



Faculdade CNEC
Campo Largo

REJUR

Revista Eletrônica Jurídica

**VOLUME 5
N. 1
JAN-JUL
ANO 2018**

ISSN: 2236-4269

SUMÁRIO

1.
**DANO MORAL: ANÁLISE DO INSTITUTO À LUZ DO DIREITO MATERIAL E
PROCESSUAL**

Wagner Oliveira de Carvalho, Samuel Guilherme Martins e Amanda Arraes de Alencar

Páginas 2-22

2.
**A PROBLEMÁTICA DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS E O
PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA**

Eduardo Silva Luz e Gabriele Sapio

Páginas 23-35

3.
REGIÕES METROPOLITANAS NO BRASIL

Victor Siebra Pereira Ramos

Páginas 36-46

4.
UM PANORAMA SOBRE AS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO

Reis Friede

Páginas 47-73

5.
EFICÁCIA EXECUTIVA DA SENTENÇA DECLARATÓRIA

Alexandre Foch Arigony

Páginas 74-80

DANO MORAL: ANÁLISE DO INSTITUTO À LUZ DO DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL

MORAL DAMAGE: MATERIAL AND PROCESS ANALISYS

*Wagner Oliveira de Carvalho¹, Samuel Guilherme Martins² e
Amanda Arraes de Alencar³*

RESUMO

O dano moral, consoante a esfera do direito material (nacional e estrangeiro) e processual, apresenta contornos próprios e requisitos amplos e abertos no Direito Brasileiro, abrindo portas para ajuizamentos de demandas de forma abusiva e com o objetivo de enriquecimento sem causa. Portanto, delimitar a definição, requisitos, correlação aos demais institutos, critérios de apuração e fixação da consequente indenização, limitada a pressupostos de análise da extensão do dano suportado, são condições que a jurisprudência e a doutrina vêm consolidando ainda de forma tímida no Direito nacional.

Palavras-chave: Dano moral. Extensão do dano. Indústria do dano moral. Mero dissabor. Enriquecimento imotivado. Dano estético. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

Moral damage, depending on the sphere of material law (national and foreign) and procedural law, has its own limits and broad and open requirements in Brazilian law, opening doors for prosecution of claims in an abusive manner and for the purpose of unjust enrichment. Therefore, delimiting the definition, requirements, correlation to other institutes, criteria for determination and determination of the consequent indemnity, limited to assumptions of analysis of the extent of the damage sustained, are conditions that jurisprudence and doctrine are still consolidating in a timid manner in national law.

Keywords: Moral damage. Extent of damage. Industry of moral damage. Merely displeasure. Immotivated enrichment. Aesthetic damage. New Code of Civil Procedure.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense, atualmente é coordenador jurídico do escritório CostaMarfori Advogados Associados no Rio de Janeiro/RJ, com grande expertise em demandas estratégicas e cíveis consumeristas.

² Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá, pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes, é advogado no escritório CostaMarfori Advogados Associados.

³ Graduada em Direito e advogada no escritório CostaMarfori Advogados Associados.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO HISTÓRIA DO INSTITUTO DO DANO MORAL 2. UMA PROPOSTA DE DEFINIÇÃO 3. DANO MORAL E DIREITO MATERIAL 4. NECESSÁRIOS APONTAMENTOS ACERCA DO DANO ESTÉTICO 5. DANO MORAL E O DIREITO PROCESSUAL 6. PETIÇÃO INICIAL: A FIXAÇÃO DO VALOR PRETENDIDO 7. A PROBLEMATIZAÇÃO ACERCA DO “MERO ABORRECIMENTO” 8. BREVE INCURSÃO NO CENÁRIO INTERNACIONAL 9. CONCLUSÃO 10 REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO HISTÓRIA DO INSTITUTO DO DANO MORAL

Antes de revelar a definição e requisitos caracterizadores de existências dos danos morais contemporaneamente, mostra-se necessário também estipular um contexto histórico a respeito do surgimento do dano moral no Direito Brasileiro.

No plano nacional, surge, com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, elaborado em um contexto histórico de predominância da aristocracia rural, o que repercutiu de forma profunda no então embrionário instituto do dano moral. Dado o contexto acima, o dano moral somente seria indenizável quando suscetível a avaliação de seus reflexos patrimoniais. Nesse ponto, é de extrema relevância destacarmos os artigos 76 e 159 do CC de 1916:

Art. 76 – Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral

Art. 159 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Ali, o dano moral somente seria indenizável quando produzisse por reflexos prejudiciais sobre o patrimônio do ofendido, não sendo, portanto ressarcível o dano moral sem repercussão de ordem patrimonial. Nesta senda, antigo acórdão⁴ do Supremo Tribunal Federal - STF, ao interpretar o art. 1.537⁵

⁴ Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Ementa: Dano moral. Valor afetivo exclusivo. Indenização. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 1.537 do Código Civil. RE 12.039. Relator: Lafayette de Andrada. Data do julgamento: 6.8.1948. RT 244/629

⁵ Art. 1.537. A indenização, no caso de homicídio, consiste: I. No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II. Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

do Código Civil de 1916, expressou o, então, entendimento concludente, de não ser indenizável o valor afetivo exclusivo:

Nem sempre dano moral é ressarcível, não somente por se não poder dar-lhe valor econômico, por se não poder apreciá-lo em dinheiro, como ainda porque essa insuficiência dos nossos recursos abre a porta a especulações desonestas pelo manto nobilíssimo de sentimentos afetivos; no entanto, no caso de ferimentos que provoquem aleijões, no caso de valor afetivo coexistir com o moral, no caso de ofensa à honra, à dignidade e à liberdade, se indeniza o valor moral pela forma estabelecida pelo Código Civil. No caso de morte de filho menor não se indeniza o dano moral se ele não contribuía em nada para o sustento da casa.

Contudo, tal visão mostrava-se extremamente restrita para uma sociedade em amplo crescimento, obrigando ao ordenamento jurídico adaptar-se na mesma velocidade das mudanças da sociedade.

Com a promulgação da Constituição da República, de 1988, o dano moral ganha notória evidência no cenário jurídico, vindo a ser alçado à categoria de direito fundamental:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação;

Alicerçado no reconhecimento constitucional, os dispositivos acima abriram caminhos para que se pudesse deduzir pretensão em juízo objetivando indenização decorrente de dano na esfera moral.

Transcorridos quatorze anos da promulgação da carta política, entrou em vigor o atual Código Civil (2003) trazendo em seus dispositivos a possibilidade de um indivíduo ser efetivamente indenizado por um dano exclusivamente moral:

Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Essas singelas linhas, portanto, verifica substancial evolução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro que, atualmente, está presente à discussão,

bem como intensamente invocado (seja por efetiva necessidade, seja por efetiva pretensão de enriquecer-se emotivamente) em grande parte das demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário. Revela-se aí, por mais essa vez, a importância em se discorrer sobre o dano moral, como se fará no presente artigo.

2. UMA PROPOSTA DE DEFINIÇÃO

Não traz surpresa a conclusão de que cada sociedade, caracterizada em seu devido tempo e momento histórico, espaço e condições culturais, antropológicas e sociais e jurídicas, possua suas próprias definições acerca do que seja o Dano Moral.

Como exposto, o debate acerca do Dano Moral indenizável ganhou espaço, preocupação e dedicação de doutrinadores e operadores do Direito, quando do advento da Constituição da República, de 1988.

Circunscritos à realidade nacional, surge a definição de Dano Moral, a partir dos conceitos formulados por autores da Doutrina Nacional. Sérgio Cavalieri Filho, nesse sentido, parece nos evidenciar o conceito-padrão do que é o Dano Moral. Conceito este comumente aceito e difundido na Doutrina e Jurisprudência Nacional de forma pacífica:

[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.⁶

Contudo, observado o grande respeito e admiração que se nutre pelo autor, entende-se ser inviável confundir causa e consequência. Ou seja, dor, vexame, sofrimento, são, na verdade, consequências advindas de uma causa que, para Maria Helena Diniz, seria um bem jurídico do qual é privada a vítima de usufruí-lo:

[...] o dano moral, não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor a consequência do dano. O direito não rapara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 83/84.

privação de um bem jurídico sobre qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.⁷

Sérgio Cavalieri Filho, não obstante difundir um conceito-padrão de Dano Moral, insinua seu verdadeiro sentido:

Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém.⁸

Pode-se definir, portanto, Dano Moral, na visão destes autores, como a repressão/supressão de um bem jurídico imaterial, ocasionada por um ato ilícito, na definição do art. 186 do Código Civil, capaz de ensejar, por sua vez, sentimentos de dor, vexame, angústia, intensa perturbação, que serão passíveis de compensação, na forma da lei.

3. DANO MORAL E DIREITO MATERIAL

Na linha cognitiva do acima exposto, o Dano Moral efetivamente indenizável, em sua atual acepção, ganhou expressão de direito fundamental constitucionalmente garantido, quando do advento da Constituição da República (incisos V e X do artigo 5º da CRFB).

No plano do Direito Privado, por sua vez, o fundamento para dano moral fica pressuposto na exegese dos artigos 186 e 927 do Código Civil, cujo escopo principal é, na verdade, definir o conceito de “ato ilícito”. Ainda, para reforçar ainda mais o instituto, o Código de Defesa do Consumidor garantiu no inciso VI do art. 6º *“a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”*.

De fato, a Responsabilidade Civil determina a obrigação de indenizar daquele que causar dano a outrem, seja por atos próprios, por pessoas, coisas ou objetos que estejam sob o seu cuidado.

Pressupõe-se dessa assertiva, a existência de um nexos causal entre aquele ato ilícito e o dano suportado pela vítima – no caso, o Dano Moral, aquela privação do bem jurídico, cuja consequência seria o abalo imaterial – e, mais do

⁷ DINIZ, Maria Helena. Revista Literária de Direito, Janeiro/fevereiro de 1996, Ano II, n.9.

⁸ Idem. Ibidem.

que isto, o surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico advindo da ocorrência de um dano.

Acerca disto, versa Maria Helena Diniz:

Toda a manifestação da atividade que provoca prejuízo traz em seu bojo o problema da responsabilidade, que não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, mas de todos os domínios da vida social. Realmente, embora alguns autores, como Josserand, considerem a responsabilidade civil como 'a grande vedete do direito civil', na verdade, absorve não só todos os ramos do direito – pertencendo à seara da Teoria Geral do Direito, sofrendo as naturais adaptações conforme aplicável ao direito público ou privado, mas os princípios estruturais, o fundamento e o regime jurídico são os mesmos, comprovando a tese da unidade jurídica quanto aos institutos basilares, uma vez que a diferenciação só se opera no que concerne às matérias, objeto de regulamentação legal – como também a realidade social, o que demonstra o campo ilimitado da responsabilidade civil.⁹

O Dano Moral é uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela. No entanto, a banalização do dano moral descontextualiza o instituto em apreço, gerando grande insegurança jurídica. Valorosa é a lição de Humberto Theodoro Junior:

Para ter direito de ação, o ofendido deve ter motivos apreciáveis de se considerar atingido, pois a existência da ofensa poderá ser considerada tão insignificante que, na verdade, não acarreta prejuízo moral. Para que se considere ilícitos o ato que o ofendido tem como desonroso é necessário que, segundo um Juízo de razoabilidade, autorize a presunção de prejuízo grave, de modo que 'pequenos melindres', insuficientes para ofender os bens jurídicos, não devem ser motivo de processo judicial. De minimis no curat praetor, já ressaltavam as fontes romanas.¹⁰

Ou seja, a apreciação e vedação ao Dano Moral, definitivamente, não poderá comportar a tutela sobre o mero aborrecimento, sob pena de, como já vem ocorrendo intensamente (assunto que será tratado adiante), banalizar a própria conceituação e aplicabilidade isonômica do instituto.

Em que pese tratar-se de assunto que permeia as esferas do Direito Material e Processual, no que se refere ao arbitramento do dano moral, o julgador tem que ter em mente que o dano não pode ser fonte de lucro, devendo a indenização ser suficiente para reparar o dano e nada mais, de forma que qualquer valor a maior ensejará o enriquecimento sem causa, o que é vedado

⁹ Ob. Sup. Cit., p. 04

¹⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Dano Moral, 4.^a edição, datada de 2001, p. 04.

no ordenamento jurídico pátrio, conforme determina o *caput* do art. 884 do Código Civil.

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho assevera:

Não me parece, data vênia, haver a menor parcela de bom-senso, a menor parcela de razoabilidade, na fixação de uma indenização por dano moral em valor muito superior à indenização pelo dano material a que faria jus a vítima, durante toda a sua sobrevivida, caso lhe resultasse a morte ou incapacidade total. Não vejo como uma indenização pelo dano moral possa ser superior àquilo que a vítima ganharia durante toda a sua vida.¹¹

O juiz não pode se afastar dos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, aqueles mesmos princípios utilizados na apuração acerca da existência do próprio dano ou de um mero dissabor. Maria Helena Diniz, nesse sentido, assevera:

Ante a dificuldade de estimação pecuniária do dano moral, a disparidade de julgados, para alguns autores, o mais sensato seria que houvesse uma disciplina legal prescrevendo, para impedir excessos, uma indenização tarifada em salários mínimos, atendendo as peculiaridades de cada caso, ou a fixação de teto mínimo e de teto máximo para a determinação da quantia indenizatória.¹²

Não se ignore, enfim, na quantificação e arbitramento da compensação por eventual Dano Moral, essencial é o sopesamento do disposto no art. 944 do Código Civil que dispõe que *“a indenização mede-se pela extensão do dano.”*

E, não obstante, a quantificação da indenização pressuponha a análise e mensuração do ato ilícito, da gravidade do dano e da efetividade da compensação para o lesado, importante assinalar a consideração do denominado *“caráter punitivo-pedagógico”* que se aplica visando a reprovação e o desestímulo à provocação de um reiterado ato ilícito pelo agente ofensor.

Embora a doutrina e jurisprudência nacional têm absorvido este instituto à dinâmica do Direito Brasileiro, alguns doutrinadores, felizmente, fazem suas

¹¹ Ob. Sup. Cit. p. 83/84.

¹² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 7. volume: responsabilidade civil, 22. ed. rev. São Paulo, Saraiva, 2008.

ponderações pelo comedimento, tal como Humberto Theodoro Junior, como se depreende do trecho abaixo em que discorre sobre esse caráter punitivo:

Há, nisso, razão de ordem ética, que, todavia, deve ser acolhida com adequação e moderação no campo da responsabilidade civil, que é geneticamente de direito privado, e não de direito público, como se dá com o direito penal. A este, e não ao direito privado, compete reprimir as condutas que, na ordem geral, se tornam nocivas ao interesse coletivo. Urge, pois, respeitar-se a esfera de atuação de cada segmento do direito positivo, sob pena de sujeitar-se o indivíduo a sofrer sanções repetidas e cumuladas por uma única infração. Um dos princípios fundamentais da repressão pública aos delitos é justamente o que repele o bis in idem, isto é, a imposição de duas condenações, em processos diferentes, pela mesma conduta ilícita.¹³

Enfim, a doutrina nacional reconhece a necessidade de uso de todos os meios de provas possíveis para que seja identificado o Dano Moral, independentemente da necessidade ou não da configuração de culpa do agente ofensor (adoção de Teoria Subjetiva ou Objetiva da Responsabilidade Civil), de modo que sua quantificação certamente deverá observar a natureza daquele abalo imaterial – se significante ou mero aborrecimento – além de outros critérios relevantes, a exemplo da gravidade do ato ilícito e o eventual caráter punitivo-pedagógico a ser adotado, sobretudo, com moderação.

4. NECESSÁRIOS APONTAMENTOS ACERCA DO DANO ESTÉTICO

O Dano Estético, atualmente, tem sido compreendido como alteração morfológica de formação corporal (remete-se à causa, à agressão ao bem jurídico), que agride à visão, causando desagrado e repulsa (a consequência).

Não é novidade, por muitos anos Doutrina (Nacional e Internacional) e Jurisprudência debruçaram acerca da verdadeira natureza do Dano Estético (se material, moral ou autônomo).

A questão, contudo, foi aprimorada e consolidada no Brasil, com destaque ao protagonismo do STJ, entendendo-se pela autonomia do Dano Estético e cumulação de sua indenização ao pleito por indenização de Dano Moral, desde que sejam inconfundíveis as suas causas e passíveis de apuração em separado, como bem notado por Sérgio Cavalieri Filho:

¹³ Ob. Sup. Cit. p. 39

Prevaleceu na Corte Superior de Justiça o entendimento de que o dano estético é algo distinto do dano moral, correspondendo o primeiro a uma; e o segundo, ao sofrimento mental – dor da alma, aflição, angústia a que a vítima é submetida.¹⁴

De fato, o Dano Estético, normalmente, subsume-se no Dano Moral. Há situações, entretanto, que o Dano Estético implica não só na ocorrência de Dano Moral, justificando sua apuração em apartado, como, a exemplo, o caso típico de artistas e modelos, que têm em sua aparência física abalada, um elemento fundamental para a vida pessoal e profissional. Eis a importante contribuição de Antônio Jeová Santos:

Constitui dano estético a alteração no corpo que o torna mais feio. É a desfiguração, deformação ou mutilação que o corpo sofre em consequência de um evento causador do dano.

(...)

A lesão simples, efêmera e que não apresente certa importância e gravidade, não é indenizável a título de dano moral ou patrimonial. (...) A lesão suscetível de indenização é aquela que altera a vida social da vítima. Se antes gozava de companhia dos amigos, desfrutando de uma vida social intensa e, depois da lesão, a vergonha, o sentimento de inferioridade e a vergasta causados pela lesão já não mais permite essa vida de relação, é porque o dano alcançou certa magnitude, tornando-a passível de indenização.¹⁵

Por fim, vale destacar as ponderações de Humberto Theodoro Junior sobre a apuração, em apartado, do Dano Estético:

Com a implantação da ressarcibilidade plena do dano puramente moral, houve quem entendesse que, nas lesões deformantes, haveria a cumulação de três verbas indenizatórias: umas, pelo prejuízo econômico (tratamento médico e hospitalar, dias parados, redução da capacidade laborativa, etc.); outra, de pela deformidade permanente; e uma última, pela dor moral provocada pelo aleijume.

Há, data venia, um excesso em tal posicionamento. Indenizar a lesão deformante e, ao mesmo tempo, considera-la causa de reparação por dano moral corresponde a um evidente bis in idem, capaz de transformar a medida ressarcitória em fonte de enriquecimento sem causa.¹⁶

Portanto, mister se faz aprofundar à apreciação do caso concreto, avaliando a extensão do dano e seus respectivos reflexos sobre a vida social/profissional do lesado, de modo que apenas nestes casos será possível a

¹⁴ Ob. Sup. Cit.

¹⁵ SANTOS, Antonio Jeová. Dano Moral Indenizável conforme o novo CPC. 6ª. Ed. Juspodium, 2015, p. 25.

¹⁶ Ob. Sup. Cit, p. 25.

este pleitear indenização pelos eventuais Danos Estéticos, apartados, portanto, sem prejuízo de pedido autônomo de indenização por Danos Morais.

5. DANO MORAL E O DIREITO PROCESSUAL

Analisado sob o enfoque processual, vislumbra-se que, tal como a doutrina nacional, a jurisprudência pátria tem se debruçado em viabilizar a correta e justa aplicação do instituto do dano moral e sua consequente indenização nos casos submetidos ao Poder Judiciário.

Ao longo dos anos, a moderna jurisprudência nacional, com destaque a do Superior Tribunal de Justiça – STJ, conformou o instituto do Dano Moral e o consequente dever de indenizar, destacando que a configuração do Dano Moral depende da análise de três grupos de elementos.¹⁷

Primeiramente, os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil em geral, quais sejam, a ação, o dano e o nexo de causalidade entre eles. Presentes tais pressupostos, surge a obrigação de indenizar.

O segundo grupo de elementos envolve a conceituação de dano moral. Nesse aspecto, considerando a vasta coleção doutrinária a respeito do tema, entende de maneira sintética o Superior Tribunal de Justiça que o dano moral significa abalo no âmago da personalidade do ser humano, atingindo de forma negativa e duradoura os elementos da personalidade (causa), capaz de afetar a dignidade da pessoa humana, causando sofrimento, dor, perturbações emocionais e psíquicas, constrangimentos, angústia e desconforto espiritual (consequência). Ou seja, sem estes elementos, não há que se falar em danos morais.

O último conjunto de elementos a ser observado, segundo o STJ, envolve as circunstâncias em torno do fato concreto, afastando por completo qualquer indício de presunção absoluta de existência de danos morais indenizáveis. Ao se analisar tais circunstâncias, há que se verificar se o bem ou serviço defeituoso ou inadequadamente fornecido tem a aptidão de causar

¹⁷ 17 STJ. Resp Nº 1.595.145 - RO (2016/0110546-4). 3ª Turma. MINISTRA NANCY ANDRIGHI. 15/12/2016

sofrimento, dor, perturbações emocionais e psíquicas, constrangimentos, angústia, desconforto espiritual ensejadores de danos morais.

O STJ, nesse sentido, conceitua que dissabores, desgostos desconfortos e frustrações de expectativa são ocorrências que integram naturalmente a vida cotidiana moderna, uma vez que as sociedades atuais se constituem cada vez mais complexas, suscetíveis a típicos eventos provenientes de ansiedades e desejos.

De fato, não basta apenas a alegação de que houve um dano de natureza extrapatrimonial para que se tenha direito à indenização, de forma que se faz necessária a prova da existência de um dano, ou seja, será preciso comprovar a ocorrência do fato lesivo, que poderá ser feito através de qualquer meio de prova em direito admitido. Assim, temos que tanto o dano patrimonial quanto o dano extrapatrimonial exigem a prova mínima de que houve uma lesão.

Quanto à prova do dano, Sérgio Cavalieri Filho expressa o que segue:

Lembramos, então, que uma coisa é a prova do dano, do fato lesivo, da efetiva violação do dever jurídico, e outra é a prova do valor da indenização. Tanto assim que a efetividade do dano e o cálculo da indenização podem ser apreciados em duas fases distintas. Na primeira, prova-se a existência do dano, a efetiva ocorrência do fato lesivo e a responsabilidade de seu causador (an debeat); na segunda, busca-se fixar a extensão do dano, a sua quantificação, o valor da indenização (quantum debeat).¹⁸

Neste passo, torna-se de extrema importância que o magistrado tenha especial atenção acerca do que efetivamente será um dano moral passível de indenização ou, então, o que não passa de mero dissabor.

Contudo, diante da ausência de parâmetros limitadores a fim de guiar e, conseqüentemente, restringir, o arbitramento do dano moral, nos deparamos com um crescimento vertiginoso no número de demandas pleiteando a indenização por danos extrapatrimoniais em valores extremamente altos, desarrazoados e desproporcionais aos supostos abalos alegados.

Todavia, o mais assustador é que tais indenizações têm sido concedidas inadvertidamente pelos magistrados de todo o país, gerando um desequilíbrio entre as partes, pois de um lado temos a obrigação de arcar com uma condenação em patamares que não condizem com a realidade afetando

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

diretamente a estabilidade financeira e de outro um enriquecimento imotivado, o que, ressalta-se, é expressamente proibido pelo ordenamento jurídico pátrio.

É por causa desse crescimento desenfreado que nasceu o que chamamos de “Indústria do Dano Moral”, onde passou-se a buscar no judiciário uma indenização por qualquer abalo sofrido.

Assim, infelizmente, os “litigantes de má-fé”, valendo-se da facilidade de ingressar com uma demanda sem qualquer formalismo, sem observância das normas legais, sem custos financeiros, além de ser dispensado (ou invertido) o ônus da prova, bem como a ausência de obrigatoriedade de constituição de advogado, somado à condescendência e a subjetividade dos magistrados, pleiteiam altas indenizações a título de Dano Moral, sob qualquer pretexto, “como se estivessem apostando na Loteria”.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho traz a lume o que segue:

O que configura e o que não configura o dano moral? Na falta de critérios objetivos, essa questão vem-se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.

Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom-senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Tenho entendido que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extremada sensibilidade.

(...)

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas ou duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.¹⁹

¹⁹ Ob. Sup. Cit.

Significa dizer, o julgador tem que ter em mente – e não pode permitir – que o dano não se torne, em hipótese alguma, fonte de lucro, devendo a indenização ser suficiente para reparar o dano e nada mais, de forma que qualquer valor a maior ensejará o enriquecimento sem causa, o que, como já dito, é vedado no ordenamento jurídico pátrio.

Sendo assim, o Juiz não pode se afastar dos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, aqueles mesmos princípios utilizados na apuração acerca da existência do próprio dano ou de um mero dissabor.

A jurisprudência pátria tem corroborado esse entendimento, inclusive, no âmbito das relações de consumo, como se pode depreender do julgado abaixo, de lavra do Superior Tribunal de Justiça:

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CANCELAMENTO DE VOO ADQUIRIDO EM PACOTE TURÍSTICO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. AUSENTES. DANOS MORAIS. SIMPLES INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. AUSÊNCIA.

- Ação ajuizada em 20/06/2011. Recurso especial interposto em 02/12/2015 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016.

- Cinge-se a controvérsia a definir se o cancelamento inesperado de voo componente de pacote turístico gerou danos materiais e morais aos recorrentes. - Na ausência de contradição, omissão ou obscuridade, não existe violação ao art. 535, II, do CPC/73.

- Dano moral: agressão à dignidade da pessoa humana. Necessidade de reavaliação da sensibilidade ético-social comum na configuração do dano moral. Inadimplemento contratual não causa, por si, danos morais. Precedentes. - A jurisprudência do STJ vem evoluindo para permitir que se observe o fato concreto e suas circunstâncias, afastando o caráter absoluto da presunção de existência de danos morais indenizáveis.

- Na hipótese dos autos, o mero inadimplemento contratual – resultado no cancelamento inesperado do voo – não causa, por si só, danos morais ao consumidor.

- Recurso especial conhecido e provido.²⁰

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUTOMÓVEL COM NECESSIDADE DE CONSERTO. LEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO.

- Ação ajuizada em 11/03/2015. Recurso especial interposto em 09/05/2016 e distribuído a este gabinete em 01/09/2016.

- A legitimidade para a causa é conferida para os titulares da relação jurídica de direito material hipotética ou afirmada.

- Dano moral: agressão ou atentado aos direitos de personalidade. Necessidade de reavaliação da sensibilidade ético-social comum na configuração do dano moral. Inadimplemento contratual ou vício do produto não causa, por si, danos morais.

²⁰ RECURSO ESPECIAL Nº 1.595.145 - RO (2016/0110546-4). RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI. J. 15 de dezembro de 2016

- Na hipótese dos autos, não restou configurado o dano moral ocasionado pela necessidade de reparos à solda da coluna de automóvel. Além disso, verificou-se que usuário de automóvel adquirido por pessoa jurídica não possui legitimidade ativa para a propositura de ação.
- Recurso especial a que se nega provimento²¹.

Sem qualquer sombra de dúvida, ao arbitrar o valor da indenização por danos morais, o julgador deve amparar-se nos princípios de moderação e equidade quando da análise da extensão do dano, conforme preleciona o Enunciado nº 37 da Súmula do STJ:

Súmula nº 37 do STJ. O arbitramento da indenização por dano moral deve ser moderado e eqüitativo, atento às circunstâncias de cada caso, evitando-se que se converta a dor em instrumento de captação de vantagem.

Enfim, a eventual fixação de indenização deverá se pautar por critérios razoáveis, evitando o enriquecimento sem causa de uma das partes e, conseqüentemente, uma avalanche de processos sem qualquer fundamento jurídico, de pessoas buscando o ganho fácil à custa de terceiros.

6. PETIÇÃO INICIAL: A FIXAÇÃO DO VALOR PRETENDIDO

Dentre as novidades trazidas pelo Código de Processo Civil vigente está o disposto no art. 292, inciso V, que impõe ao valor da causa o valor do pedido nas ações indenizatórias, inclusive as fundadas em dano moral:

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: (...)
V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, **o valor pretendido**; (...)" grifo nosso.

Ante o pouco tempo de vigência do "NCPC", temos que tal discussão é nova e começa a criar conflitos e dissonâncias na Doutrina Nacional, abrindo 2 (duas) correntes: (i) de um lado, pela possibilidade de ainda poder-se formular pedidos genéricos, sendo, no entanto, vedado que se atribua a causa um valor menor que o estimado; e, (ii) lado outro, a corrente que posiciona-se favorável à

²¹ RECURSO ESPECIAL Nº 1.634.824 - SE (2016/0236125-0). RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI. J. 06 de dezembro de 2016.

inovação inaugurada pelo Diploma Processual, com expressa proibição de formulação genérica de pedido de indenização por Dano Moral.

Defensor da primeira corrente, Humberto Theodoro Junior baseia seu entendimento no poder de jurisdição (*jurisdictio*) do magistrado e na Jurisprudência consolidada na vigência dos Diplomas Processuais anteriores:

Os critérios para o arbitramento é que devem ser apontados pelo autor, mediante explicitação de quais os elementos que irão influir na fixação a ser obtida por meio da decisão judicial. Diante da explicitação de tais dados pelo autor, nenhuma surpresa pode advir para o demandado, 'que reitere-se, terá oportunidade de amplo debate sobre tais critérios ao longo da instrução (quer no processo de conhecimento condenatório, quer no de liquidação)". (fl. 102, grifo nosso).

(...)

"Não se admite mais que o autor pretenda um valor estimado e atribua à causa para os devidos efeitos um valor menor. Isso, entretanto, não impede que o autor formule pedido genérico, como reconhece a jurisprudência do STJ.²²

Já Fredie Didier Junior, defensor da segunda corrente, manifesta-se em concordância ao disposto no referido inciso V do art. 292 do CPC:

Problema que merece cuidados análise é a do pedido genérico nas ações de reparação de dano moral: o autor deve ou não quantificar o valor da indenização na petição inicial? A resposta é positiva: o pedido nestas demandas deve ser certo e determinado, delimitando o autor quanto pretende receber como ressarcimento pelos prejuízos morais que sofreu. Quem, além do próprio autor, poderia quantificar a 'dor moral' que alega ter sofrido? Como um sujeito estranho e por isso mesmo alheio a essa 'dor' poderia aferir a sua existência, mesurar a sua extensão e quantificá-la em pecúnia? A função do magistrado é julgar se o montante requerido pelo autor é ou não devido; não lhe cabe, sem uma provocação do demandante, dizer quanto deve ser o montante. Ademais, se o autor pedir que o magistrado determine o valor da indenização, não poderá recorrer da decisão que, por absurdo, a fixou em um real (R\$ 1,00), pois o pedido teria sido acolhido integralmente, não havendo como se cogitar interesse recursal.²³

A discussão acerca desse tema é inicial e demanda a formação de nova Jurisprudência a tratar, especificamente, sobre o supracitado dispositivo do Novo Código de Processo Civil.

Por fim, ressalta-se que o tema, embora reúna longa e robusta discussão ao longo dos anos, mantém curso evolutivo, o que demanda o constante empenho e estudo acerca das novas discussões que, porventura, venham à

²² Ob. Sup. Cit. p. 103.

²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : JusPodivm, 2015, p. 581.

lume, consolidando o papel essencial que tem a Doutrina Nacional nessa contribuição.

7. A PROBLEMATIZAÇÃO ACERCA DO “MERO ABORRECIMENTO”

Merece também destaque neste trabalho sobre o dano moral, que permeia tanto a esfera material, quanto a processual – e que está atrelada, desde o ato ilícito cometido até a fixação do *quantum* indenizatório – refere-se ao conceito de “mero aborrecimento”.

Conforme já exposto, não existe uma fórmula para a estipulação do valor a ser arbitrado a título de Dano Moral, assim como não é simples averiguar se um ato ilícito enseja um dano de cunho extrapatrimonial ou se trata de um mero aborrecimento, exceto determinados casos expressamente previstos.

Como visto, a doutrina traz diversas diretrizes a fim de orientar os magistrados nesta árdua tarefa que é determinar a existência ou não de Dano Moral e quantificá-lo no caso concreto.

Entretanto, o que se tem percebido é a ocorrência de uma banalização generalizada do referido instituto, uma vez que as indenizações estão cada vez mais altas e os fatos geradores a cada dia mais banais.

O mero aborrecimento não é algo simples de ser definido. Pode-se dizer que o mero aborrecimento são os acontecimentos que, apesar de poderem gerar algum tipo de lesão, são corriqueiros e fazem parte do dia-a-dia da vida em sociedade.

Somado à facilidade de acesso ao Judiciário, as altas condenações arbitradas têm atraído cada vez mais litigantes que veem na ação judicial um meio de ganhar dinheiro, gerando um crescimento exponencial no número de demandas com pedidos de indenização a título de Dano Moral, ou seja, tem-se que há um movimento na tentativa de promover o mero aborrecimento à um dano indenizável.

Necessário dizer, que caso não seja imposto um limite, qualquer desentendimento, por mais simples e corriqueiro que seja, vai ser passível de indenização, o que vai gerar uma extrema instabilidade na sociedade como um todo, além de abarrotar ainda mais o judiciário com infinitas ações infundadas e

completamente desnecessárias, havendo uma enorme perda de tempo e de dinheiro, não só das partes como também do Estado.

8. BREVE INCURSÃO NO CENÁRIO INTERNACIONAL

Já foi dito que, no Brasil, as discussões acerca do dano moral estão em evidência desde a Constituição da República, de 1988, desenvolvendo-se gradativamente, desde então, buscando ainda a real consolidação do instituto junto à sociedade.

Lado outro, é preciso ressaltar que na esfera internacional (de onde, diga-se, o instituto do dano moral brasileiro inspirou-se), a doutrina estrangeira debate sobre o assunto, há mais de um século, sendo então absolutamente pertinente verificar e tomar, como parâmetro, o mais evoluído pensamento sobre o tema.

Neste sentido ganha destaque o estudo realizado pelo prof. Michel Cannarsa, intitulado de *Compensation for Personal Injury in France*²⁴, compilando-se os melhores e mais relevantes elementos do dano moral naquele país.

O dano moral extracontratual objetivo recebe o nome de *strict liability*, sendo regulado pelo artigo 1384, §1º do Código Civil Francês, que assim evidencia:

[Each one] is liable not only for the damage which he caused by his own act, but also for that which is caused by the act of persons for whom he is responsible, or by things which he has in his keeping. (...).²⁵

Esse dispositivo é utilizado pela Corte Francesa para a imposição de responsabilidade por dano moral na base do “uso, direção ou controle” da coisa que pode causar o dano. O responsável deve ser o guardador (*keeper*) da coisa, que deve atuar com todas as precauções que um homem prudente e diligente deve ter, sob pena de ser responsabilizado. Três condições são necessárias para a responsabilização:

²⁴ Disponível em www.jus.unitn.it/cardozo/review/2002/cannarsa.pdf

²⁵ “Cada um é responsável não somente por danos que ele causou por seus atos, mas também por aqueles que são causados pelos atos de pessoas pelo qual é responsável, ou por coisas que estão sob sua guarda” (tradução livre).

- a) A coisa deve ter causado um dano: inclui tanto os objetos perigosos por sua natureza (explosivos, armas, etc.) quanto aos produtos ordinários (cadeira, bicicletas, etc).
- b) O agir do produto/objeto deve causar o dano: não há responsabilidade quando a coisa simplesmente, de maneira passiva, causou o dano. O objeto deve ser determinante para a produção do dano.
- c) O responsável deve ter a guarda da coisa. Ter a guarda significa que o responsável deve poder usar, dirigir ou controlar a coisa.

De conseguinte, também se desenvolveu uma forma de responsabilização da empresa na cadeia de produção, sendo que para os casos da relação de consumo, o fornecedor é entendido como “o guardião da estrutura”, que significa que o fabricante remanesce como guardião da estrutura da coisa, perpetuando-se sua responsabilidade pelo danos que causar.

Ainda que o fabricante não detenha o uso, direção ou controle genuíno da coisa quando ele é vendido para terceiros, a Corte Francesa desenhou a distinção entre o “guardião da estrutura” e o “guardião do comportamento”. O Fabricante perde o controle sobre o comportamento, mas retém a responsabilidade pela estrutura, de modo que não é necessário o consumidor sequer provar a culpa. Por isso que é excludente de responsabilidade o caso fortuito e a força maior, em que os danos são inevitáveis.

No tocante à valoração desse dano moral, a vítima deve ser colocada na mesma posição que estaria se o acidente não tivesse ocorrido. Trata-se do princípio da reparação integral. As perdas devem ser avaliadas na sua integridade, tanto no sentido material quanto moral.

A compensação deve ser proporcional ao dano sofrido. Tal afirmativa é tradicionalmente baseada em considerações objetivas (gastos médicos, perda de renda, debilidade ocupacional, incapacidade parcial ou permanente) e considerações subjetivas (dor, estética, honra).

O juiz irá decidir o valor de acordo com o método da “avaliação em concreto”, no qual é dividida a perda da vítima em categorias (danos estéticos,

físicos, mentais, etc), e o valor final será verificado com a soma global de cada categoria. E esse valor não pode levar em consideração a referência social, cultural ou financeira da vítima.

O montante dos danos concedidos pelo tribunal representa a compensação devida por todos os danos e perda sofridos e nada além da lesão: não há danos punitivos. A quantidade de Compensação não pode depender do grau de culpa do réu. No entanto, alguns acadêmicos referem-se às vezes à pena de responsabilidade civil. O raciocínio é simples: não pode haver pena sem prévia cominação legal!

Entende-se que o instituto do dano moral, no Brasil, encontra suas raízes nas melhores doutrinas do direito internacional, tal como nas experiências jurisprudenciais de diversos países, sendo certo a aproximação, cada vez mais intensa, do sistema jurídico *common law*. Trata-se, pois, de uma marcha que não se encerrou, aliás, deve manter-se, sob o risco de “engessar” a sociedade brasileira, apartando-a da evolução histórico-jurídico (e negocial) mundial.

9. CONCLUSÃO

A luz da doutrina nacional (e, também, estrangeira) e jurisprudência, podemos definir o Dano Moral, como a repressão/supressão de um bem jurídico imaterial, ocasionada por um ato ilícito, capaz de ensejar, por sua vez, sentimentos de dor, vexame, angústia, intensa perturbação, que serão passíveis de compensação, na forma da lei.

Para a apuração, todos os meios de provas admissíveis devem ser empregados, independentemente de a quem incumbirá esse ônus, bem como da necessidade ou não da configuração de culpa do agente ofensor (adoção de Teoria Subjetiva ou Objetiva da Responsabilidade Civil).

Ademais, a quantificação daquele dano observará a natureza daquele abalo imaterial – se significativo ou mero aborrecimento – além de outros critérios relevantes, a exemplo da gravidade do ato ilícito e o eventual caráter punitivo-pedagógico a ser adotado, sobretudo, com moderação.

Nesse conseqüente, apura-se uma crescente tendência do Poder Judiciário em preocupar-se mais com o sopesamento da extensão do dano, a

repulsa ao mero aborrecimento a ao enriquecimento imotivado, após um período desenfreado de injustas concessões de altas indenizações, que acabou por ensejar o robustecimento da “Indústria do Dano Moral”.

Ressalta-se, por fim, que o tema, longe de reconhecer-se findo, mantém curso evolutivo, o que demanda o constante empenho e estudo acerca das novas discussões que, porventura, venham à lume, sobretudo aquelas formuladas e discutidas pela experiência jurídica estrangeira.

10. REFERÊNCIAS

CANNARSA, Michel, Compensation for Personal Injury in France. Disponível em www.jus.unitn.it/cardoza/review/2002/cannarsa.pdf. Acesso em: 15 mai. 2017;

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas, 2009;

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Curso de Direito Processual Cível. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. v.1, 17.ed., Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Revista Literária de Direito, Janeiro/fevereiro de 1996, Ano II, n.9;

_____. Curso de Direito Civil Brasileiro. vol. 7. Responsabilidade Civil. 22 ed. Editora São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Antonio Jeová. Dano Moral Indenizável conforme o novo CPC. 6ª. Ed. Juspodium, 2015;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Ementa: Dano moral. Valor afetivo exclusivo. Indenização. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 1.537 do Código Civil. RE 12.039. Relator: Lafayette de Andrada. Data do julgamento: 6.8.1948. RT 244/629

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.595.145 - RO (2016/0110546-4). RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. J. 15 de dezembro de 2016.

_____. RECURSO ESPECIAL Nº 1.634.824 - SE (2016/0236125-0). RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. J. 06 de dezembro de 2016;

THEODORO JUNIOR, Humberto. Dano Moral. 8.ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

A PROBLEMÁTICA DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

THE PROBLEM OF THE TAX ON GREAT FORTUNES AND THE PRINCIPLE OF CONTRIBUTIVE CAPACITY.

Eduardo Silva Luz¹ e Gabriele Sapiro²

Resumo

O presente artigo visa analisar o Imposto sobre Grandes Fortunas previsto na Constituição de 1988 como competência da União, mas que ainda não foi implementado, o que tem gerado diversas controvérsias principalmente pelos motivos que levam à omissão por parte dos legitimados a regulamentar esse tributo. Neste diapasão se analisará as questões quanto ao fato gerador desse imposto e as dúvidas existentes nesse sentido, assim como o tratamento constitucional dessa matéria, se dará continuidade examinando se o IGF adequar-se-ia aos princípios da capacidade contributiva, bem como será debatido os conceitos que envolvem esse princípio do direito tributário. Ademais para concluir será analisado o tratamento concedido à tributos semelhantes em outros ordenamentos fazendo-se uso de uma metodologia de análise comparada.

Palavras-Chaves: Imposto sobre Grandes Fortunas, Constituição e Capacidade Tributária.

Abstract

This article aims to analyse the wealth tax provided for in the Constitution of 1988 as competence of the Union, but which has not yet been implemented, which has generated several controversies mainly for the reasons which lead to the omission of the legitimate ones to regulate this tribute. This will analyse the issues of the fact that this tax and the doubts exist in this regard, as well as the constitutional treatment of this matter, it will continue to examine whether the wealth tax will adapt to the principles of contributing capacity, and the concepts that involve this principle of tax law are discussed. Furthermore, the treatment awarded to similar taxes in other ordinances will be analysed by using a methodology of analysis compared.

Keywords: Wealth Tax, Constitution and Tax Capacity.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB, Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, Graduação em Direito pela Associação de Ensino Superior do Piauí – AESPI. <http://lattes.cnpq.br/0844082552893121>

² Doutorado en Ciencias Jurídicas Y Sociales, Universidad Del Museo Social Argentino, UMSA, Argentina. Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor da Universidade Estadual do Piauí.

INTRODUÇÃO

O atual sistema tributário adquiriu nova roupagem ou novas características a partir da Constituição Federal de 1988, que passou a impor limitações ao poder de tributar pelo Estado, e consagrando o caráter pessoal do imposto intrinsecamente conectado com o princípio da capacidade contributiva.

A Constituição de 1988 também realizou uma nova subdivisão dos tributos, que ao contrário do que previa o texto constitucional de 1967, passou a ser dividido nas seguintes espécies: impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições.

O texto constitucional também passou a estabelecer as competências tributárias de cada ente federativo, estabelecendo assim o que cada um poderia instituir dentro do rol que estava previsto na Constituição taxativamente. Entretanto, a previsão do tributo no texto fundamental, não autorizava sua cobrança, nem muito menos obrigava que o Estado cobrasse-se esse tributo como no caso do Imposto sobre Grandes Fortunas.

E atualmente decorrido 29 anos desde a promulgação da Constituição Federal, o Imposto sobre Grandes Fortunas ainda carece de regulamentação e não foi implementado, sendo que diversos projetos de lei que visaram regulamentá-lo, não tiveram sucesso em sua finalidade.

A justificativa atual para rejeitar os citados projetos de leis, residia no fato de que segundo os parlamentares tal imposto acabaria por gerar altos custos na administração da arrecadação e um valor arrecadado não seria o suficiente para cobrir essas despesas, assim tornando inviável a instituição desse imposto. Entretanto vale ressaltar que além dessa motivação exposta, temos uma questão política e econômica que dificulta a instituição desse imposto sendo caracterizado principalmente pelas pessoas sobre qual recairia a cobrança desse tributo.

Outra argumentação contrária à instituição do referido tributo levantada por parlamentares, reside no fato de que alguns países europeus que possuíam esse tributo em seu sistema tributário estariam abandonando esses impostos

como o IGF. Contudo vale ressaltar que países como França tem tido um aumento significativo em sua arrecadação nesse tributo desde os anos 2000.

Em contrário senso os que defendem a implementação do Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil, argumentam que a instituição desse tributo geraria uma forma de concretização de justiça fiscal e social, melhorando a distribuição de renda e realizando as duas características sociais do tributo (tributação positiva e negativa).

Esse debate quanto ao IGF tem recrudescido e constantemente está presente nos debates quanto a reforma do sistema tributário ou mesmo nas discussões quanto a função social do tributo, em razão disso apresenta-se a necessidade do aprofundamento de pesquisas nessa área, e mesmo a pertinência do presente artigo, que se predispõem a discutir as diversas nuances presente nesse profícuo campo de estudo.

1. Imposto sobre grandes fortunas na constituição de 1988.

Inicialmente antes de aventurar-nos analisando o IGF, é necessário entender quais são os impostos que incidem sobre a riqueza, sendo que esses podem ser dois tipos principais, o primeiro é aplicado periodicamente sobre as riquezas de um determinado contribuinte, este sendo denominado como Imposto sobre Riqueza Líquida (Wealth Tax) o segundo é aquele que incide sobre a transferência de riqueza, sendo este chamado de Imposto sobre Heranças e/ou Doações (Kessler & Pestieau, 1991).

Vale ressaltar que já possuímos em nosso ordenamento jurídico, dois tipos de impostos incidentes sobre a transferência de riquezas, sendo estes o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação e o Imposto sobre transmissão de bens imóveis, sendo o primeiro de competência estadual enquanto o segundo municipal.

Enquanto que o primeiro tipo de tributo incidente sobre a Riqueza deveria ficar sobre competência da união principalmente devido o caráter político e nacional. Dessa forma, a constituição de 1988 previu no rol dos impostos de competência da União o IGF (no artigo 153, inciso VII da CF/1988) embora o

mesmo ainda não esteja regulamentado pela legislação complementar, não podendo dessa forma ser cobrado por parte do ente federado responsável.

Essa problemática se deve em razão de que próprio o legislador originário não chegou a definir especificamente o que seria o fato gerador do Imposto sobre grandes fortunas, deixando a questão aberta para diversas controversas. Neste diapasão vale citar Ives Gandra da Silva Martins:

O próprio nome do imposto é curioso. O imposto incide sobre “grandes fortunas”. Uma “grande fortuna” é mais do que apenas uma “fortuna”. Já “fortuna” é maior do que “riqueza”. Ora, se o tributo incidisse apenas sobre grandes fortunas, deixando de fora “fortunas normais” e “riquezas normais”, poucos seriam os contribuintes sujeitos a ele. E, se viesse a incidir sobre qualquer valor de expressão, fora daquilo que, pelos padrões econômicos constitui uma “grande” (o adjetivo é relevante na lei) “fortuna”, seria inconstitucional. (MARTINS, 2008)

Dessa forma percebe-se que o enunciado contido na própria constituição é bastante aberto para diversas interpretações, o que dificultaria a instituição de tal imposto em decorrência da dificuldade de se definir o contribuinte.

É de bom alvitre ressaltar que os Impostos sobre a Riqueza como o IGF, são tributos que incidirão sobre o patrimônio pessoal agregado de uma pessoa ou mesmo de sua família. Sendo assim a base de cálculo do Imposto sobre Grandes Fortunas seria demasiadamente abrangente, incidindo em patrimônios como ações acumuladas, depósitos bancários e de poupança, em seguros, investimentos em ativos reais de empresas, em tudo aquilo que gerasse o que se denomina de grande fortuna.

Porém para instituir esse tributo a base de calcula deveria ser bem definida assim como o seu fato gerador, ou seja a partir de qual valor poderia ser considerado uma grande fortuna que justificasse a incidência de tal imposto, mais uma vez chegamos no problema central que seria o “*quantum*” que viria a justificar a tributação. Os diversos projetos de lei que tentaram tratar da matéria entre eles, o PL nº 277/2008 definia como grande fortuna o patrimônio com valor superior a R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais), entretanto assim como a maioria dos projetos nesse sentido, não houve grande avanço na matéria dentro do Congresso Nacional.

2. A efetivação do princípio da capacidade contributiva através do IGF.

O Princípio da capacidade contributiva trata-se de um dos fundamentos do sistema tributário nacional bem como orienta, os demais princípios aplicados nesta seara do direito. José Maurício Conti (1996, p.37) destaca que a capacidade contributiva tinha uma grande relevância que foi inserida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu artigo 13, com o seguinte enunciado:

Para a manutenção da força pública e para as despesas da administração é indispensável uma contribuição comum; esta deve ser repartida por igual entre todos os cidadãos, tendo em conta as suas possibilidades (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789)

Essa previsão do princípio da capacidade contributiva contida na Declaração foi responsável por disseminar esse ideal em diversas Constituições Modernas. Assim vale ressaltar que o princípio da capacidade contributiva está intrinsecamente conectado com os ideais de justiça tributária, na qual a carga tributária arcada por um contribuinte deveria ser proporcional à riqueza ou ao patrimônio acumulado por este.

Torna-se importante assinalar que embora a capacidade contributiva esteja interligada com a capacidade econômica, com esta não coincide totalmente. Moschetti salienta que:

A capacidade econômica é apenas uma condição necessária para a existência da capacidade contributiva, posto que esta é a capacidade econômica qualificada por um dever orientado e caracterizado por um prevalente interesse coletivo, não podendo considerar a riqueza do indivíduo separadamente das exigências coletivas (MOSCHETTI, 1980, p. 279)

No Brasil o princípio da capacidade contributiva ganhou status constitucional ao ser inserido no artigo 145 parágrafo 1º que assevera “que sempre que possível, os impostos terão caráter individual e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. Com isso visualiza-se a

concretização do princípio da igualdade em matéria tributária como forma de concretização de uma justiça social (BRAMBILLA, 2010).

Baleeiro (1976, p.30) em seu livro de Direito tributário conceituará a capacidade contributiva como “o atributo que deve qualificar alguém aos olhos do legislador como sujeito passivo da relação tributária. O fato-condição apenas exterioriza este tributo, relevando-o ao fisco”.

O Ministro Gilmar Mendes (2009) ao tratar do princípio da capacidade contributiva, assevera que esse tem importante relação com o princípio da solidariedade e com o do tratamento isonômico, em razão de que haver-se-ia um tratamento diferenciado entre os contribuintes com inferioridade e superioridade econômica.

Com isso, a tributação de grandes fortunas por meio do IGF, seria uma forma de garantir a consecução do princípio da capacidade contributiva, em razão de que sendo um imposto pessoal que termina por onerar os que possuem uma situação econômica de superioridade.

Dentro da exposição de motivos de PLP 202/89-B, PLP 277/2008, PLS 128/2008, PLS 534/2011, todos projetos que visavam instituir o imposto sobre grandes fortunas argumentavam na mesma linha de obediência ao princípio da capacidade contributiva, sendo assim um instrumento de correção de distorções que traria uma justiça social ao sistema tributário.

Contudo Thuoronyi (1996, p. 150) adverte que a capacidade contributiva derivada da renda não deve ser apresentada como única justificativa de se cobrar os tributos progressivos como Imposto sobre grandes fortunas em decorrência de que grandes concentrações de riqueza constituída por um reduzido número de pessoas pode vir a gerar efeitos sociais e políticos indesejados.

No Brasil tem-se uma imensa dificuldade política, em aprovar tributos que incidam diretamente e progressivamente na renda dos contribuintes, em razão dessa dificuldade histórica, tem-se privilegiado a tributação indireta, através de tributos incidentes no consumo, algo que não respeita o princípio da capacidade contributiva:

O grande problema é que esses impostos indiretos são iguais para todos e por isso acabam, proporcionalmente, penalizando

mais os pobres. Por exemplo, o tributo pago quando uma pessoa compra um saco de arroz ou um bilhete de metrô será o mesmo, independentemente de sua renda. Logo, significa uma proporção maior da remuneração de quem ganha menos. (GOMES, 2014).

Dessa forma a tributação direta, progressiva e pessoal como o IGF, pode ser uma forma de corrigir os problemas acima, entretanto ainda tem-se a problemática de definir quem seria o contribuinte e qual o fato gerador desse tributo.

3. ANÁLISE COMPARADA DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS.

Ao analisar um instituto jurídico, é de grande valia estudá-lo de forma comparada, vendo as diversas formas de aplicação deste. No caso do Imposto Sobre Grandes Fortunas, percebe-se que o debate sobre este tributo não é uma peculiaridade do Brasil.

Vale citar que as maiorias dos países europeus já adotaram alguma forma de imposto sobre grandes fortunas, com a exceção de Bélgica, Portugal e Reino Unido. Entretanto na Europa apenas Holanda, França, Suíça, Noruega, Islândia, Luxemburgo, Hungria e Espanha mantêm esse tributo em seus ordenamentos, no caso da América Latina esse tributo está presente nos sistemas tributários da Colômbia, Argentina e Uruguai.

O Imposto sobre grandes fortunas sofreu grande baixa na Europa na década de 1990, quando diversos países passaram a expurgar esse tributo dos seus ordenamentos devido a crise fiscal, causada pela transferência de capital para países que possuíam uma menor carga fiscal os chamados paraísos fiscais, além de que tinha-se um alto custo administrativo no processo de arrecadação, além dos casos de confusão patrimonial entre pessoas físicas e jurídicas (Ristea & Trandafir, 2010).

Entretanto apesar desses problemas que levaram o imposto sobre grandes fortunas ser abolido em alguns países europeus, vale citar que algumas

experiências como no caso da França e Argentina, fazem com que seja factível o advento desse tributo.

3.1. Espanha

A Espanha extinguiu o Impuesto sobre el Patrimonio em 2008, entretanto devido a crise financeira e fiscal, o imposto acabou sendo reintroduzido no sistema tributário espanhol no ano de 2011, porém limitado inicialmente apenas para os exercícios fiscais, de 2012 e 2013 com a finalidade de reduzir o déficit fiscal.

No caso espanhol o Decreto-Ley 13/2011 definiu que contribuinte desse imposto será aquele que tendo um patrimônio maior de 2 milhões de euros no que exceder a 700 mil euros, com alíquotas variando entre 1,3% a 2,5%. Entretanto o Impuesto sobre el Patrimonio nunca correspondeu à uma margem grande de arrecadação de receitas em razão de que ao contrário da França, a Espanha não tem uma grande estrutura de avaliação e fiscalização.

3.2. França

A França adota o *Impôt sur les Grandes Fortunes* desde 1981, com um breve período entre 1986 a 1988 que por conta de um parlamento conservador o imposto foi abolido e novamente instituído em 1988. Inicialmente abrangia tanto o patrimônio de pessoas físicas como jurídicas, mas em 1984 foi restrito apenas as pessoas físicas.

Os direitos autorais e artísticos e os ativos de importância artística, histórica ou ecológica como no caso de coleções e móveis são isentos do imposto, assim como no caso de ativos previdenciários.

As alíquotas do *Impôt sur les Grandes Fortunes* variam entre 0,55% a 1,8% incidindo sobre o que exceder 800 mil euros. Como forma de reduzir o dispêndio tributário após pago ISF, sua soma com o Imposto de Renda não deve ser superior a 50% da renda bruta do contribuinte.

No caso de propriedades a avaliação do valor delas é reduzida em 30% para efeitos de incidência do ISF, e as propriedades alugadas a redução do valor para efeitos de base de cálculo é reduzido em 20% como forma de alívio fiscal.

Segundo a *Direction générale des finances publiques (DGFIP)*, o número de contribuintes cresceu de 168 mil para 562 mil famílias no período de 1992 à 2010, o que representou um aumento de arrecadação de 1 bilhão de euros para 4,5 bilhões de euros.

3.3. Argentina

No caso Argentino, substituiu-se o imposto sobre heranças pelo imposto sobre bens pessoais instituído desde 1973, tendo passado por diversas mudanças desde que foi introduzido no sistema tributário Argentino.

Regulado atualmente pela Ley 23.966/1991 incide basicamente sobre o patrimônio bruto do contribuinte por meio de alíquotas progressivas de 0,75% e 1,25%, no que exceder o limite de isenção de 305 mil pesos argentinos. (US\$ 72,5 mil).

O Imposto sobre bens pessoais representa atualmente apenas 2% das receitas Argentina, entretanto quando analisado o valor real arrecadado por esse imposto os valores tem aumentado gradativamente, passando de 1 trilhão de pesos em 1996 para 5,1 trilhões em 2010 segundo *Administración Federal de Ingresos Públicos*.

3.4. Uruguai

No caso do Uruguai este país possui o *Impuesto al Patrimonio* que incide sobre o patrimônio líquido tanto de pessoas físicas como jurídicas, instituído desde o ano de 1989. Para ser contribuinte desse imposto é necessário que tenha-se uma riqueza líquida acima de 2,21 milhões de pesos uruguaios.

As alíquotas são progressivas e variam de 0,7% a 2,0%, sendo que para aqueles que não residem no Uruguai, mas que tem patrimônio no país, a alíquota é única fixada no percentual de 1,5%.

Esse imposto representa entre 4,1% e 6,5% das receitas arrecadados pelo Governo Central, sendo que a maior parte dessa arrecadação vem da tributação do patrimônio de pessoas jurídicas, segundo a *Dirección General Impositiva* a arrecadação cresceu de 3,7 bilhões de pesos uruguaios para 9 bilhões em um período de 1996 à 2010.

4. Conclusão

A partir do que foi exposto durante todo o trabalho, é possível perceber que se trata de um tema em que debate permanece em evidência desde a promulgação da Constituição de 1988, e que não tem um prazo para findar, em razão de que não aparece no horizonte, nenhuma proposta que possa vir a unificar pensamentos e consolidar a matéria principalmente no Congresso Nacional, instituição que seria responsável por regulamentar esse tributo.

Vale salientar que, em razão de o Imposto sobre Grandes Fortunas ser de tão sobremodo polêmico, mesmo o Supremo Tribunal Federal tem deixado de analisar a matéria deixando a competência para o Congresso e para União, assim foi decidido no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 31, proposta pelo Governador do Estado do Maranhão, de Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que acertadamente extinguiu a ação, sem resolução de mérito em razão de que o Governador não teria legitimidade para propor a ação de controle de constitucionalidade concentrado nesse caso.

Faz-se necessário levantar a questão econômica quanto ao IGF se à arrecadação advinda desse tributo seria o suficiente para custear mesmo seu próprio custo de administração. Bem como quais seriam os efeitos da implementação desse tributo na economia brasileira como um todo, é possível buscar diversos exemplos que deram certos no caso de países europeus e latino-americanos que tornam factível a cobrança desse imposto, entretanto é necessário um estudo técnico que analise a perspectiva brasileira.

Outra questão que deve ser desenvolvida para que possa resolver a celeuma existente quanto ao Imposto de Grande Fortuna, é definir qual seria o fato gerador desse tributo, e a partir daí sabermos qual seria seu contribuinte e base de cálculo para que assim seja concretizado o princípio da capacidade contributiva, entretanto é exatamente esse o ponto de maior inflexão que vem dificultando à sua instituição.

Torna-se óbvia a afirmação de que o sistema tributário brasileiro não é o ideal, e essa frase ganha mais força ainda em períodos de fragilidade econômica, a solução para o sistema tributário melhor passa muito mais por uma melhor administração tributária do que pela a instituição de novos tributos ou mesmo por novas formas de custeio, é necessário um debate e estudo mais aprofundado e técnico por parte da administração pública ao invés de buscar-se

soluções simplistas, para que dessa forma se tenha uma justiça social tributária e o respeito pelos princípios tributários.

5. Referências

ARGENTINA. **Ley nº 23.966 de 26 de Marzo de 1997** (Aprúebase el texto ordenado del Título VI de la Ley nº 23.966 del Impuesto sobre los Bienes Personales y sus modificaciones). Buenos Aires: Boletín Oficial: 15 de Abril de 1997.

BIRD, Richard M. **The Taxation of Personal Wealth in International Perspective**. Canada Public Policy: Analyse de Politiques. v. XVII:3, pp. 322-34, 1991

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Forense, 1976.
BRAMBILLA, Leandro Vilela. **No que consiste o princípio da capacidade contributiva?** Jus Brasil, 01.03.2010. Documento eletrônico. Disponível na Internet via: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2099183/no-que-consiste-o-principio-da-capacidade-contributiva-leandro-vilela-brambilla> Acesso em 09.07.2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar PLP 277/2008**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 4. ed. Malheiros, 1993.

CARVALHO JR. Pedro. H. B. **Aspectos Distributivos do IPTU e do Patrimônio Imobiliário das Famílias Brasileiras**. Rio de Janeiro, IPEA, agosto de 2009

CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. São Paulo : Dialética, 1996.

GOMES, Neuci. **Rico é menos taxado no Brasil do que na maioria do G20**. Jus Brasil, 2014. Documento eletrônico. Disponível na Internet via: http://nelcismgomes.jusbrasil.com.br/noticias/114085999/rico-e-menos-taxado-no-brasil-do-que-na-maioria-do-g20?ref=topic_feed . Acesso em 15.11.2014.

KESSLER, D. PESTIEAU, P. **The Taxation of Wealth in the EEC: Facts and Trends**. Canada Public Policy: Analyse de Politiques. v. XVII:3, pp. 309-21, 1991

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O imposto sobre grandes fortunas.** 06.08.2002. Documento eletrônico. Disponível na Internet em: http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/05/73dee55a200268_o_imp_sobre_gdes_forts.pdf . Acesso em 08.17.2017.

MOSCHETTI, Francesco. **El principio da capacidad contributiva.** Madrid : Instituto de Estudios Fiscales, 1980.

MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. **Imposto sobre grandes fortunas no Brasil: origens, especulações e arquétipo constitucional.** São Paulo: MP, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI.** Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Edição digital: 2014. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 36 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

THURONYI, V. **Tax Law Design and Drafting.** vol 1. Fundo Monetário Internacional, 1996

RISTEA, L. TRANDAFIR, A.. **Wealth Tax Within Europe in the Context of a Possible Implementation in Romania: the existing Wealth Tax and its decline in Europe.** Annals of the University of Petroșani, Economics v. 10 (2). Bucareste: University of Petroșani, 2010

URUGUAI. **Título 14 del Texto Ordenado – Impuesto al Patrimonio** (introduzido pela Ley 16.736 de 5 de janeiro de 1996). Montevideu: Janeiro de 1996.

VAN DEN NOORD, P. **The Tax System in Norway: Past Reforms and Future Challenges.** Paris: OECD Economics. Department, 2000

VICCHI, Juan Carlos. **Taxes on Wealth in Argentina.** In: Congress of the International Fiscal Association. Buenos Aires: International Bureau of Fiscal Documentation, Setembro de 2005.

REGIÕES METROPOLITANAS NO BRASIL

METROPOLITAN AREAS IN BRAZIL

Victor Siebra Pereira Ramos¹

RESUMO

A criação de regiões metropolitanas (RMs) no Brasil iniciou-se em 1973, com a edição da Lei Complementar nº 14, com fulcro na Constituição de 1967, que instalou as oito primeiras RMs nacionais. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a competência para instituir regiões metropolitanas passou a ser dos Estados. Desde então, quase todos os estados da federação instituíram regiões metropolitanas sob diversos motivos, sem observar, na maioria dos casos, qualquer critério técnico, resultando em existência meramente formal daquelas e falta de gestão dessas unidades territoriais.

Palavras-chave: regiões metropolitanas; definições; criação; ausência de critérios; falta de gestão.

ABSTRACT

The creation of metropolitan areas in Brazil began in 1973, with the edition of Complementary Law n. 14, with fulcrum in the 1967 Constitution, which installed the first eight national metropolitan areas. With the enactment of the Federal Constitution of 1988, the competence to establish metropolitan areas became the States. Since then, almost all the states of the federation have instituted metropolitan areas under various motives, without observing, in most cases, any technical criterion, resulting in a merely formal existence of those and lack of management of these territorial units.

Keywords: metropolitan areas; concepts; creation; absence of method; lack of management.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Região metropolitana é um conceito cunhado a partir dos significados de região, que, geograficamente, é uma área contínua com características homogêneas em determinado aspecto natural ou social, e metrópole, que, desde a Grécia, significa uma cidade-mãe, que exerce forte influência sobre seu entorno, polarizando complexidade funcional que a destaca dentre as demais

¹ Graduação de Direito na Universidade Federal da Paraíba.

daquela região. Então, tecnicamente, uma região metropolitana é uma área formada por municípios limítrofes que apresentam estrutura urbana interligada em torno de uma metrópole, que exerce grande influência sobre as demais cidades da região e congrega serviços públicos e privados que geram dependência econômica, política e social no âmbito de uma região nacional.

No Brasil, a criação de regiões metropolitanas foi iniciada em 1973, com a Lei Complementar nº 14, editada pelo Congresso Nacional, pois à época, conforme a Constituição de 1967, em seu art. 164, a competência para estabelecimento de regiões metropolitanas era da União. Tal lei instituiu as regiões metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza. Posteriormente, por meio da Lei Complementar nº 20/1974, foi criada a Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

Dispunha a Constituição de 1967 que as regiões metropolitanas serviriam à realização de serviços comuns entre seus municípios, que deveriam fazer parte da mesma comunidade socioeconômica. Já a Lei Complementar nº 14 dispôs, além da constituição das RMs já citadas, que cada uma delas deveria contar com um Conselho Deliberativo, para promover a elaboração do Plano de Desenvolvimento integrado da região metropolitana e a programação dos serviços comuns e coordenar a execução de programas e projetos de interesse da região metropolitana, objetivando-lhes, sempre que possível, a unificação quanto aos serviços comuns; e um Conselho Consultivo, para opinar, por solicitação do Conselho Deliberativo, sobre questões de interesse da região metropolitana e sugerir ao Conselho Deliberativo a elaboração de planos regionais e a adoção de providências relativas à execução dos serviços comuns, ambos criados por lei estadual.

2. CRIAÇÃO DE REGIÕES METROPOLITANAS APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a instituição de regiões metropolitanas passou a ter fulcro em seu art. 25, §3º, que transferiu aos Estados a competência para criação de RMs, *in verbis*: “Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações

urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”. Outrossim, a Carta Magna dedicou um Capítulo, formado pelos artigos 182 e 183, para tratar da Política Urbana. Tais artigos, por sua vez, foram regulamentados pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade.

O Estatuto da Cidade dispôs que o planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões é um dos instrumentos da Política Urbana; que nas regiões metropolitanas ou nas aglomerações urbanas poderão ser realizadas operações urbanas consorciadas interfederativas, aprovadas por leis estaduais específicas; que o Plano Diretor é obrigatório para cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; e que os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e sociedade civil organizada atingida pela RM a fim de se garantir o controle de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

2.1. AUSÊNCIA DE CONCEITUAÇÃO E DISTINÇÃO LEGAIS ENTRE RMS, AGLOMERAÇÕES URBANAS E MICRORREGIÕES E SUAS DEFINIÇÕES TÉCNICAS

Embora o Estatuto da Cidade tenha estabelecido diretrizes gerais da política urbana, notadamente, a gestão democrática da cidade, não se propôs a definir e distinguir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, permitindo aos Estados criarem, sem qualquer critério técnico, suas regiões metropolitanas, resultando em distorções e grandes diferenças, quantitativa e qualitativamente, entre as regiões metropolitanas existentes no país. Esta omissão é a principal crítica a esse diploma legal feita por comentadores do Direito Municipal, como CARMO e FALCOSKI (2005) que sugerem as definições da urbanista Clementina de Ambrosio para suprir essas lacunas.

A citada urbanista define microrregião como um território compreendendo vários municípios, com características peculiares de

homogeneidade quanto à polarização, necessidades, potencialidades etc. que os diferenciam do território circundante. Pressupõe uma realidade social e econômica que pode envolver funções públicas de interesse comum a municípios limítrofes; aglomeração urbana enquanto realidade social e econômica cuja característica é uma área urbanizada mais ou menos contínua, envolvendo municípios limítrofes e múltiplas funções de interesse comum; e região metropolitana pressupondo uma realidade social e econômica, cujo centro dinâmico é a metrópole, polo de atração (e/ou dominação) de um grande espaço de produção e consumo, e cuja manifestação é a intensa urbanização que dá origem a múltiplas funções de interesse comum aos municípios limítrofes que a contêm.

Vejam, também, sobre as distinções entre RMs, aglomerações urbanas e microrregiões, o que diz José Afonso da Silva(2012 *apud* MENCIO, Mariana, 2015):

"Regiões Metropolitanas constitui-se de um conjunto de Municípios cujas sedes se unem com certa continuidade urbana em torno de um Município; Microrregiões forma-se de grupos de Municípios limítrofes com certa homogeneidade e problemas administrativos comuns, cujas sedes não sejam unidas por continuidade urbana. Aglomerações Urbanas carecem de conceituação, mas de logo se percebe que se trata de áreas urbanas SEM um pólo de atração urbana, quer tais áreas sejam das cidades-sedes dos Municípios, como na Baixada Santista, ou não".

A doutora em Direito Urbanístico Mariana Mencio enfatiza que esse entendimento é compartilhado por Rafael Augusto Silva Domingues e arremata: "as microrregiões não apresentam continuidade urbana. Por sua vez, as aglomerações urbanas, embora muito semelhantes às regiões metropolitanas, não contam com um Município-polo que exerça atração em relação aos Municípios limítrofes." (MENCIO, 2015).

Vê-se, portanto, que esses três tipos de organização do espaço urbano são muito semelhantes entre si, porém com algumas características que possibilitam sua diferenciação:na microrregião e na aglomeração urbana não há a polarização em torno de uma cidade,mas se diferenciam entre si pela necessária urbanização e sua continuidade e complexidade social da segunda; já na região metropolitana, deve haver uma polarização das relações políticas, sociais e econômicas numa metrópole,cidade de maior dimensão e

complexidade que as demais que compõem a RM, inclusive destacando-se dentre as capitais da região e em âmbito nacional.

2.2. EXEMPLOS MATERIAIS DE REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERAÇÕES URBANAS E MICRORREGIÕES

A nível mundial, podemos citar como exemplos de regiões metropolitanas aquelas em torno de Tóquio (Japão), a maior do mundo, com mais de 37 milhões de habitantes; Seul (Coreia do Sul), com mais de 25 milhões de habitantes; e Xangai (China), que também tem população superior a 25 milhões, todas concentradas em extensa área conurbada, com alta densidade demográfica e de atividades urbanas. No Brasil, destacam-se algumas regiões de indiscutível complexidade e abrangente área de influência, que representam referência, inclusive, nacional, como São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre e Recife. A Região Metropolitana de São Paulo é a maior do Brasil, reunindo 39 municípios conurbados e intensamente relacionados em suas diversas funções urbanas, somando uma população de mais de 21 milhões de habitantes, em uma área de aproximadamente 8 mil Km², atingindo uma densidade demográfica de 2.673 hab./Km², segundo dados de 2016 do IBGE.

Como exemplo de aglomeração urbana, no contexto mundial, destaca-se o Vale do Ruhr, no oeste da Alemanha, que, mesmo sem conter uma metrópole, constitui-se em uma conurbação de grande número de municípios, que ocupam vasta área física totalmente interligada e caracterizam-se pela diversidade de funções urbanas e pela especialidade de suas atividades econômicas. No Brasil, podemos citar como exemplo material de aglomeração urbana a de Presidente Prudente com Álvares Machado, no estado de São Paulo, estudada e descrita por MIYAZAKI e WHITACKER (2005). Já como exemplos de microrregiões brasileiras, podemos citar a dos Lagos, no Rio de Janeiro; e a do Vale do Paranaíba, em Minas Gerais, que é constituída por vinte e quatro municípios, dentre eles, Uberlândia, que tem a segunda maior população do estado (mais de 600 mil habitantes) e é sede da Associação dos Municípios da Microrregião do Vale do Paranaíba, que visa à integração

administrativa, econômica e social, assim como a cooperação técnica e financeira dos municípios daquela microrregião.

2.3. PROLIFERAÇÃO DE REGIÕES METROPOLITANAS FORMAIS E A TARDIA DEFINIÇÃO LEGAL

Enquanto geógrafos, urbanistas e pesquisadores em Direito Urbanístico preocupavam-se em definir e distinguir RMs, aglomerações urbanas e microrregiões, diante da omissão legislativa, Estados continuavam a instituir legalmente suas regiões metropolitanas, com base em qualquer critério e, às vezes, sem critério algum, apenas para estabelecer a cobrança de tarifas telefônicas locais para ligações entre municípios da mesma região metropolitana e tornarem-se elegíveis a recebimentos de maior monta de recursos federais, a despeito da possibilidade de firmarem consórcios públicos para gestão compartilhada dos recursos financeiros e execução de obras e serviços (COSTA, M.A.; TSUKUMO, I., 2013, p. 325).

Apenas em 2015, com a edição do Estatuto da MetrÓpole, o legislador nacional preocupou-se em definir região metropolitana e aglomeração urbana e estabelecer critérios para criação pelos Estados dessas unidades territoriais. A essa altura o Brasil já contava com 66 regiões metropolitanas formais, espalhadas por todas as regiões geográficas do país. Após a sanção do Estatuto da MetrÓpole, que teve vigência na data de sua publicação, 13 de janeiro de 2015, três regiões metropolitanas foram instituídas, as de Porto Velho (RO), Ribeirão Preto (SP) e Sobral (CE), totalizando 69 RMs, em 24 estados, conforme dados do IBGE, do corrente ano.

O Estatuto da MetrÓpole conceitua região metropolitana como “aglomeração urbana que configure uma metrÓpole” (art. 2º, inciso VII) e metrÓpole enquanto “espaço urbano com continuidade territorial que, em razão de sua população e relevância política e socioeconômica, tem influência nacional ou sobre uma região que configure, no mínimo, a área de influência de uma capital regional, conforme os critérios adotados pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE” (art. 2º, inciso V). Os critérios definidos pelo IBGE a que se refere tal dispositivo legal estão presentes no

documento técnico “Regiões de Influência das CIDADES”, publicado pelo instituto em 2007 e ainda sem atualização.

2.4. CONTINUIDADE DA INOBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS TÉCNICOS NA CRIAÇÃO DE RMS

Não obstante o Legislativo nacional tenha, ainda que tardiamente, estabelecido critérios para a instituição de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, a partir de 2015, e traçado diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum nessas unidades territoriais, os Estados continuam criando RMs livremente, conforme critérios próprios, preconizados em suas Constituições Estaduais, com fundamento na competência reservada a estes entes federativos pela Constituição, em seu art. 25. Esta afirmação pode ser constatada na edição da lei que criou a RM de Sobral, em 2016, por exemplo. Mesmo que não se observasse a redação do respectivo diploma legal, não seria razoável inferir que tal instituição tenha levado em consideração os critérios estabelecidos no Estatuto da Metrópole quando tal região engloba municípios pouco urbanizados, sem continuidade territorial urbana e contando com 18 municípios que somam população de menos de 500 mil habitantes, conforme dados atuais do IBGE.

Sendo assim, neste ponto, surge uma controvérsia, que pode ser facilmente resolvida pela própria Constituição Federal: a Carta Magna estabeleceu que cabe à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano (art. 21, inciso XX); que a União tem competência concorrente com os Estados para legislar sobre direito urbanístico (art. 24, inciso I); que, inexistindo lei nacional sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena (art. 24, § 3º); e que, a superveniência de tal lei, suspenderá a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária (art. 24, § 4º), ou seja, antes do advento do Estatuto da Metrópole os Estados poderiam dispor livremente sobre a criação de regiões metropolitanas, sem a observância de critérios pré-estabelecidos, entretanto, com a vigência da lei nacional que estabeleceu as definições de região metropolitana e aglomeração urbana e os critérios para sua criação, os

Estados ficam obrigados a seguirem tais premissas quando da edição de leis que instituem RMs.

Nesse sentido, vejamos o que diz a já citada doutora em Direito Urbanístico Mariana Mencio:

“Isto significa dizer que, por força da competência concorrente, a lei federal estabeleceu critérios mínimos que deverão nortear a criação das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas por parte de todos os Estados da federação. Isto não foi feito com relação à microrregião.

[...]

Por isto consideramos constitucional a norma geral federal, que uniformiza os critérios de criação das figuras regionais e contribui com a harmonia do planejamento urbano em todo o território nacional.” (MENCIO, M., 2015).

Assim, permanece no Brasil a incongruência entre o que de fato, técnica e materialmente, é uma região metropolitana e o que são as RMs formais, criadas por leis estaduais que não observavam e continuam sem observar critérios técnicos para sua instituição. Das 69 regiões metropolitanas instituídas no Brasil, exceto as “originais” criadas na década de 1970, a maioria são, tecnicamente, microrregiões.

3. A INVERSÃO DAS RAZÕES PARA A CRIAÇÃO DE RMS E A SUA FALTA DE GESTÃO

A instituição de regiões metropolitanas serve, precipuamente, à consolidação de uma gestão intermunicipal e participativa de interesses comuns advindos de uma realidade social pré-existente, todavia, a maioria das RMs criadas no país não foram instituídas dessa maneira, mas artificialmente, quando surgem no plano legal apenas, sem que exista de fato uma dinâmica política e socioeconômica que passou a ser reconhecida formalmente.

A crítica aqui feita à criação de regiões metropolitanas sem observação de critérios não é por apego à literalidade de conceitos técnicos nem formalismo desprovido de propósito. Ocorre que ao se instituir regiões metropolitanas sem que de fato exista realidade social que a justifique, a finalidade desse arranjo político e jurídico, que deve ser a gestão compartilhada para a superação de dificuldades comuns e a promoção de ações para maior desenvolvimento

socioeconômico da população dos municípios interligados, acaba por não ser alcançada.

A Constituição Federal atribui competência e o Estatuto da Metrópole define critérios para que os Estados estabeleçam não só regiões metropolitanas, mas também aglomerações urbanas e microrregiões, todas com vistas à integração do planejamento, organização e execução das funções públicas de interesse comum aos municípios limítrofes envolvidos, por isso, o diploma legal editado em 2015, que complementa e altera o Estatuto da Cidade, de 2001, apresenta as diretrizes da governança interfederativa, notadamente, a prevalência do interesse comum sobre o local e a gestão compartilhada; e os instrumentos para o desenvolvimento urbano integrado.

Estudos publicados em 2013 mostraram que apenas 47% das RMs contavam com instância exclusiva de gestão, apesar de a maioria (80%) ter conselho deliberativo instituído legalmente; 73% possuíam fundo legalmente instituído, mas 60% desses fundos nunca tinham sido alimentados; das que possuíam conselho deliberativo instituído, apenas 33% previam a participação da sociedade civil, e dois terços não tiveram reunião no ano anterior ao da pesquisa. Além disso, somente um terço das RMs possuíam, ou estavam elaborando, seus planos metropolitanos. Por isso, seus autores ponderam:

“A essa altura, pode-se afirmar com alguma segurança que o quadro não dá margens a muitas dúvidas: não há, rigorosamente falando, gestão metropolitana no país, ao menos não no sentido de que um determinado desenho institucional responda aos anseios, estratégias e objetivos de uma política de ordenamento territorial e/ou à gestão integrada de desafios compartilhados.” (COSTA, M. A.; TSUKUMO, I., 2013).

Esses dados e apontamentos, portanto, corroboram a nossa visão de que a criação de uma região metropolitana fictícia, que só existe no âmbito legal, não cumpre sua finalidade precípua, motivo pelo qual o próprio instituto jurídico-político foi inserido na ordem constitucional e no ordenamento jurídico pátrios.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das análises feitas neste trabalho podemos sugerir que no Brasil existem regiões metropolitanas reais ou materiais, que existem enquanto

fenômeno geográfico e socioeconômico, que são praticamente as mesmas criadas há 40 anos; e regiões metropolitanas institucionais ou legais, meramente formais, que só existem no mundo jurídico, pois não foram criadas a partir de uma realidade social metropolitana pré-existente.

Outrossim, verificamos que a maioria das regiões metropolitanas brasileiras têm objetivos inócuos e não alcançam as finalidades intrínsecas ao processo de metropolização. Ademais, mesmo as RMs “originais” e com realidades metropolitanas, têm arranjos institucionais para gestão compartilhada frágeis e pouco eficientes, enquanto existem outras em situações semelhantes ou mais distantes das diretrizes legais que devem orientar a gestão metropolitana ou interfederativa, sequer construindo seus planos de desenvolvimento urbano integrado.

Destarte, podemos questionar por quê e para quê existem tantas regiões metropolitanas e qual a motivação desse vigoroso processo de metropolização institucional no Brasil. Talvez haja inviabilidade do pacto federativo em vigor para dar conta das demandas socioeconômicas dos municípios brasileiros ou pode ser apenas um problema de má gestão dos recursos públicos. Este trabalho não tem a pretensão de responder perguntas tão complexas, apenas de ensejar a reflexão sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

BRASIL. **Lei Complementar nº 14, de 8 de junho de 1973.**

BRASIL. **Lei Complementar nº 20, de 1º de julho de 1974.**

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade).**

BRASIL. **Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrôpole).**

CARMO, Silvia do; FALCOSKI, Luiz. Um olhar sobre o planejamento e gestão metropolitanos: a região metropolitana da Baixada Santista. **Cadernos Metrôpole**, n. 14, 2005. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/metropole/article/view/8792>. Acessado em 24 de novembro de 2017.

COSTA, Marco Aurélio; TSUKUMO, Isadora T. L. (org.). **40 anos de Regiões Metropolitanas no Brasil**. Série Rede Ipea Projeto Governança Metropolitana no Brasil, v. 1. Brasília: Ipea, 2013.

Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/temasrelevantes/livro_40_anos_de_regioes_metropolitanas_v.1_web.pdf. Acessado em 23 de novembro de 2017.

FREITAS, Ruskin. Regiões Metropolitanas: uma abordagem conceitual. **Humanae**, v.4, n.1, 2010. Disponível em: <http://humanae.esuda.com.br/index.php/humanae/article/view/54>. Acessado em 22 de novembro de 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA- IBGE. Regiões de Influência das Cidades. Biblioteca do IBGE, 2007. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br>liv40677>. Acessado em: 25 de novembro de 2017.

_____. Estatísticas. Disponível em: www.ibge.gov.br. Acessado em: 24 de novembro de 2017.

KOITI, V.; MAGON, A.O processo de aglomeração urbana: um estudo sobre Presidente Prudente e Álvares Machado no Estado de São Paulo, Brasil. **Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales**, v. IX, n. 194. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2005. Disponível em: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-194-110.htm>. Acessado em 25 de novembro de 2017.

MENCIO, Mariana. A constitucionalidade dos critérios de criação das Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões previstos na Lei Federal brasileira. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, Universidad Externado de Colombia, n. 13, 2015. Disponível em: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4190/4813>. Acessado em 25 de novembro de 2017.

UM PANORAMA SOBRE AS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO*A PERSPECTIVE ON THE SOURCES OF THE BRAZILIAN LAW*Reis Friede¹**RESUMO**

A doutrina alude à existência de dois grandes sistemas jurídicos: o *sistema romano-germânico* (ou *civil law*), figurando a lei escrita como a principal fonte, e o sistema *anglo-saxão* (ou *common law*), no qual os precedentes judiciais adquirem *status* fundamental. Malgrado a importância da *lei*, mormente para o Estado Democrático de Direito, o sistema pátrio contempla diversas outras fontes, conforme será abordado no presente texto.

Palavras-chave: fontes do Direito.

ABSTRACT

The Doctrine alludes to the existence of two main legal systems: the *Roman Law* (or *Civil Law*), where the written norm is the main source, and the *Common Law*, where the legal precedents acquire a fundamental *status*. Despite the importance of *law*, mostly for the Democratic States, the national system contemplates many other sources, as we will analyze on the current article.

Keywords: Legal Sources.

1 INTRODUÇÃO

A doutrina alude à existência de dois grandes sistemas jurídicos: o denominado *sistema romano-germânico* (ou *civil law*), do qual o Direito brasileiro é um típico exemplo, figurando a lei escrita como a principal fonte, e o sistema *anglo-saxão* (ou *common law*), no qual os precedentes judiciais adquirem *status* fundamental, cuja força vinculante é reconhecida e aceita. Conforme explica REALE (2002, p. 97-98), a expressão *common law* designa a “experiência jurídica da Inglaterra, dos Estados Unidos da América, e de outros países de igual tradição”, caracterizada por “não ser um Direito baseado na lei, mas antes

¹ Desembargador Federal, Diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF), Mestre e Doutor em Direito. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM), no Rio de Janeiro. Site: <https://reisfriede.wordpress.com/>. E-mail: reisfriede@hotmail.com

nos usos e costumes consagrados pelos *precedentes* firmados através das decisões dos tribunais”, configurando, pois, um “Direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do Direito continental europeu e latino-americano, filiado à tradição romanística, do Direito Romano medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas”. O trecho em destaque permite inferir a importância da *lei* para o Estado, mormente para o Estado Democrático de Direito, fonte que, na quadra atual, tem adquirido um predomínio cada vez mais crescente, obtendo “amplitude e desenvolvimento que nunca teve em épocas passadas” (DINIZ, 2000, p. 283), o que não impede a existência de outras fontes do Direito, conforme será abordado no presente texto.

2 DEFINIÇÃO DE FONTES DO DIREITO

Buscar o significado etimológico das palavras é fundamental para compreender melhor os diversos institutos jurídicos contidos no sistema normativo. A palavra *fonte*, proveniente do latim *fontis*, quer dizer *nascente de água* ou *manancial de água* que brota do solo. Assim, o vocábulo *fonte*, semanticamente, significa origem, surgimento, princípio de algo. Por conseguinte, a expressão *fontes do Direito*, atribuída à época de CÍCERO (VENOSA, 2006, p. 119), traduz a origem do Direito, seu nascedouro. Portanto, o termo em questão, juridicamente, seria a origem do Direito, isto é, os modos de formação e revelação das normas jurídicas.

3 CLASSIFICAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO

De acordo com RAMOS (2014, p. 600), a expressão “fontes do Direito é, antes de tudo, polissêmica”, traduzindo, por um lado, “os modos pelos quais as normas jurídicas são produzidas (fontes formais) e, por outro, os eventos sociais que geram as necessidades a serem reguladas pelas normas jurídicas (fontes materiais)”, afirmação que indica que o tema vertente é objeto de múltiplas classificações doutrinárias, o que explica as diversas perspectivas apresentadas pelos estudiosos do assunto, sendo certo afirmar que inexistem uniformidade nos modos de expressá-las.

REALE (2002, p. 139-140), discordando da distinção levada a efeito por um segmento doutrinário, entre os quais se encontram GUSMÃO e DINIZ, assevera que a “antiga distinção entre *fonte formal* e *fonte material* do Direito tem sido fonte de grandes equívocos nos domínios da Ciência Jurídica”, razão pela qual, segundo o mestre REALE, a expressão *fonte do Direito* deveria ser empregada apenas para designar os “processos de produção de normas jurídicas”. Como se vê, as fontes do Direito, na visão realena, estão relacionadas às formas de expressão do *poder*. Assim, diz o saudoso professor, “quatro são as fontes de Direito, porque quatro são as formas de *poder*: o *processo legislativo*, expressão do Poder Legislativo; a *jurisdição*, que corresponde ao Poder Judiciário; os *usos* e *costumes jurídicos*, que exprimem o *poder social*, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a *fonte negocial*, expressão do *poder negocial* ou da *autonomia da vontade*” (REALE, 2002, p. 141).

Não obstante a mencionada posição de REALE, observa-se, de um modo geral, uma divisão preambular das fontes do Direito em *fontes materiais* e *fontes formais*, justamente como procede GUSMÃO (2000, p. 101), que define as primeiras como sendo “os dados extraídos da realidade social, das tradições e dos ideais dominantes, com os quais o legislador, resolvendo questões que dele exigem solução, dá *conteúdo* ou *matéria* às regras jurídicas”. Por outro lado, *fontes formais*, na ótica do aludido autor, “são os meios ou formas pelos quais o Direito Positivo se apresenta na História ou pode ser conhecido”.

No que se refere às *fontes formais* do Direito, GUSMÃO concebe as seguintes categorias: *fontes estatais* (lei, regulamento, decreto, decreto-lei, medida provisória, etc), *fontes infraestatais* (costume jurídico, doutrina, contrato coletivo de trabalho, jurisprudência) e *fontes supraestatais* (tratados internacionais, costumes internacionais, princípios gerais de Direito dos povos civilizados).

Ademais, GUSMÃO classifica as *fontes formais* em: *fontes de Direito Interno* ou *de Direito Nacional* (lei, regulamento, decreto-lei, jurisprudência dos tribunais estatais, Direito Interno consuetudinário, contrato coletivo de trabalho, doutrina), *fontes de Direito Comunitário* (fontes do Direito da União Europeia) e *fontes de Direito Internacional* (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de Direito dos povos civilizados, jurisprudência da Corte Internacional de

Justiça e a Ciência do Direito Internacional). Por fim, as *fontes formais*, na visão do mesmo autor, podem ainda ser catalogadas em: *fontes legislativas* (lei, regulamento, decreto-lei, etc), *fontes consuetudinárias* (costumes), *fontes jurisprudenciais* (jurisprudências dos tribunais estatais e da Corte Internacional de Justiça), *fontes convencionais* (tratados internacionais, contratos coletivos de trabalho) e *fontes doutrinárias* (doutrinas nacional e internacional).

VENOSA (2006, p. 119), no mesmo raciocínio classificatório, admite a existência de *fontes materiais* (“que têm o Estado como poder emanador”), além das *fontes formais*, estas subdivididas em *fontes formais primárias/diretas/imediatas* (a lei e o costume jurídico) e *fontes formais secundárias/indiretas/mediatas* (a doutrina e a jurisprudência), reconhecendo, porém, outras figuras, tais como a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito, conforme previstos no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42).

Ainda no que concerne à classificação das fontes do Direito, DINIZ (2000, p. 279) assevera que “o jurista deve ater-se tanto às fontes materiais como às formais, preconizando a supressão da distinção, preferindo falar em *fonte formal-material*, já que toda fonte formal contém, de modo implícito, uma valoração, que só pode ser compreendida como fonte do Direito no sentido de fonte material”.

Com efeito, seguindo a orientação doutrinária de DINIZ e outros autores, adotaremos a classificação que desdobra as fontes do Direito em *fontes materiais* (*reais* ou de *produção*) e *fontes formais* (ou de *conhecimento*), estas últimas subdivididas em *fontes formais estatais* e *fontes formais não-estatais*. *Fontes materiais* são os fatores (sociais, políticos, históricos, econômicos, culturais, etc) que determinam a elaboração do Direito. Por seu turno, *fontes formais* são os meios através dos quais o Direito torna-se conhecido, revelado, podendo ser subdivididas em: fontes formais *estatais* (a *lei*, os *tratados internacionais* e a *jurisprudência*) e fontes formais *não-estatais* (o *costume*, a *doutrina*, os *princípios gerais de Direito*, a *analogia* e o *contrato*).

4 LEI

Como afirmado, a lei, em sistemas jurídicos como o do Brasil, constitui-se na principal e imediata fonte do Direito, importância que pode ser conferida pela

simples leitura do art. 5º, II, da CF, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, regra que traduz a essência da liberdade individual, uma das vigas do Estado Democrático de Direito.

O termo *lei*, malgrado ser frequentemente empregado enquanto sinônimo de *norma*, com esta não se confunde, distinção explicada por FERRAZ JR. (2015, p. 241), para quem a lei é a “forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento”, o que significa dizer que “a lei é fonte do Direito, isto é, o revestimento estrutural da norma que lhe dá a condição de norma jurídica”.

Não obstante, mesmo superada a frequente confusão terminológica entre lei e norma, é cediço concluir que o vocábulo *lei*, ainda assim, não é unívoco, considerando que a doutrina admite a existência de diversos significados para o termo em questão, concebendo-o sob três perspectivas: lei em sentido *amplíssimo*, lei em sentido *amplo* e lei em sentido *estrito*.

Em sentido *amplíssimo*, o termo *lei* é empregado como sinônimo de norma jurídica, incluindo-se, neste caso, todas as normas escritas ou não escritas (costumeiras, consuetudinárias), significando, pois, norma geral de conduta, disciplinadora das mais diversas relações regulamentadas pelo Direito. Sob tal enfoque, a palavra *lei* engloba todas as espécies normativas primárias (art. 59, I a VII, da CF: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções), bem como, decretos, portarias, etc., além do chamado *costume jurídico* (norma costumeira ou consuetudinária) difusamente produzido pela sociedade.

A expressão *lei em sentido amplo*, a toda evidência, afigura-se menos abrangente do que a anterior, abarcando tão somente as normas jurídicas escritas. Compreende, assim, não apenas as espécies normativas primárias, mas também os decretos para a fiel execução das leis (art. 84, IV, da CF) editados pelo Poder Executivo, além dos regimentos internos estabelecidos pelos Tribunais (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, por exemplo). Envolve, ademais, toda uma série de atos normativos exarados pela Administração, tais como resoluções, instruções, circulares, portarias, ordens de serviços, avisos, etc.

Por derradeiro, sob a ótica *estrita*, o vocábulo *lei* compreende apenas o preceito assim denominado, emanado do Poder Legislativo, elaborado e aprovado no âmbito de sua competência, e produzido nos termos do processo legislativo, constitucional e regimentalmente previsto. De acordo com tal significação, o art. 5º, XXXIX, da CF, bem como o art. 1º do CP (Decreto-Lei nº 2.848/40), ao prescreverem não haver crime sem *lei* anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação *legal*, empregam a palavra *lei* em um sentido *estrito*, do que se infere que ao Presidente da República é vedado criar infrações penais através de *medida provisória*, espécie normativa cujos contornos fundamentais estão elencados no art. 62, *caput*, da CF, mas que não pode ser identificada como lei em sentido estrito.

5 TRATADO INTERNACIONAL

Consiste o tratado internacional, segundo a lição de REZEK (2002, p. 14), em um “acordo formal concluído entre sujeitos de Direito Internacional Público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”, definição que posiciona os tratados (convenções, pactos, acordos, etc.) junto às demais fontes formais estatais do Direito. Em linhas gerais, a incorporação de um tratado ao ordenamento jurídico brasileiro deve seguir o seguinte rito: em primeiro lugar, nos termos do art. 84, VIII, da CF, compete privativamente ao Presidente da República celebrar (o que inclui negociação, conclusão e assinatura) tratados, convenções e atos internacionais. Em seguida, conforme determina o art. 49, I, da CF, compete exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, providência que demanda a edição, por parte do Parlamento Federal, de um decreto legislativo (espécie normativa prevista no art. 59, VI, da CF). Por fim, cumpre ao Presidente da República editar um decreto, através do qual promulga o instrumento internacional (publicação do texto em português no Diário Oficial), ocasião em que o ato celebrado passa a adquirir executoriedade interna, ostentando paridade normativa com as leis ordinárias.

Em matéria de direitos humanos, importante consignar a previsão normativa existente no art. 5º, § 3º, da CF (dispositivo incluído pela EC nº 45/04),

que preconiza que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Malgrado a existência de alguma controvérsia doutrinária, é possível formular o seguinte quadro teórico a respeito da incorporação (e respectiva natureza jurídica) dos tratados internacionais:

a) Tratados e convenções que *não versem* sobre Direitos Humanos: de acordo com a doutrina amplamente majoritária, e segundo o próprio Supremo Tribunal Federal, possuem paridade com as leis ordinárias.

b) Tratados e convenções que *versem* sobre Direitos Humanos: segundo o entendimento prevalecente, e nos termos da jurisprudência da Corte Magna, possuem natureza *constitucional* ou *supralegal*, quer tenham sido (ou não) incorporados ao Direito pátrio por meio da sistemática mencionada no referido art. 5º, § 3º, da CF.

c) Tratados e convenções que *versem* sobre Direitos Humanos possuem sempre natureza *constitucional*: é a posição, por exemplo, de PIOVESAN (1996, p. 83), para quem o art. 5º, § 2º, da CF funciona como uma espécie de *cláusula de recepção* de outros direitos firmados em tratados internacionais de Direitos Humanos subscritos pelo Brasil (PIOVESAN, 2003, p. 44-56).

No plano jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão inerente à prisão civil do depositário infiel (referida no art. 5º, LXVII, da CF: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do *depositário infiel*”), decidiu que “desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando *abaixo* da Constituição, porém *acima* da legislação interna”. Assim, a Corte Suprema passou a entender que “o *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil [...] torna inaplicável a

legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (STF, Pleno, Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO, trecho extraído do voto do Min. GILMAR MENDES, julgamento em 03.12.2008).

6 ANALOGIA

Com o surgimento do Estado moderno, fundado no primado da lei, pretendeu-se, entre outros aspectos, construir um sistema jurídico cujas regras positivas fossem suficientemente abrangentes, de modo a abarcar todas as situações jurídicas passíveis de serem estabelecidas no âmbito das relações intersubjetivas. Tal aspiração revela uma verdadeira utopia do ser humano, dada a incontestável impossibilidade de o Direito estatal prever e regular o amplo universo das relações sociais dotadas de relevância jurídica, sobretudo se considerarmos que o legislador, enquanto ser falível e limitado no que se refere ao poder de previsão, não consegue acompanhar *pari passu* a dinâmica transformadora da realidade social. Assim, não raro aparecem casos desprovidos de previsão normativa, originando as denominadas *lacunas*, que necessitam ser colmatadas.

O termo *lacuna*, para DINIZ (2002, p. 70), pode ser conceituado como sendo “faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora”. Ainda segundo DINIZ (2001, p. 10), constitui-se a *lacuna* em um estado incompleto do sistema, defeito que necessita ser colmatado, do que resulta a importante missão a ser desempenhada pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, regra que concebe ao “magistrado, impedido de furtar-se a uma decisão, a possibilidade de integrar ou preencher a lacuna, de forma que possa chegar a uma solução adequada”. Tal providência, que a doutrina convencionou chamar de integração normativa, caracteriza o “desenvolvimento aberto do Direito, dirigido metodicamente, em que o aplicador adquire consciência da modificação que as normas experimentam, continuamente, ao serem aplicadas às mais diversas relações da vida, chegando a apresentar, na ordem normativa, omissões concernentes a uma nova exigência da vida”. Com efeito, identificada uma lacuna, cumpre ao

intérprete solucioná-la, devendo, para tanto, proceder nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, empregando a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

A analogia constitui-se em um meio de integração, isto é, de preenchimento de lacunas existentes na lei, consistindo na aplicação de uma norma jurídica destinada a solucionar um determinado caso a uma hipótese semelhante e não disciplinada pelo Direito.

FERRAZ JR. (2015, p. 265) ensina que “o uso da analogia, no Direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes”, razão pela qual “a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças”. Assim, segundo o referido autor, “demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro”.

Segundo tal raciocínio, o emprego da analogia requer a observância de alguns requisitos apontados pela doutrina. Em primeiro lugar, deve-se verificar se o caso apresentado não se encontra efetivamente disciplinado pelo Direito, ou seja, se há mesmo uma *lacuna*, exatamente por inexistir texto legal que lhe seja aplicável. Ademais, a aplicação de uma regra do ordenamento jurídico a um caso não regulamentado exige que se constate a existência de *semelhança* entre as duas hipóteses cogitadas (a regulada e a não disciplinada). É necessário, ainda, que as *mesmas razões* essenciais que conduziram o intérprete a decidir o caso regulado pelo Direito, empregando, para tanto, uma determinada regra jurídica existente no ordenamento, estejam presentes na decisão a ser tomada quanto ao caso lacunoso; este, por ser semelhante àquele, também sofrerá a incidência da mesma regra.

7 COSTUME JURÍDICO

É cediço que o Direito brasileiro, por razões históricas, é predominantemente escrito, figurando a lei como a principal fonte do sistema normativo pátrio. Não obstante, a presente constatação não afasta a possibilidade de haver normas jurídicas não escritas (costumeiras ou consuetudinárias), cujo processo de criação, diferentemente das normas

escritas, não se opera de modo institucionalizado, mas pela interferência da própria sociedade. Assim, o costume jurídico, uma das mais antigas fontes do Direito, tendo mesmo precedido a própria lei escrita, atua contemporaneamente como uma autêntica *fonte subsidiária* (secundária, mediata ou indireta) do Direito brasileiro, conforme amplamente reconhecido pela doutrina.

Diferentemente da lei escrita, cuja elaboração é sempre certa, predeterminada e decorrente da atividade do Poder Público, que a elabora segundo os procedimentos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional, o surgimento de um costume jurídico, conforme leciona REALE (2002, p. 156), não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira predeterminada.

Ademais, importante consignar que, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o costume, não obstante sua inegável condição de meio de suprimento das lacunas existentes na lei, figura, ainda, como uma genuína *fonte subsidiária* do Direito pátrio. Neste particular, explica FERRAZ JR. (2015, p. 267) que “a imposição do costume como meio de integração da lei no art. 4º da Lei de Introdução cria uma subordinação daquele a esta”, motivo pelo qual, a princípio, o costume será *praeter legem* – aquele que tem por objetivo preencher eventuais lacunas –, prevalecendo, pois, a lei.

No que se refere ao aspecto estrutural, assevera FERRAZ JR. (2015, p. 199) que o costume possui em sua composição um *elemento substancial* (o uso reiterado no tempo) e um *elemento relacional* (“o processo de institucionalização que explica a formação da convicção da obrigatoriedade e que se explicita em procedimento, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores”), dos quais decorrem a validade e a eficácia da regra consuetudinária. Com efeito, segundo pacífica doutrina, o costume jurídico possui dois elementos constitutivos: o *elemento externo* (material ou relacional) e o *elemento interno* (espiritual ou substancial). O primeiro nasce com a constância da repetição, por parte da sociedade, de determinados atos, cuja formação é lenta, longa e sedimentária. O segundo elemento, por sua vez, consiste na convicção, por parte dos membros da comunidade, de que a norma consuetudinária é juridicamente necessária. Neste sentido, adverte BITENCOURT (2011, p. 162) que a ausência de tal

convicção reduz o costume a um “simples uso social, sem o caráter de exigibilidade”.

O costumes jurídico, segundo os autores que tratam do tema, admite três espécies: costume *secundum legem*, costume *praeter legem* e costume *contra legem*. Costume *secundum legem* é aquele se encontra em conformidade com a lei, servindo como instrumento de interpretação. Vale dizer, está previsto na própria lei, que reconhece sua eficácia e aplicabilidade. Por sua vez, o costume *praeter legem*, figura prevista no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, funciona como mecanismo de suprimento de eventual lacuna, tendo, pois, nítido caráter supletivo. Por fim, costume *contra legem* é aquele que se revela contrário à lei, cuja incidência tem suscitado debate na doutrina e na jurisprudência, mormente diante do primado da lei, conforme dispõe o art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

De qualquer forma, um segmento minoritário da doutrina admite que o magistrado possa aplicar um costume contrário à própria lei, entendimento que não deve ser aceito como correto, diante da prevalência da lei escrita produzida pelo Estado, uma das principais características do sistema jurídico brasileiro.

Quanto à *validade do costume*, em contraposição à *validade das leis*, FERRAZ JR. (2015, p. 199) explica que a condição de validade da norma costumeira, isto é, o título que as faz normas integrantes do sistema, repousa em um elemento diferente daquele que conhecemos para as normas legais.

Interessante consignar que a prova do costume incumbe a quem o alega, não sendo aplicável o princípio *iura novit curia* (ao juiz é vedado desconhecer a lei). No entanto, diante de eventual notoriedade da regra consuetudinária, pode o juiz, quando admitido, aplicá-lo de ofício, exatamente o que acontece com toda e qualquer norma jurídica, não obstante possa o magistrado, quando desconhecido o costume, “exigir, de quem o alega, que o prove e de qualquer modo; à parte interessada é permitido, sem aguardar a exigência do juiz ou a contestação do adversário, produzir essa prova, por todos os meios admitidos em direito” (DINIZ, 2001, p. 120).

A norma costumeira, assim como a norma escrita, vigora, do que decorre a importância de se fixar o termo inicial do prazo de sua vigência. Afinal, uma vez que a norma consuetudinária não é promulgada nem publicada, pode ser que surja dúvida quanto ao exato momento em que começa a vigorar. FERRAZ JR. (2015, p. 199) informa que os sistemas jurídicos modernos, objetivando resolver tal problema, estabelecem uma espécie de substituto para o instituto da promulgação – próprio da norma produzida pelo Estado. Exige-se, pois, que o costume seja provado por quem o alega, recaindo tal prova sobre o seu teor. De qualquer forma, quanto à vigência do costume, a doutrina alude às seguintes condições: continuidade, uniformidade, diuturnidade, moralidade e obrigatoriedade.

8 PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Inicialmente, cumpre não confundir as noções de princípios gerais de Direito com os denominados brocardos (ou aforismos jurídicos), distinção apontada por VENOSA (2006, p. 143), notadamente quando consigna que o termo *brocardo*, etimologicamente, “deriva de Burcardo, Bispo de Worms, que no início do século XI organizou uma coletânea de leis canônicas, que recebeu o nome de *Decretum Burchardi*, e que depois passaram a ser conhecidas como brocardos”, os quais, segundo adverte DINIZ (2000, p. 462), “valem apenas como cristalizações históricas dos princípios gerais de Direito”.

Conceitualmente, *princípios*, segundo REALE (2002, p. 305), “são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivo de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”. Segundo explica MELLO (2012, p. 54), *princípio*, por definição, constitui-se em um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas”, razão pela qual é cediço que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma”, uma vez que a sua inobservância “implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”.

REALE (2002, p. 306-307), aludindo à previsão contida no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, assevera que o Direito contemporâneo cada vez mais tem contemplado tais princípios como instrumento de preenchimento de lacunas, não sendo esta, no entanto, a única função por eles desempenhada no âmbito do sistema jurídico. De fato, nos termos do referido art. 4º, os princípios gerais de Direito – juntamente com a analogia e os costumes jurídicos – consistem em autêntica fonte subsidiária do Direito brasileiro, funcionando como meio de suprimento de lacunas, motivo pelo qual, consoante adverte DINIZ (2000, p. 457), os princípios gerais não podem opor-se “às disposições do ordenamento jurídico, pois devem fundar-se na natureza do sistema jurídico, que deve apresentar-se como um ‘organismo’ lógico, capaz de conter uma solução segura para o caso duvidoso”.

VENOSA (2006, p. 141) também insere aos princípios gerais de Direito entre as fontes subsidiárias, atuando, pois, como o “último elo a que o juiz deve recorrer perante a lacuna legal”. Significa dizer que, em sistemas como o nosso, a solução jurídica para o caso há de ser buscada, em primeiro lugar, nos próprios textos legais. Não as encontrando, deve o operador do Direito lançar mão da analogia. Sendo igualmente incabível o raciocínio analógico – por não estarem presentes os requisitos exigidos pela doutrina –, o costume jurídico afigura-se como o próximo recurso a ser manejado. Se também não houver norma consuetudinária utilizável, os princípios gerais do Direito apresentam-se como o terceiro instrumento disponível.

Ainda no que concerne ao plano conceitual, VENOSA (2006, p. 142), refletindo a respeito da clássica dicotomia entre Jusnaturalismo e Juspositivismo, explica que, segundo a última perspectiva, “os princípios gerais de Direito são aqueles norteadores do ordenamento, extraídos das diversas regras particulares”; diferentemente, para os jusnaturalistas, tais “princípios se identificam com o Direito Natural, como reflexos de leis permanentes da natureza humana e da natureza das coisas”.

Objetivando esclarecer o significado da locução *princípios gerais de Direito*, PUIGARNAU, citado por NADER (2017, p. 200), empreende uma análise semântica a respeito de tal expressão, dela destacando a *principlialidade* (*princípios*: “ideia de fundamento, origem, começo, razão, condição e causa”), a

generalidade (*gerais*: “ideia de distinção entre o gênero e a espécie e a oposição entre a pluralidade e a singularidade”) e a *juridicidade* (*de direito*: “caráter de juridicidade; o que está conforme a reta; o que dá a cada um o que lhe pertence”) como marcas dominantes.

Em relação à origem e ao fundamento dos princípios gerais de Direito, REALE (2002, p. 308-309 e 312) adverte que o tema é controvertido, existindo vários entendimentos a respeito. Um deles, segundo o professor REALE, fundamenta “a aplicação dos princípios gerais pelo simples fato de estarem implícitos na legislação positiva, da qual são extraídos através de um processo de indução e abstração”, sendo válidos, portanto, somente “quando determinados em função do sistema de normas vigente em cada nação”, teoria – de nítido matiz nacionalista – que goza de um reduzido número de adeptos. Uma segunda perspectiva teórica assevera que “os princípios gerais seriam antes comuns ao Direito Positivo brasileiro, ao alemão, ou inglês, apesar de naturais variantes em sua aplicação”, sendo que, à luz de tal entendimento, “se houver lacuna no Código Civil ou em nossos Códigos de Processo, deve o intérprete apoiar-se na solução dada por outras legislações que tenham conosco maior afinidade cultural e moral, pois, em última análise, os princípios gerais de Direito seriam os do Direito Comparado”. Por fim, uma terceira corrente teórica “não compreende os princípios gerais de Direito tão somente em função das normas positivas, historicamente reveladas no Brasil e nas demais nações, entendendo que eles se legitimam como pressupostos de natureza lógica ou axiológica, isto é, como princípios de Direito Natural”.

9 JURISPRUDÊNCIA

Alguns autores, em posição minoritária, negam à jurisprudência a condição de fonte do Direito. FERRAZ JR. (2015, p. 200), por exemplo, parece considerar a jurisprudência dos tribunais como uma espécie de *costume*, pondo em xeque a sua condição de fonte do Direito, argumento que não encontra acolhimento em VENOSA (2006, p. 133), o qual, mesmo admitindo a existência de pontos de contato entre a jurisprudência e o costume, ressalta a diferença existente entre ambos os institutos: “a prática reiterada do costume é da sociedade, brotando de

forma espontânea, enquanto os julgados traduzem uma prática reiterada dos tribunais, pelo trabalho da vontade dos julgadores”.

VENOSA (2006, p. 132), ao catalogar a jurisprudência entre as *fontes subsidiárias* do Direito, explica que tal enquadramento decorre da ausência de força vinculativa dos julgados, concordando, no entanto, com a indiscutível influência que um conjunto de decisões uniformes sobre determinada matéria é capaz de desencadear na mente do julgador, que tenderá a decidir de maneira semelhante.

Assevera MONTORO (2011, p. 403) que o termo *jurisprudência* pode apresentar, na linguagem jurídica, três significados diferentes: em primeiro lugar, pode indicar a própria *Ciência do Direito* (em sentido estrito), também denominada *Dogmática Jurídica* ou *Jurisprudência* (o último termo grafado com “J” maiúsculo), designação dada pelos juriconsultos romanos; da mesma forma, “pode referir-se ao conjunto de sentenças dos tribunais (em sentido amplo), e abranger tanto a jurisprudência uniforme como a contraditória”; por fim, em um sentido estrito, *jurisprudência* é apenas o conjunto de sentenças *uniformes* sobre determinada matéria inerente ao Direito, com o que concorda DINIZ (2000, p. 290), que define o vocábulo em questão como “o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultante da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares e idênticas”, razão pela qual “não há que se entender que um acórdão ou uma sentença [isoladamente considerado] seja jurisprudência” (VENOSA, 2006, p. 131).

De acordo com o magistério de REALE (2002, p. 167), a palavra *jurisprudência* – enquanto fonte subsidiária do Direito – traduz a “forma de revelação do Direito, que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”. Tal comentário de REALE demonstra que o Direito não abarca somente os instrumentos normativos elaborados através da atividade legislativa (a lei). Muito pelo contrário, a produção legal é apenas uma das facetas que compõem a construção de um determinado sistema jurídico, no qual outras esferas de poder igualmente atuam. Neste contexto, o juiz assume papel extremamente relevante, justamente por ser ele – através da atividade jurisdicional que lhe é inerente – o

responsável pela concretização da norma contida na lei, operação intelectual que demanda uma intensa tarefa interpretativa, e da qual resultam decisões judiciais concretas, não sendo raro haver divergência entre as soluções jurídicas adotadas pelos magistrados quanto ao mesmo caso, dissensão que, consoante afirma REALE (2002, p. 168), não revela alguma “fragilidade da jurisprudência”; ao contrário, “demonstra que o ato de julgar não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais, mas implica notável margem de poder criador”, o que realça a importância da jurisprudência para a atualização dinâmica do sistema à luz da realidade social que se impõe. De sua parte, NADER (2017, p. 128) entende que a “divergência jurisprudencial, em certo aspecto, é nociva, pois transforma a lei em *jus incertum*”, concluindo, então, que para haver “certeza jurídica é indispensável que a interpretação do Direito, pelos tribunais, tenha um mesmo sentido e permanência”.

Com efeito, muito embora um reduzido segmento doutrinário insista em não catalogar a jurisprudência entre as fontes do Direito, não há como negar a relevância por ela adquirida na quadra atual, em particular a proeminência daquela emanada do Supremo Tribunal Federal, cujas decisões repercutem sobremaneira na vida dos cidadãos, em temas que vão desde a união civil entre pessoas do mesmo sexo à discussão que envolve a manutenção da criminalização do aborto. Em alguns casos, conforme assevera REALE (2002, p. 168), a jurisprudência cumpre uma função até mesmo inovadora, “estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por longo tempo unidos entre si”, ocasião em que o magistrado efetivamente “compõe, para o caso concreto, uma norma que vem complementar o sistema objetivo do Direito”.

10 CONTRATO

Preliminarmente, cabe recordar o entendimento de REALE (2002, p. 141), para quem as fontes do Direito podem ser agrupadas em quatro formas de poder: “o *processo legislativo*, expressão do Poder Legislativo; a *jurisdição*, que corresponde ao Poder Judiciário; os *usos e costumes jurídicos*, que exprimem o

poder social, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a fonte negocial, expressão do *poder negocial* ou da *autonomia da vontade*". Em relação à última expressão citada, REALE (2002, p. 147), fazendo uma retrospectiva a respeito do contrato enquanto fonte da qual decorrem direitos e obrigações, esclarece que "a humanidade percorreu milênios para chegar à compreensão de que a vontade, em acordo com outra vontade, pode ser geradora de obrigações e de efeitos jurídicos".

Ainda no que concerne ao *poder negocial* como fonte geradora de normas jurídicas, REALE (2002, p. 179) destaca que "qualquer que seja o ordenamento jurídico vigente, será sempre necessário reconhecer, pela natureza mesma das coisas, que o homem é um ser capaz de direitos e obrigações e, notadamente, com o poder de estipular negócios para a realização de fins lícitos, graças a acordo de vontades", exatamente conforme preconiza o Código Civil vigente (Lei nº 10.406/2002), cujo art. 421 reconhece a liberdade de contratar, desde que "exercida em razão e nos limites da função social do contrato", regra que, segundo explica NADER (2017, p. 92), "constitui *cláusula aberta*, pois deixa ao arbítrio do juiz a caracterização da hipótese no caso concreto".

Malgrado a condição de fonte do Direito ter sido negada ao contrato em outras épocas, tal como pensavam CHIRONI e ABELLO, ambos citados por DINIZ (2000, p. 320), contemporaneamente é inconteste que a manifestação de vontade exteriorizada por pessoas (físicas ou jurídicas) com o fim de produzir efeitos jurídicos traduz-se em autêntica fonte de Direito.

VENOSA (2006, p. 148) recorda que o contrato, enquanto fonte do Direito, tem o poder de alterar a "relação social entre as partes que dele participam", donde se destaca a "autonomia da vontade como baluarte do Direito Privado e poder de criação do Direito".

Destarte, apresenta-se o contrato como uma das fontes formais (não-estatais) do Direito, posto que, através dele, as pessoas (físicas ou jurídicas), a partir de seu poder negocial, criam normas jurídicas (particulares e individualizadas) que vinculam as partes celebrantes, figura que, segundo REALE (2002, p. 180), demanda a convergência dos seguintes elementos: a) "manifestação de vontade de pessoas legitimadas a fazê-lo"; b) "forma de querer

que não contrarie a exigida em lei”; c) “objeto lícito”; d) “devida proporção entre os participantes da relação jurídica”.

MELLO (2009, p. 537) define o contrato como sendo um “negócio jurídico bilateral que representa um acordo (um pacto) de duas ou mais vontades, cujos interesses se contrapõem, já que uma das partes contratantes quer a prestação e a outra a contraprestação”.

Quanto à interpretação contratual, a doutrina alude às teorias *objetiva* (ou da *declaração*) e *subjetiva* (ou da *vontade*). A primeira perspectiva teórica defende uma “interpretação objetiva, analogamente ao processo de interpretação da lei, pelo qual não se leva em conta o pensamento do legislador”, ou seja, na tarefa interpretativa “devem prevalecer tão somente as construções gramaticais, sem qualquer remissão à intencionalidade”. Para a teoria *subjetiva*, diferentemente, “o intérprete é orientado no sentido de descobrir a intenção das partes”, concepção que, segundo sólida doutrina, foi acolhida pelo art. 112 do Código Civil de 2002, cujo teor prescreve que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem”. Ainda no que se refere à exegese dos contratos, o art. 113 do mesmo *Codex* determina que os negócios jurídicos sejam interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, isto é, “em conformidade com os critérios de lealdade e honestidade”, regra jurídica que releva o papel a ser exercido pelo magistrado, a quem compete não apenas “verificar a vontade dos declarantes, mas também o poder de ajustar o acordo às exigências da boa-fé objetiva” (NADER, 2017, p. 272-273).

11 EQUIDADE

A palavra *equidade*, etimologicamente, advém de *aequitas*, *aequitatis*, que, por sua vez, deriva de *aequus*, que significa *justo*, sendo correntemente empregada para denotar *igualdade* e *justiça*. Segundo o pensamento de ARISTÓTELES, é o meio através do qual se pretende corrigir a lei, aplicando-a com justiça ao caso concreto. Com efeito, para o filósofo grego, equidade seria a justa aplicação da norma jurídica ao caso a ser decidido, de modo a abrandar o teor normativo. Conforme assevera NADER (2017, p. 114), ARISTÓTELES “traçou, com precisão, o conceito de equidade, considerando-a ‘uma correção

da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade' e comparou-a com a 'régua de Lesbos' que, por ser de chumbo, se ajustava às diferentes superfícies".

No mesmo sentido, leciona REALE (2002, p. 123) que ARISTÓTELES, em sua *Ética a Nicômaco*, concebia a "equidade como uma forma de justiça", ou melhor, "a justiça mesma em um de seus momentos, no momento decisivo de sua aplicação ao caso concreto".

MASCARO (2015, p. 19) escreve que, à época do Direito Romano, o Direito era concebido como a "arte do bem e da equidade" (*jus est ars boni et aequi*), ou seja, "os romanos entendiam a sua atividade muito mais como arte do que como técnica, ao contrário da estrutura moderna do direito".

Equidade, na dicção de VENOSA (2006, p. 144-146), "é forma de manifestação de justiça que tem o condão de atenuar, amenizar, dignificar a regra jurídica", conceito que se conecta ao do próprio Direito, uma vez que "enquanto o Direito regula a sociedade com normas gerais do justo e do equitativo, a equidade procura adaptar essas normas a um caso concreto", consistindo tal figura, em última análise, "na busca constante e permanente do julgador da melhor interpretação legal e da melhor decisão para o caso concreto".

ALÍPIO SILVEIRA, citado por DINIZ (2000, p. 464), entende que o termo *equidade* admite três sentidos, a saber: a) *sentido latíssimo* [equidade enquanto "princípio universal da ordem normativa, a razão prática extensível a toda conduta humana, configurando-se como uma suprema regra de justiça a que os homens devem obedecer"]; b) *sentido lato* ("equidade confundir-se-ia com a ideia de justiça absoluta ou ideal, com os princípios de direito, com a ideia do direito, com o direito natural em todas as suas significações"; c) *sentido estrito* (equidade efetivamente aplicada na "interpretação, integração, individualização judiciária, adaptação, etc.").

Em relação à natureza jurídica, os estudiosos divergem quanto à posição ocupada pela figura em exame no ordenamento jurídico. Para alguns, a equidade configura incontestemente fonte do Direito. Para outros, trata-se apenas de um *critério* a ser considerado pelo juiz quando da aplicação da lei, mormente diante do comando inscrito no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,

segundo o qual, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Ainda no que se refere à natureza jurídica, há quem defenda (VENOSA, 2006, p. 178) que a equidade, embora não prevista expressamente no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, constitui-se (juntamente com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito) em um autêntico *mecanismo de integração de lacunas*, sobretudo diante da proibição do *non liquet*, estando o magistrado absolutamente obrigado (constitucional e legalmente) a decidir o caso que lhe foi submetido, devendo, para tanto, recorrer aos instrumentos postos à sua disposição, entre os quais se inclui a equidade.

Comungando do mesmo entendimento, FERRAZ JR. (2015, p. 267) assevera que “o juízo por equidade, na falta de norma positiva, é o recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional”, devendo o intérprete, portanto, sempre “buscar uma racionalização dessa intuição, mediante uma análise das considerações práticas dos efeitos presumíveis das soluções encontradas, o que exige juízos empíricos e de valor, os quais aparecem fundidos na expressão *juízo por equidade*”.

REALE (2002, p. 300-301) também concebe a equidade como um *quarto* elemento de integração, juntamente com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito, sendo que, através dela, “o juiz ou o administrador realizam a integração da lei para atingir a plenitude da vida”. MASCARO (2015, p. 156) também arrola a equidade entre os instrumentos de resolução das lacunas, aduzindo que, “além dos princípios gerais do Direito, os costumes e a equidade costumam ser instrumentos institucionais de resolução de lacunas”. DINIZ, adotando o mesmo raciocínio supletivo, igualmente insere a equidade entre os instrumentos de integração.

De qualquer forma, independentemente da natureza jurídica que lhe seja atribuída, cumpre registrar, consoante os ensinamentos de DINIZ (2000, p. 470), que o magistrado, quando do emprego da equidade, não poderá se afastar das balizas estabelecidas pelo legislador, devendo considerar, fundamentalmente, que a equidade configura uma autorização para “apreciar, segundo a lógica do razoável, interesses e fatos não determinados *a priori* pelo legislador”, de modo a estabelecer “uma norma individual para o caso concreto ou singular, sempre

considerando as pautas axiológicas contidas no sistema jurídico, ou seja, relacionando sempre os subsistemas normativos, valorativos e fáticos”.

Quanto às espécies, GUSMÃO (2000, p. 72-73) classifica a equidade em:

a) Equidade *secundum legem*, consistente na justa concretização do preceito legal, espécie dotada de grande valor na aplicação do Direito.

b) Equidade *contra legem*, ou seja, aquela que conflita com o Direito Positivo, cabendo ressaltar que, diante de tal situação, e consoante os ensinamentos de GUSMÃO, “o Direito Positivo há de prevalecer sobre a equidade, por assim exigir um de seus fins, qual seja, a segurança jurídica”.

c) Equidade *praeter legem*, cuja aplicação ocorre diante da existência da denominada *lacuna*, isto é, quando o magistrado, não encontrando nos princípios gerais de Direito o princípio aplicável ao caso novo, socorre-se da espécie de equidade em questão, correspondente ao ideal histórico de justiça, ainda que não presente no Direito Positivo.

O ordenamento jurídico pátrio, em diversas passagens, refere-se (direta ou indiretamente) à equidade. Por exemplo, o revogado Decreto-Lei nº 1.608/39 (Código de Processo Civil de 1939) preceituava que o juiz, quando autorizado a decidir por equidade, deveria aplicar “a norma que estabeleceria si fosse legislador” (art. 114). A Lei Processual Civil de 1973 (Lei nº 5.869/73), igualmente revogada, dispunha que o juiz só decidiria por equidade nos casos previstos em lei (art. 127); ademais, no seu art. 20, § 4º, o *Codex* de 1973 estabelecia que “nas causas de pequeno valor e nas de valor inestimável, bem como naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz”, dispositivo legal que teve larga aplicação jurisprudencial.

O aludido art. 127 do CPC de 1973 foi praticamente reproduzido pelo art. 140 do Estatuto Processual Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15), segundo o qual o magistrado não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico (*caput*), somente podendo decidir por equidade nos casos previstos em lei (parágrafo único), dispositivo legal que, evidentemente, objetiva impedir que o julgador transforme-se em legislador.

Além desses, o revogado Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/16), no art. 1.040, inciso IV, permitia que os árbitros, no denominado juízo arbitral, julgassem

por equidade. De sua parte, o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02) também trata da equidade em alguns de seus dispositivos, a saber:

a) Art. 413: “a penalidade deve ser reduzida *equitativamente* pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

b) Art. 478: “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”; e, nos termos do art. 479, “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar *equitativamente* as condições do contrato”.

c) Art. 738, *caput*: “a pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço”. Em seguida, no parágrafo único do mesmo artigo, afirma-se que “se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá *equitativamente* a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano”.

d) Art. 928, *caput*: “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”, sendo certo que “a indenização prevista neste artigo, que deverá ser *equitativa*, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem” (art. 928, parágrafo único).

e) Art. 944, *caput*: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Havendo “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, *equitativamente*, a indenização” (art. 944, parágrafo único). Nota-se, portanto, que a Lei Civil autoriza que o magistrado, constatando haver desproporção entre a gravidade da culpa e a extensão do dano, reduza a indenização, tudo com base em um juízo de equidade. Assim, por exemplo, em

caso de culpa leve e dano grave, pode o juiz aplicar a presente regra, de modo a reduzir a indenização.

f) Art. 953, *caput*: “a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”, afirmando, outrossim, que “se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, *equitativamente*, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso” (art. 953, parágrafo único).

O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), no seu art. 108, *caput*, incisos I a IV, preceitua que “na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada” [...], a analogia, os princípios gerais de direito tributário, os princípios gerais de direito público e a equidade, sendo que o emprego desta “não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido” (art. 108, § 2º).

Ademais, preceitua o art. 6º da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Cíveis e Criminais) que “o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”. Cite-se, ainda, o art. 25 da mesma Lei, segundo o qual “o árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade”.

Em todas as situações acima, o julgador encontra-se devidamente autorizado a decidir por equidade, objetivando, em última análise, a melhor decisão para o caso concreto. Não obstante, conforme adverte VENOSA (2006, p. 146), “em momento algum, salvo quando expressamente autorizado por lei, o julgador pode decidir exclusivamente pelo critério do justo e do equânime, abandonando o texto legal, sob o risco de converter-se em legislador”, atitude que deve ser absolutamente rejeitada, por gerar insegurança jurídica nas relações sociais.

12 DOCTRINA

O termo *doctrina* procede do verbo *doceo*, que significa ensinar, instruir. É comum encontrarmos, a fim de designar a presente figura, as seguintes expressões: *Direito dos Juristas* e *Direito Científico*, denominação adotada por

SAVIGNY. Historicamente, afirma-se que a moderna doutrina teria surgido (embrionariamente) na Idade Média, a partir do “florescimento das escolas de Direito, como as de Bolonha, Pádua, Toulouse, Oxford, Coimbra”, escolas que, segundo PAUPÉRIO, citado por VENOSA (2006, p. 137), “trouxeram para a cátedra ‘o predomínio das elucubrações e pesquisas de origem doutrinária, que dali saíram como material prestante, a iluminar a criação e a aplicação do Direito’, cabendo registrar, não obstante, a compilação (o famoso *Digesto*) levada a efeito por JUSTINIANO já no século VI, “que serviu de base para todo Direito ocidental”.

Consiste a doutrina em uma forma analítica, expositiva e esclarecedora do Direito, feita geralmente por juristas, professores e operadores do Direito, a quem compete, de um modo geral, o estudo aprofundado da Ciência Jurídica, não havendo nada que impeça que o material jurídico seja analisado por representantes de outras áreas do conhecimento humano, o que certamente contribui em muito para o engrandecimento do Direito. Deste modo, o termo doutrina pode ser definido como a opinião dos juristas (*communis opinio doctorum*) sobre determinada matéria jurídica, manifestada através dos mais diversos escritos, tais como tratados, compêndios, livros, teses, monografias, pareceres, ensaios, artigos, etc), produção intelectual que “possui um papel ímpar no universo jurídico do sistema romano-germânico”, sobretudo porque “opina, orienta, critica, interpreta, mostra caminhos ao magistrado, sugere modificações ao legislador, constrói e destrói mitos e dogmas” (VENOSA, 2006, p. 135).

Não obstante a incontestável contribuição proporcionada pelo conhecimento dos doutos, alguns autores negam à doutrina a condição de fonte do Direito, o que, de certa forma, não condiz com a importância por ela ostentada. De fato, é inegável o papel desempenhado pela doutrina no âmbito de um sistema jurídico. Basta refletir e reconhecer, por exemplo, que a base do ensino jurídico no Brasil continua sendo calcado na transmissão de conhecimentos adquiridos através dos mais diversos textos jurídicos elaborados pelos doutrinadores. Mais do que isso, não apenas os estudantes, mas também os próprios profissionais do Direito, quando pretendem pesquisar um assunto pertinente ao amplo universo do saber jurídico, buscam na boa doutrina os esclarecimentos necessários para

a formação de uma opinião (superficial ou aprofundada, não importa) a respeito da temática investigada. É exatamente na doutrina (constitucionalista, penalista, processualista, civilista, tributarista, administrativista, etc.) que o pesquisador procura as principais informações pertinentes ao assunto estudado, tais como conceitos fundamentais, classificações, teorias, naturezas jurídicas, etc; afinal, consoante explica VENOSA (2006, p. 135), a doutrina “atua diretamente sobre as mentes dos operadores jurídicos por meio de construções teóricas que atuam sobre a legislação e a jurisprudência”, sendo certo que “somente por meio da obra de estudiosos temos acesso à visão sistemática do Direito”.

O magistrado, ao solucionar os mais variados casos que lhe são submetidos à apreciação (em particular os considerados difíceis), frequentemente ampara a decisão a ser tomada em sólido aporte doutrinário, assinalando para o leitor que a posição adotada funda-se na opinião de renomados autores, havidos como expoentes no assunto sob discussão, o que, de certo modo, aponta para o acerto do *decisum* prolatado.

Com efeito, embora não possa ser elevada à condição de fonte principal do Direito, a doutrina exerce uma espécie de autoridade acadêmica junto aos operadores do Direito de um modo geral, o que permite considerá-la como uma autêntica fonte secundária, na exata medida em que contribui não apenas para revelar o Direito Positivo, como também orientar as reflexões daqueles que, por missão constitucional, aplicam o Direito ao caso concreto, tal como acontece com os juízes, promotores, procuradores, defensores, advogados, delegados de polícia, etc. Portanto, conforme consignado por VENOSA (2006, p. 136), é justamente na “obra dos doutrinadores que se encontram muitos dos caminhos trilhados pelo legislador e pelo juiz”.

Enfim, é possível afirmar que a doutrina, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, exerce funções de natureza *interpretativa*, *crítica* e *inspiradora*. Em relação à primeira, a doutrina cumpre um valioso papel de interpretação do texto jurídico, fixando-lhe o sentido e alcance (*função interpretativa*). Funciona, ademais, como instrumento de aprimoramento do texto jurídico, na exata medida em que lhe aponta defeitos e críticas, sugerindo, por via de consequência, modificações a serem introduzidas pelo órgão competente (*função crítica*). Por fim, frequentemente acontece que, a partir das críticas e sugestões doutrinárias

apresentadas, o legislador sinte-se inspirado a modificar (ou até mesmo a revogar) determinado material jurídico (*função inspiradora*).

13 CONCLUSÃO

Conforme abordado, a doutrina alude à existência de dois grandes sistemas jurídicos: o *sistema romano-germânico* (ou *civil law*), figurando a lei escrita como a principal fonte, e o sistema *anglo-saxão* (ou *common law*), no qual os precedentes judiciais adquirem *status* fundamental. Malgrado a importância da lei escrita, o sistema pátrio contempla diversas outras fontes. De um modo geral, os autores classificam as fontes do Direito em *fontes materiais* e *fontes formais*, estas subdivididas em *fontes formais primárias/diretas/imediatas* (a lei) e *fontes formais secundárias/indiretas/mediatas* (analogia, costume jurídico, princípios gerais de Direito, jurisprudência, contrato, equidade, doutrina).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, v. 1, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

BRASIL. STF, Plenário, Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, Tribunal Pleno, voto do Min. Gilmar Mendes, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 3 dez. 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

_____. *As Lacunas no Direito*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação*, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*, 27ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012.

MELLO, Cleysson de Moraes. *Código Civil Comentado e Interpretado*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos Editora, 2009.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*, 29ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, 39ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996.

_____. *A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, Temas de Direitos Humanos*, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade das Fontes e o Novo Direito Internacional Privado*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 109, jan./dez. 2014.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público, Curso Elementar*, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio. *Introdução ao Estudo do Direito – Primeiras Linhas*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.

EFICÁCIA EXECUTIVA DA SENTENÇA DECLARATÓRIA

EXECUTIVE EFFECTIVENESS OF THE DECLARATION

*Alexandre Foch Arigony¹***RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo investigar a eficácia executiva da sentença declaratória. A doutrina costuma classificar a tutela jurisdicional em declaratória, constitutiva e condenatória, embora haja certas variações, a depender de cada autor. A grande controvérsia existente refere-se à possibilidade de o vencedor de uma demanda judicial de conhecimento utilizar um provimento jurisdicional que declarou determinada situação para iniciar a atividade executiva em seu favor, com isso, agredir o patrimônio do vencido.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela jurisdicional. Provimento jurisdicional declaratório, constitutivo e condenatório. Possibilidade de execução.

ABSTRACT

The present work has as objective to investigate the executive effectiveness of the declaratory sentence. The doctrine usually classifies the judicial protection in declaratory, constitutive and condemnatory, although there are certain variations, depending on each author. The great controversy exists refers to the possibility of the winner of a judicial demand of knowledge to use a jurisdictional provision that declared a certain situation to start the executive activity in his favor, with that, to attack the patrimony of the loser.

KEYWORDS: Jurisdictional protection. Provision of judicial declaratory, constitutive and condemnatory. Possibility of execution.

INTRODUÇÃO

Existe inúmeros critérios para classificar as ações. O mais relevante deles é aquele que divide as ações de conhecimento de acordo com o provimento jurisdicional invocado pelo autor da demanda. A doutrina costuma utilizar a

¹ Especialista em Direito Processual Civil. Procurador do Município de Niterói. Advogado

classificação trinária (GRECO, 2015, pp. 185-189 e 200-203):² (i) ações meramente declaratórias; (ii) ações constitutivas; (iii) ações condenatórias.

Nas ações meramente declaratórias, busca-se providência jurisdicional em relação a declarar da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica, ou da autenticidade ou da falsidade de documento. Essa espécie encontra previsão expressa no art. 19 do Código de Processo Civil.

As ações constitutivas caracterizam-se pelo objetivo de se obter a certificação e a efetivação de um direito potestativo, através de alteração, criação ou extinção de uma situação jurídica. O sujeito passivo da demanda não precisa realizar nada para que o direito potestativo seja efetivado, pois o direito potestativo efetiva-se no mundo jurídico, e não no mundo dos fatos. Por exemplo, quando o demandante pede o divórcio em ação judicial, no momento em que o magistrado acolhe a sua pretensão, ele obtém o que fora requerido. Não há necessidade de instauração de uma fase de execução para que o seu direito seja efetivado.

Por fim, nas ações condenatórias há pedido por parte do autor para que o réu cumpra o provimento jurisdicional consistente em prestação de dar coisa, obrigação de fazer ou de não fazer. Ao contrário das demandas meramente declaratórias e constitutivas, nas ações condenatória, o simples provimento jurisdicional entrega ao autor o que ele deseja. Caso o réu descumpra o comando jurisdicional, haverá prestação a ser cumprida em favor do autor no mundo dos fatos. Em fase de execução, o magistrado deverá se utilizar de técnicas processuais sub-rogatórias ou mandamentais para compelir o executado a cumprir o provimento jurisdicional.

A grande discussão doutrinária e jurisprudencial existente refere-se à possibilidade de provimentos jurisdicionais meramente declaratórias ou até mesmo constitutivos terem caráter executivo.

EXECUTIVIDADE DA DECISÃO DECLARATÓRIA

² O autor destaca que parcela da doutrina, dentre os quais cita Pontes de Miranda, adota classificação dividindo em cinco espécies: declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais. Porém, rechaça tal a utilidade das espécies *executivas* e *mandamentais*, pois não mudam a natureza condenatória da demanda, sendo circunstâncias relativas ao modo pelo qual a sentença será cumprida.

A executividade da decisão meramente declaratória é matéria controvertida em sede doutrinária. No plano jurisprudencial, ao menos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é possível falar em uma *tendência* a ser examinada um pouco mais à frente.

Ainda na vigência do CPC 1973, esta discussão já existia. O artigo 584 assim dispunha: “São títulos executivos judiciais: a sentença condenatória proferida no processo civil”. Em 2001, aparentemente tomando partido na controvérsia e aderindo à corrente pela executividade das sentenças declaratórias (NEVES, 2016, p. 407/408),³ o legislador revogou este dispositivo e o substituiu pelo artigo 475-N, que prescrevia: “São títulos executivos judiciais: a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia (Lei nº 11.232, de 2005)”.

Mesmo com a alteração legislativa, a doutrina continuou a divergir. É relevante à análise da doutrina àquela época, uma vez que o inciso I do art. 515 do CPC 2015 adotou redação similar ao inciso I do art. 475-N do CPC 1973, fazendo pequenas adaptações à sistemática do CPC 2015, mas mantendo a ideia da decisão que *reconhece* determinada obrigação.

De um lado, diversos autores afirmaram que a alteração legislativa não tinha o condão de tornar exequível uma sentença meramente declaratória (CÂMARA, 2006, p. 92; ASSIS, p. 204; GRECO, 2006, n. 36). O principal argumento é quanto à falta de uma eficácia prestacional pelo provimento. Se a sentença não impõe o cumprimento de prestação, terá eficácia declaratória e não será título executivo (GRECO 2015, p. 302/303).

Tratando dos títulos executivos judiciais, Câmara afirma que o inciso I do art. 515 do CPC trata das decisões conhecidas como *condenatórias*, que são os títulos hábeis a permitir a instauração da atividade executiva (CÂMARA, 2015, p. 324). Dinamarco é enfático ao sustentar que a sentença declaratória, em nenhuma hipótese, constitui título executivo para execução forçada (DINAMARCO, 2001, p. 219-220).

Em contraposição, há diversos autores que afirmam que qualquer sentença reconhecendo a existência de uma obrigação exigível, incluindo a sentença

³ O autor demonstra preocupação na exigibilidade de obrigação oriunda de sentença de improcedência – que é uma sentença declaratória – em ação de natureza dúplice em virtude da limitação das matérias arquiváveis pelo executado em sede de impugnação ao cumprimento de sentença.

declaratória, tem eficácia executiva (DIDIER JR, 2013, p. 160/167).⁴ Se uma decisão judicial reconhece a existência de um direito a uma prestação já exigível (definição completa da norma jurídica individualizada), em nada ela se distingue de uma sentença condenatória. O que importa para que uma decisão judicial seja título executivo é o reconhecimento da existência de um dever de prestação.

Tais autores argumentam a inexistência de razão lógica ou jurídica para submeter a norma jurídica individualizada através da declaração judicial a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia sequer chegar a resultado diverso, sob pena de violar a coisa julgada. Com efeito, impor às partes a necessidade de se submeterem à novo processo com resultado já definido representa unicamente uma atividade meramente burocrática e desnecessária. Certamente haveria violação da duração razoável do processo, entendida de forma macroscópica, da economia processual e da celeridade, princípios que não podem ser desconsiderados pelo intérprete.

De igual modo, uma sentença constitutiva também pode servir como título executivo. Embora o efeito principal de uma sentença constitutiva seja a efetivação de um direito potestativo, a nova situação jurídica criada pode gerar um direito a uma prestação. Um exemplo: a anulação de um ato jurídico é feita por uma sentença constitutiva, restituindo às partes ao *status quo ante*. A efetivação deste direito faz surgir direitos a uma prestação como efeito anexo, com a devolução da coisa objeto do contrato ou com uma indenização, cujo montante é apurado em sede de liquidação.

Fredie Didier Jr. entende que a ação meramente declaratória quando já houve a lesão não interrompe o prazo prescricional, pois não há comportamento do credor que revele a intenção a sua vontade de buscar a efetivação da prestação (DIDIER JR, 2015, p. 296).

A partir de 2011, após certa divergência no próprio âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Corte Superior adotou, ao menos tendencialmente, posição a fim de garantir executividade das decisões meramente declaratória. A

⁴ O autor cita diversos outros autores que entendem da mesma forma: SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29-30. THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 170-171. CARMONA, Carlos Alberto. *Cumprimento da sentença conforme a Lei n. 11.232/2005. Processo Civil – Aspectos Relevantes*. Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte (coord.). São Paulo: Método, 2007, v. 2, p. 156. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 100-101, etc.

Corte, em sede de recurso especial repetitivo, cuja *ratio decidendi* do precedente é vinculante (CPC, art. 927, III),⁵ proferiu acórdão aderindo expressamente à possibilidade de execução de sentença declaratória:

Com a atual redação do art. 475-N, inc. I, do CPC, atribuiu-se "eficácia executiva" às sentenças "que reconhecem a existência de obrigação de pagar quantia".

No caso concreto, a sentença que se pretende executar está incluída nessa espécie de provimento judicial, uma vez que julgou parcialmente procedente o pedido autoral para (i) reconhecer a legalidade do débito impugnado, embora (ii) declarando inexigível a cobrança de custo administrativo de 30% do cálculo de recuperação de consumo elaborado pela concessionária recorrente, e (iii) discriminar os ônus da sucumbência.⁶

Pode-se citar outros recentes acórdãos nos quais a Corte Superior deu executividade à sentença declaratória, na linha da segunda corrente doutrinária apresentada.⁷

CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto ao longo desse trabalho, entende-se que a corrente que garante força executiva à sentença declaratória é que melhor se alinha ao processo civil moderno, este entendido como o processo civil constitucional.

Não há razoabilidade em impor ao vencedor de demanda de conhecimento a necessidade do ajuizamento de uma nova demanda para condenar o réu em prestação, quando já se sabe de antemão que a nova sentença sequer pode divergir da sentença declaratória anterior, sob pena de violação da coisa julgada. Tal vício é tão grave que é uma das hipóteses de rescindibilidade.

Vale ressaltar que a executividade da sentença declaratória não viola o princípio do contraditório, uma vez que o réu se defende nesta demanda. A

⁵ Enunciado 170 Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): "As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos."

⁶ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.261.888/RS. Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, julgado em 09.11.2011, DJe 18.11.2011.

⁷ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.100.820/SC. Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 18.09.2012, DJe 25.09.2012; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.481.117/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Turma, julgado em 03.03.2015, DJe 10.03.2015.

sentença condenatória declara que a parte tem razão e condena na prestação devida. Se uma decisão judicial declara a existência de direito a prestação já exercitável, em nada ela se distingue de uma sentença condenatória (MOREIRA, 1977, p. 72/80).

Um processo civil que se pretende constitucional não pode ignorar princípios da larga envergadura, como da economia processual, celeridade e principalmente da efetividade de tutela jurisdicional. O processo civil não pode ser visto como um obstáculo à satisfação do direito material, mas sim como o seu instrumento. Nesse sentido, destaque-se a lição doutrinária no sentido de que processo deve tutelar os direitos violados para que cumpra a sua função:

Se o direito processual é cientificamente autônomo e o processo possui natureza instrumental, isto está muito longe de significar que ele possa ser neutro em relação ao direito material e à realidade da vida. Aliás, justamente por ser instrumento é que o processo deve estar atento às necessidades dos direitos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 287)

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução da sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. V. 5. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III, São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO, Leonardo. *Instituição do Processo Civil*. Vol. I. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Instituição do Processo Civil*. Vol. II. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Primeiras comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05*. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 36.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. I. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil*. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC – Código de Processo Civil*. *Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. Ed. São Paulo: Método, 2016.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.261.888/RS. Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, julgado em 09.11.2011, DJe 18.11.2011.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.100.820/SC. Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 18.09.2012, DJe 25.09.2012.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.481.117/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Turma, julgado em 03.03.2015, DJe 10.03.2015.