

# IV SEMINÁRIO REGIONAL EM DIREITOS FUNDAMENTAIS

## XLVI CICLO DE ESTUDOS JURÍDICOS

PROTEÇÃO E GARANTIAS DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS - GT1

CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS - GT 2

### Organizadores

Alexandre Luna da Cunha

Fernando Pavan Baptista

Regina Vera Villas Boas

Thais Novaes Cavalcanti



LIVRO I



**Reitor e Pró-Reitor Administrativo** Edmo Alves Menini  
**Pró-Reitor Acadêmico** Nivaldo Elias Pilão  
**Pró-Reitor de Extensão e Cultura** Fernando Pavan Baptista  
**Pró-Reitor de Desenvolvimento e Relações Comunitárias** Antônio Cláudio da Costa Machado

**Coordenadora do Curso de Mestrado** Anna Candida da Cunha Ferraz

**Editor Chefe** Luís Rodolfo Ararigboia de Souza Dantas  
**Editora Adjunta** Anna Candida da Cunha Ferraz  
**Editor Adjunto** Gerson Amauri Calgaro  
**Editora Adjunta** Margareth Anne Leister  
**Revisor** Antônio Cláudio da Costa Machado  
**Revisora** Ana Maria de Pinho

**Técnico Editorial / Diagramação / Capa** Rodolfo Rodrigues Domingos

Direitos reservados à  
**EDIFIEO** Editora da **FIEO**

*Campus Vila Yara*  
Av. Franz Voegeli, 300 Bloco Branco  
06020-190 Osasco SP Brasil  
Fone 11 3651 9980  
www.unifieo.br  
edifieo@unifieo.br

**Ficha catalográfica elaborada pela  
Biblioteca Prof. Dr. Luiz Carlos de Azevedo**

IV Seminário Regional em Direitos Fundamentais: XLVI ciclos de estudos jurídicos (recurso eletrônico); organizado por Alexandre Luna da Cunha...(et al.). – Osasco : UNIFIEO, 2016.  
77p.

Conteúdo: v.1 – Proteção e garantias dos direitos fundamentais – GT1;

1. Direito de herança 2. Herdeiros necessários 3. Cláusula (Direito) 4. Legítima defesa (Direito) 5. Testamentos.

CDU 347.65

*Campus Vila Yara*  
Av. Franz Voegeli, 300  
06020-190 Osasco SP Brasil

*Campus Wilson*  
Av. Franz Voegeli, 1743  
06020-190 Osasco SP Brasil

## **Organizadores**

Alexandre Luna da Cunha

Fernando Pavan Baptista

Regina Vera Villas Boas

Thais Novaes Cavalcanti

**IV SEMINÁRIO REGIONAL EM DIREITOS FUNDAMENTAIS  
XLVI CICLO DE ESTUDOS JURÍDICOS  
PROTEÇÃO E GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - GT1**

Novembro 2016

Osasco  
EDIFIEO  
2018

## **CONSELHO CIENTÍFICO**

Adriana de Mello Zawada - USP – SP

Ana Maria Viola Santos - Unisal – SP

Daisy Rafaella - Unisal – SP

Davi Tangerino - UERJ – RJ

Fernando Pavan Baptista – Unifieo – SP

Gerson Amauri Calgaro – Unifieo e FALC – SP

Juliano Ralo – Universidade Nilton Lins – AM

Márcia Cristina de Souza Alvim – Unifieo – SP

Maria Alckmin - Unisal – SP

Regina Vera Villas Boas – Unisal /PUC-SP

Rubens Beçak – USP/RP – SP

Samyra Napolini – Uninove – SP

## ORGANIZADORES

### **Regina Vera Villas Boas** (UNISAL – PUC/SP)

Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos na Universidade de Coimbra. Doutora em Direito Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Doutora em Direito Civil, Mestre e Graduada pela PUC/SP. Professora e Pesquisadora nos Programas de Graduação e de Pós-graduação lato e stricto sensu na PUC/SP. Coordenadora do Projeto de Pesquisas “Direito, Complexidade e risco” e do Projeto “Fundamentos e efetividade da tutela dos Direitos”, e integrante do Projeto de Pesquisas “Direito Minerário”, todos na PUC/SP. Professora e Pesquisadora no Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos no Centro Universitário Salesiano/SP, integrando o Grupo de Pesquisas “Minorias, discriminação e efetividade de direitos” e o Observatório de Violência nas Escolas (UNESCO/UNISAL). Avaliadora do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais.

### **Alexandre Luna da Cunha** (UNINOVE)

Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho/SP na linha de pesquisa Justiça e Paradigma da Eficiência, lecionando a disciplina Desjudicialização e Reforma da Justiça. Doutor em Direito pela Universidade Mackenzie/SP. Atua como pesquisador nas temáticas Eficiência da justiça, Litigiosidade repetitiva e Novos instrumentos processuais, Direitos sociais e políticas públicas. Tem experiência nas áreas de Direito Processual Civil, Políticas Públicas e Novos instrumentos processuais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Advogado, com ênfase em Direito Processual Civil.

### **Fernando Pavan Baptista** (Unifieo)

Possui graduação em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas - SP (1983), graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1987), Mestrado em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (1993) e Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (2003). Atualmente é professor da graduação e do Mestrado em Direito no Centro Universitário FIEO - Unifieo, em Osasco - SP. Ex-coordenador do curso de Direito. Atual Pró-Reitor de Extensão e Cultura. Avaliador de cursos de graduação pelo INEP/MEC em Direito e em Administração. Tem longa experiência na área acadêmica do Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, atuando principalmente nas seguintes temáticas: direitos humanos fundamentais, direitos das minorias e políticas públicas, filosofia do direito, hermenêutica e lógica jurídica, positivismo e realismo jurídico, Bobbio, Kelsen, Wittgenstein.

### **Thais Novaes Cavalcanti** (Universidade Católica de Salvador)

Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012), Mestre em Direito do Estado (2003) nesta mesma Instituição, onde também se formou em Direito no ano de 1997. Possui Master em Teologia pela Pontifícia Università Lateranense de Roma - Itália (2005). Atualmente é professora do programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Alteridade, em fase de apresentação de APCN, na Universidade Católica de Salvador, na linha de pesquisa sobre Políticas Públicas e efetividade dos Direitos Fundamentais, onde é também professora convidada do programa de Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea (2017) e da graduação em Direito. É professora da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo desde 2013, nas áreas de Ciência Política e Teoria do Estado e Direito Constitucional. Foi professora do Mestrado em Direitos Fundamentais do Unifieo e do curso de graduação de 2009 a 2017. Membro do IBDC - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, membro do Conselho Consultivo da Oficina Municipal. Possui grupos de pesquisa na área de Direitos Fundamentais e Direito Constitucional, coordenadora do Observatório da Subsidiariedade que estuda a atuação da sociedade civil organizada nos Direitos Fundamentais. Atua também nas áreas de Ciência Política, Desenvolvimento Humano, Doutrina Social da Igreja, Ética e Educação.

## AUTORES

### **Carlos Eduardo Marques**

Mestrando do Centro Universitário FIEO – Unifieo. Consultoria Jurídica, Palestrante, Professor Universitário e de Cursos Preparatórios para exame da OAB, Escritor e Pesquisador Acadêmico.

### **Mayra Gouveia**

Mestranda em Direito do Centro Universitário FIEO - Unifieo

### **Michele Vilela Bulgareli**

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha (2000). Pós-graduação na área de Registros Públicos e Direito Civil. Atualmente é Delegada de Polícia - Polícia Civil de São Paulo. Mestranda em Direito pelo Unifieo com bolsa CAPES-PROSUP (Centro Universitário FIEO - Unifieo).

### **Nelly Cecilia Paiva Avertano Rocha Hodge Calfat**

Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (2015). Possui Pós-Graduação em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (2016). Possui mestrado em Direitos Humanos e Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO (2017). Atualmente é professora tutora da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. Professora da Faculdade FNC-Estácio de Sá e Professora do Centro Universitário FIEO - Unifieo. Leciona as matérias de Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Tributário. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário e faz parte da Comissão de Acadêmicos de Direito da OAB/SP em direito Tributário.

### **Vinicius Barbosa**

Mestrando em Direito do Centro Universitário FIEO – Unifieo

## SUMÁRIO

<b>Apresentação .....</b>	<b>8</b>
Alexandre Luna da Cunha	
Fernando Pavan Baptista	
Regina Vera Villas Boas	
Thais Novaes Cavalcanti	

## ARTIGOS

### GT1 – PROTEÇÃO E GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

<b>Direito fundamental à herança e imposição de cláusulas à legítima dos herdeiros necessários.....</b>	<b>10</b>
Mayra Zago de Gouveia Maia Leime	
Vinicius Barboza	
<b>Ação civil pública e a guerra fiscal do ICMS.....</b>	<b>25</b>
Nelly Cecilia Paiva Avertano Rocha Hodge Calfat	
Michele Vilela Bulgareli	

### G2 – CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

<b>A evolução do direito do trabalho na perspectiva do tridimensionalismo e historicismo de Miguel Reale .....</b>	<b>39</b>
Vinicius Barboza.	
<b>A atuação do poder judiciário diante da implementação de uma política pública .....</b>	<b>50</b>
Michele Vilela Bulgareli	
Nelly Cecilia Paiva Avertano Rocha Hodge Calfat	
<b>O Novo CPC e a recuperação das empresas.....</b>	<b>66</b>
Carlos Eduardo Marques	
José Antonio da Barbara	

## APRESENTAÇÃO

Esta obra é resultado parcial do IV Seminário Regional em Direitos Fundamentais e do XLVI Ciclo de Estudos Jurídicos, realizado em Osasco-SP pelo Programa de Mestrado em Direito em conjunto com o Curso de Graduação em Direito, ambos do Centro Universitário da Fundação de Ensino para Osasco (Unifieo), no período de 14 a 18 de novembro de 2016.

O evento contou com apoio das instituições paulistas conveniadas: UNISAL, UNINOVE, FGV e IBCCRIM e seis grupos de trabalho (GT) com temas relacionados aos direitos fundamentais.

Cada grupo de trabalho foi dirigido por dois membros do conselho científico e os trabalhos apresentados, e discutidos nestes grupos e aprovados pelos pares, são aqui oferecidos ao público em forma de artigos.

Os trabalhos apresentados no encontro oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos e representa valiosa contribuição científica, o que permitiu assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da pós-graduação, bem como cidadãos interessados na referida temática.

Neste volume estão encartados os artigos resultantes de projetos de pesquisas desenvolvidos pelo Mestrado aos quais docentes e discentes estão engajados e apresentados perante os grupos de trabalho: GT1 – PROTEÇÃO E GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; e GT2 – CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.

O evento revestiu-se de grande sucesso, atingindo os objetivos visados.

Alexandre Luna da Cunha  
Fernando Pavan Baptista  
Regina Vera Villas Boas  
Thais Novaes Cavalcanti



**GT1 - PROTEÇÃO E GARANTIAS DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

# **DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA E IMPOSIÇÃO DE CLÁUSULAS À LEGÍTIMA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS.**

## *FUNDAMENTAL RIGHT TO INHERITANCE AND THE RESTRICTING CLAUSE TO THE LEGITIMATE OF NECESSARY HEIR.*

Mayra Zago de Gouveia Maia Leime  
Vinicius Barboza

**Sumário:** 1 – Introdução – 2 Direito fundamental à herança: sucessão legítima e testamentária – 3 Modalidades de testamento – 3.1 Testamento particular – 3.2 Testamento Público – 3.3 Testamento Cerrado – 4 As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade – 5 Imposição de cláusulas sobre a legítima dos herdeiros necessários – 6 Conclusão – 7 Referências

**Resumo:** O presente artigo objetiva analisar o direito fundamental à herança frente à possibilidade de, pela via testamentária, imporem-se cláusulas restritivas sobre a legítima dos herdeiros necessários. Trataremos da sucessão legítima e testamentária, as espécies de testamento e das cláusulas restritivas para concluir se existe ou não ofensa ao direito à herança com base em análise doutrinária e jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

**Palavras-chave:** Direito de herança, herdeiros necessários, cláusula, legítima, testamento.

**Abstract:** This article is subject of analysis or Fundamental Right to Inheritance for the possibility, through testamentary, to impose clauses restricting on the legitimate of the necessary heirs. We will deal with the legitimate and testamentary succession, as species of testament and the restrictive clauses to conclude whether or not there is an offense to the right to inheritance based on doctrinal and jurisprudential analysis of the decisions of the Superior Court of Justice.

**Key words:** Right of inheritance, necessary heirs, clause, legitimate, testament.

## 1 Introdução

A herança é o conjunto de bens deixados em razão do falecimento de alguém, e por expressa previsão da Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu artigo 5º, XXX, o Direito à herança é elencado em como direito fundamental.

A sucessão, na definição de Plácido e Silva<sup>1</sup> é

Em sentido estrito, porém, e em significação mais técnica, sucessão é a transmissão de bens e de direitos a uma, ou mais pessoas vivas, integrantes de um patrimônio deixado por uma pessoa falecida. Nesse aspecto, sucessão configura-se instituição exclusiva do Direito Hereditário. E tanto se opera por distinção de última vontade, como por força de lei.

O reconhecimento da sucessão *mortis causa* constitui um corolário da garantia do direito à propriedade privada (CF/88, art. 5º *caput* e incisos XXII e XXIII), constituindo uma garantia fundamental dos cidadãos, conforme opção do legislador constituinte brasileiro. Sua abolição não pode ser objeto de emenda constitucional, consoante o disposto no art. 60, § 4º, inc. IV da CF/88, cumprindo à legislação ordinária disciplinar o fenômeno sucessório conforme os valores constitucionais<sup>2</sup>.

Porém, não obstante haja a expectativa dos herdeiros de receber livremente os bens deixados, é possível que o autor da herança tenha imposto cláusulas restritivas aos bens que deixar a título de herança. Esta imposição não se refere somente à parte disponível de seus bens, mas também à parte que constitui a legítima de seus herdeiros necessários. Importante notar que, apesar de o atual Código Civil exigir, em seu artigo 1.848<sup>3</sup> que se informe a justa causa que deu origem à “restrição” da legítima, não há na lei um parâmetro para que se afira objetivamente as causas que justificariam tal imposição.

O que se busca no presente trabalho é verificar se a clausulação da legítima dos herdeiros necessários implica violação do direito à herança, uma vez que, tendo direito a receber tal parte do patrimônio do “*de cujus*”, o recebimento clausulado com uma restrição a seu direito de propriedade, especialmente quando se trata da inalienabilidade, em alguns casos pode configurar verdadeira aniquilação do direito de propriedade.

---

1 SILVA, De Plácido E. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.780

2 NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. In: **Diálogos sobre Direito Civil**. Renovar, 2008. volume II, p. 620

3 Art. 1.848 Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

## 2 Direito fundamental à herança: sucessão legítima e testamentária

O direito à herança direito fundamental previsto em nosso ordenamento e se traduz no direito que os herdeiros, pessoas previstas em lei na ordem de vocação hereditária, têm de receber o patrimônio deixado pelo autor da herança.

O Direito das Sucessões é o conjunto de regras que regula a transferência do patrimônio do falecido aos seus substitutos, dentro dele, pelo princípio de “saisine” (art. 1.784 do Código Civil de 2002) a herança se transmite fictamente aos herdeiros no exato momento da abertura da sucessão. Isso porque não pode haver patrimônio sem um titular determinado, então, quando o proprietário dos bens morre, entra em cena o princípio da *saisine* que impede fiquem bens sem titularidade, passando-a para os herdeiros. Assim, falecendo alguém que deixou bens, instala-se o fenômeno sucessório, e, na lição de Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira<sup>4</sup>:

[...] A transmissão do patrimônio de alguém que morre, a uma ou a mais pessoas vivas, toma-se em dois conceitos: subjetivo e objetivo. No primeiro, é o direito por força do qual a herança é devolvida a alguém; e no segundo, é a universalidade dos bens que ficaram de um defunto, com todos os seus encargos.

Aberta a sucessão hereditária os legitimados, em razão do já mencionado *droit de saisine*, ingressam na posse indireta e na propriedade dos bens deixados pelo autor da herança, na proporção do quinhão a que tenha direito por lei ou por disposição de última vontade em testamento. É isso a que se chama vocação hereditária.

A sucessão legítima é aquela que se dá em conformidade com as regras estabelecidas na legislação, e independe de qualquer espécie manifestação de vontade por parte do “de *cujus*”. Uma vez aberta a sucessão será buscada informação sobre a existência ou não de testamento do autor da herança, e, caso não haja, sua sucessão será regida exclusivamente pelas normas legais. Porém, uma espécie de sucessão não exclui, necessariamente, a outra, sendo possível que parte dos bens deixados pelo falecido sigam a sucessão legítima, e outra parte a testamentária. Isso ocorrerá caso o falecido tenha deixado herdeiros necessários e testamento, caso em que os herdeiros necessários receberão por disposição legal e o testamento determinará a destinação de outra parte de seu patrimônio.

A sucessão legítima ou *ab intestato* é a que se defere sem que haja testamento ou em havendo, seja este inválido ou caduco. A Lei estabelece, neste caso, as pessoas que receberão a herança do “de *cujus*” e a ordem em que se classificam é denominada, pela Lei e pela Doutrina, como ordem de vocação hereditária.

---

4 OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado do direito das sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 29.

A ordem de vocação hereditária é estabelecida em classes, de modo que as mais próximas excluem as mais remotas e, inexistindo pessoas legitimadas a suceder, os bens serão, por expressa previsão legal, atribuídos ao Poder Público. O Código Civil traz em seu artigo 1.845 a disposição de que são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge e os atribui, no artigo seguinte, de pleno direito, a legítima, ou seja, metade dos bens da herança.

Quando se diz que são classes de herdeiros, significa dizer que, em havendo descendentes, sejam eles filhos, netos, bisnetos e etc., estes sucederão e os ascendentes (pais, avós, bisavós) não serão chamados a suceder; e quando se diz que os mais próximos excluem os mais remotos, significa que em havendo filhos, ou seja, parentes em primeiro grau, os netos que são parentes de segundo grau, não serão chamados a suceder.

A ordem de vocação hereditária vem prevista no artigo 1.829 do Código Civil vigente e se estabelece da seguinte forma: (I) A os descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido pelo regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial o autor da herança não houver deixado bens particulares; (II) Aos ascendentes em concorrência com o cônjuge; (III) ao cônjuge sobrevivente; (IV) Aos colaterais.

Ainda com relação à sucessão do cônjuge o Código Civil deixa claro que este apenas sucederá se ao tempo só falecimento não estiver separado judicialmente ou de fato há mais de 02 (dois) anos, salvo prova, neste caso de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Este enunciado é amplamente criticado pela doutrina brasileira especialmente no que diz respeito à possibilidade de discussão de culpa como requisito para se determinar a exclusão ou não do cônjuge sobrevivente da ordem de vocação hereditária.

Francisco José Cahali critica mencionado dispositivo dizendo:

No caminhar da busca pela separação judicial com base no princípio da ruptura, como existente na legislação estrangeira, vislumbrando a sociedade libertar-se da culpa no rompimento afetivo, já facilitado o fundamento para a ação de separação (CC, art. 1.573, parágrafo único), e há tempos permitindo o divórcio direto sem questionamento do motivo da ruptura, mostra-se retrógrada a previsão agora ainda mais frágil diante da EC 66/2010 que trouxe a possibilidade da dissolução do casamento diretamente por divórcio sem observação de tempo mínimo de vivência ou discussão de culpa. A verificação desta circunstância enseja revolver fatos do passado, talvez caídos no esquecimento, quando o casamento se tornou mera reminiscência cartorial, apenas para a busca do benefício patrimonial. É tumultuária a previsão, pois traz ao direito sucessório matéria totalmente estranha a este instituto, consistente na causa da separação do casal<sup>5</sup>

---

5 Cahali, Francisco José e Hironaka, Giselda Maria F. N. **Direito das Sucessões** 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Apesar das veementes críticas doutrinárias, a Jurisprudência atual do STJ é recorrente no sentido de aplicação da prova da ausência de culpa para admitir a sucessão do cônjuge<sup>6</sup>, como estabelecido no enunciado legislativo.

Importante perceber que o companheiro não foi elencado herdeiro necessário, estando fora deste rol e sendo sua sucessão regulada pelo artigo 1.790 do Código Civil nos seguintes termos:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Em razão de a legítima ser constituída de, no mínimo a metade da herança, ainda que haja herdeiros necessários, qualquer pessoa em vida pode dispor de metade de seus bens e, caso inexistam aqueles, pode dispor livremente de sua totalidade. A forma pela qual se dispõe de bens para depois da morte é o testamento, dando origem ao que se denomina Sucessão Testamentária.

O testamento é o negócio jurídico formal e solene através do qual alguém dispõe de seus bens para depois de sua morte. É, por muitos, considerado o ato mais solene de nosso ordenamento. Pontes de Miranda conceitua como sendo “o ato pelo qual a vontade de alguém se declara para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, criar, transmitir ou extinguir direitos”<sup>7</sup>

Um testamento pode beneficiar qualquer pessoa natural, ainda que não se encontre concebida no momento da abertura da sucessão, contanto que vivos os pais quando da ocorrência desta; pode beneficiar pessoas jurídicas e também pessoas jurídicas cuja organização seja determinada pelo testador sob a forma de fundação, criada no próprio testamento.

---

<sup>6</sup> Neste sentido: RECURSO ESPECIAL Nº 1.513.252 - SP (2011/0058878-5) JULGADO: 03/11/2015. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. SEPARAÇÃO DE FATO HÁ MAIS DE DOIS ANOS. ART. 1.830 DO CC. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNHÃO DE VIDA SEM CULPA DO SOBREVIVENTE. ÔNUS DA PROVA. 1. A sucessão do cônjuge separado de fato há mais de dois anos é exceção à regra geral, de modo que somente terá direito à sucessão se comprovar, nos termos do art. 1.830 do Código Civil, que a convivência se tornara impossível sem sua culpa. 2. Na espécie, consignou o Tribunal de origem que a prova dos autos é inconclusiva no sentido de demonstrar que a convivência da ré com o ex-marido tornou-se impossível sem que culpa sua houvesse. Não tendo o cônjuge sobrevivente se desincumbido de seu ônus probatório, não ostenta a qualidade de herdeiro. 3. Recurso especial provido.

<sup>7</sup> Pontes de Miranda, **Tratado de direito privado**, t. 56, § 5.653

### 3 Modalidades de testamento

Há diversas modalidades de testamento previstas em nosso ordenamento. Das formas ordinárias de testar, previstas no artigo 1.862 do Código Civil, são espécies o testamento público, particular e cerrado; E das formas extraordinárias, previstas no artigo 1.886 do Código Civil, são o testamento militar, marítimo e aeronáutico.

Para os fins deste trabalho, trataremos das espécies ordinárias de testamento, com pontuações breves acerca das características particulares de cada modalidade.

#### 3.1 Testamento particular

O testamento particular, também chamado também testamento hológrafo, pois redigido pelo próprio testador sem maiores exigências, é a forma mais simples, mas menos segura de se testar, já que depende do conhecimento e testemunho de terceiros que podem ser já falecidos quando do falecimento do testador. O artigo 1.876 do Código Civil estabelece que o testamento particular pode ser escrito de próprio punho, caso em que deve ser lido e assinado por quem o escreveu na presença de três (03) testemunhas, que também o devem subscrever; ou por processo mecânico, caso em que não poderá conter rasuras nem espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão.

Após o falecimento do testador, o testamento será publicado em juízo e serão citados os herdeiros legítimos, sendo as testemunhas que o leram e subscreveram inquiridas sobre a sua lavratura.

Excepcionalmente o juiz poderá confirmar o testamento particular que tenha sido realizado e assinado somente pelo testador, sem a presença das testemunhas. A Jurisprudência admite com certa tranquilidade a relativização dos requisitos formais deste testamento, para privilegiar e fazer valer a manifestação de última vontade do “de *cujus*”<sup>8</sup>.

#### 3.2 Testamento Público

O testamento público é, dentre as modalidades de testamento, a forma mais segura de testar. Isso porquê é redigido pelo Tabelião de Notas, profissional do direito dotado de fé pública, na presença das testemunhas e lavrado no livro de Notas, que ficará permanentemente arquivado na serventia extrajudicial. O testador dirá para o Tabelião quais são suas disposições de última vontade e este redigirá conforme dito, lendo em voz alta sempre e tudo na presença de duas (02) testemunhas, que não sejam parentes do testador, nem beneficiárias das disposições do testamento. Caso o testador

---

<sup>8</sup> Neste sentido STJ, REsp.701.917/SP, rel. Min Luis Felipe Salomão, 4a Turma, j.02.02.2010, Dje 01.03.2010 e STJ Resp 828;616/MG, Rel. Min. Castro Filho, 3a Turma, j. 05/09/2006, DJ 23.10.2006 p.313

não saiba ou não possa assinar, o tabelião mencionará esta circunstância na escritura e outra pessoa assinará a seu rogo. A pessoa analfabeta, bem como a cega, só poderão testar por instrumento público já que o tabelião ouvirá as disposições feitas de viva voz pelo testador. Os tabeliões de notas estão vinculados à Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC)<sup>9</sup> e remeterão, quinzenalmente, ao Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal (CNB-CF) ao módulo de Registro Central de Testamentos Online (RCTO) relação dos nomes constantes dos testamentos lavrados em seus livros e respectivas revogações, bem como dos instrumentos de aprovação de testamentos cerrados, ou informação negativa da prática de qualquer um desses atos, de modo que, quando da abertura da sucessão for consultada a central haverá informação da existência de testamento em nome do falecido e indicação do cartório onde lavrado. Apesar de ainda não contemplar todos os estados brasileiros, a tendência é de que gradativamente todos eles venham a integrar a mencionada central e as informações sobre a existência de testamento público, lavradas em todos os Estado da Federação, sejam consolidadas nesta central.

Uma das poucas desvantagens do testamento público é exatamente o fato de poder ser tornado público através do pedido de certidão de qualquer pessoa. Alguns Estados, como é o caso de São Paulo, limitam o fornecimento de certidão de testamento enquanto não comprovado o falecimento do testador, neste caso só ele pessoalmente ou através de procurador poderá obter tal certidão; e a partir de seu falecimento, sim, seu conteúdo se torna público, podendo qualquer pessoa solicitar certidão e, desta forma, ter acesso a seu conteúdo.

### **3.3 Testamento Cerrado**

Também conhecido como testamento místico, o testamento cerrado é escrito pelo testador, e somente ele tem conhecimento de seu conteúdo, que permanecerá em segredo até a ocasião de seu falecimento. Apesar de o conteúdo ser secreto, a existência do testamento não o é, devendo ser este levado também ao Tabelião de Notas da confiança do testador, na presença de duas testemunhas para sua aprovação. O testador deverá, tudo na presença das duas testemunhas, entregar o testamento ao tabelião, informar ser aquele o seu testamento e solicitar sua aprovação; o tabelião, ato contínuo, lavrará o auto de aprovação e lerá, somente o auto de aprovação, para testador e testemunhas e tal

---

<sup>9</sup> As pesquisas realizadas via Cencec contemplam os atos lavrados nos Estados:

- São Paulo: desde 1º de janeiro de 1970 até a última atualização.
- Espírito Santo: desde 1º de janeiro de 1980 até 31 de dezembro de 2012.
- Paraíba: desde 1º de janeiro de 1918 até 31 de dezembro de 2012.
- Paraná: desde 1º de janeiro de 1900 até 30 de abril de 2016.
- Pernambuco: desde 1º de janeiro de 1960 até 31 de dezembro de 2012.
- Santa Catarina: desde 1º de janeiro de 2000 até 30 de abril de 2016.
- Distrito Federal: desde 1º de janeiro de 2000 até data da última atualização.
- Rio Grande do Sul: desde 1º de janeiro de 2007 até 30 de abril de 2016.



ato, será por todos firmado. Nem o Tabelião nem as testemunhas saberão o conteúdo do testamento que será apenas encerrado pelo tabelião, que ressaltará rasuras e entrelinhas e passará a, tão logo lavre a aprovação, cerrar e coser o testamento, lacrando as costuras (art. 1.869, *caput*, CC)

O testamento cerrado pode ser escrito pelo próprio testador ou por terceira pessoa a seu pedido, e em língua nacional ou estrangeira, podendo ser tal terceira pessoa, o mesmo tabelião que procederá à aprovação (artigos 1.870 e 1.871 do CC).

Após encerrado, costurado e lacrado o testamento o tabelião o entregará ao testador, e redigirá em seu livro de notas menção à aprovação naquele dia, mês e ano e naquele local em que realizada a aprovação do testamento cerrado, com a qualificação do testador. Após o falecimento, o testamento deve ser entregue ao juiz ainda lacrado, para que este o abra e registre, ordenando seja cumprido.

#### **4 As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade**

Também chamadas “cláusulas três irmãs” pela Doutrina, tais cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade impõem restrições a bens em atos de disposição gratuita. Significa dizer que não há possibilidade de, em um contrato oneroso, haver a imposição de nenhuma destas três cláusulas.

A cláusula de inalienabilidade veda a alienação do bem clausulado, seja por venda, doação, dação em pagamento, transação, hipoteca, penhor, entre outros. Aquele que receber bem gravado com esta cláusula não terá a propriedade plena do bem, pois lhe faltará o *jus disponendi*, ou seja, o direito de dispor do bem gravado, tendo, sobre este apenas o direito de usar e de fruir do imóvel (respectivamente, *jus utendi* e *jus fruendi*). Cumpre notar que a restrição é imposta ao bem imóvel, em si, não restringindo a disposição de seus frutos e rendimentos<sup>10</sup>.

Na lição de Silvio Rodrigues<sup>11</sup>:

A cláusula, desde sua origem romana, visa proteger o beneficiado, impedindo que por sua imprevidência ou inexperiência venha a ser despojado de seus bens e, portanto, conduzido à miséria. Ora, proibindo-se a alienação, por mais adversa que lhe seja a sorte, ao beneficiário sobrarão sempre os bens inalienáveis. Manifesto, por conseguinte, o sentido assistencial da cláusula de inalienabilidade.

O Código Civil de 1916 instituiu a cláusula de inalienabilidade com força por todo desmesurada, talvez por influência desse sentir desonroso herdado do costume romano,

10 Neste sentido: TJSP Apelação nº 0015066-65.2010.8.26.0100 Comarca: Capital – Foro Central – 2ª Câmara de Direito Privado. Juiz da causa: Marco Aurélio Paoletti Martins Costa Apelantes: Walter Unterrichter Rechtenthal e Renate Unterrichter Rechtenthal Stegman. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6506989&cdForo=0&v1Captcha=SPset>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

11 RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, Direito das Sucessões**, volume 7, São Paulo: Editora Saraiva, p.190/191

tanto que proibiu o cancelamento por decisão judicial da cláusula de inalienabilidade, fosse instituída *inter vivos*, fosse instituída *causa mortis*, à exceção de eventual conflito entre interesse privado e público (desapropriação ou satisfação de tributos).

O artigo 1.911 do atual código civil prevê que a “cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade” é em razão desta disposição que a Doutrina denomina tais cláusulas de “três irmãs”, pois basta a imposição da inalienabilidade para que as outras duas a ela se somem, automaticamente, gravando, as três cláusulas, o imóvel objeto da liberalidade.

A cláusula de incomunicabilidade afasta a comunicação do bem com o cônjuge respectivo, seja qual for o regime de bens do casamento, ainda que seja o da comunhão universal (art. 1668, I, CC). É cláusula que faz com que o patrimônio recebido por determinada pessoa somente a ela pertença, sem que incida comunicabilidade decorrente do regime de bens do casamento ou da união estável de que faça ou venha a fazer parte.

Por fim, a cláusula de impenhorabilidade impede que o bem seja atingido para garantia de eventual execução ou dívida do herdeiro recebedor, estando fora do alcance de seus credores.

É importante notar que a razão para poderem ser impostas apenas em negócios a título gratuito é bastante clara quando se pensa nas garantias que tais cláusulas trazem à propriedade imobiliária.

As mencionadas cláusulas podem ser estipuladas por prazo determinado ou vitaliciamente. Quem recebe um bem clausulado o transmite, por herança, sem a cláusula pois o intuito é a circulação dos bens, não podendo ser perpétua. Esta disposição estava prevista expressamente no Código Civil de 1916<sup>12</sup>, não tendo sido repetida no Código vigente, mas, a Doutrina e Jurisprudência mantém firme este entendimento nos dias de hoje.

Não se pode deixar de mencionar que é possível a sub-rogação das cláusulas em outros bens, ou seja, a substituição do bem clausulado por outro em que se imponha a mesma restrição. Esta hipótese está prevista expressamente em nosso Código Civil no §2º do artigo 1.848, que diz que, “mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros”. Desta forma percebe-se que somente se justificada ao juiz a necessidade de substituição do bem é que poderá ocorrer a mencionada e excepcional sub-rogação.

---

12 ~~Art. 1.723.~~ Não obstante o direito reconhecido aos descendentes e ascendentes no art. 1.721, pode o testador determinar a conversão dos bens da legítima em outras espécies, prescrever-lhes a incomunicabilidade, confiá-los à livre administração da mulher herdeira, e estabelecer-lhes condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia. A cláusula de inalienabilidade, entretanto, não obstará a livre disposição dos bens por testamento e, em falta deste, à sua transmissão, desembaraçados de qualquer ônus, aos herdeiros legítimos. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919).

## 5 Imposição de cláusulas sobre a legítima dos herdeiros necessários

Sob a égide do Código Civil de 1916 a imposição de cláusulas sobre a legítima dos herdeiros necessários era livre<sup>13</sup>, sem nenhuma exigência. Com o advento do Código Civil de 2002, veio a disposição de que a imposição de cláusulas sob a legítima seria excepcional, vez que dependeria de justa causa declarada pelo testador, como se depreende do enunciado do artigo 1.848<sup>14</sup> deste.

A norma de transição<sup>15</sup> entre os dois diplomas estabelecia que no primeiro ano de vigência do novo código, aqueles que haviam disposto em testamento sobre a legítima sob a égide da antiga disposição deveriam indicar a justa causa para a manutenção daquelas.

Parte da doutrina critica arduamente a necessidade de justificação para a imposição das cláusulas com base no argumento de que não haverá como se aferir ser ou não a causa justa após a morte do testador, para quem claramente o era. A este respeito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>16</sup> entendem que:

O CC estabelece a possibilidade de o bem da legítima ser gravado pelo testador com cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, excepcionalmente: apenas incide quando existe justa causa. Em outras palavras, o que determina a validade da cláusula não é mais a vontade indiscriminada do testador, mas a existência de justa causa para a restrição imposta voluntariamente pelo testador. Pode ser considerada justa causa a prodigalidade, ou incapacidade por doença mental, que diminuindo o discernimento do herdeiro, torna provável que esse dilapide a herança

---

13 Art. 1.723. A legítima dos herdeiros, fixada pelo art. 1.721, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras espécies os bens que a constituam, lhes prescreva a incomunicabilidade, atribua à mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentária, e, na falta desta, a transferência dos bens aos herdeiros-legítimos, desembaraçados de qualquer ônus.

14 Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

§ 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.

§ 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.

15 Art. 2.042. Aplica-se o disposto no caput do art. 1.848, quando aberta a sucessão no prazo de um ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior (Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916); se, no prazo, o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima, não subsistirá a restrição.

16 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Comentado**, 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 995-996.

Mauro Antonini<sup>17</sup> esclarece que a indicação da justa causa deve ser bastante clara quando do testamento, não bastando menção genérica de que a imposição visa a proteção dos bens do herdeiro, vez que esta é a finalidade genérica da cláusula e assevera ser possível solicitar o levantamento da cláusula, sem sub-rogação do vínculo, quando a causa, que era justa ao tempo da abertura da sucessão, deixe de existir posteriormente.

Também o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que o novo código permite que o Poder Judiciário seja chamado a analisar se a restrição é justa ou não, podendo afastar o gravame, quando esse não mais se justifica ou quando prejudica o herdeiro. “quando verificado que a desconstituição da cláusula de impenhorabilidade instituída pelo testador se faz imprescindível para proporcionar o melhor aproveitamento do patrimônio deixado e o bem-estar do herdeiro, o que se harmoniza com a intenção real do primeiro, de proteger os interesses do beneficiário.”<sup>18</sup>

Neste mesmo sentido, e da mesma forma como faz a doutrina, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) entende que a idade avançada do herdeiro e/ou deficiência mental justificam a manutenção do gravame; enquanto profere decisões que afastam o gravame em razão do estado em que se encontram os bens e também por se tornar o gravame deveras oneroso,<sup>19; 20</sup> Há outras tantas decisões da mesma corte em que se afasta a incidência das cláusulas, como já se afastava sob a égide do CC/16, em razão de não se demonstrar a justa causa, ou de se mostrar mais prejudicial do que protetiva ao herdeiro a imposição.

Observemos seguinte ementa de julgado do STJ:

DIREITO DAS SUCESSÕES. REVOGAÇÃO DE CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE IMPOSTAS POR TESTAMENTO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DE NECESSIDADE FINANCEIRA. FLEXIBILIZAÇÃO DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 1.676 DO CC/16. POSSIBILIDADE. 1. Se a alienação do imóvel gravado permite uma melhor adequação do patrimônio à sua função social e possibilita ao herdeiro sua sobrevivência e bem-estar, a comercialização do bem vai ao encontro do propósito do testador, que era, em princípio, o de amparar adequadamente o beneficiário das

---

17 Cláudio Luiz Bueno de Godoy e Outros. **Código Civil Comentado**. 4a edição. Editora Manole. 2010. p. 2.177 e 2.178

18 STJ, REsp 303.424-GO, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Data de julgamento 02/09/2004; DJ 13/12/2004 p. 363. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200100157416&dt\\_publicacao=13/12/2004](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200100157416&dt_publicacao=13/12/2004)>. Acesso em: 29 nov. 2016.

19 “Em que pese o rigor do art. 1.676 do Código Civil de 1916, vigente à época, que vedava o afastamento das cláusulas impeditivas impostas em testamento, a jurisprudência vem adotando o entendimento no sentido de possibilitar a mitigação em casos excepcionais, de acordo com a realidade do bem e dos herdeiros.” Em Voto n. 23.449 - 8a Câmara de Direito Privado Apelação n. 0144571-17.2007 - São Paulo Apelantes: L.C.S.O. e outros Juíza; Vivian Wipfli)

20 Apelação Cível n.º 994.07.103.639-9. Relator Desembargador Donegá Morandini. Terceira Câmara de Direito Privado. J. 24-06-2008.

cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. 2. A vedação contida no art. 1.676 do CC/16 poderá ser amenizada sempre que for verificada a presença de situação excepcional de necessidade financeira, apta a recomendar a liberação das restrições instituídas pelo testador. 3. Recurso especial a que se nega provimento<sup>21</sup>.

Além da exceção da necessidade financeira, o mesmo STJ excepciona o levantamento das cláusulas na hipótese de o herdeiro que recebeu o bem com restrição possua boas condições financeiras, dispensando-se a proteção garantida pela cláusula, como se vê da seguinte ementa:

A cláusula de inalienabilidade representa uma severa restrição ao direito de propriedade, pois impede que o proprietário exerça um dos poderes inerentes ao domínio: o de dispor livremente do bem. Em alguns casos, - deve-se reconhecer - ela vai ao encontro da intenção do autor da herança de assegurar aos descendentes um substrato financeiro que lhes garanta uma vida confortável, como na hipótese de prodigalidade. Tais casos, contudo, constituem exceção à regra de que a cláusula de inalienabilidade na sucessão hereditária representa afronta ao livre exercício do direito de propriedade dos herdeiros. **O recorrente afirma, ademais, dispor de recursos financeiros suficientes para proporcionar, a ele e a sua família, uma vida confortável**, do que não se pode duvidar, considerando tratar-se de pessoa plenamente capaz, exercendo a profissão de engenheiro, conforme declarado na petição inicial. Assim, concluo que, no caso, o cancelamento da restrição deve recair não apenas sobre a parte do imóvel em que se localiza o “Castelinho”, mas, sim, sobre a totalidade do bem, considerando a lesão ao exercício do direito de propriedade que ela representa. (grifo nosso)<sup>22</sup>

Assim, em casos concretos em que as cláusulas se apresentem mais como ônus do que como real benefício que o é, revelando-se verdadeira sanção ao beneficiário, mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002 os Tribunais, em especial o STJ, admitiam o abrandamento das disposições legais para decidir pelo levantamento da cláusula imposta aos bens herdados<sup>23</sup> dando maior amplitude a princípios como a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade.

---

21 STJ - REsp 1158679/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 15/04/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19125821/recurso-especial-resp-1158679-mg-2009-0193060-5/inteiro-teor-19125822>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

22 STJ - REsp 1422946/MG, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 05/02/2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303987091&dt\\_publicacao=05/02/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303987091&dt_publicacao=05/02/2015)>. Acesso em: 29 nov. 2016.

23 “Todavia, não pode ser tão austeramente aplicada a ponto de se prestar a ser fator de lesividade de legítimos interesses, desde que seu abrandamento decorra de real conveniência ou manifesta vantagem para quem ela visa proteger associado ao intuito de resguardar outros princípios que o sistema da legislação encerra.” (Resp 34744/SP, 4 a T., julg. de 15/10/1996, DJU 18/11/1996, p. 44898).

## 6 Conclusão

Ante todo o exposto pode-se perceber que o Código Civil de 1916 era bastante amplo com relação à possibilidade de se impor cláusulas restritivas à legítima dos herdeiros necessários, independentemente de qualquer justificativa e dificultando o seu levantamento.

Com o advento da Constituição Federal e, em seguida, a entrada em vigor do Código Civil de 2002, foi dificultada a imposição das cláusulas à legítima dos herdeiros, exigindo-se justa causa para tanto, conforma amplamente explicitado neste trabalho, especialmente em razão do direito de herança, que ganhou status de direito fundamental.

Assim, observamos que a própria legislação, ao restringir a imposição da cláusula, privilegia o direito à herança, garantindo que somente se existir causa justa suficiente possa ser imposta restrição à parte que, por lei, teria o herdeiro à herança.

Apesar de em nenhuma decisão proferida após 2002 pelo STJ, que enfrentou a matéria da interposição de cláusula à legítima, ter ocorrido ou defendido a proteção ao direito fundamental à herança, conclui-se que a jurisprudência privilegia, sim, este direito quando admite o levantamento das cláusulas restritivas sobre a legítima dos herdeiros.

Há julgados que inclusive utilizam o argumento da dignidade da pessoa humana para justificar o levantamento da cláusula quando, esta, mostra-se mais gravosa do que benéfica e tantos outros que acabam privilegiando a proteção dada ao beneficiário, que dificilmente virá a perder o patrimônio que recebeu clausulado (quando há justa causa).

A Jurisprudência não é firme, analisando caso a caso a necessidade do herdeiro e, como vimos, casos em que o herdeiro é idoso, pródigo, possui alguma deficiência ou outro caso excepcional as decisões são pela manutenção das cláusulas, já que estas seriam causas justas que militariam a favor da restrição imposta.

Outros casos, em que as cláusulas, ao invés de proteger o herdeiro recebedor, mostram-se verdadeiro ônus, sendo deveras gravosa ao beneficiário, as decisões primam pelo levantamento da cláusula e livramento do bem. Em verdade, a própria Jurisprudência reconhece, ainda sob o código de 1916, em que, pela letra da lei as cláusulas não poderiam ser levantadas e nem se exigia qualquer justa causa para clausular bens da legítima, já se observava que o levantamento da construção se fazia necessário em casos excepcionalmente analisados.

Então, não se pode olvidar que a Jurisprudência, tanto do Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de observar a justeza da imposição, como exige o Código Civil vigente, mas também, são no sentido de garantir o direito à herança dos herdeiros necessários e livrar o bem de qualquer espécie de restrição, quando a imposição não se justifica e, nestes casos, se revela mais como um ônus imposto ao herdeiro, que ficará com o bem clausulado, do que verdadeiro benefício, que é a natureza real das cláusulas três irmãs, de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Tão benéficas são tais cláusulas, não se admite sejam incluídas em negócios jurídicos onerosos, pois é evidente que a maioria das pessoas optariam por clausular seus próprios bens e protegê-los, mais comumente de comunicação com o cônjuge e de penhora sobre o bem, mas também, em muitas situações, até de alienações posteriores.

A questão da clausulação da legítima nos leva a refletir sobre a real necessidade de proteção do herdeiro, pois um bem restrito pode ser um privilégio, mas também pode se mostrar um ônus, como vimos anteriormente, sendo interessante a análise jurisprudencial que excepciona casos de extrema necessidade de alienação do bem clausulado, da mesma forma em que excepciona no caso do herdeiro abastado que dispensa a proteção das cláusulas eventualmente impostas, restando protegido, seu direito fundamental à herança.

## 7 Referências

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Recurso Especial nº 303.424-GO, Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, Julgamento em 02/09/2004. DJe 13/12/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22ALDIR+PASSARINHO+JUNIOR%22%29.min.&processo=303424&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 nov. 2016

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - REsp 1422946/MG, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 05/02/2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303987091&dt\\_publicacao=05/02/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303987091&dt_publicacao=05/02/2015)>. Acesso em: 29 nov. 2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**- REsp 1158679/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 15/04/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19125821/recurso-especial-resp-1158679-mg-2009-0193060-5/inteiro-teor-19125822>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Recurso Especial nº 1.375.286-SP (2012/0246977-5) Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, data do julgamento: 11/09/2014. Data da publicação 17/09/2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=1.375.286&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Recurso Especial nº 1.513.252 - SP (2011/0058878-5) Julgado em 03/11/2015. DJE de 12/11/2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201100588785&dt\\_publicacao=12/11/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100588785&dt_publicacao=12/11/2015)>. Acesso em: 13 nov. 2016.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, 3ª Câmara de Direito Privado. Apelação com revisão nº 0103639-93.2007.8.26.0000. Julgamento em 24/06/2008. Data do registro 11/07/2008. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2691533&cdForo=0&v1Captcha=xtfhf>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, 8ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº n. 0144571-17.2007.8.26.0100. Relator: Caetano Lagrasta. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5792123&cdForo=0>>. Acesso em: 12 Nov. 2016

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, 5ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2273195-78.2015.8.26.0000. Relator A.C.Mathias Coltro; Julgamento em 16/03/2016, Data de registro: 17/03/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9282283&cdForo=0>>. Acesso em: 12 nov. 2016

CAHALI, Francisco José e HIRONAKA, Giselda Maria F. N., **Direito das Sucessões**. 5ª Ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. **Código Civil Comentado**. 4ª edição. Editora Manole. 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Comentado**, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. In: **Diálogos sobre Direito Civil**. Renovar, 2008, volume II.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado do direito das sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, **Direito das Sucessões**, volume 7, São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação nº 0015066-65.2010.8.26.0100 Comarca: Capital – Foro Central – 2ª Câmara de Direito Privado. Juiz da causa: Marco Aurélio Paoletti Martins Costa. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6506989&cdForo=0&v1Captcha=SPset>>. Acesso em 29 nov. 2016.

SILVA, De Plácido E. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.



# AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A GUERRA FISCAL DO ICMS\*

## *PUBLIC CIVIL ACTION AND THE ICMS FISCAL WAR*

Michele Vilela Bulgareli

Nelly Cecília Paiva Avertano Rocha Hodge Calfat

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Características da ação civil pública – 2.1 Conceito – 2.2 Origem – 2.3 Objetivos – 2.4 Finalidades da ação civil pública – 2.5 Objeto – 2.6 Partes – 2.7 Competência – 2.8 Procedimento – 2.9 A decisão na ação civil pública – 2.10 Recursos – 2.11 Execução – 3 A guerra fiscal do ICMS e a ação civil pública – 4 Características da guerra fiscal voltadas para o ICMS – 5 A guerra fiscal nos Estados – 6 Conclusão 7 Referências

**RESUMO:** A ação civil pública é um instrumento processual adequado conferido ao ministério público para o controle e o exercício popular dos atos dos poderes públicos. Dessa forma o interesse defendido na ação é o da proteção jurisdicional ao meio ambiente; consumidor; bens e direito de valor histórico, artístico, estético, turístico e paisagístico; qualquer outro interesse ou direito difuso coletivo ou individuais homogêneos; bem como a defesa da ordem econômica. A Guerra Fiscal do ICMS é um grande violador do princípio da ordem econômica, visto que a busca incessante dos estados por benefícios fiscais, a fim de, tentar buscar um maior número de empresas para os próprios estados para que tenham uma maior arrecadação.

**Palavras-Chave:** ação civil pública, guerra fiscal do ICMS, vantagens na arrecadação, maior arrecadação para os estados.

**Abstract:** The public civil action is a legal instrument that sums up the procedural adequate to the public minister control t and exercise acts of public power. That is why the interest to sue on the civil public action is to protect the environment, costumer, gifts and rights of historical, esthetical, or any other ways. The fiscal war of the ICMS is a great enemy of the economic order.

**Key words:** Public civil action, ICMS fiscal war, Greater tax levy for the states.

\*O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

## **1 Introdução**

A ação civil pública é um instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o controle e o exercício popular dos atos dos poderes públicos. Dessa forma o interesse defendido na ação é o da proteção jurisdicional ao meio ambiente; consumidor; bens e direito de valor histórico, artístico, estético, turístico e paisagístico; qualquer outro interesse ou direito difuso, coletivo ou individuais homogêneos; bem como a defesa da ordem econômica.

No propósito do presente trabalho, estudar-se-á a Guerra Fiscal do ICMS como um grande violador do princípio da ordem econômica, visto que a busca incessante dos estados por benefícios fiscais para buscar uma maior arrecadação torna-se um atrativo às empresas.

Por conseguinte, pode-se verificar que há uma ofensa ao princípio da ordem econômica face o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Logo, é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Sendo a ação civil pública é um instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o controle e o exercício popular dos atos dos poderes públicos, pode-se verificar a sua validade para resolver a problemática em tela, face à característica de proteção jurisdicional a qualquer interesse ou direito difuso e coletivo ou individuais homogêneos, bem como a defesa da ordem econômica.

## **2 Características da ação civil pública**

### **2.1 Conceito**

A ação civil pública (ACP) é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio público por ato de improbidade, quanto a aplicação das sanções do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.

Podemos definir também como sendo o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações de ordem econômica, protegendo, assim, interesses difusos da sociedade.

## **2.2 Origem**

A ação civil pública (ACP) passa a ter existência jurídica com ampliação da incidência da proteção jurisdicional para outros interesses difusos (consumidor; patrimônio histórico e outros), bem como disciplina de aspectos de sua utilização inclusive a incidência de medida cautelar, a competência absoluta do local do dano e a criminalização da conduta foram previstas na Lei 7.347/85.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 alargou-se o alcance desses institutos protegidos, enumerando-se a proteção do patrimônio público geral e tornando meramente exemplificativa a enumeração que até então era taxativa, quando se colocou no texto constitucional, a previsão de outros interesses difusos e coletivos.

## **2.3 Objetivos**

Segundo posição doutrinária e jurisprudencial, a ACP é intentada pelo Ministério Público e não deve ser utilizada somente para o ressarcimento de danos ao erário, pois isso não se amolda às suas finalidades sociais.

BARROSO (2003, p. 223) acentua que “a alternatividade que o dispositivo enseja não impede a cumulação, numa mesma ação, dos pedidos de prestar ou não algum fato e de indenizar em certa quantia de dinheiro”.

Além dos fins previstos na Lei de Ação Civil Pública, outras normas preveem o emprego dessa ação para o alcance de diferentes formalidades.

O CDC estabelece a utilização da ACP para a invalidação de cláusulas abusivas (Lei 8.078/90, artigo 51, §4º). Essa providência é de caráter constitutivo, pois cria situação jurídica nova.

## **2.4 Finalidades da Ação Civil Pública**

O interesse defendido na ação é o da proteção jurisdicional ao meio ambiente; consumidor; bens e direitos de valor histórico, artístico, estético, turístico e paisagístico; além desses, qualquer outro interesse ou direito difuso, coletivo ou individuais homogêneos, bem como a defesa da ordem econômica podem ser objeto dessa ação.

Entende-se por interesses difusos a espécie do gênero interesses metaindividuais – interesses coletivos *lato sensu* – e ocupam o topo da escala da indivisibilidade e falta de atributividade a um determinado indivíduo ou grupo determinado, sendo a mais ampla síntese dos interesses de uma coletividade, verdadeiro amálgama de interesses em torno de um bem da vida.

## **2.5 Objeto**

A Ação Civil Pública tem por objeto defender direitos resguardados pela Constituição Federal e leis especiais, podendo ter por fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, bem como o ato ilegal lesivo à coletividade, sendo responsabilizado, nesses casos, o infrator que lesa o meio ambiente, o consumidor, bens e direitos de valor artístico, interesses coletivos e difusos.

Entende-se por interesses coletivos aqueles que são comuns à coletividade, desde que presente o vínculo jurídico entre os interessados, como o condomínio, a família, o sindicato entre outros. Por outro lado, os interesses são chamados de difusos quando, muito embora se refiram à coletividade, não obrigam juridicamente as partes envolvidas, por exemplo, a habitação, o consumo, entre outros.

## **2.6 Partes**

Os legitimados para propor a ação civil pública são: o Ministério Público; as pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como suas entidades paraestatais, porque tanto estas como aquelas podem infringir normas de direito material de proteção aos bens tutelados nesta ação, expondo-se ao controle judicial de suas condutas.

A LACP (Lei da Ação Civil Pública) não trata da legitimidade passiva para a ACP, pois não há restrição nesse sentido. Podem ocupar o polo passivo na ACP entidades da Administração Pública direta e indireta, bem como particulares, ou seja, quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, que ofendam os bens jurídicos tutelados pela LACP.

Ocorrerá litisconsórcio passivo – a despeito do silêncio da lei – quando duas ou mais pessoas ou entidades forem responsáveis pelo dano ao interesse difuso ou coletivo.

## **2.7 Competência**

O foro competente para processar a ACP e a ação cautelar (a ação de execução é proposta, em regra, no juízo que julgou a causa em 1º grau) é o do local onde ocorrer o dano, conforme disposição do referido artigo 2º, que firma, à primeira vista, hipótese de competência territorial.

Essa opção legislativa leva em conta que o juiz do local do dano terá maior facilidade para colher as provas necessárias ao julgamento da causa.

Embora a competência de foro seja territorial, a LACP prevê regra especial, determinando a natureza funcional dessa ação, tornando-a absoluta e improrrogável.

Ademais, a Lei n. 8.078/90 prevê exceção à regra do local do dano, quando dano for nacional ou regional que abranja mais de um Estado.

## 2.8 Procedimento

A ACP pode ser proposta subsidiariamente sob o rito ordinário ou sumário do processo civil, cabendo provimento liminar quando estiverem presentes os pressupostos de aparência do bom direito e do perigo da demora ou ainda a tutela antecipada.

Existe divergência doutrinária a respeito da possibilidade de antecipação da tutela na ACP. Parte dos doutrinadores entende que, por haver tratamento específico da liminar na LACP, não se aplica à ACP a antecipação de tutela (MEIRELLES, 2003, p. 179). Outra corrente, por seu turno, aceita a tutela antecipada especificamente nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (BARROSO, 2003, p. 238).

O artigo 4º da LACP estatui a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar preparatória ou incidental à ação civil pública. Tal disposição torna-se, contudo, desnecessária, diante da previsão de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à ação civil pública (Lei 7.347/85, artigo 19). O procedimento da ação cautelar relativa à ACP será o previsto no CPC, incidindo as regras pertinentes aos processos cautelares inespecíficos (CPC, artigos 796 a 812).

## 2.9 A decisão na Ação Civil Pública

Se julgada procedente a ação o ente da Administração Pública, réu no processo, será compelido a corrigir o ato anulado que deverá voltar para o estado anterior; não sendo essa reversão, o réu responderá, então, patrimonialmente pelos danos causados, não sendo descartada a possibilidade de ação de regresso contra terceiros responsáveis solidários do ato impugnado.

Previu, ainda, o legislador a possibilidade da indenização ser revertida para um fundo próprio criado por lei para subvencionar não somente a lesão causada mas a maioria dos interesses difusos da sociedade. Importante ressaltar a finalidade supletiva deste remédio constitucional, qual seja, compelir o ente público omissor a atuar. A sentença somente terá eficácia no território de competência do juízo que proferir a decisão.

## 2.10 Recursos

Tal como na ação popular, todos os recursos tanto para o juiz “*a quo*”, quanto o juiz “*ad quem*”, admitidos pelo diploma processual civil vigente, quando apropriados, são admitidos. No recurso de sentença procedente caberá efeito suspensivo caso o magistrado entenda caber evitar danos irreparáveis à parte; caso contrário terá o efeito devolutivo.

A sentença improcedente somente terá eficácia após a confirmação do recurso ordinário, portanto as partes não recorrendo caberá recurso de ofício.

## **2.11 Execução**

A execução definitiva da sentença deve ser providenciada pela parte interessada. No caso de associação, não promovendo esta a execução em sessenta dias, o Ministério Público ou os demais legitimados poderão fazê-lo, conforme dispõe o artigo 15 da lei 7.347/85. O Ministério Público tem o dever e propor a execução; os demais autores têm faculdade para fazê-lo.

Em razão da alteração promovida no processo de execução civil para as obrigações de dar e fazer (exceto de dar dinheiro), a sentença passa a expressar “quase” uma ordem mandamental, devendo ser cumprida, sob pena de incidirem as imposições dos artigos 461 e 461-A do CPC.

## **3 A guerra fiscal do ICMS e a ação civil pública**

A guerra fiscal decorre de uma intrincada questão jurídica. Nesse sentido é necessário esclarecer que nenhum imposto brasileiro foi tão detalhado na CF/88 como o ICMS.

Em uma rápida análise ao art. 155, II parágrafo 2º da CF permite registrar que está o ICMS submetido ao princípio da não-cumulatividade, tendo em vista que o contribuinte pode realizar os abatimentos dos valores pagos nas etapas anteriores da operação.

Também com fundamento no mesmo princípio há uma estreita relação entre os Estados da Federação, visto que o contribuinte que se encontra em outros Estados é obrigado a suportar o crédito referente ao valor que foi pago em nota fiscal e recolhido ao Estado de origem.

Ocorre que, como forma de sanar tais problemas, os estados concedem benefícios ou incentivos fiscais. Entretanto, essa concessão é realizada às expensas dos Estados adquirentes das mercadorias industrializadas, ou meramente distribuídas a partir do estado concesso, visto que são obrigados a suportar créditos de impostos que na prática não foram recolhidos no Estado de origem.

Por conta disso, por estarmos diante de uma prática inconstitucional, os incentivos fiscais não são destacados nas notas fiscais de venda de mercadoria, ficando exclusivamente registrados nos livros dos contribuintes.

Dessa forma, os adquirentes dos produtos, constatando a oferta de melhores preços por pessoa jurídica localizada em outro Estado da Federação e desconhecendo ser o vendedor beneficiário de incentivos fiscais, adquire a mercadoria, recebendo-a com destaque da alíquota prevista em lei.

Sabe-se que um dos grandes problemas que assolam os mais diferentes níveis de governo reside na capacidade de angariar receitas para suprir as necessidades financeiras do Estado.

Consta que a ordem jurídica pátria é a única possuidora de um sistema tributário constitucional. Tal fato gera inúmeros problemas e considerações, a exemplo das imunidades, tipicamente brasileiros.

A competência tributária tem como principal fundamento a supremacia do Estado nas suas relações com indivíduos a ele subordinados e esse fato em específico dá sustentação ao exercício do poder de tributar. Portanto, um Estado, investido de soberania política e jurídica tem, como uma de suas prerrogativas, a capacidade de estabelecer um sistema tributário a ser posto em prática pelo poder de tributar do Estado.

O Estado necessita de recursos para sobreviver e realizar os seus fins sociais, tendo na tributação o instrumento de que se tem valido para desenvolver a vida administrativa e econômica do País. O tributo é sem dúvida a grande fonte de recurso contra a estatização da economia.

O pagamento de tributos mostra-se, ainda, ser a forma mais concreta de relação do cidadão com o Estado, uma relação em que a reciprocidade de compromissos passou a ser a maior marca nas sociedades democráticas. O Estado tem a finalidade de promover o bem comum e arrecada os recursos indispensáveis à realização do seu papel. O cidadão contribui através dos impostos e adquire o direito a condições de vida progressivamente melhores. É assim, com essa fórmula simples, que se concebe esse contrato social da atualidade.

No mundo em que vivemos, a ideia do bem comum é cada dia mais clara. Seu conceito é composto pela convergência de elementos quantitativos e qualitativos que asseguram o bem-estar do indivíduo e da sua comunidade, através de serviços públicos de qualidade nas áreas de saúde, educação, cultura, lazer, transportes etc. Ao Estado cabe, pois, aplicar corretamente os recursos que recolhe para proporcionar a cada cidadão a possibilidade de uma vida digna, numa sociedade próspera. É obrigação do Estado criar condições para que o trabalho seja valorizado e que, ao mesmo tempo, o direito à propriedade seja protegido.

Contudo, se fazem necessárias limitações a esse poder estatal de tributar, conforme disposto no art. 146, II, da CF. Devem, pois, as limitações constitucionais ao poder de tributar ser reguladas através de lei complementar. Essas limitações visam estabelecer um equilíbrio entre este poder e o direito de cidadania. Isso implica na conclusão que tais limitações constituem uma proteção constitucional ao contribuinte contra um possível excesso do Estado no exercício de seu poder.

#### **4 Características da guerra fiscal voltadas para o ICMS**

A situação que a guerra fiscal determinou o surgimento de uma série de novos benefícios. A título exemplificativo convém citar alguns:<sup>24</sup>

---

24 GONZALEZ, Nora. Cresce polêmica da guerra fiscal. Gazeta Mercantil, São Paulo, 25.10.99.

## I. Benefícios fiscais

**a)** Isenção do ICMS para novas empresas sem produção similar no Estado: Trata-se da concessão de isenção do ICMS para aquela empresa cujos produtos ainda não existem similar sendo produzido no território do Estado concedente;

**b)** Isenção ou redução de ICMS para as micros e pequenas empresas: O argumento nacional para este tipo de concessão é o de que as micro e pequenas empresas absorvem grande quantidade da mão-de-obra, ou seja, ajudam no combate ao desemprego, fantasma que assombra todo e qualquer administrador público.

**c)** Redução de alíquotas para situações e produções especiais: O ICMS é um imposto seletivo, portanto suas alíquotas são de acordo com essencialidade do produto, e tal fato por si só já seria suficiente para diferenciar estas situações e produções especiais, mas para reforçar-se a condição reduz-se mais ainda as alíquotas.

**d)** Postergação de prazo de vencimento do ICMS: Normalmente a legislação que determina o prazo de recolhimento do ICMS prevê que o imposto apurado em determinado mês será recolhido até o vigésimo dia do mês seguinte, neste caso, portanto, o imposto é recolhido 60/90/120 dias após sua apuração.

**e)** Financiamento de longo prazo do pagamento do ICMS: Este é o maior incentivo de todos e funciona de formas diversas, mas com o mesmo espírito. Mensalmente, após a apuração, o contribuinte paga o imposto e recebe 70% de volta sobre forma de financiamento, com vencimentos que variam de 5/10 anos; também mensal, apurado o imposto, o contribuinte só recolhe 30% e os 70% restantes já são diretamente financiados, também com prazos elásticos, sem correção e com juros baixíssimos.

**f)** Utilização de futuros créditos do ICMS: A Lei Kandir (lei complementar 87/96) permitiu o crédito do ICMS que incide sobre a aquisição de material de consumo, mas tais créditos até a presente data nunca puderam ser apropriados, mas alguns Estados já autorizam sua apropriação como forma de incentivo fiscal.

## II. Benefícios financeiros

**a)** Aquisição de ativos fixos: Este é o maior favor financeiro, pois possibilita ao contribuinte adquirir parte de seus bens de capital com financiamento à taxa de juros baixos e prazos a perder de vista.

**b)** Formação ou recomposição de capital de trabalho:



Mão de obra qualificada pelo próprio Estado, com reaparelhamento e curso de formação visando incrementar a qualidade da mão de obra.

**c) Empréstimo para o pagamento do ICMS:**

Concessão de empréstimos para quitação do imposto devido, também sob condições favoráveis de juros e prazos.

### III. Outros benefícios

Dentro dos pacotes de incentivos pode-se ainda destacar outras modalidades de benefícios, como estímulos para implantação do projeto:

**a) Doação, venda ou aluguel de terrenos, lotes e/ou galpões industriais a preços reduzidos:**

O objetivo é facilitar, ao máximo, a instalação da empresa.

**b) Assistência técnica na elaboração do projeto:**

Técnicos do governo que ajudam a desenvolver o projeto de implantação.

**c) Apoio à formação e capacitação de pessoal:**

Programas profissionalizantes objetivando a qualificação ou melhoria da mão de obra já utilizada ou a ser contratada pela empresa.

## 5 A guerra fiscal nos estados

Configura-se como guerra fiscal a disputa entre os Estados em conceder incentivos fiscais para atrair investimentos. Esses incentivos são dados no âmbito do ICMS, imposto estadual que tributa a circulação de mercadorias e alguns serviços. Esta prática se dá via concessões de benefícios fiscais, financeiros e de infraestrutura para as empresas interessadas em investir ou transferir seus investimentos para o Estado concesso do benefício.

Quando ocorre a redução de impostos por um Estado, este deixa de auferir as arrecadações dele provenientes. Contudo, tal ato atrai outras empresas do setor, vez que são beneficiadas com a redução, gerando, com isso, a obtenção em escala de impostos.

No entanto, essa medida, ao incorporar as novas empresas, gera flagrante detrimento em face dos outros Estados. E, no momento em que várias unidades federativas passam a adotar políticas de incentivos e financiamento fiscais, temos uma ruptura do processo de equidade fiscal entre os membros do grupo federado, provocando a chamada guerra fiscal.<sup>25</sup>

E o fenômeno, antes de ser brasileiro, é mundial. O uso do instrumental tributário para atrair novos investimentos geradores de riqueza sempre foi a base dos entes estatais, desde o início da era industrial. Pode-se afirmar tratar-se de vocação natural e inequívoca dos governos em formularem políticas de atração fabril para seus territórios.

---

25 OLIVEIRA, Luiz Guilherme de. **Federalismo e guerra fiscal**. São Paulo: Edições Pulsar, 2000, p. 89.

A respeito da guerra fiscal, nota-se uma preocupação nacional, conforme transcrição do texto da então proposta de Reforma Tributária (PEC 41):

No tocante ao imposto de competência estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), tem-se, atualmente, um quadro de grande complexidade da legislação. Cada um dos Estados mantém a sua própria regulamentação, formando um complexo de 27 (vinte e sete) diferentes legislações a serem observadas pelos contribuintes. Agrava esse cenário a grande diversidade de alíquotas e de benefícios fiscais, o que caracteriza o quadro denominado de “guerra fiscal”.

Veza que não solucionado o problema, o então governador do Estado de São Paulo, Geraldo Alckmin, lançou um pacote batizado de “Primavera Tributária”, onde, após enfatiar-se com o êxodo de empresas para outros Estados, resolveu entrar na briga e concedeu a diminuição da alíquota de ICMS para alguns setores. Nas indústrias de autopeças, máquinas, remédios, alimentos e brinquedos, a alíquota do ICMS foi reduzida de 18% para 12%. No setor do vinho, o corte foi de 25% para 12%.<sup>26</sup> Estas foram apenas algumas de um total de 13 medidas para reduzir a carga tributária e estimular a competitividade do Estado, após as sucessivas perdas dos últimos anos com a guerra fiscal. Segundo dados do Ministério da Fazenda, nos últimos oito anos antes dessa medida São Paulo perdera cerca de R\$ 8 bilhões em ICMS.

O Distrito Federal também participou desta guerra de oferta de incentivos. Destaca-se o Programa de Promoção do Desenvolvimento Econômico Sustentável do Distrito Federal (Pró-DF)<sup>27</sup> e o Regime Especial para o Setor Atacadista<sup>28</sup>, programas voltados a atrair para esta região empreendimentos que gerem emprego e renda, e para tanto, as empresas que aqui se instalarem e de acordo com cada um destes programas, usufruirão de isenção de IPTU, ITBI, de empréstimo de até 70% (setenta por cento) do ICMS incidente sobre suas operações, além de alíquotas diferenciadas.

---

26 **Decreto nº 48.958, de 21/09/2004 e decreto nº 48.961, de 21/09/2004.** apud AMBITO JURIDICO. **A diferenciação da alíquota de ICMS e a guerra fiscal entre os estados.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7073](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7073)>. Acesso em: 20 fev. 2016.

27 DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 2.427, de 14.7.99. DODF de 15.7.99. Pró-DF.** apud AMBITO JURIDICO. **A diferenciação da alíquota de ICMS e a guerra fiscal entre os estados.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7073](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7073)>. Acesso em: 20 fev. 2016.

28 DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 2.381, de 20.5.99. DODF de 21.5.99. Regime Especial para Atacadistas.** apud AMBITO JURIDICO. **A diferenciação da alíquota de ICMS e a guerra fiscal entre os estados.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7073](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7073)>. Acesso em: 20 fev. 2016.

## 6 Conclusão

A ação civil pública possui o condão de proteção jurisdicional a qualquer interesse ou direito difuso e coletivo ou individuais homogêneos, bem como a defesa da ordem econômica. Esta, encontra-se disposta nos arts. 170 a 192 da Constituição Federal Brasileira.

Pode-se verificar, pela análise da ordem econômica conforme o disposto na Constituição Federal, que a guerra fiscal do ICMS interfere na ordem econômica, prejudicando as empresas de pequeno médio ou grande porte. Ao passo que as empresas de pequeno porte não poderão migrar para o outro estado e se favorecer deste benefício, as empresas de grande porte conseguem se valer do referido benefício.

Dessa forma, entende-se que o caráter protetivo da ação civil pública em proteger a ordem econômica não obsta aos legitimados impetrar a referida ação como forma de não prejudicar o andamento da ordem econômica em razão da concessão do benefício fiscal.

## 7 Referências

ARAUJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNÍOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10<sup>o</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. Breve análise da Ordem Econômica Constitucional brasileira. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6649/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649/)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

BARTINE, Caio. **Direito Tributário**. 3<sup>o</sup> ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção elementos do direito; v. 3).

BORGES, José Cassiano; REIS, Maria Lucia Américo dos. ICMS ao alcance de todos. 3<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. A diferenciação da alíquota de ICMS e a guerra fiscal entre os estados. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7073/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7073/)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. Breve análise da Ordem Econômica Constitucional brasileira. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6649/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649/)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. Breve análise da Ordem Econômica Constitucional brasileira. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6649/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649/)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. A diferenciação da alíquota de ICMS e a guerra fiscal entre os estados. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7073/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7073/)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

Decreto nº 48.958, de 21/09/2004 e decreto nº 48.961, de 21/09/2004. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. A diferenciação da alíquota de ICMS e a guerra fiscal entre os estados. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7073/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7073/)>. Acesso em: 20 fev. 2016.

DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 2.381, de 20.5.99. DODF de 21.5.99**. Regime Especial para Atacadistas. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. A diferenciação da alíquota de ICMS e a guerra fiscal entre os estados. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7073/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7073/)>. Acesso em: 20 fev. 2016.

DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 2.427, de 14.7.99. DODF de 15.7.99**. Pró-DF. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. A diferenciação da alíquota de ICMS e a guerra fiscal entre os estados. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7073/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7073/)>. Acesso em: 20 fev. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. Breve análise da Ordem Econômica Constitucional brasileira. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6649/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649/)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

FUNDAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ADMINISTRATIVO – FUNDAP, São Paulo. **Processo constituinte: a ordem econômica e social**. São Paulo, 1987. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. Breve análise da Ordem Econômica Constitucional brasileira. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6649/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649/)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

GONZALEZ, Nora. **Cresce polêmica da guerra fiscal**. Gazeta Mercantil, São Paulo, 25.10.99.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. Breve análise da Ordem Econômica Constitucional brasileira. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6649/](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649/)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. Ação Popular e Ação Civil Pública. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9888&revista\\_caderno=9/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9888&revista_caderno=9/)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

MELO, José Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 9º ed. São Paulo: Dialética, 2010. *apud* BARTINE, Caio. **Direito Tributário**. 3º ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção elementos do direito; v. 3).

MILARÉ, Edis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MILARÉ, Edis. **Ação Popular e Ação Civil Pública**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9888&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9888&revista_caderno=9)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Luiz Guilherme de. **Federalismo e guerra fiscal**. São Paulo: Edições Pulsar, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas Constitucionais**. 6º ed. São Paulo: Malheiros, 2003. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. Ação Popular e Ação Civil Pública. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9888&revista\\_caderno=9/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9888&revista_caderno=9/)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. Breve análise da Ordem Econômica Constitucional brasileira. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6649/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649/)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

SLAIB FILHO. Nagib. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. Breve análise da Ordem Econômica Constitucional brasileira. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6649/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649/)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006. *apud* ÂMBITO JURÍDICO. Breve análise da Ordem Econômica Constitucional brasileira. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6649/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649/)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos**. Salvador: JusPODIVM, 2005. (Coleção Temas de Processo Civil). *apud* ÂMBITO JURÍDICO. Ação Popular e Ação Civil Pública. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9888&revista\\_caderno=9/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9888&revista_caderno=9/)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

## **G2 – CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

# **A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NA PERSPECTIVA DO TRIDIMENSIONALISMO E HISTORICISMO DE MIGUEL REALE**

## *THE EVOLUTION OF LABOR LAW IN THE THREEDIMENSIONALISM AND HISTORICISM PERSPECTIVE BY MIGUEL REALE*

Vinícius Barboza

**Sumário:** 1 Introdução – 2 O tridimensionalismo e historicismo axiológico de Miguel Reale – 3 A correlação entre o trabalho, o trabalhador e o Estado – 4 O direito do trabalho como fato histórico cultural e integração normativa de seus fatos e valores – 5 O historicismo aberto como guia de análise do direito do trabalho contemporâneo e os seus corolários para uma reflexão do futuro do Direito do Trabalho – 6 O trabalho como valor fim para o alcance da dignidade do homem – 7 Conclusão – 8 Referências

**RESUMO:** Este estudo visa elaborar um sucinto paralelo entre a evolução do Direito do Trabalho e o Tridimensionalismo e Historicismo Axiológico de Miguel Reale.

Palavras-Chave: Direito do Trabalho. Tridimensionalismo. Historicismo Axiológico. Miguel Reale.

**Abstract:** This paper aims to elaborate a concise parallel between the evolution of Labor Law and the Threedimensionalism and Axiological Historicism by Miguel Reale.

Key words: Labor Law. Threedimensionalism. Axiological Historicism. Miguel Reale.

## 1 Introdução

Considerando a série de inovações e revoluções percebidas no Direito do Trabalho nos últimos anos e, ainda, no fato da principal carta de direitos trabalhistas – a Consolidação das Leis Trabalhistas – ter sido editada há mais de setenta anos e anteriormente à Constituição da República Federativa do Brasil, tal estudo visará elaborar um sucinto paralelo entre a evolução do Direito do Trabalho e o Tridimensionalismo e Historicismo Axiológico de Miguel Reale.

Essa temática tem o intuito de fomentar uma reflexão através da conjugação de dos quesitos fato social, valor e norma em busca de respostas para as revoluções percebidas no Direito do Trabalho ao longo da história do seu desenvolvimento.

O desenvolvimento do texto tomará por base a evolução do Direito do Trabalho e sua conceituação em um sentido amplo sem a intenção de esgotar o tema proposto, pois tratar-se-á de uma combinação da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale com o desenvolvimento da disciplina jurídico trabalhista.

O objetivo desse trabalho pauta-se na importância da temática trabalhista e na proposição de uma reflexão pontual sobre como podemos intuir aprimoramentos em matéria tão impactante em nossas vidas cotidianas. Tal qual versado por Amoroso, (1956. p 41):

A definição mais geral e nominal que podemos dar do trabalho é ser ele um esforço. O trabalho é o esforço. O trabalho é uma força que fazemos para alguma coisa. Trabalhar é fazer força. Trabalhar é ter a iniciativa de alguma coisa e aplicar-se à sua realização. Segundo a clássica divisão aristotélica das atividades humanas, o trabalho é *simultaneamente* de ordem prática e de ordem especulativa. O homem existe ou para conhecer ou para agir. Ou para refletir sobre as coisas do eu e do não eu. Ou para atuar sobre elas. Daí a clássica divisão das nossas atividades em especulativas e práticas. Pois bem, o trabalho não pertence, por natureza, a nenhuma dessas categorias com exclusão de outra. É ao mesmo tempo de ordem especulativa e de ordem prática. Justamente por ser, na sua mais ampla concepção, um esforço, uma força que emana do homem como primeira consequência de sua vitalidade.

Pela breve citação acima resta cristalino o entendimento de que o trabalho é parte da vida do homem, e que o ser humano depende do trabalho para o alcance e exercício de suas capacidades, sendo assim, para que o trabalhador atue na condução de seus objetivos pelo exercício do trabalho, deve ele estar resguardado e amparado pelo Direito do Trabalho, raciocínio que cria uma intensa relação de interdependência entre os três eixos componentes da força motriz da evolução social.



## 2 O tridimensionalismo e historicismo axiológico de Miguel Reale

Em sua Teoria Tridimensional do Direito, Reale visa conjugar três aspectos fundamentais para a criação de uma norma, o conceito de *fato*, *valor* e *norma*, onde a combinação entre dois desses fatores traz como resultado um terceiro fator que será relevante para a normatividade jurídica, postulando assim uma ideia de que o direito é baseado em uma estrutura tríplice.

O fato de que o direito deve ser estudado sob o prisma da integração desses três fatores traz como resultado fático a questão de que devemos constantemente apurar a nossa capacidade de determinar melhor velhos problemas e situar questões novas, de acordo com as conjunturas histórico-sociais do tempo referenciado.

Reale (2014. p. 89), considera que fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo, sociólogo do direito, ou, até mesmo, pelo jurista, assim sendo buscaremos fatores que sejam suficientes para concretizar a história evolucionista do Direito do Trabalho não deixando de atentar ao fato de que, em suas palavras:

“...o direito “não é puro fato, nem pura norma, mas é o fato social na forma que lhe dá uma norma racionalmente promulgada por uma autoridade competente, segundo uma ordem de valores”.

Nessa vertente estudaremos o Capítulo 5 de sua obra, buscando demonstrar as percepções adquiridas ao encarar o Direito do Trabalho como uma experiência histórico-cultural e os desfechos dessa percepção. Nessa pequena parcela de sua teoria, Reale esclarece a importância de compreender o direito perante a compreensão de seu aspecto histórico para a concretização de uma evolução substancial dos fatos da atualidade e de quais as razões e motivos a serem observados para assegurar um futuro que possa ser capaz de ser prescrito e fundado em bases sólidas distantes de problemáticas passadas e presentes.

É importante partir do entendimento pregado por Reale (2014. p. 81), a respeito da história e da cultura, conforme segue:

A história é, em verdade, impensável como algo de concluído, mera catalogação morta de fatos de uma humanidade “passada”, pois a categoria do passado só existe enquanto há possibilidade de futuro, o qual dá sentido ao presente que em passado se converte. O presente, como tensão entre passado e futuro, o *dever ser* a dar peso e significado ao que se é e se foi, leva-me a estabelecer uma correlação fundamental entre *valor* e *tempo*, *axiologia* e *história*.

Ora, como já disse, o mundo da cultura – enquanto se apresenta como um patrimônio de atos objetivados no tempo, ou se traduz em “acúmulos de obras” – é o mundo das intencionalidade objetivadas, e, como tal, reflexo e segundo; mas ele se apresenta sob outro prisma se através das obras procuramos redescobrir o *ato* criador ou demiurgo, o espírito como liberdade constitutiva da história, e, então, se chega à conclusão primordial de que, dentro todos os entes, somente o homem, de uma forma *originária e fundante, é e deve ser*, e, mais ainda, que o *ser* homem é o seu *dever ser*.

Assim, intuímos que para que haja a evolução de algum conceito jurídico é necessária a experimentação proporcionada pela variação temporal, pois o acúmulo das obras poderemos projetar novas conclusões. Para isso, Reale (2014. p. 82), se vale da argumentação de que o homem deve ser preservado e garantido como livre criador de novos bens, em quaisquer que possam ser os ordenamentos políticos-jurídicos da convivência social.

### **3 A correlação entre o trabalho, o trabalhador e o Estado**

Em sua obra, Reale afirma que a conjugação dos fatores fato, valor e norma é uma integração normativa de fatos segundo valores, assim sendo podemos encarar a evolução do direito do trabalho como sendo a conjugação dos fatores, trabalhador, trabalho e Estado, como reflexo direto e conseqüente da trilogia embasada pela teoria tridimensional, respectivamente.

A ideia de que o fato social do trabalho é necessário para que as pessoas possam alcançar seus objetivos e metas individuais é fundamental para que possamos entender o desenvolvimento social que se desdobra ao redor da pessoa do trabalhador, que deverá ser encarada a seguir como a ideia de fato social, dado o entendimento de Amoroso (1956. p. 61):

O homem é, portanto, o único ente criado que é, ao mesmo tempo, indivíduo e pessoa. São dois aspectos essenciais da sua unidade profunda. Não há, no homem, uma individualidade e uma personalidade como entidades distintas. Todo o homem, com a totalidade de suas características individuais, está ordenado à sua personalidade. A pessoa é o indivíduo completo. O indivíduo racional é uma pessoa em via de realização. O homem se aperfeiçoa à medida que se personaliza, que se torna uma personalidade mais completa. A personalidade não me parece ser uma característica de *certas* pessoas e sim de *todas* as pessoas. Não há pessoa sem personalidade, como não há indivíduo sem o individualismo. O que há são pessoas com mais ou menos personalidade. Como há personalidades tingidas com mais ou menos individualismo. Nenhum homem pode *não* ser pessoa. Pois a personalidade é um atributo natural específico do ser humano. Tampouco pode o homem

deixar de ser indivíduo, pois a individualidade é característica de todos os seres existentes, sub-rationais, irracionais ou racionais. Agora, o que há são graus de individualidade e em graus de personalidade. No homem predomina o indivíduo ou a pessoa, à medida que nele se realiza mais ou menos – pelo trabalho individual, pelo estudo, pela oração e pelo trabalho pessoal e social – a *vida* humana. Essa vida transcende do próprio trabalho, pois o recebe, como fonte psicobiológica e a ele sucede, como Visão Beatífica na eternidade. A vida pode realizar-se mais ou menos, segundo grau de perfeição indefinida, dentro da sua natureza finita. O homem pode ser mais ou menos indivíduo, na medida em que nele predominarem aquelas funções e aqueles atos que caracterizam os seres sub-rationais ou irracionais. O homem não é alheio a esses entes. Nele, como microcosmos, todos os demais entes se encontram, de modo que ele é, ao mesmo tempo, pedra, planta e animal, pelo fato de ser homem.

Em outra via devemos atentar ao fato de que o valor do trabalho será atribuído pelo trabalhador, uma vez que no decorrer da evolução da sociedade o homem se demonstrou dependente do trabalho para o alcance da satisfação de suas necessidades sociais e econômico financeiras. De acordo com o entendimento de Amoroso (1956. p. 54):

Quando dizemos, portanto, que o homem é feito para o trabalho, não estamos dizendo que ele exista para o trabalho, pois na verdade o trabalho é que existe para o homem e não o homem para o trabalho. O homem é feito para o trabalho, porque só por este pode realizar totalmente a dignidade e a plenitude de sua personalidade. Vida ativa ou vida de trabalho, - é, pois, a vida humana em sua totalidade terrena, desde que a entendamos na integralidade de suas quatro estações ascendentes. Trabalho individual na base. O homem só começa a viver quando se dirige para o não-eu. A prova da viabilidade da criança é respirar, é entrar em contato com o mundo exterior. É um trabalho biológico ainda em estado de passividade, de sujeição, que só se conceitua com rigor quando passa desse estado meramente subordinado e inconsciente (do conceito lato de trabalho) ao estado real e consciente para viver de um fim. Quando o esforço de viver- seja biológico seja mental – adquire o caráter de ordenação consciente a um fim, é que realmente nos encontramos no plano objetivo do trabalho, que caracteriza a vida humana. A essa fase inicial do trabalho chamamos de trabalho individual. É que, tanto nesses momentos primeiros, meramente passivos, quanto ao longo da vida, em atividades variadas e infinitamente mais complexas, racionais, livres, habituais e intencionais, tanto em uns como em outros momentos o trabalho individual gira apenas em torno do trabalhador. É uma atividade que visa a própria pessoa que a realiza.

O Estado surge então como fator de integração normativa no intuito de modular os efeitos do assoreamento dos efeitos integradores dos fatos e dos valores sociais, ou seja, do trabalho e do trabalhador respectivamente. Como podemos concluir pelo natural

desequilíbrio de forças presente na relação trabalhista, a preocupação do Estado vem à tona com o intuito de equilibrar a intensidade desses vetores e, principalmente, sanear os conflitos existentes na relação trabalhista, daí o advento da Consolidação das Leis Trabalhistas no ano de 1943. Concretizando o entendimento, a inteligência de Biavaschi (2013. p. 182), constrói o seguinte raciocínio:

O processo de produção das normas trabalhistas está profundamente imbricado na dinâmica do movimento do capitalismo. Partindo-se desse pressuposto e analisando-se com lupa as fontes utilizadas para a elaboração da tese, constatou-se que sua construção pode ser, em muito, tributada a uma *intelligentsia* dirigente desenvolvimentista, por assim dizer, que, sob a batuta de Vargas, dialogando com várias correntes de pensamento presente na base do governo – socialistas, comunistas, positivistas, católicos, anarquistas, progressistas, conservadores – e, atenta à realidade externa e interna do Brasil e às demandas daquele momento histórico, buscava encontrar caminhos que dirigissem certa unidade dentro de um projeto modernizador da sociedade brasileira.

Dessa sorte podemos concluir que o Estado se consolida como o responsável pela aglutinação de fatores que são responsáveis por proporcionar aos trabalhadores o acesso ao trabalho em um mundo multifacetado, ofertando aos seres humanos a possibilidade de aderir a um projeto de adequação da sociedade brasileira, tornando plausível e aderente o raciocínio de que o Estado tem o papel normativo de integração fático valorativa tal qual efluído pela Teoria Tridimensional do Direito.

#### **4 O direito do trabalho como fato histórico cultural e integração normativa de seus fatos e valores.**

Para Reale (2014, p.80), o direito será fato histórico cultural quando os fatos humanos se integrarem normativamente no sentido de certos valores, ou seja, entende-se que a normatividade promoverá o alcance de certos valores pelos fatos humanos, assim sendo, sugerimos que a evolução histórica do Direito do Trabalho poderá ser a responsável por integrar de maneira adequada o trabalhador e o trabalho, para que a sociedade possa alcançar seus objetivos por meio de normas bem equilibradas.

Podemos, então, verificar a grande força que o Direito do Trabalho exprime sobre a vida dos trabalhadores e de seus familiares, assim sendo, a Consolidação das Leis Trabalhistas, combinada posteriormente com a Constituição da República Federativa do Brasil, veio como uma grande égide para a classe trabalhadora, possibilitando, assim, por meio de seus dispositivos, a consagração de uma justiça do trabalho social.

As nuances normativas responsáveis pela integração de fatos e valores, trabalhador e trabalho, respectivamente para esse trabalho, estão baseadas no Artigo

7º da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual busca, por meio de seus 34 incisos e parágrafo único, oferecer a adequada integração normativa entre os agentes trabalhadores e a efetiva realização do trabalho.

Tal inclinação pode ser percebida de plano pela análise do *caput* do referido Artigo 7º *ipsis literis*: Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social... .

Onde resta cristalino o entendimento de que a norma será a responsável pela a integração de seus fatos e valores na direção de um norte mais proveitoso para a sociedade.

Não podemos deixar de citar o entendimento de Godinho e Delgado (2013. p. 216), onde versam:

A história da Justiça do Trabalho destaca-se como enigmática evolução no sentido afirmativo de instituição direcionada à justiça social na estrutura da sociedade civil e Estado brasileiros.

Iniciando-se, aparentemente, como um experimento datado integrante das políticas sociais elaboradas nas décadas de 1930 a 1945, afirmou sua identidade e seu papel social, econômico e jurídico no período democrático subsequente (1945-1964), preservando-se a impondo-se também na regressão autoritária de 1964 a 1985.

Com a democratização do país em 1985 e subsequente promulgação da Constituição de 1988, encontrou seu inteiro papel como a Justiça Social da República brasileira, contribuindo, decisivamente, para a realização da essencial função de desmercantilizar o trabalho humano no moinho incessante da economia e da sociedade.

Em uma sociedade civil e em um Estado fundados na dignidade da pessoa humana, na valorização do trabalho e especialmente do emprego, na submissão da propriedade à sua função social e ambiental – em conformidade com o que determina a Constituição –, é imprescindível existência de uma sólida e universalizada estrutura dirigida À efetividade do Direito do Trabalho na vida econômica e social, inclusive com um segmento especializado, célere e eficiente de acesso ao judiciário e de efetivação da ordem jurídica. Nesse sistema, cumpre papel decisivo a Justiça do Trabalho.

De acordo com ensinamento emanado por Reale (2014 p.80), devemos, ainda, nos atentar que é através da historiografia que o homem se contempla temporalmente, adquirindo plena existência de seu atuar e de seu viver, sendo equívoco qualquer conhecimento que o homem constrói desprovido de sua dimensão histórica, valendo o mesmo para o conhecimento do direito, pois este é uma expressão do viver do homem, de seu conviver. Portanto não há como encararmos de forma desconexa a fatoração de uma expressão como o trabalho sem levar em conta a realidade do trabalhador e, ainda, a maneira qual se dará a garantia dos direitos desse último, vez que através da execução do penúltimo é que esse exercitará a persecução de seus objetivos.

## 5 O historicismo aberto como guia de análise do direito do trabalho contemporâneo e os seus corolários para uma reflexão do futuro do Direito do Trabalho

Como versa Reale (2014. p. 83), sua experiência de compreensão do direito não se limita ao denominado historicismo absoluto, o qual reduz o futuro ao reflexo das determinantes pretéritas, mas sim abre a possibilidade de desenhar um futuro com base no ineditismo da liberdade, considerando o *historicismo aberto* como um importante componente do futuro.

As atuais transformações consolidadas no Direito do Trabalho nos fazem identificar como premente a necessidade pela valorização e segurança de condições dignas para os trabalhadores no objetivo de lhe proporcionar um caminho tranquilo em busca de suas valiosas realizações.

Como aludido pelo breve ensinamento de Mascaro (2013. p. 15), ao abordar as alterações evolutivas necessárias na Consolidação das Leis do Trabalho para a justificativa da premente necessidade de regulamentação do trabalho à distância onde versa:

Esse tipo de trabalho descentralizado é uma realidade. Cumpre ao Direito do Trabalho estabelecer a sua regulamentação e disciplina jurídica, mas não o impedir de cumprir os seus fins.

Alguns aspectos introdutórios devem ser inicialmente colocados, por exigência do tema, para que depois melhor venha a ser a sua compreensão.

Primeiro, a ampliação dos limites materiais do Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho alargou suas fronteiras.

Os tipos de contrato de trabalho nele existentes passaram de uma tipologia unitária para a plural.

A própria teoria do historicismo aberto traz como tópico claro a problemática da segurança, a qual de plano é distinguida do sentimento de segurança que pode ser percebido pelos seres humano erroneamente como uma segurança concreta, e na verdade é uma abstrata criação de nossas mentes. Devemos, então, confrontar rotineiramente as díades da “certeza-segurança” e a da “justiça-ordem”, pois tais raciocínios são capazes de nos conferir aptidão para realizar uma análise consistente do Direito do Trabalho.

Segundo Reale (2014. p. 88),

É meditando sobre temas como este que cada vez mais me convenço que só oferece resultados fecundos, não mutiladores do ser complexo do homem, uma *dialética de referências móveis*, numa pluralidade de perspectivas, sendo o campo unitário da *práxis* traçado, digamos assim, pelas infinitas combinações (ah a precariedade das comparações geométricas, a insuficiência dos símbolos e dos signos linguísticos, sempre aquém das linhas projetantes de pensamento”), pelas possíveis tramas realizáveis numa elipse que tenha com focos o *subjetivo* e

*objetivo, no plano teórico, ou, no correspondente plano prático, o valor e a realidade, dever ser e ser.*

Visitados tais conceitos podemos claramente intuir que o Direito do Trabalho pode ser encarado como um cartapácio virginal, o qual tem a possibilidade de ser explorado e desenhado de forma livre, desde que apegado às premissas básicas atinentes ao ordenamento jurídico pátrio, o qual deverá ser tomado como uma âncora para o fornecimento de um lastro legal para seu desenvolvimento em consonância com as normas vigentes em nosso ordenamento jurídico.

## **6 O trabalho como valor fim para o alcance da dignidade do homem**

Em consonância com todo o até então construído, é importante versar que a concatenação dos elementos fato, valor e norma, trabalhador, trabalho e Estado, respectivamente, oferecem aos seres humanos a possibilidade de alcançar dignificação de sua vida, tal qual versa Reale (2014. P. 88):

É nesse poderoso e plástico contexto que o homem trabalha almejando segurança e receando-se de seus excessos; reclamando ordem e temendo-lhe o peso desmedido; seduzido pela certeza e perplexo diante de suas imobilidades manietadoras, pugnando por justiça, mas com desconfiança das formas estereotipadas das distorções e da rotina. Mas não haverá desespero, antes uma firme confiança, se, postos diante dessa perplexidade criadora, convenceremo-nos de que é no desafio da liberdade e no poder de síntese do espírito que se funda a dignidade do homem.

A persecução da execução de um trabalho digno e de qualidade tem a capacidade de prover ao homem oportunidades de se descolar de uma vida convencional, onde o seu destaque poderá ser alcançado por mérito próprio, porém caberá ao Estado prover o arcabouço normativo que permita a perfeita integração entre os seres humanos e suas atividades laborativas.

Para Amoroso, (1956 p. 153), o estudo se solidifica ao versar que:

O trabalho é um valor em si, antes de ser um valor intermediário. Logo se vê o contraste irredutível entre o conceito cristão do trabalho e o conceito meramente pragmático que lhe atribui a civilização burguesa, de que estamos ainda tão impregnados e domina em grande parte os nossos tempos. O trabalho, no seu verdadeiro conceito filosófico, é um *fim em si*, antes de ser o meio de se realizarem por ele fins superiores como o da *vida* bem vivida. Já que o homem trabalha para viver, não vive para trabalhar.

Tem, pois, uma dignidade suprema. Não se pode admitir uma civilização decente em que o trabalho seja desprezado. Ou em que o trabalho seja uma condição de desnivelamento social.

Por essa via, então, o Estado deve ser responsabilizado pela corporificação de um ordenamento normativo capaz de assegurar ao trabalhador esse meio de acesso à dignidade.

## 7 Conclusão

O desenvolvimento do presente trabalho nos leva a inteligir que o agrupamento dos esforços estatais se faz necessário para o alcance de uma harmoniosa conjugação entre a força de trabalho e o trabalho propriamente dito para que a função social do trabalho seja alcançada nos padrões objetivados pelo texto constitucional.

Regulamentar um mecanismo legal capaz de equilibrar uma relação tão díspar quanto a relação de trabalho é missão extremamente minuciosa, a qual a evolução da Consolidação das Leis Trabalhista, mesmo que com morosidade evolutiva, tem logrado êxito, para tal conclusão entendemos como fundamental a reflexão a respeito de importantes inovações promovidas na referida lei com o intuito de impor o Estado valores otimizados no intuito de fornecer aos trabalhadores uma maior possibilidade de alcance de seus objetivos.

Uma dessas inovações é a Lei Complementar 150 de 1º junho de 2015 que se foi responsável pela regulamentação do contrato de trabalho doméstico, uma vez que a categoria dos empregados domésticos permaneceu desamparada por 72 anos, tendo direitos precários frente aos empregados regidos pela via convencional – quando contratados sob a égide da Consolidação das Leis Trabalhistas.

É importante observar que o fato social e o valor social, trabalhador e trabalho respectivamente, estiveram presentes desde o início da vigência da Consolidação das Leis Trabalhistas, porém, o aperfeiçoamento da legislação se deu apenas mais de sete décadas depois pelo fato da necessidade de harmonizar a relação entre os dois polos da relação trabalhista, tal qual verificado ao longo do desenvolvimento do texto.

Outro exemplo atual que é de relevância é a inovação promovida pela Lei 13.257 de 8 de março de 2016, a qual traz uma importante revolução relacionada ao aumento da licença paternidade para 20 dias. Essa amostra legal é de extrema importância para compreendermos que os efeitos da legislação trabalhista transcendem o espectro da relação de trabalho e reafirma o compromisso evolutivo social do Direito do Trabalho.

Com essa alteração, a legislação proporciona maior facilidade para a equidade concatenação do fato social – trabalhador – e do valor social – trabalho – se torna um tanto quanto mais exequível, vez que a acossa por uma melhor condição social para a família será amparada e proporcionada por uma evolução no Direito do Trabalho.

Concluimos, então, que a correlação entre trabalhador, trabalho e normatividade é requisito essencial para a harmoniosa evolução da legislação trabalhista, e que a evolução da Consolidação das Leis Trabalhistas se dará de forma a espelhar um futuro



adequado por meio de uma reflexão salvaguardada pelo aspecto histórico da justiça do trabalho e de uma aplicação contemporânea da evolução jurídico-sócio-laboral até então percebida.

## 8 Referências

AMOROSO, Alceu Lima. **O Problema do Trabalho**: ensaio da filosofia econômica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Agir. 1956.

BIAVASCHI, Magda Barros. A Construção e os Fundamentos do Direito do Trabalho no Brasil. Sete Décadas da Justiça do Trabalho nos 70 anos da CLT. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 33, nº 121, p. 178-185, nov. 2013.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho** de 1º de maio de 1973.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei 13.257** de 8 de março de 2016

BRASIL. **Lei Complementar 150** de 1º junho de 2015

GODINHO, Maurício; DELGADO, Gabriela Neves. Sete Décadas da Justiça do Trabalho nos 70 anos da CLT. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 33, nº 121, p. 208-217, nov. 2013.

MASCARO, Amauri Nascimento. O trabalho a distância e os meios informatizados de controle e supervisão. Sete Décadas da Justiça do Trabalho nos 70 anos da CLT. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 33, nº 121, p. 15-17, nov. 2013

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed. 9ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 1994.

# A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA

## *JUDICIARY POWER AND THE POSITIVATION OF PUBLIC POLICIES*

Michele Vilela Bulgareli  
Nelly Cecilia Paiva Avertano Rocha Hodge Calfat

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Breve exposição sobre os direitos sociais e o mínimo existencial – 3 Atuação do poder judiciário na efetivação dos direitos sociais – 3.1 O Poder Judiciário e a Constituição Federal – 3.2 O Poder Judiciário e a Tripartição das Funções – 3.3 O Poder Judiciário e o Controle de Discricionariedade – 4 A reserva do possível e o mínimo existencial – 5 Conclusões – 6 Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo aquilatar a atuação dos magistrados diante da concretização de um direito social, o qual fora violado. A atuação positiva por parte do Estado é de rigor, mormente diante da questão do mínimo existencial para então atingir a igualdade material. Nesse aspecto diante da omissão ou deficiência do Poder Público nessa seara como ficaria a questão da legitimidade e limites de atuação do Poder Judiciário frente a efetivação dos direitos sociais? Esse é o tema central do presente estudo. Ressaltou, por fim, a questão da reserva do possível, argumento utilizado muitas vezes pelo Poder Público para não honrar com os seus compromissos e a questão do mínimo existencial.

**Palavras-chave:** Direitos Sociais. Mínimo existencial. Reserva do Possível e Atuação Judicial.

### **ABSTRACT**

The purpose of this study is to assess the performance of the magistrates in the face of the realization of a social right, which had been violated. Positive action on the part of the State is rigorous, especially in the face of the question of the existential minimum, in order to achieve material equality. In this aspect before the omission or deficiency of the Public Power in this area as it would be the question of the legitimacy and limits of action of the Judiciary Power before the effectiveness of the social rights? This is the central theme of the present study. Finally, he emphasized the question of reserving the possible, an argument often used by the government not to honor its commitments and the issue of the existential minimum.

Keywords: Social Rights. Minimum Existential. Reservation of Possible. Judicial Proceedings

## 1 Introdução

O direito e o acesso ao cidadão à tutela judicial das suas pretensões são essenciais para uma sociedade justa e solidária. Com isso sempre houve divergências em diversos ramos do direito. O acesso à justiça sempre foi motivo de entraves no mundo jurídico. Muito em virtude da percepção do cidadão de que é sempre mais fácil para quem detém maior poder econômico, ou seja, tendo recursos financeiros, consegue-se maior facilidade em ser atendido pelo poder judiciário.

No entanto, na sociedade contemporânea esse cenário não condiz mais com a realidade vivenciada por nós, o acesso à justiça é garantia constitucional e efetivada das mais diversas formas, mormente em relação às pessoas carentes, as quais conseguem pleitear suas pretensões por meio de Advogados Dativos, Ministério Público e, principalmente pelas Defensorias Públicas. As ações individuais e mesmo as coletivas, pois, ao lado dessas pessoas dotadas de capacidade postulatória é a ponte pela qual por meio do Poder Judiciário vão concretizar direitos até então violados.

Nesse prisma buscou-se no presente trabalho adentrar e aprofundar, porém sem a pretensão de esgotar o assunto, em tema de grande repercussão que assola a sociedade atualmente, qual seja, a questão da efetivação dos direitos sociais e o controle do judiciário. Desse modo, por meio do presente estudo procurou-se delimitar a atuação judicial frente aos direitos sociais de 2ª dimensão, analisando a legitimidade e os limites de sua atuação, sem perder de vista a questão do mínimo existencial e a reserva do possível.

Inicialmente destacou-se a conquista dos direitos fundamentais ao longo de nossa história, ressaltando o estudo mais aprofundando no que tange aos direitos de 2ª dimensão, mais precisamente a necessária atuação positiva por parte do Poder Público a fim de garantir a igualdade formal e material. O que não vem ocorrendo nos dias atuais. Nesse cenário como ficaria a atuação do judiciário?

Esse é o ponto mais importante do presente trabalho, qual seja, a atuação dos magistrados diante da concretização dos direitos sociais, ressaltando a discricionariedade do Poder Público, mas sem perde de vistas dois aspectos relevantes. Primeiramente que o artigo 37 da Constituição Federal deverá ser cumprido em toda a sua extensão, mormente a aplicação dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. E em segundo aspecto que nenhum ato é inteiramente discricionário, isso porque é cediço que ao menos a competência, a forma e a finalidade são adstritas à legalidade, não havendo qualquer margem à conveniência e oportunidade nesse âmbito. Isso justifica a legítima atuação do Poder Judiciário em fiscalizar parte da atividade estatal a fim de garantir os ditames insculpidos por nossa Constituição.

Ademais, é de se ressaltar ainda outro ponto importante que contribui para a atuação legítima do Poder Judiciário, ou seja, a questão da tripartição de poderes, conhecida atualmente como tripartição de funções, isso porque o poder é uno e indivisível. Nesse aspecto o que se pretende dividir não são os poderes e, sim, apenas as funções.

Pois bem, pelo modelo adotado no Brasil, de freios e contrapesos, os poderes exercem funções atípicas, de modo a obstar arbitrariedade e abuso de cada uma das searas, o que torna ainda mais legítima a atuação do judiciário.

Por fim, não podemos deixar de pontuar, ainda que brevemente, os argumentos utilizados pelo Poder Público para não cumprir com suas atribuições, qual seja, a reserva do possível que apesar de difundida na União Europeia, não pode ser implementada nos mesmos moldes na sociedade brasileira, tendo em vista o abismo de diferenças entre as sociedades em comento. Desse modo, imprescindível a análise de cada caso concreto, verificando com cautela os argumentos utilizados nessa seara para que direitos fundamentais não restem desprotegidos, mormente quando o que se está em jogo é o mínimo existencial.

## **2 BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL**

Num determinado momento de nossa história o fato de ser pobre simplesmente não obstava ou isentava-os para que o recolhimento dos impostos devidos fosse exigido pelo poder governante. Desse modo, essa forma de imposição era tida como forçosa e impositiva para com os povos governados, obviamente prejudicando não somente o direito a ser livre em seus atos individuais como ser humano, mas também cerceando o simples ato de ser digno humanamente. Há que se considerar que a contraprestação exacerbada do povo para com o governo era muito grande, enquanto que o governo não resultava da mesma prestação de serviços à sua população, chegando em muitos casos à inexistência de atos dignos aos seus súditos. (BONAVIDES, 2001. p. 728)

Diante desse cenário inicia-se uma forte influência da Igreja e dos cristãos um pouco mais favorecidos financeiramente, a fim ajudar aos mais necessitados. Com isso a igreja era tida como a benfeitora e forte opositora ao poder governante, tanto é que o alto clero era composto além de pelos mais ricos, também pelos componentes da alta corte governante.

Segundo Torres (2009, p. 334) com o passar dos tempos e surgimento de ideias mais liberais, como para exemplo o iluminismo, altera-se algumas questões nos povos, assim, o Estado é forçado a prestar uma contrapartida mais eficaz em relação ao que recolhe na forma de tributos da população, que não mais aceita ser tratada com tanto desprezo por parte do poder governante.

Ao passar dos tempos e com o surgimento do poder de polícia e sua vigência, algumas concepções e ideias de Estado ditatorial existente à época, aos poucos vão se alterando no intuito de buscar abrandar a carga tributária em favor dos mais pobres e das pessoas menos favorecidas financeiramente. Nessa ocasião intenta-se a proteção por parte do Estado dessas pessoas menos afortunadas.

A partir do momento em que o mínimo existencial é tratado como necessário para o bom andamento e desenvolvimento do Estado democrático de direitos, há uma evolução nas ações do Estado e da própria nação. Assim, o Estado que é tido como fiscal de direito abre forças a imunidade do mínimo existencial devido à progressividade da tributação e de forte influência da doutrina neoliberal.

Segundo Torres (2009, p. 244) essa imunidade não fica restrita apenas aos impostos, e o mínimo existencial acaba se estendendo às taxas, uma vez que estão diante de obrigações positivas do Estado como para exemplo, assistência médica, educação, lazer e outros.

Na doutrina de Torres (2009, p. 344) conceituar os mínimos sociais ou ainda, como é mais difundido nacionalmente, o mínimo existencial, que é o que se espera como contrapartida do poder governante para obter o mínimo de existência digna e sadia no país, remete-se ao conceito de direitos fundamentais, conscritos em nossa legislação pátria e difundida mundialmente.

Esse conceito traz à baila a existência de um direito a mínimas condições para existência humana de forma que seja digno e honrado, direito, esse, que não poderia ser objeto da intervenção da mão do Estado. Essa condição mínima de existência não poderia ser objeto de intervenção estatal por via tributária, pois torna o indivíduo imune de certa forma aos impróprios pacotes tributários de impostos do governo.

O efetivo acontecimento do mínimo existencial não ocorre com qualquer tipo de direito, este deve ser algo de grande importância para a existência do homem com as condições mínimas necessárias para sua existência.

Obviamente que em não havendo condições mínimas garantidas para a existência do homem, este é cerceado de seu direito de sobrevivência. Desta maneira, vem a encontro o princípio da dignidade da pessoa humana, em que não se pode considerar que existam pessoas, nem mesmo doentes mentais, presos etc. que estejam abaixo de um mínimo existencial a ser garantido.

A existência do mínimo existencial não está amparada na Constituição Federal, pois dela não consta positivamente. Todavia, é possível encontrar esse princípio insculpido em outros princípios constitucionais como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Assim é que somente direitos relativos ao ser humano em conferir a existência humana dentro de padrões dignos de sobrevivência é que passam a integrar o mínimo existencial.

Diante do exposto é possível compreender que há uma interligação entre os direitos fundamentais, mais especificamente com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, e com o mínimo existencial. E é face disso, que se faz necessária a atuação por parte do Poder Público para que tais direitos, os quais já são o mínimo que uma pessoa possa ter para se manter dignamente, não seja violado.

### 3 Atuação do poder judiciário na efetivação dos direitos sociais

#### 3.1 O Poder Judiciário e a Constituição Federal

Como se percebe nos últimos tempos, o papel do Judiciário vem crescendo com muita força, isso porque com a normatização dos direitos fundamentais, a sociedade ficou mais atenta em garantir direitos que até então se restaram violados. Nessa vertente, diante da omissão ou deficiência do Poder Público em implementar tais direitos, o cidadão tem procurado a esfera judicial para dirimir tal impasse.

É de se ponderar que de um sistema rígido da tripartição dos poderes, mais tecnicamente conhecida como tripartição das funções, passou atualmente a uma posição mais flexível de atuação entre os poderes, mormente no âmbito do Poder Judiciário, mesmo porque o que se espera do sistema de freios e contrapesos é a fiscalização e o controle dos poderes entre si evitando, pois, eventuais abusos e arbitrariedades e, garantindo acima de tudo a efetivação dos direitos não só individuais, como também os coletivos.

Diante desse cenário, os magistrados de simples aplicador da lei, como pretendia o liberalismo clássico, transformou-se em um típico agente político, isso porque diante das mazelas do Estado, as pessoas passaram a buscar no Judiciário o meio para a efetivação dos direitos sociais, o que fez com que os juízes interferissem mais na atividade governamental ao decidir um caso concreto. Inúmeros são os setores de atuação nesse sentido, desde a garantia ao meio ambiente saudável, até a saúde, educação ou mesmo à moradia.

Nesse prisma, não há como o Judiciário garantir a saúde pública, ou seja, a viabilidade de um tratamento, ou mesmo a disponibilidade de um medicamento de alto custo e que possa afetar a vida de determinada pessoa, sem implicar de alguma forma em lesão ao patrimônio público, por uma questão muito simples, a implementação de direitos ditos sociais está plenamente vinculado à disponibilidade financeira do Poder Público. Tal ocorre não só na área da saúde, mas em diversos outros setores como mencionados acima.

**É em vista do exposto, que os magistrados utilizarão de critérios objetivos para decidir de forma mais adequada o caso concreto, utilizando dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, os quais serão ferramentas indispensáveis à solução mais justa e equilibrada. Nesse sentido, três são os aspectos analisados: a proporcionalidade em sentido estrito, a adequação e a exigibilidade.**

Inicialmente, é de se consignar que os meios devem ser adequados aos fins almejados em cada situação específica e, mais, além de ser o meio mais adequado é o que representa o menor sacrifício ao interesse que sofrerá os limites da atuação judicial. Já proporcionalidade em sentido estrito, refere-se à relação entre o resultado

mais vantajoso para o interesse a ser tutelado com o menor sacrifício do interesse a ser limitado. (GUERRA FILHO, 2001, p. 270-271).

Nesse contexto, é a lição de Jorge Miranda:

O apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e defini-los na sua inter-relação e em tentar, assim, chegar a uma idônea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa. (MIRANDA, 1988, p. 228-229).

É em face da utilização desses critérios ditos objetivos que os magistrados atuarão no limite de suas atribuições, tendo em vista que ao agir dessa forma não estaria usurpando de suas funções, atuando como um legislador positivo, como muitos querem afirmar, por uma questão muito simples, agindo assim sua decisão é baseada tão somente em externar a vontade da lei e não conceber políticas públicas. Por outra senda, não estaria intervindo em seara do Poder Executivo ou mesmo do Poder legislativo, isso porque em suas decisões o juiz restringiria apenas a indicar o caminho a ser trilhado pelo Estado, em nenhum momento indicaria o "modus operandi" que deveria ser adotado por este.

Por outro lado, não podemos deixar de ressaltar a legitimidade do Poder Judiciário em atuar nessa seara. É cediço que os juízes não foram eleitos pelo povo, como ocorre com os Poderes Legislativo e Executivo, aptos, portanto, a firmarem políticas públicas, no entanto, é importante salientar que suas decisões nascem de um processo em que fora provocado e, uma vez pautado pelo devido processo legal e pelos ditames constitucionais permitirá que as partes dialoguem para uma solução mais justa e condizente com os anseios sociais. Sem contar que a legitimação dos magistrados é assegurada por nossa Carta Política ao delimitar rigorosos critérios legais para a realização de concursos públicos, que uma vez aprovados estarão investidos no cargo.

É em vista de tudo que foi exposto que a legitimidade do Poder Judiciário é de rigor e deve imperar diante da omissão ou ineficiência por parte do Poder Público, por óbvio, como restou evidenciado, sempre atuando segundo os ditames constitucionais, bem como critérios legais e objetivos, proporcionando uma decisão mais justa e equilibrada ao caso em comento.

### **3.2 O Poder Judiciário e a Tripartição das Funções**

A tripartição dos poderes, conhecida, hoje, como tripartição das funções, se interpretada de forma rígida acaba inviabilizando o Poder Judiciário de cumprir com suas atribuições, isso porque mesmo se provocado diante da inércia do Estado em efetivar uma política pública, os magistrados nada poderiam fazer. Entretanto, como já ressaltado em outra oportunidade, as funções atípicas de cada um dos poderes se faz

presente justamente para evitar abusos e arbitrariedades de cada um dos poderes. Nesse aspecto, diante da inércia do Poder Público e, analisando cada caso concreto o juiz deverá materializar um direito violado.

Nesse prisma, dispõe Rodolfo de Camargo Mancuso:

Ao contemporâneo Estado Social de Direito não mais contenta uma singela divisão em Poderes (palavra que denota um ranço autoritário, ligado a uma concepção arcaica e estática de Autoridade Pública), mas, antes e superiormente, cabe falar numa divisão em Funções, visão mais afinada com a ideia de um Estado retributivo e prestador, engajado socialmente – o ideário do Welfare State – e comprometido com a consecução de metas e programas adrede estabelecidos, no ambiente de uma desejável teocracia. (MANCUSO, 2014, p. 328).

Desse modo, não podemos deixar de asseverar os limites de atuação do Judiciário diante da violação de um direito social. Desde já é importante ponderar que o tema não é tão simples assim, muito se tem discutido até que ponto o judiciário poderia atuar e não adentrar em seara que não lhe pertence, isso porque poderia violar a teoria da separação das funções. (FRONTINI, 2001, p. 668 e ss).

São inúmeros os casos em que recorrem dessa teoria para impedir que o judiciário julgue de determinada forma, inclusive há súmulas nesse sentido (Súmula n. 339: “não cabe a poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos dos servidores públicos sob o fundamento da isonomia”).

Nessa visão mais rígida e destoada da realidade que ainda assola a sociedade contemporânea, aos juízes caberia apenas o simples papel de aplicar a lei ao caso concreto, desprendido de qualquer sensibilidade que reclama sua função. Dessa forma, inúmeros casos restariam sem solução, tendo em vista o modo robótico de atuação do judiciário, o que iria de encontro a todos os direitos até então conquistados ao longo de nossa história.

É em face do exposto que, já faz um tempo que inúmeros são casos analisados em concreto que desmentem a aplicação da teoria em sua forma mais rígida, incluindo o Brasil, dentre eles: as medidas provisórias, as sentenças normativas da justiça do trabalho, a autonomia administrativa do legislativo e do judiciário (arts. 51, IV, 52, XIII e 99 CR). Percebe-se, portanto, que ao judiciário é concebido o dever de controlar as atividades de outros poderes: em seu controle negativo, coibindo determinadas condutas e, em seu controle positivo, impondo condutas, tudo em prol da coletividade e em cumprimento aos preceitos constitucionais. (PALU, 2004, p. 112 e ss).

Como bem ressalta Rodolfo de Camargo Mancuso:

Essa gradativa expansão da eficácia das decisões judiciais se amolda, pois, à atenuação do rígido esquema de separação entre os poderes, à medida que mais e mais as decisões judiciais tendem a se libertar do confinamento nos autos em que foram proferidas para projetar reflexos



ao exterior, em face dos outros jurisdicionados, e principalmente perante os demais Poderes do Estado, numa força coercitiva mais ou menos ampla, que sob esse aspecto vai aproximando os produtos legislativo e judiciário. (MANCUSO, 2014, p. 742-743).

Desse modo, a teoria da tripartição dos poderes, ou numa visão mais técnica, tripartição de funções, foi consagrada em nosso ordenamento jurídico a fim delimitar as atribuições de cada poder, bem como fiscalizar uns aos outros, o que permite o judiciário realizar um controle negativo e positivo em relação aos poderes legislativo e executivo, visando, pois a materialização de um direito se evidenciada a sua violação.

### **3.3 O Poder Judiciário e o Controle de Discricionariedade**

É cediço que ao judiciário não cabe adentrar no mérito de um ato administrativo, como já ressaltado anteriormente, primeiro porque não é de sua atribuição, já que sua função típica é de julgar, segundo porque a legitimação para desempenhar tal mister é do poder executivo, eleito pelo voto popular e legítimo para trilhar o melhor caminho frente às necessidades e prioridades da população.

Inicialmente, é de se ponderar que o mérito corresponde à conveniência e oportunidade em relação à prática de determinado ato, no caso ao administrador caberá a liberdade de escolha e nesse aspecto o judiciário não poderá intervir. Entretanto, mesmo nesses atos, nem todos os seus elementos são discricionários, ao menos a competência, a forma e a finalidade são vinculadas. Ademais, ao completarmos os elementos do ato administrativo, quais sejam, objeto e motivo que correspondem, em regra, ao mérito do ato administrativo, ambos têm em sua essência aspectos discricionário e vinculado a depender do ato a ser analisado.

É em vista do exposto que o campo da legalidade vai além, pois acaba por abranger todos os elementos de um ato administrativo no que tange aos preceitos legais e constitucionais, os quais deverão ser observados pelo magistrado, a fim de evitar abusos e arbitrariedades do administrador.

Nesse prisma, ainda, salienta Juarez Freitas:

São atos discricionários, sob certo aspecto, aqueles que mais rigorosamente, no exercício do controle jurisdicional, deveriam ser controlados, não para tolher o administrador, muito menos para usurpar a sua correta função, mas para, dentro dos limites razoáveis, coibir a impunidade de manifestos desvios de poder. (FREITAS, 1995, p. 133).

Desse modo, a margem de liberdade dada ao administrador, diante do caso concreto, é de optar pela solução mais condizente dentro dos parâmetros legais, jamais poderá eleger a solução ao seu livre arbítrio e talante, por uma questão muito simples, é um agente político que exerce seu mister representando o Estado, investido de poderes

concebidos pelo Poder Público para atuar em prol da coletividade e, não segundo os seus interesses, seus critérios ou suas preferências.

Assim, é dever do judiciário fiscalizar a atuação administrativa de modo a garantir que os preceitos legais e princípios constitucionais sejam estritamente observados e cumpridos pelo administrador e, a atuação do Judiciário se faz cada vez mais necessária nos dias de hoje, isso porque o Poder Público não vem cumprindo com os seus deveres, utilizando muitas vezes de subterfúgios para não efetivar direitos sociais, quando é seu dever a implementação, mormente quando o que está em pauta é o mínimo existencial. Nesse aspecto não há campo para a discricionariedade.

#### **4 A reserva do possível e o mínimo existencial**

Não é estranho afirmar que conforme preleciona a doutrina majoritária, referente ao tema em questão, para dispor os direitos à população, há um custo, obviamente que tudo que se faz no país em prol do seu povo, há de ser feito com mão de obra, maquinários, serviços técnico-científicos etc., daí advém tal afirmativa de haver custo embutido em todas as ações deferidas em favor das pessoas. Isso ocorre tanto nas ações de cunho positivo como por exemplo, construção de casas populares, como de cunho negativo, deixar de fazer uma obra para beneficiar quem está no lugar.

No atual momento da democracia, mesmo direitos de liberdade, tendem a demandar recursos estatais, exemplo disso são as manifestações inicialmente pacíficas e que acabam em depredação do patrimônio público, que de alguma forma o Estado arcará com os prejuízos na reparação do dano.

Dessa maneira, entende-se que os custos envolvidos não se tratam apenas da parte financeira e econômica, mas também de diversos outros custeios secundários, tratados como indiretos. Esses podem ser elencados como os custos que se derivam dos gastos públicos que advém das instituições estatais que para manter a estrutura e manutenção demandam encargos.

Custos estes que provém do recolhimento de impostos e todos os demais tipos de tributos exigidos pelo Estado em favor dos cofres públicos para adquirir reservas financeiras e manter o suficiente para amparar as despesas públicas em favor do povo.

Desse modo, é possível depreender que diante da arrecadação estatal dos tributos devidos pelas pessoas componentes da nação, é que o Estado concretiza os direitos fundamentais. De outra forma, o simples reconhecimento de que há custos para se garantir os direitos fundamentais não deve gerar tanto espanto, pois os problemas não advém desse reconhecimento.

Iniciam-se de fato, os problemas, quando a máquina estatal não disponibiliza mais de recursos necessários para a efetiva garantia dos direitos fundamentais. Obviamente, os direitos fundamentais a que estão amparados todos os contribuintes, só poderão ser concretizados pela volta de recursos públicos ao Estado.

Segundo ensinamentos de Kelbert (2011, p. 238) entender-se-á, então, que a escolha das pessoas é que geram a concretização dos direitos fundamentais a que tem direito todos os habitantes. Ou seja, diante da impossibilidade de efetivação de todos os direitos inerentes aos direitos fundamentais, escolhe-se a proteção de certos direitos por meio de representantes eleitos para tal, assim o que é considerado de maior amplitude de importância em dado momento da história, exige-se maior grau de proteção e manutenção. Esse, pois, é considerado o mínimo existencial em que a atuação do Judiciário é legítima a fim de garanti-lo.

No entendimento da doutrina nacional, a reserva do possível conceitua-se ao discorrer a um limite para a realização de direitos fundamentais. (SARLET, 2008, p. 227).

No tocante a esse respeito, pode-se aceitar que no direito brasileiro, a reserva do possível abrange não somente o positivismo, mas também uma dimensão negativa da atuação estatal, em busca da defesa e proteção de direitos fundamentais que já se encontram concretizados.

Hodiernamente ainda não há consenso na doutrina e jurisprudência nacionais quanto ao tratamento da natureza jurídica da reserva do possível, assim é que por muitos é considerada como princípio, como doutrina e até como cláusula.

Na legislação pátria não há previsão positiva quanto à gravação da reserva do possível no ordenamento jurídico nacional, no entanto, existem diversas normas que buscam regulamentar os percentuais de arrecadação com vistas a serem destinados a atividades de custeio da saúde, por exemplo, ou moradia e educação.

Diferentemente da legislação estrangeira que é bem mais avançada nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 incluiu os direitos sociais na seara dos direitos fundamentais, sendo que esses devem ser cumpridos pelo Estado.

Muito além do que uma simples obrigação imperativa ao Estado, a manutenção e promoção dos direitos fundamentais, encontra-se em patamar elevado arguido pelo legislador, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana. De certa forma, o que já foi afirmado no texto supra, o poder público arrecada verbas financeiras por meio de impostos, para que se mantenha a prestação dos direitos fundamentais dos cidadãos nacionais. No entanto, essas verbas nem sempre, ou quase nunca, são suficientes para promover e prover os direitos essenciais e fundamentais da vida humana que devem ser garantidos pelo Estado. Muito embora exista previsão financeira e orçamentária para o provimento dos direitos fundamentais ainda é insuficiente para prover os direitos necessários que contemplam a dignidade humana.

Claramente o que se vê, é que todos os direitos fundamentais necessitam de verbas financeiras para que se concretizem por parte do Estado. E a falta ou diminuição desses recursos tornam a efetivação dos direitos fundamentais difícil de acontecer.

Outrossim, o Estado ao permitir e aceitar que os direitos sociais sejam considerados como fundamentais, responsabiliza-se perante seu povo que haverá um compromisso na busca pela prestação desses direitos. Ao reconhecer os direitos sociais

como fundamentais, está assumindo o compromisso perante a sociedade de que será efetivada a contraprestação do ente estatal ao povo.

Não há que se discutir que não existe na Constituição Federal previsão expressa quanto ao orçamento que deva ser espelho aos encargos estatais, assim como ocorre com a lei fundamental, mas é possível interpretar sem muito esforço cognitivo que existe esse dever por parte do Estado. É claro que não poder impor o pleito do impossível, mas a reserva do possível poderá ser aceito excepcionalmente já que não é uma regra. Diante disso todas as vinculações orçamentárias que estão lá, positivadas na Carta Magna, precisam ser cumpridas e mais do que isso, respeitadas.

Desse entendimento é possível dizer que, ainda que não exista conceito galgado pela Constituição Federal, no tocante a reserva do possível, ele existe e está presente em todos os dias da vida das pessoas, servindo de limitação não apenas fática, mas ainda jurídica, obstando a concretização dos direitos considerados fundamentais.

Em breve pesquisa pelas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, acerca da reserva do possível em nosso direito pátrio, evidenciou-se que há uma tendência à concessão dos pedidos de tratamento médico e remédios necessários a manutenção da vida humana para esses indivíduos impetrantes da prestação judicial. (MENDES, 2000.p.92)

Depreende-se tal entendimento, em pesquisa realizada com alguns julgamentos do referido Tribunal Superior brasileiro, por exemplo, os julgados: 198263/RS, 232335/RS, 237367/RS 242859/RS, 256327/RS, 570925/RJ que buscam a prestação de medicamentos para pacientes portadores de doenças graves, como AIDS. Nesse sentido, a Suprema Corte Brasileira tende a não admitir a escassez ou a falta de recursos como argumentação válida a não prestação pleiteada.

Dos julgados analisados não foi possível encontrar grandes variações e divergências entre os votos dos relatores, sendo que todos decidem de certa forma, a favor da vida, independentemente de escassez pública de recursos.

Em se tratando de mínimo existencial, tome-se como exemplo a jurisprudência brasileira no tocante a concessão de medicamentos necessários à manutenção da vida de certos indivíduos. Por se tratar de um item extremamente caro em muitos casos os pacientes não têm as mínimas condições de adquiri-los e a rede pública de saúde custeada pelo poder público, teria o condão de arguir o sustento dessas necessidades de seus cidadãos. Assim, entende-se que seja um bom parâmetro para o melhor entendimento desse tópico. (OLSEN, 2006. p. 77)

A rede pública de saúde, como em muitas outras searas da administração pública carece de investimentos e de uma prestação mais eficaz aos cidadãos, porém, essa, por dizer respeito a um bem mais valioso existente, que é a vida, deve ser objeto de constante atualização e investimentos.

Assim é que, segundo Cordeiro (2011. p. 49), inexistindo certos tratamentos de saúde, por exemplo, na rede pública, destrincham-se dois caminhos. Em primeiro lugar

há de se observar se o tratamento pleiteado é experimental, aquele que ainda não tem eficácia comprovada e aceita pela maioria da doutrina médica, mas que já salvou a vida de muitas pessoas. Outra questão refere-se aos tratamentos que ainda não estão incorporados na rede pública de saúde, momento em que a omissão por parte da administração pública poderá ser pleiteada impugnando-se judicialmente por meio de ações coletivas ou mesmo individuais.

Nesse diapasão, não são de hoje as inúmeras decisões dos tribunais nesse sentido, dentre elas:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – REEXAME NECESSÁRIO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO – DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA – CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL INAPLICABILIDADE – OFENSA À INDEPENDÊNCIA DOS PODERES – INOCORRÊNCIA. Comprovada a imprescindibilidade de utilização de determinado medicamento por pessoa carente, constitui-se em dever e, portanto responsabilidade do Estado in abstracto, o fornecimento de tratamento adequado, na quantidade prescrita (CF, art. 23, II), considerando-se a importância da proteção da vida e da saúde (art. 196 CF). O Poder Público não pode se eximir de sua obrigação de assistência aos necessitados pelo simples fundamento de que o fármaco requerido não é padronizado pelo SUS, vez que tais normas administrativas que delimitam a prestação de determinadas espécies de medicamento, violam os preceitos constitucionais da garantia do direito à saúde, ao bem-estar físico, psicológico e mental, e à dignidade da pessoa humana. Não se aplica a cláusula da reserva do possível quando não comprovada a incapacidade econômico-financeira do Ente Estatal, afigurando-se razoável a pretensão do fornecimento de medicamento a pessoa carente, em respeito ao processo legal substancial. Não ofende a independência dos poderes a decisão judicial que, com base na Constituição, determina o fornecimento de medicamentos, vem que a Carta Política ao estabelecer um sistema de pesos e contrapesos para possibilitar o controle recíproco como forma de conter abusos, institui o direito de ação do cidadão para tornar efetiva essa garantia.<sup>29</sup>

Nessa vertente, temos um exemplo muito atrativo, que pode ser utilizado para ilustrar melhor essas colocações.

No caso em tela, trata-se de ação impetrada pelo Ministério Público, com vistas à defesa de uma pessoa carente e que portava uma doença gravíssima, que tendia a progredir ao agravo de seus sintomas. Tal doença, já comprovada clinicamente, buscava-se então a prestação estatal no sentido de conceder medicamento de vultoso valor comercial.

Analisando-se o caso, evidenciava-se que o relator não admite a possibilidade da justificativa encartada pelo Poder Público no sentido de eximir-se de seus compromissos no que tange à assistência aos necessitados pelo simples fato de que o fármaco pleiteado

---

29 TJ, Ac, 10514150003705001 MG, Rel. Albergaria Costa, 3ª Câmara Cível, Publicação 25.01.2016

não está dentro dos parâmetros determinados pelo SUS, isso porque referidas normas administrativas violam preceitos insculpidos em nossa Carta Política, como garantia à saúde, ao bem estar físico, psicológico e mental, bem como à dignidade da pessoa humana.

Dessa feita, o relator, no presente julgado, suscita ponderações de relevância, sendo que afirmara que o direito social definitivo é resultante de um princípio de liberdade de fato em relação aos princípios materiais.

Arguiu, ainda, em defesa do mínimo existencial, que diante da impossibilidade fática de o poder judiciário legislar e planejar questões de saúde pública e sociais, cabe intervir, quando provocado, em questões que digam respeito a manutenção da vida humana, sem contar que a sua omissão afrontaria à Constituição Federal, uma vez que essa resguarda direitos de cunho protetivos como o direito à vida.

Diante de tudo que foi exposto, apesar do tema controvertido, é imperiosa a atuação do magistrado, que ao decidir no caso concreto não estará adentrando em esfera que não lhe pertence, pelo contrário, é seu dever analisar se o argumento da escassez de recursos financeiros é verossímil e, se for questionar se não há direitos fundamentais, ditos essenciais, que não estão sendo observados em benefício de outros de somenos importância. Para tanto, é salutar a utilização de critérios objetivos, em atenção especial ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nesse sentido, Peter Haberle (1997), em sua obra realça que:

Todo juiz tem ao dever de ser consistente, de convencer, de expor as razões de decidir de dar transparência ao processo decisório, através de uma hermenêutica democrática e aberta.

E, ainda:

Em razão do dever de consistência, o Judiciário, ao decidir casos difíceis envolvendo uma colisão de valores constitucionais, precisa reunir argumentos fortes que demonstram que sua solução é a correta, sob a ótica da própria constituição.

#### **4 Conclusões**

O presente trabalho foi elaborado visando destacar a importante missão em efetivar os direitos sociais conquistados paulatinamente ao longo de nossa história e ponderar a atuação do judiciário diante das políticas públicas, ou seja, até que ponto a atuação dos magistrados é legítima diante da violação dos direitos fundamentais encartados em todo o ordenamento jurídico, inclusive no plano internacional.

Nessa vertente, é salutar realçar que vivemos em um Estado Democrático de Direito, o qual preconiza não só a igualdade formal (Estado Liberal), mas acima de tudo também a igualdade material (Estado Social).

Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário se faz necessária, mormente nos casos em que o Poder Público não cumpre com as atribuições que lhes foram incumbidas, que apesar da discricionariedade que detém quando da realização de um ato administrativo, esse, como qualquer outro ato, mesmo no que concerne ao mérito, apresenta aspectos vinculados, ao menos quanto à competência, forma e finalidade, os quais deverão ser respeitados.

Ademais, não podemos deixar de consignar que diante da implementação dos direitos sociais, mais precisamente quanto ao mínimo existencial, ou seja, o núcleo essencial para a garantia da dignidade da pessoa humana, não há que se falar em discricionariedade, isso porque já estamos lidando com o “mínimo” de condições necessárias para manter uma vida digna e, nesse prisma é dever do Estado atuar, o que viabiliza a determinação judicial diante da omissão ou deficiência daquele.

Por outro lado, é relevante ponderar aspectos da legitimidade dos poderes. Distintamente da legitimidade dos poderes executivo e legislativo, em que seus agentes foram eleitos pelo voto popular, os magistrados foram investidos em suas funções por meio de concurso público com lisura em todas as etapas do certame, o que também os tornam legítimos dentro de sua esfera de atuação. A par disso, é de se ressaltar que os juízes não vão interferir de forma desmedida em toda e qualquer situação, pois os critérios de conveniência e oportunidade do ato administrativo serão preservados.

Desse modo, a atuação judicial é salutar diante da omissão ou deficiência do Poder Público no que tange à determinada garantia fundamental, mesmo que relacionada à ausência da lei ou inefetividade desta, como já ressaltamos em outra oportunidade, a tripartição das funções existem e devem ser observadas.

E, é ainda, com respaldo na tripartição das funções, que ao Poder Judiciário restou o árduo papel de corrigir uma política pública nos casos em que o Poder Público utiliza como método argumentativo a reserva do possível, ou seja, a falta de recursos materiais para não cumprir com o seu mister. Diante desses casos, cabe ao magistrado perquirir se o dinheiro está sendo empregado de modo a garantir o mínimo de condições necessárias para uma vida digna, sempre pautando por critérios objetivos e respaldados pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, como ressaltado ao longo do trabalho.

Por tudo que foi exposto, o Poder Judiciário não poderá deixar de intervir nessa seara, pois o que estamos tratando aqui é da dignidade da pessoa humana, ultrapassando, assim, a órbita da discricionariedade do Poder Público, o que se faz necessário o controle de políticas públicas. Ademais, apesar da indispensável vinculação da implementação dos direitos sociais à disponibilidade financeira do Poder Público, tal não implica na total liberdade do Estado em efetivar ou não normas ensejadoras de direitos fundamentais, mormente quando o que está em jogo é o mínimo existencial.

## 5 Referências

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial: o papel do poder judiciário na sua efetivação**. Tese (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação Civil Pública e separação dos poderes. MILARÉ, Édís. **Ação civil pública: Lei 7347/1985**. 15 anos. São Paulo: RT, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e teoria do direito**. In. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: 2ª ed., Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo II, 2ª ed., Coimbra Editora, 1988.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Setor de Ciências Jurídicas) Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT, 2004.



SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, v. 1, p. 179-234, jul. 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

# O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS - ALGUNS FRAGMENTOS FRENTE À FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO GARANTIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## *THE NEW CIVIL PROCESS LAW AND THE BUSINESS RESTRUCTURING LAW - SOME FRAGMENTS AGAINST THE SOCIAL FUNCTION OF THE FIRM AS A GUARANTEE FOR FUNDAMENTAL RIGHTS*

CARLOS EDUARDO MARQUES  
JOSÉ ANTONIO DA BARBARA

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Função Social da Empresa – 3 Normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil e sua aplicação na Recuperação – 4 Os Prazos da Recuperação de Empresas frente o novo CPC – 5 Intervenção de 3º: O papel do *Amicus Curiae* – 6 A Recuperação Judicial de Empresa Estrangeira e o novo CPC – 7 Conclusão – 8 Referências

**Resumo:** Quando fazemos uma interpretação da Lei de Recuperação de Empresas e Falência nº 11.101/05, frente ao “novo” CPC, podemos verificar diversas situações de aplicabilidade subsidiária da matéria tratada neste último, ao processo de Recuperação Judicial. Temos aqui um tema bastante difícil de ser explorado, pois é tudo muito novo, e somente com o passar do tempo, com o julgamento de casos concretos que forem judicializados, com várias decisões judiciais nesses casos reais, pacificando-se o novo entendimento jurisprudencial nos tribunais brasileiros, é que poderemos ter uma maior clareza, e por que não, correta aplicabilidade do CPC nos casos concretos.

**Palavras-Chave:** Recuperação Judicial de Empresas; Novo CPC; Prazos; Processo; *Amicus Curiae*.

**ABSTRACT:** When we make an interpretation of the Law of Corporate Recovery and Bankruptcy nº 11.101 / 05, in relation to the “new” CPC, we can verify several situations of subsidiary applicability of the matter treated in the latter, to the Judicial Recovery process. We have here a very difficult subject to explore, because everything is very new, and only with the passage of time, with the judgment of concrete cases that are judicialized, with several judicial decisions in these real cases, pacifying the new jurisprudential understanding in the Brazilian courts, is that we can have greater clarity, and why not, correct applicability of CPC in concrete cases.

**Keywords:** Business Restructuring Bankruptcy; New CPC; deadlines; Process; *Amicus Curiae*.

## 1 Introdução

Este artigo tem como objetivo, trazer alguns fragmentos que entendemos serem os mais relevantes, quando fazemos a interpretação da Lei de Recuperação de Empresas e Falência “Lei de Recuperação”, a Lei 11.101 de fevereiro de 2005, frente o “novo” Código de Processo Civil - CPC, instituído em 2015. Trata-se de um tema bastante difícil de ser explorado, pois é tudo muito novo, e somente com o passar do tempo, com a pacificação jurisprudencial nos tribunais brasileiros, no sentido de aperfeiçoar o ordenamento jurídico posto, é que teremos uma maior clareza, e por que não, correta aplicabilidade nos casos concretos das Leis em comento. O tempo que nos mostrará a solução mais exata, a jurisprudência que será construída, a partir de então, bem como os novos desafios que o judiciário brasileiro terá que enfrentar, dentro das novas perspectivas econômicas e sociais que a nação brasileira vive atualmente, é que nos indicará o rumo que devemos seguir, para encontrar a melhor solução a ser aplicada ao caso em avaliação.

Notadamente, temos um grande desafio pela frente, que é o de interpretar a Lei de Recuperação de Empresas ante o novo Código de Processo Civil, pois existe uma infinidade de questões onde devemos verificar se existe ou não a aplicação do novo CPC.

Enquanto isso não acontecer, devemos raciocinar de modo que a aplicação do Código de Processo Civil, amparada e presente no artigo 189 da “Lei de Recuperação”, que é a Lei específica e de maior abrangência sobre o assunto, considerando ainda que se trata de um sistema jurídico que deve dialogar com as demais normas coexistentes, precisamente sob a égide da Constituição Federal de 1988. Como é cediço, não podemos aplicar somente uma Lei isoladamente e sim do ordenamento jurídico vigente, daí a questão, de se ter por base a aplicação subsidiária do termo “naquilo que couber”, o que vale dizer, o interprete da Lei, ou melhor, o operador do direito, tem um grande desafio, que é exatamente enxergar onde se situa expressão legal “o que couber”, pois muitas vezes temos a ideia clara da sua aplicabilidade no mundo acadêmico, contudo muitas vezes está extremamente afastado do mundo prático, pois no papel tudo pode e tudo cabe, mas a aplicação no caso concreto é mais complexo e dificultoso.

Art. 189 Lei de Recuperação. Aplica-se a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, **no que couber**, aos procedimentos previstos nesta Lei. (grifo nosso).

Então podemos partir de uma premissa de que devemos aplicar o novo CPC, sempre interpretando de forma a atender o interesse maior da Lei de Recuperação, em outras palavras, a todo o processo de recuperação, mas principalmente ao seu maior princípio textualmente transcrito no artigo 47, que traz em sua interpretação, de forma direta, a diretriz basilar da norma, que no campo da recuperação, é exatamente isto o que merece ser transcrito, como verdadeira declaração de princípios:

Art. 47 Lei de Recuperação. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (grifo nosso).

Portanto, a recuperação judicial de empresas constitui um favor legal destinado ao empresário ou à sociedade empresária, para que supere o momento de crise econômico-financeira que se encontra, de sorte a permitir a continuidade de seus negócios e de seu fim social e estimular a atividade econômica própria. Objetiva também a Lei, fornecer aos credores um mecanismo de preservação dos créditos, além de ser um instituto que busca beneficiar toda a coletividade, posto que visa à “manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores”, como conceitua Clóvis Antonio Maluf.<sup>30</sup>

Posto isto, cabe-nos também lembrar que sociedade sem empresa é uma sociedade falida, portanto, é óbvio que se elas forem viáveis, e assim devem ser como determina a própria Lei de Recuperação, “Todos”, os atores sociais e estatais, como os advogados das partes, o juiz, o administrador judicial, os credores e fornecedores, ou seja, toda a comunidade jurídica e porque não, toda a sociedade, inclusive o Estado brasileiro, grande arrecadador de tributos, são responsáveis pelo apoio no sentido de salvar aquela empresa que passa por um período econômico financeiro difícil, se apresentando enferma, contudo, da mesma forma, se mostrando viável a recuperação, sairão com saldo positivo.

Infelizmente, diante do tamanho da crise econômica e financeira instalada no Brasil e no mundo, muitas dessas empresas ficaram perdidas pelo caminho, mas vemos claramente que tal são as dificuldades encontradas e sofridas, para legitimar a Lei de Recuperação, uma Lei nova, criada em 2005, que veio a substituir o antigo decreto 7661 de 1945, que tinha todo um apelo protetivo ao devedor, contudo não tinha uma visão prospectiva como a nova Lei, vislumbrando a defesa da empresa em crise e a continuidade de seus negócios.

Então perguntamos: Se não tivéssemos essa Lei hoje, quais dessas empresas que se encontram nessa situação de crise, estariam vivas e ativas? Ou melhor, quantas continuariam gerando riquezas? Quantas se perderam sem poder ter o aproveitamento da nova Lei? Com certeza muitas delas que estariam vivas produzindo riquezas, tributos, empregos e impulsionando a economia nacional, e por que não mundial, desapareceram, pois não tínhamos uma Lei para salvaguardar suas garantias tampouco sob o viés da Constituição Cidadã de 1988, e assim foram extintas e trouxeram grandes prejuízos não só a seus acionistas e credores, mas a toda a sociedade presente em seu contorno.

---

30 MALUF, Clóvis Antônio; e FARIA, William Marinho de. **A Lei das Recuperações comentada e comparada**. 2ª ed. São Paulo: Edifício, 2008.

A Lei de Recuperação, embora uma Lei nova, com pouco mais de dez anos de existência, tem enfrentado duras críticas no sentido de que muitas vezes não atende aos interesses de algumas das partes envolvidas, que reclamam de um maior acultramento da mesma, contudo sabemos todos nós, que ainda temos uma jurisprudência importante a ser construída, pois o próprio poder judiciário ainda não tem, em sua totalidade, um conhecimento maior e mais aprofundado da referida Lei. É responsabilidade então daqueles que conduzem os processos, não só por suas decisões acerca das recuperações aprovadas, mas também pela construção de todo o contorno ao processo de recuperação, para que o mesmo se dê de forma harmoniosa e em benefício de toda a sociedade.

Pensando, então, na aplicação subsidiária do novo CPC, colocaremos a seguir os principais itens que entendemos que se aplicados ao Processo de Recuperação Judicial e a Lei de Recuperação e Falências, pode ser melhor para a empresa em recuperação.

## **2 Função social da empresa**

A empresa tem um papel social de extrema relevância, pois proporciona a criação de empregos e, diante disto, gera riquezas, circulação de mercadorias, pagamento de tributos e o desenvolvimento econômico do país.

A função social da empresa é, portanto um conjunto de direitos e obrigações, e que estão relacionados entre si, trazendo direitos a uma das partes, e da mesma forma impondo um dever a parte oposta. O exercício da propriedade e o contrato é um bom exemplo disso.

Portanto, sabemos que a empresa tem obrigações, deveres a serem cumpridos perante a sociedade, então não pode exercer apenas seus direitos, abdicando-se de seus deveres, os quais se entendem como deveres sociais a serem preenchidos pela empresa para satisfazer sua função social.

A recuperação judicial não se restringe à satisfação dos credores, nem tão pouco ao mero saneamento da crise econômico e financeira em que a empresa solicitante se encontra. Alimenta a pretensão de conservar a fonte produtora e resguardar o emprego, ensejando a realização da função social da empresa, que, afinal de contas, é mandamento constitucional.

Entende-se por função social, pois aquele empregado da empresa, com o recebimento de suas verbas trabalhistas fruto da atividade desenvolvida no mês, tem, por exemplo, a possibilidade de comprar um determinado bem ou serviço em um determinado estabelecimento comercial, gerando renda ao comércio, que por consequência mantém seus empregados, podendo inclusive criar novos postos de trabalho. É um elo significativo entre empregado e empregador, e por conta disto, entendemos o quanto a empresa significa para a sociedade.

A busca por ações sociais adotados pela empresa, em qualquer ramo que atua, inclusive de cunho socioambiental, para o cumprimento de sua função social aproximam

empresa e comunidade, e, portanto, temos aqui o exercício de interesses distintos, a procura da satisfação das vontades de todos os agentes envolvidos.

Por fim, é importante dizer que o princípio da função social da empresa está profundamente relacionado com o da preservação da empresa, pois se uma empresa cumpre seu papel social, ela merece ser preservada.

### **3 Normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil e sua aplicação na recuperação de empresas**

Como todos sabem, o novo CPC trouxe em seus 12 artigos iniciais, o modelo constitucional do processo, para o ambiente infraconstitucional, mostrando que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federativa do Brasil de 1988.

Temos aqui uma gama de princípios e garantias individuais, que modulam o processo civil e que estão abrigados na Constituição, e que passamos a ordená-los, dada a extrema importância dos mesmos: Princípios gerais da iniciativa de parte e impulso oficial, Princípio da inafastabilidade jurisdicional, arbitragem e solução consensual, Princípio constitucional da duração razoável, Princípio geral da boa-fé processual, Princípio geral da cooperação entre as partes, Princípio da paridade de tratamento e zelo pelo contraditório, Princípios gerais como critérios de aplicação do ordenamento jurídico, Princípio do contraditório, explicitação do direito à manifestação das partes, Princípios do contraditório, vedação à decisão sem manifestação das partes, Princípios constitucionais da publicidade e da fundamentação, Direito ao julgamento conforme a ordem cronológica de conclusão, Jurisdição civil, normas processuais brasileiras, tratados e convenções, Princípios gerais da irretroatividade e da aplicação imediata e Aplicação supletiva e subsidiária do estatuto processual civil.

Dentre todos esses elencados acima, destacamos dois importantes princípios, que entendemos de real importância para o processo de Recuperação Judicial, podendo dar espaço a aplicação subsidiária do Novo CPC a Lei de Recuperação, são eles o Princípio geral da boa-fé processual e o Princípio geral da cooperação entre as partes.

O princípio da boa-fé processual, entendido como norma vai nos conduzir a interpretação de atos jurídicos para tirar consequências da infração à boa fé, o que vale dizer, a boa fé como mecanismo de interpretação dos atos jurídicos para buscarmos conclusões jurídicas acerca do comportamento das partes (relações jurídicas e situações jurídicas), podendo ser utilizado pelo juiz que ao aplicá-lo no processo de recuperação judicial, entenda que determinado ato realizado por um credor na Assembleia Geral de Credores, tenha sido contraditório ao comportamento anterior daquele credor no processo, tornando ineficaz seu ato na assembleia (poderá ser um voto, por exemplo).

Já o princípio geral da cooperação, sua participação no processo de recuperação judicial pode e deve ser ainda maior, uma vez que na recuperação a participação do juiz

é muito pequena, pois se trata praticamente de um processo de devedor e credores, aonde vão se negociar as condições do Plano de Recuperação Judicial da empresa sem a participação do juiz, portanto, isso tudo só é possível, se houver cooperação, só se viabiliza se as partes envolvidas tiverem interesses peregrinando para o mesmo objeto, sobretudo nas Assembleias Gerais de Credores – AGCs, prestigiando-se assim a autonomia da vontade das partes.

#### **4 Os prazos da recuperação de empresas frente o novo Código de Processo Civil**

Essa é uma das questões mais sensíveis e que a todo o momento é discutida e argumentada por vários estudiosos do assunto, pois o novo código de processo Civil, o novo CPC, trouxe em seu artigo 219, § único, um tratamento totalmente diferente do que estava estipulado no CPC de 1973, passando o prazo a ser contado em dias uteis e não corridos, ou seja, a aplicação de um prazo muito mais elástico, mais alargado, aos procedimentos existentes a Lei de Recuperação, quando aplicados subsidiariamente.

Art. 219 CPC. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis. § único: O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

Como ensina Costa Machado<sup>31</sup>, aplicabilidade somente aos prazos processuais, da contagem dos prazos processuais civis somente nos dias úteis, desconsiderados os sábados, domingos e outros feriados forenses.

Diante dessa grande alteração, passamos a enfrentar aqui então a grande questão: Seria melhor a aplicação do prazo previsto no novo CPC, no artigo acima descrito, como prerrogativa da própria Lei de Recuperação em seu artigo 189, o que vale dizer, no que couber, e entendemos que aqui cabe a contagem de prazos em dias úteis, ou estaríamos alargando demasiadamente, os prazos previstos para o processo de recuperação?

Alguns estudiosos do assunto entendem que a aplicação subsidiária do novo CPC, ou seja, a contagem do prazo em dias úteis é possível tão somente a prazos processuais, isto é, o prazo regulado pelo Código de Processo Civil, que diz respeito tão somente a atos processuais, portanto neste sentido, é cabível o artigo 219, § único, para a aplicação dos prazos da habilitação dos créditos da recuperação, de divergências, da impugnação, todos os demais prazos recursais da Lei de Recuperação, mas demonstram certa dificuldade em admitir essa contagem de dias uteis do prazo de suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, conforme previsto no artigo 6º, combinado com o § 4º da Lei de Recuperação, entendendo que este é um prazo que não se reduz ao ambiente processual, ele extrapola e vai também atingir a esfera material e outros processos.

31 COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Novo CPC Sintetizado e Resumido**. 5 Maneiras de Conhecer o Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015. p.85.

Dessa forma, defendem tais doutrinadores, que o prazo de até 180 dias previsto na Lei de Recuperação, por não ser um prazo para a prática de atos processuais, não pode seguir a regra do artigo 219, § único do Novo CPC, e se ele não pode os demais prazos que dele decorrem, o que vale dizer, aqueles desencadeados a partir de sua abertura, e aqui falamos do prazo de 60 dias para a propositura do Plano de Recuperação Judicial e o prazo de 30 dias para que os credores possam apresentar suas objeções ao Plano de Recuperação, também esses, não podem seguir tal regra.

A exemplo de outros doutrinadores, pensando especificamente ao prazo legal da suspensão por 180 dias, estipulado pela Lei de Recuperação no momento de sua criação, o que vale dizer, a pouco mais de 10 anos, não se imaginava que teríamos que enfrentar e aplicar os procedimentos da Lei de Recuperação a grandes companhias, que atualmente tem demonstrado estado de crise e utilizado do instituto da Recuperação Judicial como garantia de sua continuidade e da preservação da empresa, princípio maior da Lei.

Falamos aqui das empresas do grupo EBX comandado inicialmente pelo empresário Eike Batista, a OSX, EBX, MBX e outras do grupo, bem como a Construtora OAS, a empresa de Telefonia OI Telemar, a Elétrica Eneva, a Petrolífera Sete Brasil, dentre várias outras grandes empresas que se utilizaram da Lei de Recuperação nos últimos tempos, e que se encontram presente em tantos lugares do mundo “em um mundo globalizado”. Ao se pensar em um prazo de 180 dias de suspensão, pode ser esse prazo muito grande para uma pequena empresa, com pequenas proporções e poucos interesses envolvidos, todavia entendemos que com certeza não é, ao imaginar a quantidade de interesses existentes, de credores envolvidos, de localidades diversas, para as grandes empresas.

Na prática tem-se visto que o prazo de 180 dias de suspensão para essas grandes companhias, é uma prazo bastante tímido, de modo que a jurisprudência já de antemão prevê a dobra do prazo, que pode ser ainda prorrogado, caso seja justificado e aprovado tal pedido. Diante disso, para esses casos emblemáticos e que convergem para diversos interesses, entendemos que a aplicação do artigo 219, § único, é cabível, como meio de garantir a aplicação do art. 47 da Lei de Recuperação.

Essa é nossa posição, tal como já tem ocorrido em algumas varas empresarias que conduzem processos dessa grandeza, a exemplo do que fez o Dr. Fernando Viana, juiz responsável pela recuperação judicial da OI Telemar, que aplicou o novo CPC, quando do deferimento da Recuperação Judicial, pois entendeu que no que couber, e para esse caso cabe, o prazo de dias uteis na suspensão de que trata o artigo 6º da Lei de Recuperação, tornando assim mais dilatado esse prazo.

Como todos sabem, a recuperação judicial tem uma participação muito pequena do juiz, pois temos presente um ambiente de amplo debate entre credores e devedor. Extraíndo as hipóteses de deferimento do processamento da concessão da recuperação e eventual “*cram down*”, mecanismo pelo qual, mediante a deliberação da maioria dos credores, o juiz homologa o plano, e aqueles que não aprovarem o plano de recuperação judicial devem, necessariamente, conformar-se com ele, a despeito de manifestação de



vontade em sentido contrário, a participação do juiz é menor, portanto defendemos que juiz neste momento inicial do processo de recuperação, tenha um papel fundamental e por que não “parcial”, em busca da defesa daquela empresa que passa por dificuldades, mas que é viável, porque caso contrário, se não for viável, a própria Lei de Recuperação reclama que seja decretada a falência o mais breve possível, conforme artigo 53.

Aqui defendemos ainda, que ao contrário do que temos na prática hoje, quando da apresentação do pedido de recuperação judicial juntamente com toda a documentação obrigatória elencada no artigo 51 da Lei de Recuperação, seria importante e interessante à apresentação de um estudo de viabilidade da companhia, feito por um terceiro sem interesse no processo, o que vale dizer imparcial, perito com profundo conhecimento do assunto, para que possamos ter a dimensão exata da viabilidade ou não da continuidade da empresa. Perícia essa que deverá ser feita em um prazo máximo sugerido de 10 dias corridos, prazo esse que, com certeza não prejudicaria o processo de recuperação da empresa que se encontra em crise, tamanha a importância desse estudo.

Sendo assim, entendemos que o prazo que se aplica hoje no processo de recuperação, para qualquer fase do processo, quer seja na suspensão, habilitação de créditos, impugnação, apresentação do Plano de Recuperação, ou seja, para todos os atos do processo, cabe a aplicação subsidiária do novo CPC, pois percebemos que quanto mais prazo se der, e principalmente para as grandes companhias, maior é o ambiente de negociação entre todos os interessados, diminuindo assim as tensões existentes em quase todos os processos de recuperação judicial e principalmente nas Assembleias Gerais de Credores, onde se discute os rumos da companhia, tanto no papel do devedor como também no olhar dos credores e demais sujeitos do processo de recuperação.

Nesse ensejo, abre-se a oportunidade inclusive de discutir meios alternativos de solução do processo de recuperação judicial em pauta, em especial podendo ser utilizada a mediação, que tem que ser muito mais trabalhada por todo o meio jurídico, pois é um mercado que está hoje positivado no novo CPC, artigos 334, 166 e também 165, que pode trazer um grande valor e agregar nos processos de Recuperação Judicial das empresas.

Apresenta-nos Costa Machado<sup>32</sup> o conteúdo jurídico dos artigos descritos, com a Criação de Centros Judiciários de solução consensual de conflitos no artigo 165, com normas do tribunal e do CNJ, função do conciliador (sem vínculo anterior com as partes, sugestões de solução, vedado o constrangimento ou intimidação), função do mediador (com vínculo anterior com as partes, objetivo de restabelecimento da comunicação para surgimento da solução consensual), bem como no art. 166, os Princípios que regem a conciliação e a mediação, sendo eles a independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada, extensão da confidencialidade e do dever de sigilo, vedação à divulgação de informações, técnicas

---

32 COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Novo CPC Sintetizado e Resumido**. 5 Maneiras de Conhecer o Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015. p.78,79 e 98.

negociais para favorecer a autocomposição e autonomia dos interessados, inclusive para definir regras procedimentais.

Acrescenta ainda pela interpretação do art. 334, a designação da audiência de conciliação ou mediação e citação do réu, atuação necessária do conciliador ou mediador; podendo haver mais de uma sessão em dois meses da primeira, a intimação do autor na pessoa do advogado; casos de não realização; inicial e indicação de desinteresse; havendo litisconsórcio, desinteresse de todos; audiência por meios eletrônicos; não comparecimento injustificado, ato atentatório à dignidade da justiça; acompanhamento de advogados ou defensores; representante com poder para negociar; redução a termo da autocomposição e homologação; pauta das audiências e intervalo mínimo de vinte minutos.

Conclui-se que há quem defenda que o prazo de dias úteis do artigo 219, § único do novo CPC, não cabe a todos os atos do processo de recuperação judicial, entretanto entendemos que a jurisprudência e a doutrina deverão amadurecer, diante de um assunto ainda muito novo, trazendo dias após dia exemplos reais da aplicação subsidiária do novo CPC, a exemplo do processo de recuperação judicial da OI Telemar, considerada hoje uma das maiores recuperações judiciais do Brasil, envolvendo créditos superiores a R\$ 65 bilhões, diversos credores e o próprio governo. Nesse ponto, é saudável para a empresa em recuperação o alargamento do prazo, que pode ou não ser totalmente utilizado, dependendo sim, das condições da negociação, possibilitando um amplo debate em busca da solução mais apropriada.

## 5 Intervenção de terceiro: O papel do *Amicus Curiae*

O novo CPC incorporou em seu artigo 138, a figura do *Amicus Curiae*, que poderá ser uma pessoa física ou jurídica, com capacidade técnica distinta e especializada, a ser chamada no processo para intervenção do mesmo. Levando tal matéria para o campo da Recuperação Judicial, entendemos que aqui também de forma extremamente positiva, podemos aplicar o novo CPC subsidiariamente a Lei de Recuperação, pois a figura do *amicus curiae* na Recuperação de Empresas é importantíssima na medida em que esse especialista possa construir em conjunto com os demais interlocutores do processo, ou seja, a quatro mãos, a melhor solução para a recuperação da empresa.

Acrescenta Costa Machado<sup>33</sup> na explanação jurídica ao art. 138 do novo CPC, que cria a figura do “Amicus Curiae”, a previsão da admissibilidade da intervenção no processo do *amicus curiae* – pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, denominando que as hipóteses justificativas da participação e os órgãos judiciários com competência para admiti-lo, apresentem: não alteração de competência e não interposição de recursos, salvo embargos de declaração; definição dos poderes pelo juiz ou relator; recurso contra decisão que julga resolução de demandas repetitivas.

---

33 COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Novo CPC Sintetizado e Resumido**. 5 Maneiras de Conhecer o Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015. p.75.

Entendemos que essa figura do *Amicus Curiae* trabalhando em uma Recuperação Judicial, independente de ser uma pessoa física ou jurídica, que tenha expertise de qualquer assunto que escape do conhecimento do juiz, é muito saudável para o processo, podendo trazer entre outros benefícios a própria celeridade do processo.

Acrescentamos aqui, que além dessa figura importantíssima, já temos assim definido na própria Lei de Recuperação, o papel do Administrador Judicial, cujas atribuições estão elencadas no artigo 22 da Lei, trazendo um rol das atribuições do mesmo. Cabe ressaltar, que a nosso ver, esse *roll* é meramente exemplificativo, pois o Administrador Judicial na prática, não é só um fiscal da Lei (representante do juiz), visto inicialmente quando da criação da Lei, entendimento demonstrado por quase toda a comunidade, mas sim a figura de uma pessoa muito mais útil e muito mais presente dentro do processo de recuperação, muitas vezes fazendo às vezes do próprio *amicus curiae*, dada sua expertise no caso concreto, agregando nas decisões tomadas em assembleias de credores e demais atos de sua responsabilidade.

Concluimos, portanto que a figura do *amicus curiae*, naquela hipótese do que couber, cabe, a aplicação subsidiária do novo CPC, para a Lei de Recuperação. Entendemos neste caso que se encaixa como uma luva, tendo espaço para admiti-lo no processo de Recuperação Judicial, com o objetivo de tirar da mão do juiz, que muitas vezes não é especialista em determinado assunto, e também do administrador judicial, que pode revestir-se dessa figura, mas a depender do tema ou do assunto específico, nem sempre terá profundo conhecimento. Sendo assim, somente um terceiro amigo da corte para agregar tal interesse ao processo.

## **6 A recuperação judicial de empresa estrangeira e o novo Código de Processo Civil**

Ao fazer uma rápida avaliação do novo CPC, percebemos que existe um capítulo inteiro destinado a Cooperação Internacional, trata-se do capítulo II, que determina que a cooperação jurídica internacional seja regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente, a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, a publicidade processual, a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação e a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

Ademais, nos traz o artigo 21, III, do novo CPC, a competência da autoridade judiciária brasileira de processar e julgar as ações em que o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil, logo, levando tal dispositivo ao campo da Recuperação Judicial, pode, por correlação, entender que é possível a aplicação subsidiária do novo CPC.

Além disso, a Lei de Recuperação estabelece em seu artigo 2º um rol das pessoas jurídicas que não podem se submeter à recuperação de empresas, e podemos identificar claramente que empresas estrangeiras não constam desse rol.

## 7 Conclusão

Verificamos que a Lei de Recuperação não tem como objetivo a recuperação da empresa a qualquer custo, pois a Lei trouxe uma inquietação expressa acerca da preservação da empresa no âmbito social, preocupando-se com a coletividade atingida pela descontinuidade da mesma. É evidente essa preocupação, diante da leitura textual do artigo 47º da Lei, onde menciona expressamente a preservação da empresa e sua função social, consagrando assim princípios fundamentais do direito.

Estes dois princípios fundamentais expressos na Lei, mas não únicos existentes dentro de toda a Lei em comento, são dois princípios importantíssimos para o futuro da continuidade dos negócios empresariais analisado quando há o estudo da viabilidade da empresa, objetivando os interesses de todos os agentes envolvidos, o cumprimento do papel social da recuperanda e principalmente o bem comum da sociedade. Constata-se que é um processo conduzido principalmente por credores e o devedor (a empresa em recuperação), mas cabe ao judiciário à análise da viabilidade da empresa, e nesta análise levarão em conta vários aspectos que comentamos no decorrer do artigo, sendo talvez o principal deles, a função social que exerce a empresa.

Diante de todo o exposto, entendemos que existe um grande desafio pela frente para os operadores do direito, que é o de interpretar a Lei de Recuperação ante o novo Código de Processo Civil, pois existe uma infinidade de matérias possíveis de aplicação subsidiária do novo CPC.

Por hora, devemos raciocinar de modo que a aplicação do Código de Processo Civil, amparada e presente no artigo 189 da “Lei de Recuperação”, que é a Lei específica sobre o assunto, considerando ainda que se trata de um sistema jurídico/ordenamento jurídico inteiro e não somente uma Lei para solução do caso concreto, deve ter por base a aplicação subsidiária do termo “naquilo que couber”, o que vale dizer, o intérprete da Lei, ou melhor, o exegeta, bem como os operadores do direito, tem um grande desafio, que é exatamente enxergar onde se situa “o que couber”, pois muitas vezes temos a ideia clara da sua aplicabilidade no mundo acadêmico, contudo muitas vezes está extremamente afastado do mundo prático, pois no papel tudo pode e tudo cabe, mas a aplicação no caso concreto é muito mais difícil e complexo.

Ao se aplicar subsidiariamente o novo CPC a Lei de Recuperação, temos presente diversos aspectos relevantes, dentre os quais destacamos a questão da aplicação dos prazos, o *Amicus Curiae*, as normas Constitucionais e fundamentais do processo e a situação da empresa estrangeira quando do pedido de recuperação judicial, por entender que esses merecem evidência.

Relativamente quanto à questão dos prazos, há quem defenda que o prazo de dias úteis do artigo 219, § único do novo CPC, não cabe a todos os atos do processo de recuperação judicial, entretanto entendemos que a jurisprudência e a doutrina deverão amadurecer aperfeiçoando-se nesse sentido. Entendemos que é saudável, para a empresa

em recuperação o alargamento do prazo, que pode ou não ser totalmente utilizado, dependendo sim, das condições das negociações, possibilitando um amplo debate em busca da solução mais apropriada.

Quanto à questão do *amicus curiae*, na figura de pessoa natural ou jurídica, “desinteressada” no processo, possa ser admitida no processo de Recuperação Judicial, com o objetivo de trazer ao processo um especialista “perito”, amigo da corte, para agregar tal interesse.

O novo CPC trouxe ainda em seus 12 artigos iniciais, o modelo constitucional do processo, disciplinando o processo civil, conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário, na Constituição de 1988.

Então observamos que todo o processo de recuperação judicial descrito na Lei, textualmente transcrito em seu artigo 47, traz em sua interpretação, de forma direta, a diretriz basilar da norma, o de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, então porque não aplicar subsidiariamente, naquilo que couber, as matérias trazidas pelo novo CPC, até para garantir essa verdadeira declaração de princípios, é esse, respeitando doudas opiniões em contrário, nosso entendimento.

## 8 Referências

ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

AYOUB, Luiz Roberto; CRAMER, Ronaldo. O novo CPC e a recuperação Judicial. 4 jul 2016. Comissão de Mercado de Capitais da OAB/RJ; Comissão Especial de Recuperação Judicial da OAB/RJ; Comissão de Processo Civil da OAB/RJ. 2h24m45s, son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=OLSIDQPHJKI>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências: Comentada**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

CAVALCANTI, Thais Novaes. **Direitos Fundamentais e o Princípio da Subsidiariedade**. Osasco: Edifio, 2015.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Novo CPC Sintetizado e Resumido**. 5 Maneiras de Conhecer o Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

MALUF, Clóvis Antônio; FARIA, William Marinho de. **A Lei das Recuperações comentada e comparada**. 2ª ed. São Paulo: Edifio, 2008.

Formato 210x 297 mm

Mancha 171x 263 mm

Tipografia Cambria 9/10/11/12/48/72

[www.Unifieo.br](http://www.Unifieo.br)

[edifieo@Unifieo.br](mailto:edifieo@Unifieo.br)

**CENTRO UNIFIEO**  
**UNIVERSITÁRIO FIEO**



Edifio



ISBN 978-85-98366-78-4



9 788598 366784