à comunicação e à participação, assegura a autonomia pública, enquanto o domínio dos direitos humanos (fundamentais) assegura a autonomia privada. Nesse sentido, o direito legitima-se, por meio do procedimento, como *medium* para assegurar a equanimidade entre as autonomias pública e privada, falando, assim, sobre a **equiprimordialidade entre direitos fundamentais (autonomia privada) e soberania popular (autonomia pública)**:

A ideia de autonomia jurídica dos cidadãos exige, isso sim, que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores. E se o legislador constitucional democrático simplesmente encontrasse os direitos humanos como fatos morais previamente dados, para então positiva-los e nada mais, isso estaria em contradição com essa ideia. Não há como ignorar, por outro lado, que não cabe mais aos cidadãos a livre escolha do *medium* em que eles mesmos podem tornar efetiva sua autonomia, no papel de co-legisladores. No processo legislativo, os cidadãos só podem tomar parte na condição de sujeitos *do direito*; não podem mais decidir, para tanto, sobre a linguagem de que se devem servir. A ideia democrática da autolegislação não tem

²⁰⁵ **HABERMAS**, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.p. 290

²⁰⁶ Op.Cit.p.291

opção senão validar-se a si mesma no *medium* do direito.

(....)

Não há direito sem a autonomia privada de pessoas do direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um *medium* para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do estado. Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõe-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele²⁰⁷.

Vê-se que a equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada é o ponto nodal para a legitimidade do Direito e do Estado. Assim, essa relação de equiprimordialidade consiste no fato de a autonomia entre esfera pública e esfera privada ser garantida de maneira uniforme a todo e qualquer cidadão, de modo que uma pressupõe a outra mutuamente.

Com base nessas ideias, **HABERMAS** formula o princípio democrático, segundo o qual “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva”²⁰⁸, mostrando, com isso, que a participação dos indivíduos no processo decisório, sobretudo no que diz respeito à elaboração de leis, afigura-se condição de possibilidade para o Estado Democrático de Direito.

Outro ponto a ser destacado é que, em **HABERMAS**, as ideias de direitos humanos e soberania popular “determinam até hoje a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos”²⁰⁹, de forma que, ainda hoje, ambos justificam o direito moderno²¹⁰. As ideias do referido filósofo serão abordadas no próximo capítulo, especificamente no ponto em que ele traz a relação de complementariedade entre o direito moderno e a moral, na medida em que aquele (o direito moderno) “tira dos

²⁰⁷ Op.cit.p. 293

²⁰⁸ **HABERMAS**, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Volume I. Tradução Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.p.145

²⁰⁹ Op.cit.p.128

²¹⁰ Op.cit.p.133

indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação”²¹¹

Para ele, os Estados Democráticos de Direito devem ser pautados por alguns princípios. O primeiro deles, do qual derivam os demais, é o da (a) soberania popular, isto é, “todo poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos”²¹².

De fato, diz **HABERMAS** que o princípio da soberania popular forma uma charneira entre o sistema dos direitos e a construção de um Estado de Direito, implicando, assim, o (b) princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada por meio de uma garantia de um Poder Judiciário independente, sobretudo por via do devido processo legal, os (c) princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da Administração e, finalmente, o (d) princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa a impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do Poder, isto é, pelo devido processo legislativo²¹³.

Em resumo, vê-se que o Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional) é informado pela (i) existência de uma Constituição como veículo de garantia jurídica, pela (ii) organização democrática da sociedade, por um (iii) sistema de direitos e garantias fundamentais, pela (iv) ideia de justiça social, (v) a igualdade formal e material dos indivíduos, pela (vi) divisão de Poderes e Funções, bem como pelo (vii) devido processo legal, entendido aqui como direito à participação igualitário no processo de tomada de decisão, que, aliás, confere legitimidade aos atos decisórios pela via legislativa, apoiada no princípio da soberania popular²¹⁴.

Por isso, mostra-se como limite para o exercício do poder, sobretudo quando tal exercício for empreendido pelo Poder Judiciário, que detém a prerrogativa aplicar o Direito, ainda que contra a vontade da maioria ocasional dos cidadãos, conforme se verá no tópico seguinte.

211 Op.cit.p.114

212 Op.cit.p. 212

²¹³ Op.cit.p. 212-220

214 Op.cit.p.114/115

CONCLUSÃO

Viu-se que o constitucionalismo, como técnica de limitação do Poder, trouxe inúmeras contribuições para atual concepção de Estado, que hoje se revela não apenas limitado pelo direito, mas sobretudo por sua vinculação aos direitos fundamentais.

Examinou-se, ainda, que o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil tem seu fundamento na soberania popular. Todavia, isso não implica um poder absoluto das maiorias, que têm sua vontade limitada por princípio básico a equidade, justiça e o devido processo legal, o qual, inclusive, está encartado na Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV. Esse devido processo legal incidirá sempre que estiverem em jogo sua vida, liberdade, propriedade, igualdade e segurança, sendo uma condição de possibilidade de um sistema verdadeiramente democrático. Desse modo, a relação entre soberania popular e direitos fundamentais deve ser equiprimordial, isto é, a autonomia privada não tem sentido sem a autonomia pública, conforme as lições de **HABERMAS**.

Observou-se, por outro lado, que o governo do povo e para o povo deve ser acompanhado de mecanismos de controle daqueles que exercem o poder político. Assim, viu-se que é preciso compreender que não se pode permitir que os agentes estatais, que exercem certo feixe de poder, manipulem os instrumentos postos pelo Direito, especialmente contra minorias, cuja subsistência é primordial para uma sociedade plural.

Assim, a concepção histórica de Estado Democrático (ou Estado Constitucional) põe-se como arquétipo que supera o Estado de Direito – seja ele de viés liberal ou de viés social -, mas que depende das conquistas alcançadas nestes últimos e no movimento constitucionalista. Em outras palavras, o Estado Constitucional é uma evolução de seus predecessores, sem, contudo, afigura-se uma negação destes.

Portanto, nota-se que a democracia constitucional é a perspectiva pela qual são observados a (a) Constituição e atribuir-lhe força normativa, a (b) separação de Poderes, (c) a consagração de princípios previstos na Constituição de 1988, especialmente a dignidade humana e o devido processo legal, a (d) previsão e efetivação de direitos fundamentais e a respectiva vinculação da sociedade e dos Poderes em relação a eles.

Nesse contexto, tem-se uma (e) instância contramajoritária de controle dos atos estatais, em regra, deve ser exercida pelo Poder Judiciário, assim como deve-se (f) respeitar o pluralismo, com a consequente proteção

das minorias, e, finalmente, (g) deve-se observar o devido processo, com a fundamentação dos atos do Poder Público.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO**, Norberto. Dicionário de política I Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.p.247/248
- CANOTILHO**, J. J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1993, p 61/62
- HABERMAS**, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.p. 290
- HABERMAS**, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Volume I. Tradução Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.p.145
- JUSTEN FILHO**, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p.87
- MONTESQUIEU**, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis, Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996 (paidéia), 1996, p.165 e seguintes
- NERY JÚNIOR**, Nelson. **ABBOUD**, Georges. Direito Constitucional brasileiro: curso completo. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/123448227/v1/document/123497041/anchor/a-12349704>>. Acesso em 23 de setembro de 2022.
- SARMENTO**, Daniel; **SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017.p.69
- SEGATTO**, Antonio Ianni. Tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, M.; TERRA, R. (Org.). Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 48
- STRECK**, Lenio Luiz; e Moraes, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do estado. 8. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014., versão e-book, p.32
- TAVARES**, André Ramos Curso de direito constitucional. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, versão e-book, p.51

WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Volume 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 175 e 525-526

A AUTOEXECUTORIEDADE DO PODER DE POLÍCIA E A (DES)NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL

*THE SELF-EXECUTORY OF POLICE POWER AND THE (NOT)
NEED FOR JUDICIAL INTERVENTION*

Lia Coelho de Albuquerque²¹⁵

RESUMO

O presente trabalho investiga os limites e as condições para a verificação do atributo da autoexecutoriedade dos atos emanados pelo Poder Público no exercício do Poder de Polícia, mormente com a finalidade de identificar, com precisão, as hipóteses que carecem de intervenção judicial, sendo vedada à Administração a adoção de meios diretos de coerção. Sobressaem-se, nesse contexto, os princípios da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e do devido processo legal, cuja observância configura condição *sine qua non* para a legitimidade da imposição de métodos de execução material das obrigações impostas aos administrados. Fundamental, também, é a análise do tema à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição, não só como prerrogativa dos particulares, a fim de evitar eventuais abusos ou ilegalidades perpetradas pela Administração, mas sobretudo como instrumento do próprio Poder Público, notadamente quando as medidas implementadas com fulcro na autoexecutoriedade do Poder de Polícia mostrarem-se insuficientes para a efetiva concretização do interesse público.

Palavras-chave: Poder de Polícia. Autoexecutoriedade. Inafastabilidade da Jurisdição. Interesse de agir.

²¹⁵ *Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2016). Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário 7 de Setembro (2019). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (2019).*

INTRODUÇÃO

A preocupação central do presente trabalho consiste em pormenorizar as limitações impostas ao exercício do Poder de Polícia, em especial no que se refere ao atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos emanados com o objetivo de condicionar ou restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais em benefício da coletividade, cujo fundamento reside na predominância do interesse público sobre o particular. Nesta perspectiva, almeja-se distinguir os casos que autorizam a utilização de meios diretos de coação daqueles em que se faz necessário prévio acionamento do Poder Judiciário.

Desse modo, a sensibilidade do tema justifica-se justamente pela dificuldade de identificar, precisa e objetivamente, os critérios empregados para tal, mormente porque as medidas de polícia encontram-se inseridas no âmbito da discricionariedade da Administração (DI PIETRO, 2018), não restando alternativa para o controle do atos decorrentes do poder de polícia senão a verificação de conformidade dos mesmos no que tange aos princípios norteadores da atividade administrativa, com destaque para a legalidade, a adequação e a razoabilidade, a moralidade e o devido processo legal.

Cumpra ainda traçar um panorama das limitações à autoexecutoriedade do poder de polícia à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 2018, p. 7)

Daí extrai-se o fundamento para a adoção do sistema da unidade da jurisdição pelo direito brasileiro (CARVALHO FILHO, 2017), conduzindo à conclusão fundamental de que qualquer que seja o autor da lesão – o Poder Público inclusive – poderá o prejudicado socorrer-se das vias judiciais.

Não obstante a nobre finalidade de atribuir o monopólio da função jurisdicional ao Poder Judiciário – órgão dotado de garantias de imparcialidade (DI PIETRO, 2018), a fim de evitar excessos da Administração em detrimento de direitos individuais, permitindo-lhe a apreciação e conseqüente invalidação de atos viciados –, também é importante examinar o direito ao acesso à justiça enquanto prerrogativa do próprio Poder Público, notadamente quando as medidas implementadas com fundamento na autoexecutoriedade do poder de polícia mostrarem-se insuficientes para a efetiva concretização do interesse público.

Para alcançar tais objetivos, mostra-se necessária a abordagem de aspectos eminentemente doutrinários relacionados com a temática em estudo, utilizando-se como principal recurso metodológico a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise minuciosa de materiais já publicados na literatura e artigos científicos divulgados no meio eletrônico.

DESENVOLVIMENTO

O estudo acerca do Poder de Polícia fatalmente remete à bipartição dos sentidos que comportam a expressão. Em sua acepção mais ampla, “significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 83), de modo a abranger, além da atividade administrativa propriamente dita, a atividade legislativa, que inova na ordem jurídica com a criação de direitos e obrigações. Nesse sentido, referindo-se ao exercício do Poder de Polícia tanto pelo Executivo como pelo Legislativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro elucida:

O poder de polícia reparte-se entre Legislativo e Executivo. Tomando-se como pressuposto o princípio da legalidade, que impede à Administração impor obrigações ou proibições senão em virtude de lei, é evidente que, quando se diz que o poder de polícia é a faculdade de limitar o exercício de direitos individuais, está-se pressupondo que essa limitação seja prevista em lei.

O Poder Legislativo, no exercício do poder de polícia que incumbe ao Estado, cria, por lei, as chamadas limitações administrativas ao exercício das liberdades públicas.

A Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e controla a sua aplicação, preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas). (DI PIETRO, 2018, p. 192)

Por sua vez, o conceito restrito do Poder de Polícia compreende, tão somente, “o exercício da função administrativa, fundada na lei, que restringe e condiciona o exercício de direitos e atividades privadas, com o objetivo de implementar o interesse público”. (OLIVEIRA, 2017, p. 265).

É exatamente essa extensão – convencionalmente ilustrada pela expressão Polícia Administrativa²¹⁶ (CARVALHO FILHO, 2017) – que utilizaremos no presente trabalho, a fim de representar, máxime, “as limitações administrativas à liberdade e propriedade privadas, deixando de fora as restrições impostas por dispositivos legais”. (MAZZA, 2018)

A respeito do fundamento do Poder de Polícia, afirma-se, tradicionalmente, que decorre da própria ideia de supremacia geral do Estado sobre seu território (SOUZA; FIDALGO, 2018). Di Pietro (2018) igualmente justifica as manifestações de polícia pelo princípio da predominância do interesse público sobre o particular, referindo-se à posição de supremacia da Administração sobre os administrados.

Cumprе mencionar, entretanto, a doutrina de Rafael Oliveira, que, discorrendo sobre o tema à luz do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, reputa “mais adequado afirmar que o fundamento de toda e qualquer ação estatal deve ser a promoção e a proteção dos direitos fundamentais” (OLIVEIRA, 2017, p. 271). Com efeito, no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais passam a assumir duplo papel de controle sobre a atividade estatal, funcionando ao mesmo tempo como fundamento e como condicionante do exercício das prerrogativas públicas. (JUSTEN FILHO, 2009)

Nesse escopo, dando continuidade ao estudo do Poder de Polícia, ora referindo-se às características que lhes são próprias, costuma-se apontar como atributos a discricionariedade, a coercibilidade e a autoexecutoriedade. (DI PIETRO, 2018)

O exercício do poder de polícia, salvo algumas exceções²¹⁷, encontra-se amparado por uma margem de “liberdade conferida pelo legislador ao administrador para escolher, por exemplo, o melhor momento de sua atuação ou a sanção mais adequada no caso concreto” (OLIVEIRA, 2017, p. 272), notadamente nas hipóteses em que há previsão legal de duas

²¹⁶ Observa-se, na doutrina, uma diferenciação entre os termos polícia administrativa, polícia de segurança e polícia judiciária. No entanto, todas essas atividades são espécies de polícia estatal, apenas com regimes jurídicos e objetos específicos. (SOUZA; FIDALGO, 2018)

²¹⁷ Há de se atentar para a possibilidade de o legislador não deixar qualquer margem de liberdade para o administrador, hipótese em que a atuação de polícia será vinculada. Como exemplo, destaca-se a licença para construir, que deve ser necessariamente expedida quando o particular preencher os requisitos necessários. (OLIVEIRA, 2017, p. 272)

ou mais sanções para determinada infração. Trata-se da denominada discricionariedade administrativa.

A coercibilidade, por sua vez, reporta-se à aptidão do ato administrativo de criar unilateralmente obrigações aos particulares, independentemente da anuência destes. Isto é, consiste na autorização para que o Poder Público ingresse na esfera jurídica dos particulares, impondo-lhes obrigações. (GONÇALVES, 2010). Convém mencionar, no entanto, que nem toda medida de polícia é dotada de coercibilidade, podendo-se apontar como exceção os consentimentos de polícia²¹⁸, os quais, por serem editados a pedido dos particulares, classificam-se como espécie de atos negociais.

Desse modo, segundo Alexandre Mazza, a coercibilidade – abordada pelo autor como sinônimo de imperatividade –, consiste na capacidade da Administração de vincular terceiros a deveres jurídicos, com fundamento no chamado poder extroverso. Logo, “ao contrário dos particulares, que só possuem poder de auto-obrigação (introverso), a Administração Pública pode criar deveres para si e também para terceiros”. (MAZZA, 2018. p. 297)

Por derradeiro, em relação à autoexecutoriedade, Carvalho Filho (2017) precisamente define-a como sendo a prerrogativa da Administração de colocar suas decisões em imediata execução, independentemente do consenso do administrado e sem necessidade de prévia²¹⁹ manifestação judicial; sendo, bem por isso, denominada de *privilège d'action d'office* no Direito Administrativo francês.

O atributo da autoexecutoriedade encontra-se essencialmente traduzido, portanto, na possibilidade de execução direta e integral de determinado ato administrativo – desde que, por óbvio, observada a presença dos respectivos pressupostos legais²²⁰ –, facultando-se, inclusive,

²¹⁸ Nas estritas palavras de Souza e Fidalgo (2018, p. 360), o consentimentos de polícia tratam-se de “ato de anuência prévia do Poder Público com relação à execução de uma atividade, tendo em vista os riscos a ela associados. A anuência é normalmente exarada através de licenças e autorizações”.

²¹⁹ Conforme se verá a seguir, nada impede a utilização de mecanismos de controle judicial *a posteriori* sobre a execução material de atos administrativos, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

²²⁰ As manifestações do poder de polícia, como toda espécie de ato administrativo, deverão satisfazer as condições descritas no art. 2º, da Lei da Ação Popular (Lei nº. 4.717/1965), quais sejam: agente competente, objeto lícito, motivo, finalidade e forma legal. (SOUZA; FIDALGO, 2018)

a utilização da “força física se preciso for para desconstituir situação violadora da ordem jurídica”. (MAZZA, 2018, p. 297)

Desse modo, destacam-se como típicas expressões da autoexecutoriedade do poder de polícia estatal: i) o guinchamento de carro estacionado em local proibido; ii) o fechamento de restaurante pela vigilância sanitária; iii) a apreensão de mercadorias contrabandeadas; iv) a demolição de construção irregular em área de manancial; v) a requisição de escada particular para combater incêndio; vi) a interdição de estabelecimento comercial irregular; vii) a destruição de alimentos nocivos ao consumo público e expostos à venda²²¹; viii) o confisco de medicamentos necessários para a população, em situação de calamidade pública. (MAZZA, 2018)

Imperioso ressaltar, nesse tocante, que a autoexecutoriedade não se confunde com a (mera) exigibilidade. Embora também relacionada com a prerrogativa conferida ao Estado de induzir terceiros à observância de seus atos, a exigibilidade apenas autoriza a imposição de providências indiretas, a exemplo da inscrição do débito em dívida ativa e da aplicação de penalidades, como multas, advertências e interdição de estabelecimentos comerciais²²².

Nesse escopo, explica Gonçalves (2010, p. 64):

A diferença, portanto, entre a exigibilidade e a executoriedade está no meio coercitivo. Enquanto com a exigibilidade a Administração só pode se utilizar de meios indiretos de coerção (por exemplo: imposição de multa), na executoriedade, a Administração emprega meios diretos de coerção, compelindo materialmente o administrado a fazer alguma coisa, utilizando-se da força, inclusive, quando necessário.

Destarte, afirma-se que a exigibilidade, por si só, não garante a possibilidade de utilização de mecanismos de coação material, faculdade que, conforme já aduzido, é própria da autoexecutoriedade. Ocorre que esta,

²²¹ Nesse caso, à vista do risco iminente à vida e à saúde dos consumidores, o Poder Público não deve limitar-se a determinar o recolhimento do produto, estando autorizado a fazê-lo por si. (SOUZA; FIDALGO, 2018)

²²² Em sentido semelhante, Mazza (2018, p. 298), discorre que “a autoexecutoriedade difere da exigibilidade à medida que esta aplica uma punição ao particular (exemplo: multa de trânsito), mas não desconstitui materialmente a irregularidade (o carro continua parado no local proibido), representando uma coerção indireta. Enquanto a autoexecutoriedade, além de punir, desfaz concretamente a situação ilegal, constituindo mecanismo de coerção direta”.

turno, nem sempre se faz presente, haja vista que sua legitimidade encontra-se adstrita às hipóteses em que “a lei previr expressamente ou quando a necessidade for condição indispensável à eficaz garantia do interesse público confiado pela lei à Administração”. (GONÇALVES, 2010, p. 63)

No mesmo sentido, para Mazza (2018), apenas duas espécies de atos administrativos afiguram-se autoexecutáveis, é dizer: aqueles com tal atributo conferido por lei – como é o caso do fechamento de restaurante pela vigilância sanitária²²³ e da demolição de obras pelos órgãos ambientais²²⁴ – , bem como os atos praticados em situações emergenciais cuja execução imediata mostre-se indispensável para a preservação do interesse público, como na hipótese de dispersão de manifestação que acaba convertendo-se em ato de vandalismo²²⁵.

Ainda sobre a temática das restrições impostas à autoexecutoriedade do Poder de Política, Souza e Fidalgo (2018, p. 361) retratam:

Nem todo ato de polícia, contudo, é autoexecutório. Veja-se o caso da multa: trata-se de uma possível penalidade imposta aos administrados que violarem as ordens de polícia. Ela é coercitiva, mas não autoexecutória. O administrado é obrigado a pagar a multa na data aprazada, mas, se não o fizer, a Administração Pública não pode simplesmente bloquear a sua conta corrente. Deve buscar o Poder Judiciário, através do ajuizamento de uma ação de execução fiscal, para poder obter a transferência do valor objeto da multa.

Em arremate, de acordo com a doutrina majoritária, afirma-se que o atributo da autoexecutoriedade não está presente em todos os atos

²²³ “Art. 7º. Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo: [...] XIV - interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde” (Lei nº. 9.782/1999 – ANVISA).

²²⁴ “Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º.: [...] VIII - demolição de obra” (Lei nº. 9.605/1998 – SNUC).

²²⁵ Nestes casos, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que “a autorização para executoriedade está implícita no sistema legal, pois é em decorrência dele que a Administração deve garantir a proteção ao bem jurídico posto em risco”. (MELLO, 2009, p. 416)

administrativos, mas somente quando a lei assim dispuser ou em situações de excepcional interesse público. Caso contrário, não resta outra alternativa ao Poder Público senão buscar o Judiciário para garantir o cumprimento de suas decisões. É o que se verifica da hipótese da cobrança de multa, em que, como já exposto, faz-se necessário o ajuizamento de ação de execução fiscal para que a Administração possa obter a efetiva transferência do valor objeto da multa.

Sob outra perspectiva, mesmo quando a autoexecutoriedade encontra-se aprioristicamente autorizada, enquadrando-se em uma das duas situações retrocitadas, releva notar que o afastamento da finalidade pública pela autoridade administrativa conduzirá, inevitavelmente, à caracterização de desvio de poder, impondo-se o reconhecimento de nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa. (DI PIETRO, 2018)

Isso porque o exercício do Poder de Polícia não é um fim em si mesmo. Consoante bem acentuado por Moreira Neto (2014), as medidas de polícia – assim como todo e qualquer ato administrativo –, gozam de inequívoco caráter instrumental, na medida em que somente devem ser implementadas com vistas à persecução do interesse público.

Expondo raciocínio semelhante, Oliveira (2017) destaca que a legitimidade da atuação de polícia depende do respeito ao ordenamento jurídico – aqui entendido como princípio da juridicidade –, de modo a contemplar não só a estrita observância à legalidade, mas também aos princípios da motivação²²⁶, da ampla defesa e do contraditório, bem como da adequação, da proporcionalidade e da razoabilidade, exigindo bom senso e moderação na aplicação da autoexecutoriedade.

É importante deixar claro, neste aspecto, que, a autoexecutoriedade dos atos administrativos em nada prejudica a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário²²⁷. O que se dispensa, na verdade, é tão somente a obrigatoriedade de autorização prévia.

²²⁶ Justificando o importante papel assumido pelo princípio da motivação, Oliveira (2017) ressalta que a atividade administrativa passa necessariamente por ponderação entre direitos fundamentais conflitantes. Explica que, embora se verifique a adoção de soluções preferenciais pela legislação, as circunstâncias concretas poderão exigir nova avaliação a ser realizada pelo administrador público, consoante a margem de discricionariedade existente, viabilizando controle mais eficiente da legitimidade dos atos estatais.

²²⁷ “No Brasil, ao contrário do que ocorre em inúmeros países europeus, vigora o sistema de jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito

Sendo assim, na hipótese de revelar-se ilegal ou abusiva a ação estatal, o administrado poderá valer-se da utilização de todos os mecanismos judiciais postos à disposição, notadamente em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Nesse sentido, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A executoriedade não deixa o administrado ao desabrigo de proteção jurídica, pois pode-se sempre recorrer ao Poder Judiciário tanto para impedir preventivamente sua utilização quanto para sustar a medida executória aplicada, sempre que o uso desta providência administrativa fira direitos dos ameaçados ou atingidos. (MELLO, 2009, p. 416)

Nesse contexto, como principais instrumentos de controle judicial da Administração Pública, destacam-se o *habeas corpus* e o *habeas data*, os mandados de segurança individual e coletivo, o mandado de injunção, além da ação popular, ação civil pública e ação de improbidade administrativa. (OLIVEIRA, 2017).

Ressalte-se, por oportuno, ser de extrema importância o controle judicial dos atos administrativos, porquanto consiste, em última análise, em poderoso instrumento de proteção do povo, que, na condição de titular do poder constituinte, é quem viabiliza a existência e a manutenção do Estado, gerindo e organizando os chamados poderes constituídos. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 102). Isto é, trata-se o aludido controle de uma forma de se estabelecer a viabilidade sustentável da atividade estatal em prol do cidadão, sem a qual perderia sentido conceder-lhe autorização para a implementação do interesse público. (FRANÇA, 2018)

Destarte, sem ignorar as limitações impostas ao juiz na análise da conveniência e oportunidade das decisões administrativas discricionárias, em consonância com a ideia de tripartição de poderes, pode-se afirmar, com fulcro no princípio da sindicabilidade, que “todas as lesões ou ameaças a direito, no exercício da função administrativa, estão sujeitas a algum mecanismo de controle” (MAZZA, 2018, p. 144), permitindo ampla gerência da atuação da Administração Pública pelo Judiciário,

a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida”. (MELLO, 2009, p. 936)

especialmente nas hipóteses em que a ação estatal examinada reveste-se do atributo da autoexecutoriedade.

Acrescente-se, a esse respeito, que a concepção de acesso à justiça costuma ser interpretada tão somente em prol dos administrados, com a finalidade precípua de conter eventuais abusos e ilegalidades levados a cabo pela Administração; constituindo, conforme já estudado, importante instrumento de garantia do Estado Democrático de Direito.

Não obstante, não se pode olvidar a relevância do estudo da inafastabilidade da jurisdição também sob a ótica do Poder Público – enquanto sujeito regular de direitos –, notadamente quando as medidas implementadas com fundamento na autoexecutoriedade do Poder de Polícia não forem suficientes para o efetivo alcance da finalidade pública pretendida.

Exsurge-se, nesse ínterim, importante discussão acerca da existência, ou não, de interesse de agir do Poder Público em juízo frente à suficiência de poderes administrativos para o cumprimento integral de seus atos e decisões, independentemente da participação do Judiciário. É o caso das ações possessórias movidas pela Fazenda Pública para defender-se da ocupação irregular de área de pública, bem como das ações demolitórias propostas em face de edificação ilegal em faixa de domínio cujo embargo de construção tenha sido desrespeitado.

Desse modo, cumpre verificar se a Administração goza de interesse de agir para tutelar em juízo medidas que poderia obter apenas com base no Poder de Polícia, sob a perspectiva da autoexecutoriedade.

Observa-se, nesse panorama, diversas ações sendo extintas, sobretudo em primeiro grau de jurisdição, com fulcro na premissa de que o Poder Público carece de interesse processual para postular providência com finalidade idêntica à que se poderia implementar de forma autônoma, sem necessidade de intervenção judicial. O entendimento que vem sendo assentado no âmbito dos tribunais, em contrapartida, aponta para a impossibilidade de vedar à Administração o acesso ao Judiciário, por violar não só o princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas também o do devido processo legal.

Por oportuno, convém trazer à baila os seguintes excertos da ementa do REsp 1.651.622/SP²²⁸, recém julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se confirma o entendimento ora expressado:

²²⁸ STJ. 2ª Turma. REsp 1651622/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28/03/2017.

PROCESSUAL CIVIL. NUNCIÇÃO DE OBRA NOVA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. CONFIRMAÇÃO DO JULGADO DE PRIMEIRO GRAU PELO TRIBUNAL A QUO. INTERESSE DE AGIR. VERIFICAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA CAUSA. SÚMULA 7 DO STJ. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE CONFIRMA O ACÓRDÃO COMBATIDO. 1. Cuida-se de confirmação de sentença de primeiro grau, pelo Tribunal a quo, proferida nos autos de nunciação de obra nova ajuizada pela Prefeitura Municipal, em razão da realização de obra sem a apresentação de projeto arquitetônico no departamento competente, violando, portanto, a legislação local. 2. Verifica-se configurado o interesse de agir (art. 267, I, CPC), visto que a autoexecutoriedade afeita à pessoa política não retira desta a pretensão em valer-se de decisão judicial que lhe assegure a providência fática que almeja, pois nem sempre as medidas tomadas pela Administração no exercício do poder de polícia são suficientes. [...]5. Recurso Especial não provido.

Nessa esteira, com a clareza que lhe é peculiar, Márcio Cavalcante sintetiza:

A autoexecutoriedade não retira da Administração Pública a possibilidade de valer-se de decisão judicial que lhe assegure a providência fática que almeja, pois nem sempre as medidas tomadas pelo Poder Público no exercício do poder de polícia são suficientes. (CAVALCANTE, 2019)

Sobressai-se, portanto, a orientação de que, embora seja a Administração dotada da prerrogativa de auto executar seus atos, tal fato – por si só –, não a impede de demandar a tutela jurisdicional pretendida. Sob o mesmo raciocínio, tampouco se pode condicionar o interesse de agir à exigência de que a Administração esgote todos os meios coercitivos e coativos para o adimplemento da obrigação²²⁹.

²²⁹ Nesse sentido: TRF/5ª Região. 4ª Turma. Apelação Cível nº. 370.219/RN (2005.84.00.006573-0). Rel. Des. Federal Barros Dias. Julgado em 24.10.2006

É bem verdade, no entanto, que, seja qual for o desfecho, a questão não será bem solucionada se examinada de forma apriorística. É preciso que a verificação do aludido interesse processual seja norteadada, no caso concreto, pela presença do binômio necessidade-adequação, com vistas à demonstração da efetiva utilidade da tutela postulada pelo ente público demandante. Nessa senda, segundo destaca Leonardo Gonçalves, “o provimento jurisdicional buscado deve ser uma medida necessária ao objetivo perseguido pela ação e essa deve ser adequada ao objetivo perseguido”. (GONÇALVES, 2010, p. 178)

CONCLUSÃO

Com o propósito de alcançar o principal objetivo a que se propôs o presente trabalho – qual seja: a análise dos limites e das condições para a legitimidade do atributo da autoexecutoriedade das manifestações de polícia estatal e as respectivas hipóteses de intervenção judicial –, foi necessário abordar os diversos conceitos doutrinários que permeiam o tema, bem como as nuances jurisprudenciais pertinentes à matéria.

Desse modo, chegou-se, primeiramente, à conclusão de que a autoexecutoriedade afigura-se como importante instrumento destinado à efetivação da ação estatal, na medida em que autoriza a adoção de métodos de execução material das obrigações impostas aos administrados. Convém explicitar, por relevante, que a presença de tal atributo não deve ser entendida como regra nas manifestações de polícia, somente se fazendo legítima diante de expressa previsão legal ou quando as particularidades do caso justificarem, sempre à luz do interesse público, por certo.

Constatou-se também que, mesmo nas hipóteses em que se mostra aprioristicamente autorizada, a legitimidade da atuação de polícia depende da conformidade com relação ao ordenamento jurídico, examinando-se este em sua completude, com destaque para os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e devido processo legal.

Destarte, foi possível inferir que a autoexecutoriedade, tal como os demais atributos dos atos administrativos e todos os limites que os circundam, insere-se em um sistema em que a Constituição constitui o vértice, situando-se abaixo dela as demais espécies normativas. Contudo, a razão maior – não só do Texto Maior, mas do sistema como um todo –, deve ser a plena satisfação do interesse público. (GONÇALVES, 2010)

Nesse contexto, concluiu-se que os mecanismos diretos de coação apenas devem ser utilizados à míngua de outro meio mais brando igualmente eficaz, devendo ser, portanto, invalidados quando afigurarem-se desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse tutelado.

A partir daí, passou-se a discutir sobre a sindicabilidade do ato administrativo e dos mecanismos judiciais postos à disposição dos administrados para o controle de eventuais abusos e ilegalidades do Poder Público, notadamente em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Assim, chegou-se à conclusão de que todo ato administrativo está sujeito ao controle judicial, desde que respeitada a margem de discricionariedade conferida à Administração.

Mas não é só. Verificou-se fundamental, ainda, a abordagem da inafastabilidade da jurisdição à luz do próprio interesse público.

Nesse ínterim, destacou-se a controvérsia acerca do interesse de agir da Fazenda Pública para buscar, judicialmente, a efetivação de medida que poderia ser imposta diretamente com base no atributo da autoexecutoriedade. Concluiu-se, daí, que compete ao Judiciário verificar, caso a caso, a utilidade da medida, por meio do binômio necessidade-adequação, bem como, por evidente, o embasamento jurídico do pedido, pois só assim estar-se-ia exercendo, de fato, as prerrogativas de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988*. Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. *LEI Nº 4.717, DE 29 DE JUNHO DE 1965*. Brasília, DF, jun. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. *LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998*. Brasília, DF, fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. *LEI Nº 9.782, DE 26 DE JANEIRO DE 1999*. Brasília, DF, jan. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 1.651.622/SP*. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/03/2017. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *A administração pública possui interesse de agir para tutelar em juízo atos em que ela poderia atuar com base em seu poder de polícia*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2e2079d63348233d91cad1fa9b1361e9>>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- FRANÇA, Phillip Gil. *O controle do ato administrativo e a jurisprudência do STF e do STJ*. Empório do Direito, Florianópolis. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-controle-do-ato-administrativo-e-a-jurisprudencia-do-stf-e-do-stj>>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- GONÇALVES, Leonardo de Melo. *Limites da autoexecutoriedade do poder de polícia*. 195 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES; Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.
- SOUZA, Jorge Munhós de; FIDALGO, Carolina Barros. *Legislação Administrativa para concursos*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

O PACOTE ANTICRIME E OS SEUS REFLEXOS NO CPP

THE ANTI-CRIME PACKAGE AND ITS REFLECTIONS ON CPP

Vinícius Yscandar de Carvalho²³⁰

RESUMO:

O Pacote anticrime trouxe inúmeros seus reflexos no Código de Processo Penal. Porém, várias alterações significativas foram suspensas por decisão do Supremo Tribunal Federal, como o juiz das garantias, o novo procedimento de arquivamento da investigação criminal e o impedimento do juiz que teve acesso à prova ilegal. Por outro lado, pode-se enumerar as seguintes normas já em vigor: o acordo de não persecução penal, o tratamento legal detalhado da cadeia de custódia da prova, a audiência de custódia e a exclusão das medidas cautelares de ofício. Nesse artigo, pretende-se passar, brevemente, por essas mudanças e tratar com um pouco mais de atenção a questão do decreto cautelar de ofício.

Palavras-chaves: Pacote anticrime. Sistema acusatório. Juiz das garantias. Acordo de não persecução penal. Cadeia de custódia.

ABSTRACT:

The Anti-Crime Package has had numerous effects on the Criminal Procedure Code. However, several significant changes were suspended by decision of the Federal Supreme Court, such as the judge of guarantees, the new procedure for archiving the criminal investigation and the impediment of the judge who had access to illegal evidence. On the other hand, we can list the following rules already in force: the agreement of non-prosecution, the detailed legal treatment of the chain of custody of the evidence, the custody hearing and the exclusion of precautionary measures ex officio. In this article, it is intended to briefly go through these changes and deal with a little more attention to the issue of the injunction decree.

²³⁰ Graduado em Direito, Assessor de Ministro do STJ e Analista Judiciário Aprovados em vários outros concursos.

INTRODUÇÃO

No dia 24 de dezembro de 2019, foi publicado no Diário Oficial da União, por meio de edição extra, a Lei 13.964, denominada por Pacote Anticrime.²³¹

Além de ter alterado diversas normas penais, a lei também modificou profundamente o Código de Processo Penal. Neste artigo, busca-se abordar as alterações que reputamos mais significativas no CPP:

- (1) Previsão expressa no CPP da **estrutura acusatória** (art. 3º-A)
- (2) **Juiz das garantias** (art. 3º-A ao 3º-F do CPP)
- (3) **Novo procedimento de arquivamento da investigação criminal** (art. 28 do CPP)
- (4) **Acordo de não-persecução penal** (art. 28-A do CPP)
- (5) **Impedimento do juiz que teve acesso à prova ilegal** (art. 157, §5º, do CPP)
- (6) Tratamento detalhado da **cadeia de custódia** da prova (art. 158-A do CPP)
- (7) **Audiência de custódia** (art. 310 do CPP)
- (8) **Ilegalidade da prisão ante a não realização da audiência de custódia em 24 horas** (art. 310, §4º, do CPP)
- (9) **Retirada das medidas cautelares de ofício**

Também serão examinados os pontos que, antes mesmo de entrarem em vigor, foram suspensos pelo Supremo Tribunal Federal.

²³¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 22.9.2020.

ALTERAÇÕES MAIS SIGNIFICATIVAS NO CPP

Como já antecipado, na introdução deste texto, dentre as mais importantes alterações promovidas pela Lei 13.964/19, no CPP, certamente não se pode deixar de apontar as seguintes:

- (1) Previsão expressa no CPP da **estrutura acusatória** (art. 3º-A)
- (2) **Juiz das garantias** (art. 3º-A ao 3º-F do CPP)
- (3) **Novo procedimento de arquivamento da investigação criminal** (art. 28 do CPP)
- (4) **Acordo de não-persecução penal** (art. 28-A do CPP)
- (5) **Impedimento do juiz que teve acesso à prova ilegal** (art. 157, §5º, do CPP)
- (6) Tratamento detalhado da **cadeia de custódia** da prova (art. 158-A do CPP)
- (7) **Audiência de custódia** (art. 310 do CPP)
- (8) **Ilegalidade da prisão ante a não realização da audiência de custódia em 24 horas** (art. 310, §4º, do CPP)
- (9) **Retirada das medidas cautelares de ofício**

Antes de abordarmos cada um desses institutos, é importante alertar que alguns deles encontram-se suspensos por força de decisão liminar, primeiro, do em. Ministro Dias Toffoli, que durante o recesso forense apenas prorrogou o período de *vacatio* da lei, e, posteriormente, pelo Relator natural da causa, em. Ministro Luiz Fux, que, também em sede liminar, suspendeu, porém, *sine die* (sem prazo) a vigência dos seguintes pontos: (a) Previsão expressa no CPP da **estrutura acusatória** (art. 3º-A); (b) **Juiz das garantias** (art. 3º-A ao 3º-F do CPP); (c) **Novo procedimento de arquivamento da investigação criminal** (art. 28 do CPP); (d) **Impedimento do juiz que teve acesso à prova ilegal** (art. 157, §5º, do CPP); e (e) **Ilegalidade da prisão ante a não realização da audiência de custódia em 24 horas** (art. 310, §4º, do CPP). As decisões foram proferidas em medida cautelar nas ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em 22 de janeiro de 2020.

Portanto, até decisão em sentido contrário, esses dispositivos encontram-se com a eficácia suspensa.

Feitas essas considerações, passa-se ao exame dos institutos, nem todos novidade no ordenamento jurídico brasileiro.

1 ESTRUTURA ACUSATÓRIA (ART. 3º-A) (EFICÁCIA SUSPENSA?)

O art. 3º-A, incluído pela Lei 13.964/19 no Código de Processo Penal, não poderia ter sido mais claro no que se refere à intensão do legislador:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Como muito bem resume Renato Brasileiro, “o sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial”²³². Além disso, é certo que, nesse sistema, por questão de coerência, a gestão das provas é deferida às partes, acusação e defesa, a fim de se evitar a contaminação do juiz que julga a causa com a inclinação natural em todo ser humano de querer ver suas ideias confirmadas. Assim, o sistema acusatório se contrapõe ao sistema inquisitório em que as funções de acusar, defender e julgar se concentram, havendo amplos poderes probatórios nas mãos da figura do julgador.

Num Estado Democrático de Direito, realmente, é incompatível ter-se a adoção de sistema inquisitorial. Com efeito, é interessante notar que a doutrina aponta que, desde a Constituição Federal de 1988 já se adota no Brasil o sistema acusatório, ao se projetar no MP a titularidade da ação penal pública (**art. 129, I**, da CF). Por isso, todo o regramento anterior à Constituição que previa o processo judicialiforme, cuja iniciativa era conferida ao juiz, não foi recepcionado pela nova ordem jurídica, inaugurada em 5 de agosto de 1988.

²³² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Editora JusPodvim, 2020. p. 43.

Não obstante tais considerações, é importante notar: um, que o art. 3º-A, apesar de não tratar do juiz das garantias, encontra-se inserido no Capítulo denominado Juiz das Garantias; dois, em que pese a inexistência de identidade entre os institutos, como muito bem observa Renato Brasileiro, o art. 3º-A “foi colocado no ‘mesmo bolo’ que os arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP para fins de suspensão de sua eficácia”²³³.

Vale advertir que, por não derivar tão somente de lei infraconstitucional, não é correto afirmar que o sistema acusatório encontra-se suspenso por força da decisão do Supremo. Em verdade, mesmo suspenso o art. 3º-A do CPP, vige, no Brasil, por força do art. 129, I, da CF, o sistema acusatório.

2 JUIZ DAS GARANTIAS (ARTS. 3º-A AO 3º-F DO CPP – TODOS COM EFICÁCIA SUSPENSA)

Talvez a maior novidade do Pacote Anticrime, o juiz das garantias é sem dúvida o ponto mais polêmico da reforma. Questiona-se desde reserva de iniciativa para propor o projeto até a conveniência de sua implementação em um país, onde, não raras vezes, um único juiz acumula várias Comarcas.

Fora isso, como já acima adiantado, o art. 3º-A do CPP, formalmente inserido no capítulo do Juiz das Garantias, não trata propriamente do instituto, mas sim da estrutura acusatória do processo penal.

Com essas considerações, passa-se à definição e às características do Juiz das Garantias.

O juiz das garantias é o responsável por **controlar a legalidade da investigação criminal** e salvaguardar os direitos individuais confiados à reserva de jurisdição, nos termos do art. 3º-B do CPP. Nas palavras do

²³³ LIMA. Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo. Editora JusPodvim, 2020. p. 90.

professor Renato Brasileiro, visualiza-se no juiz das garantias “verdadeira espécie de competência funcional por fase do processo”²³⁴.

Além de outras atribuições na fase investigatória, é ele quem recebe o auto de prisão em flagrante, controla a legalidade dessa prisão, homologa ou não o “acordo de não persecução penal” ou de colaboração premiada. Ainda, é ele quem decide os requerimentos de interceptação telefônica, busca e apreensão, entre outras medidas cautelares, e, por fim, quem **recebe a denúncia**. Após esse momento, porém, fica ele “**impedido**” de funcionar no processo, inaugurando o art. 3º-D do CPP uma nova hipótese de impedimento, fora daquelas enumeradas no art. 252 do CPP.

3 NOVO PROCEDIMENTO DE ARQUIVAMENTO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (ART. 28 DO CPP –EFICÁCIA SUSPensa)

O conhecido art. 28 do CPP, após o Pacote Anticrime, não conta mais com o controle judicial acerca do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (princípio da devolução). Alguns diziam que o arquivamento do inquérito policial passava por duplo controle, primeiro, pelo membro do Ministério Público que requeria o arquivamento e, depois, pelo Juiz, que homologava ou remetia ao Procurador-Geral de Justiça ou à CCR (no âmbito do MPF) para que, no *Parquet*, houvesse novo exame da pertinência do pedido de arquivamento.

Pela nova sistemática, **o juiz não mais participa ativamente do procedimento**.

Verificada a hipótese de arquivamento, o membro do MP comunica à vítima, ao investigado e à autoridade policial. Se a vítima ou seu representante legal não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, **no prazo de 30 dias** do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial.

Apesar da redação um pouco confusa, Vladimir Aras defende “uma espécie de remessa necessária à instância superior do Ministério Público,

²³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo. Editora JusPodvim, 2020. p. 103.

conjugada com a possibilidade de recurso voluntário da vítima²³⁵. No mesmo sentido, Renato Brasileiro²³⁶.

4 ACORDO DE NÃO-PERECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP) (VIGENTE)

O acordo de não persecução penal não é propriamente uma novidade.

Anteriormente, previsto em Resolução do CNMP, já era alvo de intenso debate doutrinário. Primeiro, a discussão era se o MP, sozinho, sem intervenção do Poder Judiciário, poderia realizar o acordo de não-persecução. Em sua redação originária, a Resolução 181/2017 não previu a participação de outro órgão. Após a polêmica, a Resolução 183/2018, trazendo nova redação ao §5º do art. 18 da Resolução 181/2017 previu expressamente a participação do juiz.

Não obstante, a discussão sobre o acordo não findou. Discutia-se a possibilidade de haver acordo de não-persecução penal por meio de resolução. Por força do entendimento do STF da natureza primária das resoluções do CNJ e do CNMP (ADC 12), prevalecia que seria possível a previsão desse acordo em resolução.

Sobre esse instituto, é importante dizer tratar-se de nítido negócio jurídico processual, ou seja, um negócio jurídico que produzirá efeitos no processo, com certa força mitigadora do princípio da obrigatoriedade.

Tema que ainda deverá ser resolvido é se esse acordo pode ser celebrado em ações penais já intentadas quando do início de vigência da norma. A Quinta Turma do STJ já se manifestou pela impossibilidade:

ROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PECULIARIDADE DO CASO. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM

²³⁵ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-12/vladimir-aras-modelo-arquivamento-inqueritos>. Acesso em: 10.5.2020.

²³⁶ LIMA. Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo. Editora JusPodvim, 2020. p. 209.

SEDE DE RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

[...]

3. Mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional na instância ordinária, com a condenação do acusado, cuja causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei de drogas fora reconhecida somente neste STJ, com a manutenção da condenação.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1635787/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 13/08/2020).

Entretanto, já há voz na doutrina defendendo o contrário:

considerando-se o fato de que o art. 28-A, §13, do CPP passou a prever a extinção da punibilidade como consequência decorrente do cumprimento integral do acordo de não persecução penal, também não nos parece absurda a possibilidade de celebração do acordo inclusive em relação aos processos criminais em andamento, visto que, nesse ponto, cuida-se de evidente norma de natureza material mais benéfica ao acusado.²³⁷

A solução definitiva deverá ser aguardada e, provavelmente, ainda será objeto de muitos debates.

5 IMPEDIMENTO DO JUIZ QUE TEVE ACESSO À PROVA ILEGAL (ART. 157, §5º, DO CPP – EFICÁCIA SUSPensa)

²³⁷ LIMA. Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo. Editora JusPodvim, 2020. p. 209.

Além do impedimento do juiz das garantias (art. 3º-D do CPP), a Lei 13.964/19 também previu um outro impedimento autônomo, o do juiz que teve acesso à prova ilícita. Na redação literal do art. 157, §5º do CPP:

Art. 157, §5º. O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Há desconfiança de que o juiz que teve acesso ao conteúdo ilícito da prova não terá isenção de ânimo suficiente para julgar com imparcialidade o réu. Por isso, prefere-se deferir a outro magistrado o julgamento da causa, impedindo-se que aquele cujo acesso ocorrera julgue.

Essa norma encontra-se com a eficácia suspensa.

6 TRATAMENTO DETALHADO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA (ART. 158-A DO CPP) (VIGENTE)

Nos arts. 158-A ao F, o legislador trouxe, de forma detalhada, as medidas necessárias para se manter a cadeia de custódia por que passa a colheita e a perícia da prova. Como ensina o Professor Aury Lopes Júnior o cuidado com a cadeia de custódia é necessário e justificado:

quer-se impedir a manipulação indevida da prova com o propósito de incriminar (ou isentar) alguém de responsabilidade, com vistas a obter a melhor qualidade da decisão judicial e impedir uma decisão injusta. Mas o fundamento vai além: não se limita a perquirir a boa ou má-fé dos agentes policiais/estatais que manusearam a prova. Não se trata nem de presumir a boa-fé, nem a má-fé, mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente. A discussão acerca da subjetividade deve dar lugar a critérios objetivos, empiricamente comprováveis, que independam da prova de má-fé ou “bondade e lisura” do agente estatal.²³⁸

²³⁸ LOPES JR., Aury. Direito processual penal, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018. p. 261.

A rigor, o tema é suma importância à legitimidade da instrução criminal, mas, do ponto de vista prático, é mais voltado à atuação do perito.

7 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (ART. 310 DO CPP) (VIGENTE)

Com o fim principal de arrear o afoitamento causado no ânimo das pessoas por decorrência da situação de flagrância, o STF, em 2015, ao julgar a ADPF 347, determinou a realização da audiência de custódia. Vale dizer que, na referida ação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional vivenciado no sistema carcerário brasileiro.

De todo modo, somente após o Pacote Anticrime, de 2019, a audiência de custódia passou a ser consagrada expressamente no Código de Processo Penal. Nela, o juiz examina a regularidade do flagrante e, se for o caso, converte-a em preventiva. Como explica Aury Lopes Júnior, quando examina o flagrante, o juiz passa por duas etapas:

Recebendo o auto de prisão em flagrante, deverá o juiz proceder nos termos do art. 310, ou seja:

1º Momento: analisar o aspecto formal do auto de prisão em flagrante, bem como a legalidade ou ilegalidade do próprio flagrante, através da análise dos requisitos do art. 302 do CPP. Se legal, homologa; se ilegal (nos casos de flagrante forjado, provocado etc.), deverá relaxá-la.

2º Momento: homologando a prisão em flagrante, deverá, sempre, enfrentar a necessidade ou não da prisão preventiva (se houver pedido), a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança e a eventual imposição de medida cautelar diversa.²³⁹

A positivação da audiência de custódia, sem dúvida, é importante medida legislativa, que demonstra o comprometimento, também do Poder Legislativo com o problema do encarceramento provisório, sem sentença definitiva.

²³⁹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018. p. 389.

8 ILEGALIDADE DA PRISÃO ANTE A NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM 24 HORAS (ART. 310, §4º, DO CPP) – EFICÁCIA SUSPensa)

O art. 310, §4º, do CPP previu a ilegalidade da prisão, quando transcorridas 24 horas após o decurso do prazo estabelecido no caput. Confira-se a redação:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de **até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão**, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º **Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea **ensejará também a ilegalidade da prisão**, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

O dispositivo permite duas interpretações possíveis. A não realização da audiência de custódia no prazo de **24 horas**, a contar da prisão, acarreta a ilegalidade da medida. Ou, por outro lado: a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas, após o término do prazo máximo de 24 horas que o juiz tem para promover a audiência de custódia, portanto, **48 horas** após a prisão, enseja a ilegalidade da prisão.

Seja como for, o prazo se revela bastante exíguo. Como observa Renato Brasileiro, o prazo não se revela factível²⁴⁰. Considerando-se ainda que o CNJ proibiu a realização da audiência de custódia por videoconferência, ainda mais infactível se torna a observância do prazo.

²⁴⁰ LIMA. Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo. Editora JusPodvim, 2020. p. 209.

9 EXCLUSÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE OFÍCIO (VIGENTE)

Parcela da doutrina, se lamentava já a muito tempo de algumas regras do CPP, cuja origem remonta à década de 1940, sem que tenha havido, para esta parte da doutrina, uma reforma estruturante do processo penal compatível com o atual Estado Democrático inaugurado pela Carta de 1988. Por todos, Aury Lopes Júnior observava:

“Infelizmente, insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e a própria garantia da imparcialidade do julgador. A nova **redação do art. 311 não representou avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício**, desde que no ‘curso da ação penal’.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – **de ofício** – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia.

Assim, ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade.”
(*Idem*, pp. 398-399; grifou-se)

Não obstante, Aury Lopes Júnior advertia que, não obstante a convivência dos tribunais brasileiros, a prisão preventiva jamais poderia ser decretada de ofício na fase investigatória, nem mesmo quando decorrente de prisão em flagrante:

“Infelizmente, com a histórica convivência dos tribunais brasileiros, insiste o legislador em permitir a **prisão preventiva decretada de ofício**, mas **apenas na fase processual** (art. 311), jamais no inquérito (**é por isso que, como explicamos**

anteriormente, não pode haver “conversão” automática ou de ofício do flagrante em preventiva sem prévio pedido).” (*Idem*, p. 399; grifou-se).

Apesar desse entendimento, a doutrina majoritária e também a jurisprudência do STJ, no que toca apenas à conversão da prisão em flagrante em preventiva, eram no sentido contrário. Sobre as demais hipóteses de medida cautelar na fase investigatória não havia divergência, não se admitia a atuação de ofício do juiz. Sobre a conversão do flagrante:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CONVERSÃO EM CUSTÓDIA PREVENTIVA DE OFÍCIO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA.

[...]

3. "O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a conversão da prisão em flagrante em custódia preventiva pelo Juízo monocrático, independentemente de representação da autoridade policial ou do Ministério Público, encontra respaldo no art. 310, II, do Código de Processo Penal" (RHC n. 79.655/MG, relator Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/4/2017, DJe 17/4/2017).

[...]

6. Ordem denegada.

(HC 538.649/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 28/11/2019).

.....

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. CRIMES DE HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADO E TENTADO. CONVERSÃO DE OFÍCIO

DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. LEGALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PENAL. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. O Juiz, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no art. 310, II, do mesmo Código, não havendo se falar em nulidade ...

[...]

9. Habeas corpus não conhecido.

(HC 527.479/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 25/10/2019).

O Pacote Anticrime, porém, parecendo atender ao clamor dessa parte da doutrina, além de ter deixado expressa a opção legislativa pelo sistema acusatório, retirou, em vários dispositivos que tratam das medidas cautelares, a expressão “de ofício”. Mostrou-se a intenção de exigir prévio requerimento em todas as medidas cautelares. Confira-se a redação antiga, revogada, do art. 282, por exemplo:

Art. 282, § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, ***de ofício*** ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, **de ofício** ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Veja-se que, na redação conferida pela Lei de 2019, não consta mais a possibilidade de o juiz decretar as medidas cautelares de ofício. As expressões “de ofício”, nos parágrafos 2º e 4º, foram retiradas. Além disso, o magistrado passou a ser expressamente autorizado a revogar e substituir, de ofício, as cautelares (§5º).

A propósito, observa a **redação nova, após a Lei 13.964/19**:

Art. 282, § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, **revogar** a medida cautelar ou **substituí-la** quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Essa postura foi repetida no art. 311 do CPP, de modo que não se encontra mais no dispositivo a menção à decretação de ofício da prisão preventiva. Observe a **atual redação**:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Antes da reforma, o dispositivo criticado por Aury Lopes Júnior possuía a seguinte roupagem:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **de ofício**, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Em sentido contrário, o Professor Guilherme Nucci já se antecipou: “A lei 13.964/19 em nada alterou o cenário da conversão do flagrante em preventiva. Essa lei simplesmente vedou a decretação da preventiva, sem requerimento da parte interessada, durante a instrução.” Nucci aponta que a prisão em flagrante funciona como se fosse uma legítima defesa da

sociedade, diz o doutrinador “a prisão em flagrante é uma providência cautelar (precaução, cuidado, prudência, proteção)”²⁴¹.

Nas palavras do mestre:

A prisão cautelar pode originar-se do flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, CF). A prisão em flagrante pode ser concretizada por qualquer pessoa (art. 301, CPP), por autorização constitucional, como se fosse uma autêntica legítima defesa da sociedade, pois seria indevido supor que alguém, surpreendido em pleno cometimento de um crime, fosse mantido em liberdade somente porque não existe um juiz, no ato, para decretar a prisão cautelar. Em face disso, a medida de cautela pode ser tomada por qualquer pessoa do povo e deve ser realizada por agentes policiais. (*Idem*)

Cumpra-se notar que a posição do desembargador paulista não está desamparada de normatividade. Confira-se, por exemplo, que o **parágrafo segundo** do art. 310, acrescentado pela própria Lei 13.964/19, diz expressamente que o juiz “**deverá**” denegar a liberdade provisória ao flagranteado em determinadas circunstâncias:

CPP, Art. 310 [...] § 2º **Se o juiz verificar** que o agente é *reincidente* ou que *integra organização criminosa armada ou milícia*, ou que *porta arma de fogo de uso restrito*, **deverá denegar a liberdade provisória**, com ou sem medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Além disso, vale frisar que o dispositivo utilizado pela jurisprudência do STJ como fundamento para a conversão, de ofício, continua vigente, sem nenhuma alteração:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá,

²⁴¹ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/330456/conversao-de-flagrante-em-preventiva-e-decretacao-de-prisao-cautelar-de-oficio>. Acesso em: 20.4.2020.

fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Como se percebe, portanto, ambas as correntes doutrinárias que surgem se revelam razoáveis e possíveis diante do texto legal.

Assim, nos resta esperar pela solução que será dada pelos intérpretes do direito.

CONCLUSÃO

Nota-se, portanto, que o Pacote Anticrime trouxe importantes inovações ao âmbito do Direito Processual Penal. Não obstante sua clara intenção de modificar alguns pilares do Código de Processo Penal, é certo que grande parte de sua força inovadora foi represada pela suspensão determinada pelo Supremo Tribunal Federal. Seja como for, o que se tem é uma clara diretriz no sentido da modificação do Processo Penal nacional.

O juiz das garantias, por exemplo, constitui-se em uma grande inovação para o sistema processual até então vigente, na busca da preservação da imparcialidade do juiz. Além disso, a contenção dos poderes instrutórios do magistrado, especialmente, tolhendo-lhe a iniciativa de medidas cautelares, também se afigura como importante escolha política por parte do legislador. Como visto, porém, não ficou claro, na norma, se o juiz, ao tomar conhecimento do auto de prisão em flagrante na audiência de custódia, poderá converter a medida, de ofício, em prisão preventiva.

Resta-nos esperar o norte que seguirá o STF, tanto em relação à prisão quanto em relação a vários outros pontos, conforme abordado.

REFERÊNCIAS

LIMA. Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo. Editora JusPodvim, 2020.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018. p. 261.

LIMA. Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Editora JusPodvim, 2020.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LÍCITOS E ILÍCITOS

CIVIL LIABILITY FOR LEGAL AND UNLAWFUL ACTS

Erika Nunes Dias²⁴²

RESUMO:

O presente trabalho busca analisar as possibilidades de atribuir a responsabilidade civil ao Estado. Na evolução pátria acerca da responsabilidade civil, a Constituição Federal de 1946 destaca-se por adotar a teoria publicista do risco administrativo. Pela teoria destacada, em regra, a obrigação de reparação de dano é decorrência de uma conduta do agente público, o dano e o nexu causal. Nessa toada, a responsabilidade do Estado pode decorrer de uma violação de um dever, um ato ilícito ou pela atuação legítima – ato lícito. A responsabilização do Estado pelo dano decorrente do ato lícito é derivada do princípio da repartição dos encargos sociais. Uma vez que o Estado assume o risco da atividade em prol da sociedade, deve a mesma também repartir os ônus da atividade. Hipótese recorrente vê-se em danos causados por obras públicas, que respaldadas pela licitude podem porventura causar danos a terceiros. Destarte a doutrina e a jurisprudência aceitam a responsabilização do Estado por danos lícitos e ilícitos, em razão da teoria do risco.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil do Estado. Atos lícitos. Atos ilícitos. Dano. Repartição dos danos.

ABSTRACT:

The present work seeks to analyze the possibilities of attributing civil liability to the State. In the national evolution about civil liability, the Federal Constitution of 1946 stands out for adopting the publicist theory of administrative risk. According to the theory highlighted, as a rule, the obligation to repair damage is a result of the conduct of the public agent, the damage and the causal nexus. In this vein, the responsibility of the State can arise from a violation of a duty, an unlawful act or by legitimate action – a lawful act. The State's liability for the damage resulting from the lawful act is derived from the principle of social burden sharing. Once the State assumes the risk of the activity for the benefit of society, it must also share the burden of the activity. A recurring hypothesis is seen in damages caused by public works, which, supported

²⁴² *Bacharel em Direito*

by legality, may cause damage to third parties. Thus, doctrine and jurisprudence accept the responsibility of the State for licit and illicit damages, due to the theory of risk.

Keywords: State civil liability. lawful acts. unlawful acts. Damage distribution.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado é expressamente prevista na Constituição Federal de 1988.

Art. 37 (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

É possível encontrar a normatização da responsabilidade do Estado também na norma civilista. O Código Civil de 2002, em seu artigo 43 prevê que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Essa responsabilização é respaldada pela teoria objetiva, por desnecessária a apreciação dos elementos subjetivos – dolo ou culpa – para que fique configurada a responsabilidade do Estado.

Apesar da ampla responsabilização existem situações em que o Estado não será responsável por indenizar ou terá sua responsabilidade amenizada: excludentes e atenuantes de responsabilidade, respectivamente.

A primeira causa excludente do nexo causal é a culpa exclusiva da vítima. Nesse caso há a provocação de autolesão pelo terceiro, como no caso de suicídio. Não obstante, é necessário atentar se houve qualquer contribuição do Estado para o fatídico resultado quando no seu dever de garantir a segurança e integridade física de pessoas sob sua guarda.

Outra causa que rompe o nexo causal ocorre quando o dano é causado por um terceiro que não possui qualquer vínculo com o Estado – fato de terceiro. Nesse enquadramento, o Superior Tribunal de Justiça

entende que não é responsável o ente público ou quem o faça (concessionária de serviço público de transporte) por danos causados a passageiros em decorrência do arremesso de pedra por terceiros²⁴³.

Por fim, é possível a excludente da culpa do Estado por caso fortuito e a força maior. Sem maiores detalhes sobre a diferença entre os institutos, resume-se como eventos naturais ou humanos imprevisíveis que causem danos diretos a terceiros. Novamente é necessário estar atento para o caso de alguma omissão do Estado ter contribuído para o resultado danoso.

Neste diapasão, a responsabilidade objetiva retira a ilicitude da conduta do agente do Estado e a insere no resultado. Dessa forma, independentemente da conduta do agente do Estado, seja ela lícita ou ilícita, será o ente público responsável pelo dano que se causarem a outrem, desde que exista o nexo entre a conduta e o dano.

2. A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E CIVILISTA

A responsabilidade civil do Estado utiliza os ensinamentos do Direito Civil, no que for compatível. Contudo, faz-se primordial destacar a principal diferença entre os institutos da responsabilidade civil civilista e administrativa: a teoria do risco administrativo.

Pela teoria do risco a responsabilidade civil do Estado é objetiva ou integral, em casos excepcionais. A responsabilidade objetiva traduz na desnecessidade do elemento subjetivo na aferição da responsabilidade. Dessa forma, basta comprovar a conduta, o dano e o nexo causal para que esteja configurada a culpa administrativa, *lato sensu*, perante terceiros.

Por outro lado, em relação aos agentes que cometeram atos, ou foram omissos, e que causaram danos a terceiros é necessário aferir a culpa ou dolo do agente público para que a Administração Pública tenha o direito de regresso.

²⁴³ Trata-se de recurso de usuário de transporte coletivo (ônibus) que foi vítima de ferimentos graves provocados pelo arremesso de pedra por terceiro, o que ocasionou seu afastamento das atividades escolares e laborais. No caso, a Turma entendeu que a empresa recorrida está isenta de responsabilidade pelo episódio, porquanto não contribuiu para o sinistro, não havendo ato ilícito a ser indenizado por ela. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.064.974-RJ, DJe 15/10/2008; REsp 402.227-RJ, DJ 11/4/2005, e REsp 262.682-MG, DJ 20/6/2005. REsp 919.823-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 4/3/2010.

O direito de regresso tem previsão constitucional e na legislação civilista e traduz-se na possibilidade que tem o Estado de reaver o que foi pago a terceiro pelo dano causado por seu agente, que nessa qualidade causou-lhe.

Constituição Federal. Art. 37 § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, **assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (grifo nosso)**

Código Civil de 2002. Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (grifo nosso).

Portanto, distinguem-se a responsabilidade do Estado perante o terceiro: objetiva; e a responsabilidade do agente público perante o Estado: subjetiva.

Já o ordenamento cível tem como regra a responsabilidade subjetiva. Prevê seu art. 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”. Destarte claramente é necessário que se comprove a culpa *strictu sensu* ou o dolo para atribuir a responsabilidade a outrem.

Importante ressaltar que o Código Civil de 2002 apresenta uma possibilidade excepcional de responsabilização sem a necessidade de comprovar a culpa, quando da atuação em atividades de risco. É o que se percebe da redação do Art. 927, parágrafo único, onde diz “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Apesar das distinções, como dito, o Direito Administrativo tende a aproximar-se do Direito Civil para possibilitar que atos lícitos praticados pelo Estado tenham a carga de responsabilização, caso causem danos a terceiros.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS ILÍCITOS

A ilicitude do ato não demanda profundas discussões. O Código Civil de 2002 ensina no seu artigo 927 que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Por sua vez, o art. 186 mencionado apregoa que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Por fim, logo em seguida ensina o art. 187 que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Nesse sentido, caso algum agente público pratique atos contrários à ordem jurídico nasce o dever de indenizar do Estado, se comprovado o dano e o nexo de causalidade.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LÍCITOS

Em situações excepcionais, é possível que os atos lícitos praticados pela Administração Pública causem danos aos particulares e criem para o ente público a obrigação de repará-los.

Respaldada pelo princípio da repartição dos encargos sociais, que implica na necessidade de dividir os ônus das atividades praticadas pelo Estado em prol da sociedade, é plenamente possível que exista a responsabilização do Estado por atos do cotidiano, mas que causem danos anormais a terceiros.

A doutrina pátria é rica no tocante ao princípio da solidariedade dos encargos. Apregoa Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴⁴:

“No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos

²⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Pg. 975

por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.”

Traz à baila José dos Santos Carvalho Filho²⁴⁵:

“Além do risco decorrente das atividades estatais em geral, constituiu também fundamento da responsabilidade objetiva do Estado o princípio da repartição dos encargos. O Estado, ao ser condenado a reparar os prejuízos do lesado, não seria o sujeito pagador direto; os valores indenizatórios seriam resultantes da contribuição feita por cada um dos demais integrantes da sociedade, a qual, em última análise, é a beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais.”

Nesse sentido, entende-se que o Ente público possui o enorme risco quando da atuação na prestação dos serviços públicos. E em razão dos benefícios que traz à coletividade pelo desenvolvimento de suas atividades, eventuais danos devem ser suportados por todos. A sociedade, portanto, reparte o ônus da atividade do Estado quando contribuintes em suas obrigações tributárias e não tributárias.

A responsabilidade por atos lícitos advém da legislação civilista. O professor Rafael Oliveira²⁴⁶ ensina que

Em regra, a responsabilidade civil está relacionada à violação de um dever jurídico, motivo pelo qual o ato ilícito é a fonte geradora da responsabilidade. Vale dizer: a violação de um dever jurídico preexistente acarreta o dever jurídico sucessivo de reparação (responsabilidade). Todavia, o ordenamento jurídico prevê a responsabilidade por atos lícitos em situações excepcionais, tal como ocorre, por exemplo, no art. 188, II, c/c os arts. 929 e 930 do CC”.

²⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas; Saraiva, 2012. P. 547

²⁴⁶ Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo – 9. Ed – Rio de Janeiro. 2021. Pg. 1366

Os artigos destacados pelo Ilustre doutrinador preveem as seguintes hipóteses:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

(...)

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

A redação do Código Civil é cristalina em afirmar que a conduta de deterioração ou destruição da coisa alheia para remover perigo iminente não é ilícita, mas ainda assim acarreta na necessidade de reparar o dano sofrido por terceiro.

Para ilustrar essa necessidade de reparação do dano, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴⁷ esclarece que “neste último caso enquadra-se inteiramente a atuação do Estado quando, no exercício do poder de polícia, provoca danos com o objetivo de remover perigo iminente”.

Por conseguinte, a análise da responsabilidade por atos comissivos não é derivada da licitude do ato, mas sim da legitimidade do dano causado por pela ação do Estado.

Corroborando com esse entendimento Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴⁸,

“No caso de comportamentos comissivos, a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (ilícita ou lícita),

²⁴⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo. 31. Ed. Forense: 2018, p. 895.

²⁴⁸ Op. cit., p. 989-990.

mas pela qualificação da lesão sofrida. Isto é, a juridicidade do comportamento danoso não exclui a obrigação de reparar se o dano consiste em extinção ou agravamento de um direito. Donde, ante a atuação lesiva do Estado, o problema da responsabilidade resolve-se no lado passivo da relação, não no lado ativo dela. Importa que o dano seja ilegítimo – se assim nos podemos expressar; não que a conduta causadora o seja.”

Portanto, quando o Estado pratica atos lícitos com a finalidade precípua de interesse público e de forma oblíqua causa danos a outrem surge para esse a possibilidade de insurgir-se contra o ente público e buscar a responsabilização e reparação do dano.

Destaca o professor Rafael Oliveira²⁴⁹ que

Em relação à responsabilidade civil do Estado, a regra é a sua configuração na hipótese de atos ilícitos. A doutrina, contudo, tem admitido a responsabilidade civil do Estado por ato lícito em duas situações:

a) Expressa previsão legal (ex.: a responsabilidade da União por danos provocados por atentados terroristas contra aeronaves de matrícula brasileira, na forma da Lei. 10.744/2003); e

b) Sacrifício desproporcional ao particular (ex.: ato jurídico que determina o fechamento permanente de rua para tráfego de veículos, inviabilizando a continuidade de atividades econômicas prestadas por proprietários de postos de gasolina ou de estacionamento de veículos).

No campo da responsabilidade objetiva do Estado, a ilicitude desloca-se da conduta estatal para o resultado (dano antijurídico). Independentemente da conduta do agente (lícita ou ilícita), a responsabilidade do Estado restará configurada quando comprovado o dano ilícito, anormal, desproporcional, causado à vítima. Portanto, ainda que a conduta estatal seja lícita, restará caracterizada a responsabilidade do Estado quando demonstrada a ilicitude do dano.

²⁴⁹ Op. cit, p. 1366.

O entendimento exposto encontra amplo respaldo na jurisprudência dos Tribunais brasileiros. Destaca-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 571.969 DISTRITO FEDERAL.

EMENTA: RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO POR DANOS CAUSADOS À CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO (VARIG S/A). RUPTURA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DECORRENTE DOS EFEITOS DOS PLANOS “FUNARO” E “CRUZADO”. DEVER DE INDENIZAR. RESPONSABILIDADE POR ATOS LÍCITOS QUANDO DELES DECORREREM PREJUÍZOS PARA OS PARTICULARES EM CONDIÇÕES DE DESIGUALDADE COM OS DEMAIS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DO DIREITO ADQUIRIDO E DO ATO JURÍDICO PERFEITO.(...). **10. O Estado responde juridicamente também pela prática de atos lícitos, quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais. Impossibilidade de a concessionária cumprir as exigências contratuais com o público, sem prejuízos extensivos aos seus funcionários, aposentados e pensionistas, cujos direitos não puderam ser honrados.** 11. Apesar de toda a sociedade ter sido submetida aos planos econômicos, impuseram-se à concessionária prejuízos especiais, pela sua condição de concessionária de serviço, vinculada às inovações contratuais ditadas pelo poder concedente, sem poder atuar para evitar o colapso econômico-financeiro. Não é juridicamente aceitável sujeitar-se determinado grupo de pessoas – funcionários, aposentados, pensionistas e a própria concessionária – às específicas condições com ônus insuportáveis e desiguais dos demais, decorrentes das políticas adotadas, sem contrapartida indenizatória objetiva, para minimizar os prejuízos sofridos, segundo determina a Constituição. Precedente: RE 422.941, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 24.3.2006. 12. Não conhecimento do recurso extraordinário da União interposto contra o acórdão proferido no julgamento dos embargos infringentes. (grifo nosso).

Possível também analisar as decisões do Superior Tribunal de Justiça quando no julgamento do Recurso Especial 1633343 / RS do fato da

obra, ou seja, quando a obra causa o dano sem que tenha havido culpa de alguém, sem decorrer de sua má execução, mas sim da existência da obra. Ocorrendo o prejuízo, ter-se-á a responsabilidade objetiva do Estado

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OMISSÃO E OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DNIT. DUPLICAÇÃO DE RODOVIA FEDERAL. DANOS MATERIAIS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. CONFIGURAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. AUSÊNCIA DO INTERESSE DE RECORRER.

1. Não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 quando o acórdão recorrido fundamenta claramente seu posicionamento de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada.

2. A construção de rodovias, nos termos dos arts. 80 e 82, V, da Lei n. 10.233/2001, é incumbência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, que pode executar direta ou indiretamente essa obrigação.

3. Os danos advindos dessas obras são de responsabilidade da administração pública, que tem o dever de repará-los por força da regra geral estabelecida no art. 37, § 6º, da CF/1988.

4. Mesmo na hipótese de execução indireta, responde o ente público pelo fato da obra, ou seja, por lesões advindas da construção em si.

Havendo discussão quanto ao dolo ou culpa, poderá o ente público agir regressivamente contra o construtor.

5. O contratado só responderá direta e exclusivamente pelo dano quando praticar ato não constante do projeto.

6. No caso, o Tribunal local entendeu que o DNIT é responsável pelo agravamento dos problemas verificados na casa da autora, em consequência das obras de duplicação da BR-101.

7. Se os danos materiais decorreram da simples execução do projeto, segue a administração pública, como dona da obra, responsável pelo prejuízo experimentado pela administrada. Assim, descabido falar-se em ilegitimidade passiva do DNIT para a presente ação.

8. A afirmação de culpa exclusiva do proprietário, com o propósito de afastar a responsabilidade civil, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

9. A pretensão de alterar o termo inicial dos juros moratórios para a data da citação seria vantajosa apenas para a autora, e não para o recorrente. Essa circunstância impossibilita o conhecimento da tese, por ausência do interesse de recorrer.

10. Recurso especial de que se conhece em parte, e, nessa extensão, nega-se-lhe provimento.

Em resumo para que se configure a responsabilidade civil do Estado é necessário analisar não apenas a antijuridicidade do ato, na prática de atos ilícitos. O entendimento doutrinário e jurisprudencial demonstra que se deve levar em consideração a ilicitude do dano, possibilitando a responsabilização do Estado quando da prática de atos lícitos.

CONCLUSÃO

Ante ao exposto, é possível perceber que o ordenamento jurídico brasileiro permitiu, em situações excepcionais, que o ato comissivo lícito resvala em dano ao terceiro e enseje a reparação por indenização. Essa possibilidade respalda-se na previsão civilista que prevê que “haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Nesse sentido, a Administração Pública tem a função precípua de fornecer serviços públicos e, nessa função, ocasionalmente encontra-se atuando em atividades que causam risco de dano aos direitos de outrem. Portanto, em razão do princípio da repartição dos encargos sociais deve toda a sociedade dividir os custos de eventual indenização, pois é ela a principal beneficiada dos serviços que a Administração Pública executa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. DOU de 11.01.2002.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RECURSO ESPECIAL 1633343 / RS (2016/0277324-7). Rel. MINISTRO Ministro OG FERNANDES. DJe 28/03/2017 <
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602773247&dt_publicacao=28/03/2017> Acesso em: 24 de outubro de 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJe 12.03.2014 <
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6761677>> Acesso em 24 de outubro de 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018.

EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

EVOLUTION OF CIVIL LIABILITY OF THE STATE

Erika Nunes Dias²⁵⁰

RESUMO:

O presente trabalho busca analisar *ab initio* a evolução das teorias de responsabilidade civil do Estado para a compreensão do atual estágio de responsabilização. A responsabilidade civil do Estado é a obrigação que lhe é incumbida de reparar economicamente os danos sofridos por outrem em decorrência de atos ou omissões dos agentes do Estado ou de quem o faça. No entanto, a teoria do risco administrativo, que a adotada na Constituição Federal de 1988, foi resultado da evolução da teoria civilista de responsabilização; que por sua vez, surgiu com o desenvolvimento da teoria da irresponsabilidade. Dessa forma, importante analisar os estágios da responsabilidade civil do Estado com o fim de entender a necessidade de reparação dos danos ao particular pela teoria objetiva.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil do Estado. Teorias. Evolução histórica.

ABSTRACT:

The present work seeks to analyze *ab initio* the evolution of theories of civil liability of the State to understand the current stage of accountability. The civil liability of the State is the obligation incumbent upon it to economically repair the damage suffered by others as a result of acts or omissions of State agents or whoever does so. However, the theory of administrative risk, which was adopted in the Federal Constitution of 1988, was the result of the evolution of the civilist theory of accountability; which in turn emerged with the development of the theory of irresponsibility. Thus, it is important to analyze the stages of civil liability of the State in order to understand the need to repair damages to the individual by the objective theory.

Keywords: State civil liability. Theories. Historic Evolution.

²⁵⁰ *Bacharel em Direito*

1. TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE CIVIL

A irresponsabilidade civil do Estado fora a teoria preponderante durante a época dos Estados Absolutistas. A autoridade do monarca era incontestável e não estava sujeita a limitações. O poder estava baseado na soberania e pautado em dos fortes alicerces: a) confusão entre o Monarca e o Estado; b) Poder divino do Soberano.

A falta de dissociação entre Rei e do Estado dava poderes absolutos ao Soberano. Nessa toada surge a célebre frase de Luís XIV “L’État, c’est moi” (O Estado sou eu) marcava a centralização total do poder na figura do Rei.

A teoria do poder divino dos reis concebia que o Soberano fora coroado diretamente por Deus, sendo então a representação divina na Terra. Nessa crença, era impossível de atribuir qualquer falha ao Monarca, pois fazê-lo seria contestar diretamente a vontade de Deus, de onde surge a ideia “The king can do no wrong” (O rei não erra) e “Le roi ne peut mal faire” (O rei não pode fazer mal).

A ruptura com a teoria da irresponsabilidade tem início com o surgimento dos Estados Liberais, marcados pelas Revoluções Liberais e o surgimento do Estado de Direito, que impunha o dever legal de observância das leis aos Estados.

Importantes marcos para a superação da teoria da irresponsabilidade do Estado foram o Caso Blanco na França; a Federal Tort Claim Act nos Estados Unidos; e a Crown Proceeding Act na Inglaterra.

No primeiro, em 1872 a criança Agnes Blanco foi atropelada pelo vagonete da Companhia Nacional de Manufatura do Fumo, produto que era explorado pelo Estado. Após o acidente o pai ingressou com uma ação de indenização contra o Estado em razão da falta cometida por seus empregados. Surge então a culpa do trabalho (*faute du service*). A decisão do Conselho do Estado concedeu a pensão vitalícia em decorrência da fatalidade.

Em trecho da decisão²⁵¹ (tradução livre):

²⁵¹ Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier

2.1 TEORIA DOS ATOS DE IMPÉRIO E ATOS DE GESTÃO

De acordo com essa teoria era necessário distinguir os atos de gestão dos atos de império. No primeiro caso – atos de gestão – o Estado situa-se em igualdade com o particular, o que permitia a responsabilização com base no Direito Civil. Por outro lado, caso atuasse imbuído com o poder de império o Estado estava em posição de superioridade ao particular, gozando de sua soberania, e, portanto, não poderia ser responsabilizado por eventuais danos.

No caso da responsabilização do Estado – quando dos atos de gestão – era necessário identificar o agente público causador do dano e demonstrar sua culpa.

Essa teoria não foi imune a críticas, principalmente pela dificuldade de distinguir os atos de gestão dos atos de império e de identificar dentro do aparelho estatal o servidor responsável pelo dano.

2.2 CULPA CIVIL OU SUBJETIVA

A culpa subjetiva foi a teoria adotada pelo antigo Código Civil²⁵⁴. Nessa teoria existia a responsabilização do Estado desde que fosse comprovada a culpa do agente.

O Artigo 15 da Lei Civil de 1916 previa:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Portanto, a teoria subjetiva tem por base a culpa civil e para que seja configurada exige os requisitos de conduta, dano, nexos causal, culpa ou dolo do Estado.

²⁵⁴ Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

3. TEORIAS PUBLICISTAS

3.1 TEORIA DA CULPA DO SERVIÇO ou CULPA ADMINISTRATIVA

A teoria da culpa do serviço tem seu marco no caso Blanco, aqui já explorado. Nessa teoria era necessário distinguir a culpa individual do agente público – respondendo individualmente - e a culpa anônima, não sendo necessária a identificação do agente para a responsabilização.

As hipóteses para culpa do serviço:

- a) O serviço não funcionou – omissão.
- b) O serviço funcional atraso; e
- c) O serviço funcionou mal.

Em qualquer dessas situações ocorre a culpa do serviço, o que faz incidir a responsabilidade do Estado, independentemente de culpa do funcionário.

Importante salientar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ainda adota a teoria da culpa do serviço nos casos de omissões do Poder Público.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. FAUTE DU SERVICE. BURACO NA PISTA DE ROLAMENTO. ACIDENTE COM CAPOTAMENTO QUE OCASIONOU DANOS NO VEÍCULO DE TRABALHO UTILIZADO PELA FAMÍLIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 1. Hipótese em que o Tribunal local consignou (fl. 232, e-STJ): "Resta evidente, portanto, que o acidente ocorreu por conta de negligência do DNIT ('faute du service'), pois, ciente da existência de buracos na pista de arrolamento, não efetuou os reparos, o que demonstra indicativo seguro da pertinência subjetiva da causalidade material do evento danoso. Estão comprovados: a omissão do DNIT em não tomar providências para corrigir as falhas na segurança da rodovia (faute du service); o evento lesivo consubstanciado no capotamento e avarias no veículo; e o nexo de causalidade entre a omissão do órgão e a ocorrência lesiva. A obrigação de indenizar está presente, diante da responsabilidade civil do DNIT. Não houve, ainda, comprovação de culpa exclusiva ou concorrente

por parte da vítima". (REsp 1718946/SP. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe 22.11.2018).

3.2. TEORIA DO RISCO

3.2.1 TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

A atuação do Estado pressupõe um alto risco de dano. E por não poder se abster de atuar surge a necessidade de repartir o risco da atividade entre toda a sociedade. Se toda a coletividade é beneficiada pela ação do Estado então toda a sociedade deve compartilhar os custos da atuação.

A teoria do risco administrativo tem fundamento na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁵⁵ de 1789 que prevê em seu artigo 13 que “para manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”.

Percebe-se que a teoria do risco advém do princípio da igualdade e da solidariedade, uma vez que se todos são beneficiados pelas ações do Estado, todos devem custear o risco da atividade, nesse sentido Rafael Oliveira²⁵⁶:

A teoria do risco administrativo pressupõe que o Estado assume prerrogativas especiais e tarefas diversas em relação aos cidadãos que possuem riscos de danos inerentes. Em razão dos benefícios gerados à coletividade pelo desenvolvimento das atividades administrativas, os eventuais danos suportados por determinados indivíduos devem ser suportados, igualmente, pela coletividade. O ressarcimento dos prejuízos é efetivado pelo Estado com os recursos públicos, ou seja, oriundos das obrigações tributárias e não tributárias suportadas pelos cidadãos. Dessa forma, a coletividade, que se beneficia com a atividade administrativa, tem o ônus de ressarcir aqueles que sofreram danos em razão dessa mesma atividade. Trata-se da adoção do princípio da repartição dos

²⁵⁵ Disponível em <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em 04.10.2022

²⁵⁶ Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo – 9. Ed – Rio de Janeiro. 2021. Pg. 1367

encargos sociais, vinculado ao princípio da igualdade (isonomia).

Além disso, o Código Civil acolheu a teoria da responsabilidade objetiva nos casos de atividades de risco. Como prevê o parágrafo único do artigo 927 “haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A teoria do risco administrativo atrai a responsabilidade objetiva do Estado. Nessa teoria não é mais necessário comprovar a culpa do serviço, basta que existam:

- a) Prática de ato lícito ou ilícito do agente público;
- b) Que o ato cause um dano específico e anormal;
- c) Que exista nexo de causalidade entre o ato e o dano causado.

Importante ressaltar que a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado está prevista na Constituição Federal de 1988 no art. 37 § 6º que prevê que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

É conhecida por teoria objetiva exatamente por ser desnecessária a apreciação dos elementos subjetivos – dolo ou culpa – para que fique configurada a responsabilidade do Estado.

Apesar de assumir o risco da atividade de forma objetiva, existem situações em que o Estado não será responsável por indenizar ou terá sua responsabilidade amenizada: excludentes e atenuantes de responsabilidade, respectivamente.

A primeira causa excludente do nexo causal é a culpa exclusiva da vítima. Nesse caso há a provocação de autolesão pelo terceiro, como no caso de suicídio. Não obstante, é necessário atentar se houve qualquer contribuição do Estado para o fatídico resultado quando no seu dever de garantir a segurança e integridade física de pessoas sob sua guarda.

Outra causa que rompe o nexo causal ocorre quando o dano é causado por um terceiro que não possui qualquer vínculo com o Estado – fato de terceiro. Nesse enquadramento, o Superior Tribunal de Justiça entende que não é responsável o ente público ou quem o faça

(concessionária de serviço público de transporte) por danos causados a passageiros em decorrência do arremesso de pedra por terceiros²⁵⁷.

Por fim, é possível a excludente da culpa do Estado por caso fortuito e a força maior. Sem maiores detalhes sobre a diferença entre os institutos, resume-se como eventos naturais ou humanos imprevisíveis que causem danos diretos a terceiros. Novamente é necessário estar atento para o caso de alguma omissão do Estado ter contribuído para o resultado danoso.

Já as causas atenuantes da responsabilidade permitem que se reduza o montante da indenização por ter havido contribuição do terceiro para o evento danoso. Nessa hipótese será dividida, na devida proporção, a responsabilidade entre o Estado e o terceiro por culpa concorrente.

3.2.2 TEORIA DO RISCO INTEGRAL

A teoria do risco integral, diferentemente da teoria do risco administrativo, não admite excludentes de responsabilidade. Sendo assim, o Estado será responsável ainda que ocorra culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Em razão da sua caracterização como um “segurador universal” essa teoria é excepcionalmente aplicada no ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria do risco integral pode ser aplicada nas seguintes hipóteses:

1) Responsabilidade Ambiental

Ensinam os Tribunais Superiores que a pessoa que explora a atividade econômica ocupa a posição de garantidor da preservação ambiental, sendo sempre considerado responsável pelos danos vinculados à atividade. Logo, não se pode admitir a exclusão da responsabilidade pelo

²⁵⁷ Trata-se de recurso de usuário de transporte coletivo (ônibus) que foi vítima de ferimentos graves provocados pelo arremesso de pedra por terceiro, o que ocasionou seu afastamento das atividades escolares e laborais. No caso, a Turma entendeu que a empresa recorrida está isenta de responsabilidade pelo episódio, porquanto não contribuiu para o sinistro, não havendo ato ilícito a ser indenizado por ela. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.064.974-RJ, DJe 15/10/2008; REsp 402.227-RJ, DJ 11/4/2005, e REsp 262.682-MG, DJ 20/6/2005. REsp 919.823-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 4/3/2010.

fato exclusivo de terceiro ou força maior. Em caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça assentou:

A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. STJ. 2ª Seção. REsp 1374284/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/08/2014.

2) Responsabilidade por ataques terroristas a aeronaves.

A lei 10.309/2001 de 22 de novembro de 2001 trata sobre a assunção pela União de responsabilidade civil perante terceiros no caso de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, nos termos da lei:

Art. 1º Fica a União autorizada a assumir as responsabilidades civis perante terceiros no caso de danos a bens e pessoas no solo, provocados por atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras no Brasil ou no exterior.

Parágrafo único. O montante global das assunções a que se refere o art. 1º fica limitado ao maior valor estabelecido pelos países estrangeiros nos quais operam empresas aéreas brasileiras, para cobertura dos danos a que se refere o caput, deduzido o montante coberto pelas seguradoras internacionais.

Art. 2º O limite coberto para cada empresa aérea dependerá do montante de seu seguro de responsabilidade civil contra terceiros, contratado com base em sua posição do dia 10 de setembro de 2001.

A Lei 10.744 de 9 de outubro de 2003, de modo similar, dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidade civil perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra, ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresa brasileira de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo.

Art. 1º Fica a União autorizada, na forma e critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, a assumir despesas de responsabilidades civis perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo.

§ 1º O montante global das despesas de responsabilidades civis referidas no caput fica limitado ao equivalente em reais a US\$ 1,000,000,000.00 (um bilhão de dólares dos Estados Unidos da América) para o total dos eventos contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo.

§ 2º As despesas de responsabilidades civis perante terceiros, na hipótese da ocorrência de danos a pessoas de que trata o caput deste artigo, estão limitadas exclusivamente à reparação de danos corporais, doenças, morte ou invalidez sofridos em decorrência dos atos referidos no caput deste artigo, excetuados, dentre outros, os danos morais, ofensa à honra, ao afeto, à liberdade, à profissão, ao respeito aos mortos, à psique, à saúde, ao nome, ao crédito e ao bem-estar, sem necessidade da ocorrência de prejuízo econômico.

§ 3º Entende-se por atos de guerra qualquer guerra, invasão, atos inimigos estrangeiros, hostilidades com ou sem guerra declarada, guerra civil, rebelião, revolução, insurreição, lei marcial, poder militar ou usurpado ou tentativas para usurpação do poder.

§ 4º Entende-se por ato terrorista qualquer ato de uma ou mais pessoas, sendo ou não agentes de um poder soberano, com fins políticos ou terroristas, seja a perda ou dano dele resultante acidental ou intencional.

§ 5º Os eventos correlatos, a que se refere o caput deste artigo, incluem greves, tumultos, comoções civis, distúrbios trabalhistas, ato malicioso, ato de sabotagem, confisco, nacionalização, apreensão, sujeição, detenção, apropriação, seqüestro ou qualquer apreensão ilegal ou exercício indevido de controle da aeronave ou da tripulação em vôo por parte de qualquer pessoa ou pessoas a bordo da aeronave sem consentimento do explorador.

3) Responsabilidade por danos nucleares

A responsabilidade integral por danos nucleares tem previsão constitucional. Sendo a União o competente exclusivamente pela exploração de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, exercendo monopólio estatal sobre a pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento e a industrial de minérios nucleares²⁵⁸, então nada mais justo que assumir integralmente o risco, onde prevê que “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”.

- 4) Eventos adversos da vacina adquirida pelo Ente federado, desde que a ANVISA tenha concedido o respectivo registro ou autorização temporária de uso emergencial.

A Lei 14.125 de 10 de março de 2021 vigorou durante o Estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional ocasionada pelo coronavírus que assolou o mundo. Em decorrência da necessidade urgente de adquirir vacinas e aplicar o imunológico na população, os Entes Federativos assumiram o risco de eventos adversos²⁵⁹.

Art. 1º Enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), declarada em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), ficam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios autorizados a adquirir vacinas e a assumir os riscos referentes à responsabilidade civil, nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas celebrado, em relação a eventos adversos pós-vacinação, desde que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tenha concedido o respectivo registro ou autorização temporária de uso emergencial.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir garantias ou contratar seguro privado, nacional ou internacional, em uma ou mais apólices, para a cobertura dos riscos de que trata o caput deste artigo.

²⁵⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 21, XXII.

²⁵⁹ A Lei 14.125 de 10 de março de 2021 fora revogada pela Medida Provisória 1.126, de 15 de junho de 2022

§ 2º A assunção dos riscos relativos à responsabilidade civil de que trata o caput deste artigo restringe-se às aquisições feitas pelo respectivo ente público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente trabalho conclui-se que a responsabilidade civil foi tratada de diversas maneiras ao longo dos séculos e evoluiu de acordo com a exigência da sociedade de sua época. A teoria da irresponsabilidade civil, vigente nos Estados Absolutistas refletia o entendimento que o Monarca era intocável e não poderia cometer erros, por ser o representante de Deus na Terra.

Em decorrência das Revoluções Liberais e a queda do Regime Absolutista, a referida teoria já não era mais aceitável. E portanto, surge a necessidade de responsabilizar o Estado por seus atos que geram danos ao particular. No entanto, a responsabilização deveria ser apenas no caso da atuação do Estado em atos de gestão, pois o Poder Público atuava em pé de igualdade com o particular. Já quando atuava com seu Poder Estatal – em atos de império – não poderia ser responsabilizado.

O passo seguinte foi adotado pelo Código Civil de 1916, que adotou a teoria da culpa civil, também conhecida por teoria subjetiva. Nela para se configurar a responsabilidade do Estado era necessário comprovar a culpa, ou seja, eram elementos a conduta, o dano, o nexo causal, a culpa ou dolo do agente.

Na evolução para as teorias publicistas houve a divisão entre a teoria da culpa administrativa e a teoria do risco. Na primeira, não era mais necessário identificar o agente causador do dano, no entanto, era obrigatório demonstrar que o serviço não funcionou, funcionou mal ou atrasado. Já a teoria do risco subdivide-se em teoria do risco administrativo e risco integral.

A teoria do risco administrativo, hoje a predominante no ordenamento jurídico brasileiro, revela a responsabilidade objetiva do Estado. A vigente Constituição Federal ensina que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Sendo assim, para configurar a responsabilidade civil objetiva do Estado é necessário apenas identificar a conduta, o dano e o nexo causal.

Por fim, a teoria do risco integral, utilizada de forma excepcional, não permite que seja alegada excludentes de responsabilidade. Dessa forma, será o Estado responsabilizado ainda que exista caso fortuito ou força maior ou fato de terceiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei 3.071**, de 1º de janeiro de 2016. **Código Civil**. DOU de 05.01.1916.

_____. **Lei 10.309/2001** de 22 de novembro de 2001. DOU de 23.11.2001.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. DOU de 11.01.2002.

_____. **Lei 10.744** de 9 de outubro de 2003. DOU de 10.10.2003.

_____. **Lei 14.125**, de 10 de março de 2021. DOU de 10.03.2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RECURSO ESPECIAL Nº 1.718.946 - SP (2017/0319315-3). Rel. MINISTRO HERMAN BENJAMIN. DJe 22/11/2018. <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703193153&dt_publicacao=22/11/2018> Acesso em: 09 de outubro de 2022.

_____. STJ. 2ª Seção. REsp 1374284/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/08/2014. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201082657&dt_publicacao=05/09/2014>. Acesso em: 09 de outubro de 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018.