Doi: 10.47595/cjsiurj.v2i2



Faculdade Instituto
Rio de Janeiro - FIURJ

Vol 2 Nº 2 - 2021
ISSN 2675-634-X

Revista
Ciências Jurídicas e Sociais - FIURJ

APRESENTAÇÃO

A **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais - FIURJ** é uma publicação quadrimestral da Faculdade Instituto Rio de Janeiro, aberta à publicação de trabalhos na área de Ciências Sociais Aplicadas e Ciências Humanas incluindo Direito, Administração, Ciência Política e Relações Internacionais, Economia, Psicologia. O periódico tem por missão divulgar trabalhos de qualidade de modo a favorecer o diálogo científico entre pesquisadores de instituições do Brasil e do Exterior oferecendo material para pesquisas futuras, atualização e reflexão.

A **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais - FIURJ** tem por objetivos:

- Contribuir para a formação dos profissionais envolvidos na área das Ciências Sociais Aplicadas e Ciências Humanas;
- Publicar trabalhos científicos de reconhecido interesse no campo das Ciências Jurídicas, Relações Internacionais, Gestão Empresarial e da Psicologia.
- Publicar trabalhos originais não publicados anteriormente em outro veículo (revista, periódico, sites, jornal eletrônico, anais de congresso, dentre outros) que se enquadrem nas seguintes categorias:

a) Artigo Original: destina-se a divulgação de resultados de pesquisa original inédita de natureza empírica, experimental ou conceitual;

b) Artigo de Revisão: destina-se a avaliações críticas e ordenadas da literatura sobre um determinado tema que expresse experiência do(s) autor(es) na área e não apenas revisão da literatura;

c) Resenhas: textos que possibilitem a leitura crítica e a difusão de obras de destaque lançadas recentemente no mercado editorial;

d) Ensaios: textos em que os autores apresentem sua contribuição original à reflexão teórica acerca dos temas mais relevantes na área de atuação da revista.

Aceitam-se trabalhos escritos nas línguas portuguesa, espanhola e inglesa.

Editor Chefe

Carlos Tomaz, doutor, Universidade CEUMA, São Luís, Maranhão, Brasil.

Conselho Editorial

1. Alex Sander Xavier Pires, Doutor, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.
2. Allan Kardec Duailibe Barros Filho, Doutor, Universidade Federal do Maranhão, Brasil.
3. Antonella Gasbarri, Doutora, Università degli Studi di L'Aquila, Itália.
4. Augusto Cesar Leite de Carvalho, Doutor, Universidade de Brasília, Brasil.
5. Bruna Capparelli, Doutora, Universitá di Bologna, Itália.
6. Claudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho – Doutor, Centro Universitário dos Guararapes, Brasil.
7. Douglas de Alencar Rodrigues, Mestre, Instituto Ensino Superior de Brasília, Brasil.
8. Edith Maria Barbosa Ramos, Doutora, Universidade Federal do Maranhão, Brasil.
9. Esther Martinez Quinteiros, Doutora, Universidade Portucalense, Portugal.
10. Felisia Maria Corvo Lopez, Doutora, Universidad de Salamanca, Espanha.
11. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, Doutor, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil.
12. Gustavo Silveira Siqueira, Doutor, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.
13. James Magno de Araujo Farias, Doutor, Universidade Federal do Maranhão, Brasil
14. José Manuel Subtil, Doutor, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.
15. Juana Dioguardi, Doutora, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina.
16. Lier Pires Ferreira, Doutor, Universidade Federal Fluminense, Brasil.
17. Lucas Liendro Kapustik, Doutor, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina.
18. Luciene Dal Ri, Doutora, Pontifícia Universidade Católica de Santa Catarina, Brasil.
19. Lucyléa Gonçalves França, Doutora, Universidade Federal do Maranhão, Brasil.
20. Manoel Peixinho, Doutor, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil.
21. Manuel Monteiro Guedes Valente, Doutor, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.
22. Maria Fernanda Vazquez, Doutora, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina.
23. Maria João Escudeiro, Doutora, Centro de Estudos Jurídicos, Portugal.
24. Nereu Giacomolli, Doutor, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil.
25. Paulo Roberto Barbosa Ramos, Doutor, Universidade Federal do Maranhão, Brasil.
26. Pedro Trovão do Rosário, Doutor, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.
27. Reginaldo Rodrigues de Almeida, Doutor, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.

Secretário

Lucas Tavares (lucas.tavares@institutouniversitario.com.br)

Envio de trabalhos

As normas e orientações sobre a preparação dos artigos a serem submetidos estão no site da revista: https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/index

SUMÁRIO

EDITORIAL
Carlos Tomaz..... 6

ARTIGOS

OS PRINCÍPIOS ELEITORAIS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
Ana Beatriz Jorge de Carvalho Maia..... 7

O DIREITO A PRIVACIDADE DO EMPREGADO E A LIBERDADE DE GESTÃO EMPRESARIAL: CONTROLE DAS COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS
Élvio Araújo Oliveira..... 27

O RISCO DO USO DAS CRIPTOMOEDAS PARA O FINANCIAMENTO DO TERRORISMO
Gothardo Backx Van Buggenhout..... 45

APOSENTADORIA ESPECIAL POR ADICIONAIS DE RISCO: DIVERGÊNCIA DE CRITÉRIOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS APÓS A REFORMA PREVIDENCIÁRIA
João Manoel Grott..... 64

A FUNÇÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA GOVERNANÇA
Claudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho e Marcelo Quentin..... 89

APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS
Alexis Mendonça Cavichini Teixeira de Siqueira e
Silvia Renata de Oliveira Penchel..... 108

MODOS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE: A USUCAPIÃO DE BENS IMÓVEIS JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL EM PORTUGAL E NO BRASIL
Inês Maria Viana Maraschin e Julliana Albuquerque Marques Pereira..... 127

APONTAMENTOS JURÍDICOS SOBRE A PROPRIEDADE HORIZONTAL, SUA ORIGEM E EVOLUÇÃO: UM ESTUDO BRASIL-PORTUGAL
Pedro Ivo Leão Ribeiro Agra Belmonte..... 146

ASPECTOS GERAIS DO BEM DE FAMÍLIA LEGAL
Saulo de Oliveira Salvador Junior..... 166

Editorial

A terceira edição da ***Revista Ciências Jurídicas e Sociais*** vem acompanhada do credenciamento da **Faculdade Instituto Rio de Janeiro – FIURJ**, por meio da Portaria do MEC No. 501, de 08 de julho de 2021, assinada pelo Sr. Ministro da Educação, Prof. Dr. Milton Ribeiro.

A **Faculdade Instituto Rio de Janeiro – FIURJ**, é a realização de um sonho dos Profs. Drs. Carla Dolezel Trindade e Simão Aznar Filho que atuam há mais de 15 anos com a missão de promover a pesquisa e a educação para o desenvolvimento do Brasil e dos países da América do Sul em cooperação com a Europa, buscando inovações nas fronteiras do conhecimento das ciências sociais e jurídicas. Esta busca da excelência resultou na aprovação da **FIURJ** com a Nota Máxima (nota 5) atribuída pela avaliação do INEP-MEC.

Assim, a partir deste número, a ***Revista Ciências Jurídicas e Sociais*** passa a estar vinculada à **Faculdade Instituto Rio de Janeiro – FIURJ** dando continuidade aos seus objetivos de contribuir para a formação dos profissionais envolvidos na área das Ciências Sociais Aplicadas e Ciências Humanas, e publicar trabalhos científicos de reconhecido interesse no campo das Ciências Jurídicas, Relações Internacionais, Gestão Empresarial e da Psicologia.

Nesse segundo número do ano de 2021 a tônica da diversidade, da atualidade e do conteúdo interdisciplinar se mantém. Os artigos trazem estudos e reflexões sobre: os princípios do direito eleitoral, tanto os constitucionais quando os da propaganda, e sua relação com o exercício dos direitos fundamentais; o controle das comunicações eletrônicas pelo empregador no ambiente laboral e o direito à privacidade do empregado; algumas contradições que a norma regulatória da Reforma Previdenciária impôs perante a legislação trabalhista na questão da proteção à saúde do trabalhador em seu ambiente laboral; o risco do uso das criptomoedas para a financiamento do terrorismo internacional; a função hermenêutica na formação do conteúdo jurídico do direito à boa governança; a forma como se dá a aplicação do direito do consumidor no caso de vendas de unidades autônomas em incorporações imobiliárias no Brasil; comparação entre a figura da usucapião como modo de aquisição da propriedade em Portugal e no Brasil; a origem do condomínio edilício (propriedade horizontal), relevante para sua caracterização atual, e as controvérsias entre juristas brasileiros e portugueses cotejando os regimes jurídicos da propriedade horizontal nos dois países; o instituto do Bem de Família legal, ou compulsório,

instituído pela Lei 8.009/90, a constitucionalidade desta lei, análise de seus requisitos, abrangência e casos em que o instituto não é reconhecido por existir exceção legalmente estabelecida.

Desta forma, esperamos continuar a contribuir para o debate qualificado entre pesquisadores das áreas das Ciências Jurídicas e Sociais, ao mesmo tempo em que reafirmamos este espaço para o fortalecimento das competências nos diversos campos dos saberes que constituem as Ciências Sociais e Humanas.

Carlos Tomaz
Editor

OS PRINCÍPIOS ELEITORAIS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ELECTORAL PRINCIPLES AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Ana Beatriz Jorge de Carvalho Maia[1]

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar os princípios do direito eleitoral, tanto os constitucionais quando os da propaganda, e sua relação com o exercício dos direitos fundamentais. A metodologia utilizada foi a pesquisa documental, bibliográfica e empírica, utilizando-se de material já publicado. Quantos aos procedimentos, foi utilizado o método qualitativo na análise e o dedutivo na aplicação aos casos práticos. Em um primeiro momento se fez necessário tecer comentários acerca da normatividade dos princípios, com o estudo da divisão das normas em regras e princípios, conforme ensina Dworkin. Em seguida foi abordado em linhas gerais os aspectos dos direitos fundamentais e esclarecer qual a sua relação com os princípios. Como tópico principal foi discorrido acerca dos princípios constitucionais eleitorais sob a ótica da dinâmica dialética citada. No mais, foi discorrido sobre o conceito e os princípios da propaganda eleitoral e seus reflexos direto no exercício da cidadania, da representatividade e o do Estado Democrático de Direito por meio da influência ao voto e sobre a tutela empregada na propaganda eleitoral. Os principais resultados encontrados apontam para o entendimento de que o voto é um direito constitucional protegido pelos princípios eleitorais, não podendo sofrer influências danosas que possam prejudicar a liberdade de expressão do cidadão, por meio de propaganda enganosa ou *fake news*, pois se trata de um direito absoluto, não admitindo-se o eleitor seja induzido a erro.

Palavras-chaves: Direito Eleitoral; Princípios; Direitos Fundamentais; Propaganda; Influência.

Abstract: This work aims to analyze the principles of electoral law, both constitutional and propaganda, and their relationship with the exercise of fundamental rights. The methodology used was documentary, bibliographical and empirical, using material already published. As for the procedures, the qualitative method was used in the analysis and the deductive method in the application to practical cases. At first, it was necessary to comment on the normativity of principles, with the study of the division of norms into rules and principles, as taught by Dworkin. Then, the aspects of fundamental rights were discussed in general terms and their relationship with the principles was clarified. As a main topic, it was discussed about the electoral constitutional principles from the perspective of the dialectical dynamics. Furthermore, it was discussed the concept and principles of electoral advertising and its direct reflections on the exercise of citizenship, representation, and the Democratic Rule of Law through the influence of voting, and also discussed about the tutelage employed in electoral advertising. The main results found point to the understanding that voting is a constitutional right protected by electoral principles and cannot suffer harmful influences that may harm the freedom of expression of the citizen, through misleading advertising or fake news, as this is an absolute right and the voter cannot be misled.

Keywords: Electoral Law; Principles; Fundamental Rights; Advertising; Influence.

1. Introdução

No corpo da Constituição estão implícitos, em seus textos, diversos dispositivos atinentes aos princípios e aos direitos fundamentais. Não há dúvidas quanto à influência destes no demais ramos do Direito, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana diz respeito a maior aspiração da sua vida. Isso porque a Constituição da República Portuguesa possui supremacia,

[1] Mestranda em Ciências Jurídicas, Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), e-mail: anabeatriz@tjma.jus.br

de modo que os princípios constitucionais ganham cada vez mais força na aplicação do Direito, não se restringindo ao aspecto axiológico, mas atuando como norma a ser cumprida.

Com efeito, as regras e os princípios oriundos do Direito Eleitoral possuem caráter cogente, especialmente quanto normatizam as relações entre os particulares e os órgãos, agentes públicos e entidades, fornecendo uma estrutura apta ao pleno exercício das atividades políticas que possuem como objetivo, em tese, o interesse público. Tal propósito possui fundamento no regime democrático e na operacionalização do Estado Democrático de Direito.

Todavia, não há de se falar em democracia sem se falar em voto, uma vez que este é o instrumento hábil do cidadão na escolha de seus representantes e possui importância até mesmo nas decisões que exigem participação direta, como é o caso de referendos e plebiscitos. Neste ponto, é importante salientar que os princípios do Direito Eleitoral não se limitam aos constitucionais e aos processuais, há também aqueles que atuam na disciplina da campanha política, em especial a propaganda eleitoral. Uma vez que é por meio da propaganda eleitoral que os candidatos a representantes políticos implantam as suas mensagens na mente dos eleitores, na qualidade de receptadores.

Se um lado temos o direito fundamental à liberdade de expressão, de outro temos os princípios da legalidade, do poder de polícia *ex officio* e outros que são princípios eleitorais que regem a propaganda e que possuem como fim a limitação do exercício do direito à propaganda, haja vista não se tratar de um direito absoluto.

Em face do exposto, este trabalho tem como finalidade a demonstração da interligação entre princípios eleitorais e os direitos fundamentais, de modo a esclarecer que os princípios não são meros axiomas, possuindo caráter de norma, razão pela qual possuem tanta força na regulamentação da propaganda eleitoral que é o principal meio de captação de votos.

No que cerne à metodologia empregada, o presente estudo utilizou-se da pesquisa documental, bibliográfica e empírica. Em especial, a pesquisa bibliográfica que foi a principal fonte, tendo em vista que se trata de tema amplamente discutido por grandes doutrinadores. No mais, salienta-se que foi utilizado o método qualitativo na análise e o método dedutivo na aplicação aos casos práticos.

2. Desenvolvimento

2.1 Considerações acerca da normatividade dos princípios

A norma jurídica é o gênero, que se subdivide em duas espécies: princípios e regras. Segundo Aragão (2005), com fundamento nos estudos de Dworkin, a teoria de Alexy

denominada de normativa-material assegura que toda norma é composta por regras ou princípios, de modo que a diferença consiste apenas no campo qualitativo, baseada na forma de resolução de conflito.

Isso porque, princípios são considerados mandados de otimização, passível de cumprimento em maior ou menor grau, a partir da ponderação entre a perspectiva jurídica e a condição real de subsunção do fato à norma. Nesse sentido, Alexy afirma que "o princípio é norma ordenadora de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes" (CUNHA JÚNIOR 2012, p. 155).

Àvila (2014) definiu princípios como "normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado, enquanto, para ele as regram determinar a própria decisão".

Segundo Dworkin (2013) a diferença entre regras e princípios dentro do campo da norma está descrita em dois modelos. O primeiro modelo e o das regras, o qual recebeu a denominação de aplicabilidade de tipo tudo-ou-nada. Isso porque, há hierarquia entre as regras, de modo que a aplicação de uma afasta a outro, não havendo validade concomitante.

Assim, colaciona-se o trecho de Dworkim (2013 p. 43):

> Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que a regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outro em virtude de sua maior importância.

O segundo modelo, de acordo com o jurista, está no plano dos pesos, inexistindo nas regras, se aplicando exclusivamente aos princípios. Isso porque, os conceitos e as noções axiológicas se tornam mais agudas, diante dos chamados casos difíceis, composto pelo conflito entre princípios.

No momento em dois ou mais princípios se colidem, prepondera o que, mediante as vicissitudes do caso concreto, tenha prioridade. Todavia, a preponderância de um princípio em um determinado embate, não importa na ineficácia ou inferioridade do princípio oposto. Desse modo, infere-se que o conflito de regras é solucionado a luz do plano da validade. Por outro lado, a antinomia principiológica é resolvida na *dimensão de peso*.

2.2 Considerações acerca do direito fundamental

Segundo Mazzuoli (2018, p. 31), tais direitos são expressões inerentes ao resguardo interno dos direitos dos indivíduos, ligadas aos mandamentos constitucionais de proteção, de

modo que já estão devidamente positivadas nas constituições contemporâneas. Conforme prelecionar o citado autor "são direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta".

Caso não haja previsão acerca dos direitos fundamentais do documento constitucional, há a perda da própria função social da constituição. Nesse sentido, assevera o famigerado Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão 1789: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

Segundo Novais (2018), a concepção dos direitos fundamentais como peça chave do Estado de Direito possui raiz no aspecto indisponível dos direitos fundamentais pelos órgãos e poderes públicos. Haja vista que o poder político é vinculado à observância dos citados direitos, mesmo que o representante político tenha o seu poder legitimado pelo voto de maneira democrática, ainda assim, não poderia violar garantias fundamentais do povo. Para melhor elucidação convém colacionar o seguinte trecho de Novais (2018, p. 25):

> Essa ideia de indisponibilidade de um domínio furtado à decisão democrática – que no fundo é o coração do constitucionalismo e, por isso, a concepção dos direitos como trunfos não é mais que uma decorrência lógica da existência de uma constituição em sentido formal -, encontra o seu fundamento material no reconhecimento a cada titular de direitos fundamentais de uma dignidade como pessoa. É, em uma última análise com base e por causa da dignidade da pessoa humana que se reivindica a delimitação de uma esfera de autonomia e de liberdade individuais de que o Poder não pode dispor livremente e que está juridicamente obrigar a respeitar, a proteger e a promover.

Portanto, resta inconteste que os direitos fundamentais constituem um parâmetro axiológico-moral com poder coercitivo, de modo que são indisponíveis, não competindo as autoridades estatais decidirem quais serão positivados na Constituição ou quais serão garantidos e realizados. Caracteriza-se, então, a inalienabilidade do contrato social pactuado entre o Estado e o seu povo.

2.3 Relação entre princípios e direitos fundamentais

É tênue a linha entre os princípios e os direitos fundamentais, isto porque a base axiológica dos direitos fundamentais é o princípio da dignidade humana, que se desdobra em diversas vertentes. Em outras palavras, os princípios podem ser entendidos como razões para as regras.

Vale frisar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana na raiz do entendimento em torno da natureza e dos objetivos dos direitos fundamentais no Estado

Democrático de Direito. Segundo Novais (2018) os direitos fundamentais estão presentes em todas as Constituições, todavia, em uma sociedade estruturada politicada e alicerçada nos valores da dignidade da pessoa humana os direitos fundamentais representam, na qualidade de norma jurídica de força constitucional, elemento essencial a garantia da liberdade, igualdade, autonomia e bem-estar dos cidadãos.

Sob uma ótica distinta, Alexy orienta que as normas intituladas de direitos fundamentais devem ser interpretadas como princípios, de modo a possibilitar que haja diversos resultados de sopesamento em caso de conflito, tendo em vista que não há hierarquia entre direitos fundamentais. Em que pese a abstração da valoração das normas, a depender do caso concreto, é válido destacar que os interpretadores da constituição não possuem poderes plenos, uma vez que o sistema híbrido de que soma regras e princípios é justamente para proteger a eficácia da Constituição (ARAGÃO, 2005, n. p.).

Dito isto, Ávila (2014, p. 64) explica que "os princípios não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios". Ainda sob a ótica do mesmo jurista, enfatiza-se a extrema importância dos princípios na Constituição, pela grande extensão que possuem junto aos direitos fundamentais individuais, como por exemplo direito à liberdade e a igualdade, bem como nos interesses coletivos. Nestes casos, os princípios são garantidores dos direitos fundamentais.

Outro aspecto relevante é a tarefa dos princípios na delimitação do próprio teor normativo dos direitos fundamentais. Uma vez que ao delimitar o conteúdo dos referidos direitos há uma orientação para que seja conferido maior peso à autonomia do titular do direito. Por conseguinte, a dignidade da pessoa humana se apresenta, segundo Novais (2018, p. 33), como "fundamento da diferenciação das possibilidades de cedência posterior dos direitos fundamentais e, por último, está essencialmente na base dos critérios de filtragem das razões admissíveis para a sua eventual limitação".

No que cerne ao direito eleitoral, objeto do presente estudo, os princípios são extremamente importantes, pois segundo Canotilho (2003, p. 412) é possível verificar "princípios definidores da forma de Estado, dos princípios definidores da estrutura do Estado, dos princípios estruturantes do regime político e dos princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral". Estes possuem relações muito próximas com determinados direitos fundamentais, mas tal interligação vai ser melhor elucidada no tópico a seguir.

2.4 Princípios constitucionais do Direito Eleitoral e suas relações com o Direito Fundamental

Embora o direito eleitoral seja um ramo autônomo do Direito, possui intensa ligação com o direito constitucional, não podendo ser desvencilhado do mesmo. A função precípua a ser realizada pelo Direito Eleitoral é de regulamentação por meio de um processo ordenado das disciplinas que envolvem o processo eleitoral e transferir não só os direitos, como também os deveres do povo na constituição do governo, de acordo com a forma de governo adotada.

Nas palavras de Pimentel (2019), o direito processual eleitoral possui autonomia em relação aos seus princípios por meio da especialidade desse campo do direito. Conforme lições de Ferreira (2003) os princípios se dividem em dois grupos: princípios informativos e os princípios gerais do processo.

2.4.1 Princípio democrático

De acordo com Canotilho (2003), se trata de um princípio político constitucional estruturante que o materializa juridicamente como um Estado Democrático de Direito.

A Constituição portuguesa atribui valor ao princípio democrático em se Artigo 2º:

> A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

Tal princípio reproduz as vertentes da teoria democrática representativa, os quais sejam a separação de poderes, o pluripartidarismo, eleições e representatividade por órgãos. Outro fato relevante é que o princípio democrático se revela como o instrumento capaz de possibilitar aos cidadãos a participação nos processos de decisão, o exercício crítico perante a divergência de convicções, por meio do ordenamento de processos.

Nesse sentido, dispõe Canotilho (2003. p. 415-146):

> Com a consagração de uma inequívoca dimensão representativa do princípio democrático, a Constituição teve em conta não só a mudança estrutural desta dimensão nos modernos Estados, mas também a necessidade de dar eficiência, selectividade e racionalidade ao princípio democrático (orientação de 'output').

Não há dúvidas de que o citado princípio é uma das bases constitutivas do Estado de Direito. Entretanto, para a execução do princípio democrático exsurge os direitos fundamentais que se caracterizam como elemento primordial, atuando no plano axiológico do mesmo. Para

melhor elucidação, especifica-se que uma vez que o princípio democrático garante a todos os cidadãos elegíveis o direito de partição política ativa, tem-se o reflexo direto do direito fundamental da igualdade e da participação política, conforme Art. 48º da Constituição Portuguesa.

Quanto à participação livre assente esta é assegurada pelo princípio em estudo, sendo uma forma de garantia do direito de associação, de liberdade de expressão e de formação de partido político. Ademais, está ligado intrinsicamente ao processo de abertura político para a criação de direitos sociais, económicos e culturais, nos termos do Art. 2º, os direitos fundamentais se caracterizam como elemento primordial para a execução do próprio princípio democrático.

Realce-se esta dinâmica dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjetivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. Por sua vez, os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e como direitos legitimadores de um domínio democrático asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio maioritário, publicidade crítica, direito eleitoral).

Por fim, na qualidade de direitos subjetivos a prestações sociais, económicas e culturais, os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o preenchimento intrínseco, através do legislador democrático, dessas garantias. Foi esta compreensão que inspirou logo o Art. 2. ° da CRP (Constituição da República Portuguesa de 1976) ao referir-se a Estado democrático baseado na soberania popular e na garantia dos direitos fundamentais.

2.4.2 Estado Democrático de Direito

Ainda que se tenha conhecimento de que a conceituação clássica de Estado já está superada por parte da doutrina, para este trabalho, entender-se-ão por elementos do Estado o tradicional tripé: povo, território e estado soberano. Em outras palavras: Estado é uma associação de pessoas que vivem em certo território sob o comando de uma autoridade.

A previsão legal do princípio supracitado encontra-se no Art. 2º da Constituição da República, o qual preleciona que:

> A República Portuguesa e um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivacão dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a

> realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

O Estado é de direito, pois tudo que envolve a sua organização político-estatal, bem como a sua composição, os ideais, fundamentos e outros não são escolhidos aleatoriamente, uma vez que seguem os parâmetros pelas disposições jurídicas constantes na legislação vigente. De outro bordo, a caracterização do Estado como democrático advém da ideia do poder tão somente pelo povo, longe de qualquer absolutismo ou totalitarismo.

Por último, vale ressaltar que um dos principais marcos do princípio do Estado Democrático de Direito é o grande peso conferido aos direitos fundamentais, que se sobressaem nos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados sendo a razão da democracia.

Jurgen Habermas aponta que o Princípio Democrático e Princípio do Estado de Direito são interligados, ou seja, um não se realiza sem o outro. Todavia, isso não quer dizer que haja imposição de um ao outro. Explicando melhor, a autonomia privada solicita a autonomia pública e vice e versa, apesar de serem conceitos independentes e garantidos pelo direito político, é necessário que haja um entendimento, independência e consciência entre os cidadãos acerca das regras previstas no ordenamento. Para o citado autor por meio da teoria do discurso deve ser traduzido o modelo da auto legislação, sendo certo de que os participantes não são penas destinatários, mas criadores de seus direitos (JOSENDE, 2015).

2.4.3 Direito ao voto e soberania popular

Como bem preceitua Gomes Canotilho (2003) o poder do povo necessita para a sua efectivação uma legitimação democrática, tendo como alicerce principal a satisfação das necessidades do povo por meio da vontade política do mesmo.

No âmbito constitucional tal princípio é vinculante e é reforçado por direitos fundamentais, como por exemplo o direito a igualdade, o direito à liberdade política que se materializam como instrumentos de garantia do funcionalismo prático do citado princípio, conforme Art. 2º e 10º da CRP.

Não obstante, a terminologia “soberania” se perfaz como a característica do poder que controla os demais poderes e na teoria não é controlado. Nada mais é do que um adjetivo desta capacidade de deliberação, conferindo-lhe um papel de destaque. Em que pese o poder seja soberano, surge a segunda característica deste poder, a qual seja o aspecto democrático, inexistindo legitimação ao exercício arbitrário. É por esta razão que o poder soberano popular é essencial a instrumentalização dos deveres e garantias fundamentais como prevê a Constituição da República Portuguesa, a exemplo o Art. 3º.

A partir disto é possível aferir que o princípio da soberania popular é multiforme, posto que a sua instrumentalização no ordenamento jurídico ocorre por meio de diversos institutos consagrados. Por consequência, entende-se como infundada a concepção de soberania popular dissociado do direito ao voto, até mesmo como forma de obediência ao princípio da igualdade.

Quanto a sua relação com os direitos fundamentais, Miranda (2018) frisa que existe uma interligação entre dois princípios classificados como substantivos, o quais são o princípio da soberania popular o princípio dos direitos fundamentais e a mediação de princípios tido com adjetivos do constitucionalismo e da legalidade. Nas palavras do referido autor:

> Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão jurídica sobre a sua modelação. O equilíbrio ou se preferir, a síntese, obtém-se através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais com graduações conhecidas (Miranda, 2018, p. 255).

Habermas entende que os direitos à liberdade e a igualdades recebem, primeiramente, uma justificativa com fulcro na autonomia moral das indivíduas, para que, posteriormente sejam reencontrados e assegurados pela autonomia de cada um no exercício da cidadania, por consequência, pela autonomia pública (DUTRA, 2012).

2.4.4 Sufrágio universal e o pleno direito ao voto

O termo sufrágio deve ser interpretado como uma manifestação direta ou indireta de assentimento de certa proposição, ou seja, no ordenamento jurídico é a livre manifestação do anseio do povo na escolha de seus governantes, por meio do apoio aos ideais propagados.

Nesse sentido, está a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Lisboa, no Acórdão 602/89[2] que expõe que o princípio democrático é universal, bem como o sufrágio, que está histórica e essencialmente ligado ao direito da participação na formação da vontade geral, como exposto no Art. 6.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791 e o artigo 21.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Segundo o jurista José Jairo Gomes (2016), o sufrágio está ligado diretamente ao exercício do princípio da soberania popular, posto que se revela como a capacidade ativa por

[2] **ACÓRDÃO Nº 602/89**. Processo: n.º 323/89. Plenário Relator: Conselheiro Sousa e Brito. Lisboa, 7 de dezembro de 1989. José de Sousa e Brito. António Vitorino, Messias Bento, Vitor Nunes de Almeida, Fernando Alves Correia, Maria da Assunção Esteves, Bravo Serra, Antero Alves Monteiro Diniz, Alberto Tavares da Costa, Armindo Ribeiro Mendes, José Manuel Cardoso da Costa (tem voto de conformidade do Sr. Conselheiro Luís Nunes de Almeida, que não assina por não estar presente), José de Sousa e Brito". Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc /acórdãos/19890602.html. Acesso em 18 de julho de 2020

meio do direito ao voto e capacidade passiva caracterizada pela possibilidade do cidadão de ser um representante popular, ou seja, ser votado. Desse modo, o sufrágio universal poder ser entendido como a raiz dos direitos políticos, posto que possibilita a atuação do povo na condução estatal.

Vale esclarecer que apesar da universalidade do sufrágio, o exercício dos direitos eleitorais de votar e ser votado não engloba indiscriminadamente todo e qualquer indivíduo. Isso porque é necessário preencher os requisitos estabelecidos em lei para tanto. Na hipótese do Direito português, por exemplo, esses parâmetros estão consolidados no Art. 10.º da Constituição da República de Portugal, mais especificamente no Art. 10.

No que cerne a relação do sufrágio universal com os direitos fundamentais, entende-se que o mesmo é oriundo do princípio da isonomia. Uma vez que os cidadãos são postos no mesmo nível, de modo que o voto individual tem o mesmo valor e o mesmo peso na contagem de votos, ainda que haja diferenças econômicas, de gênero, naturalidade e outros entre os eleitores.

Outro ponto que merece destaque, é a diferenciação entre voto e sufrágio. Para melhor esclarecimento, é válido dizer que o sufrágio é o direito ao voto, enquanto que o voto é a própria operacionalização do sufrágio, assumindo natureza, não apenas de direito, mas de dever cívico. Ressalta-se, ainda, que é um dever também do Estado proporcionar ao cidadão todos os meios que possibilitem a o exercício do seu direito.

Vale ressaltar que em Portugal, diferentemente de como corre no Brasil, o voto não é obrigatório, mas facultativo, podendo ser exercido por qualquer cidadão português após os 18 anos, sendo assim pode ser considerado apenas como um direito que vai ao encontro da liberdade do indivíduo.

Para aqueles que decidem exercer tal direito, este deve fazer de maneira presencial, não sendo permitida qualquer outra maneira de representação para seu exercício, conforme o Art. 12 da Lei n.º 29/2015, exceto para os eleitores que moram fora do país, podendos estes enviar seus votos por correios, dentro do prazo estipulado de cordo com as normas estabelecidas.

De acordo com a mesma lei, em seu Art. 13, pessoas com deficiência que possuem qualquer dificuldade para exercer o direito de votar, podem ser acompanhados por outro eleitor, garantindo assim a fidelidade de expressão de sua escolha.

O voto em Portugal é realizado por meio da marcação no local indicado, nos boletins de voto, que possuem forma retangular, de cor definida pela CNE, onde estão as listas de candidatos, na ordem disposta por sorteio efetuado nos termos do Art. 5.º sendo automaticamente anulados em caso de rasuras (CNE, 2021, n.p.).

A Constituição Portuguesa não adentrar na seara de estruturação do boletim de voto, apenas em estruturar as garantias conducentes a um sufrágio universal, ao voto secreto, e também direto (art. 10º CRP), que garanta com que o eleitor se conduza de forma segura, até a cabine eleitoral.

A estruturação do boletim consta do artigo 14º e 15º da LEAR: onde determina que a apresentação da candidatura é por lista; o voto é, portanto, *de lista* (em lista partidária); sendo este voto único (singular).

De acordo com o 15° da LEAR, a lista é ordenada pelo partido, sem que haja possibilidade de o eleitor produzir-lhe qualquer modificação e na tentativa, o voto fica nulo. A doutrina chama este tipo de boletim de lista fechada, sendo que a mesma não pode ser inferior ao número de cargos em disputa, compondo-se, ainda, com, no mínimo, mais dois suplentes (Art.15º).

2.4.5 Princípio Republicano

É possível afirmar que nos dias atuais há duas formas de governos mais comuns entre os Estados, as quais são a república e a monarquia. A monarquia tem como traços principais a hereditariedade e a vitaliciedade, enquanto que a república tem como característica a eletividade, a rotatividade e a temporalidade, que fazem com que haja uma alternância nos representantes do povo no poder, sendo essa segunda forma a exercida em Portugal.

Logo, os poderes dos chefes do Executivo e do Legislativo estão intimamente ligados aos seus respectivos mandatos e que se enquadra à perspectiva de representatividade abordada anteriormente, por meio de eleições periódica, gerais e diretas com fulcro no direito fundamental da liberdade de escolho conferido aos cidadãos.

A título de exemplo, cita-se a previsão legal do referido princípio, conforme Arts. 128.º e 123.º da CRP, o mandato do Presidente da República dura no máximo cinco anos sendo que pode ser reeleito para um segundo mandato em seguida, mas não para um terceiro, devendo esperar dez anos, para uma nova eleição, caso tenha sido eleito por duas vezes consecutivas.

É importante pontuar que o princípio em comento se revela como uma forma de proteção da democracia, uma vez que impede a perpetuação do poderio nas mãos dos representantes eleitos. Desse modo, o Estado é oxigenado pela rotatividade dos eleitos, refletindo diretamente os anseios populares e as mutações naturais da sociedade.

Ainda, ressalta-se, que o princípio republicano promove a soberania popular, pois possibilita que o povo manifeste sua vontade, por meio do voto, podendo reeleger o mesmo candidato ou outro, dando equilíbrio, quando não permite um terceiro mandato consecutivo,

como já exposto anteriormente. Ainda, para que haja equidade plena, nas eleições, existe a adoção do princípio da igualdade dos votos, em que cada distrito deve ser proporcional ao número de eleitores (Art. 13º, n. 2 da Lei Eleitoral para Assembleia da República -LEAR).

2.4.6 Princípio da legitimidade

A concepção do termo legítimo está entrelaçada com os valores inerentes à justiça, presumindo a observância do devido processo legal. Logo, é dito legítimo, algo reputado por correto, justo e adequado. No cenário atual, a noção de legitimidade do poder conferido aos governantes tem origem no processo eleitoral limpo e justo que resultou na sua eleição.

Neste vértice, corrobora-se a importância de um processo de eleição transparente e honesto, com o cumprimento estrito dos ditames legais previstos no ordenamento jurídico, pois é a obediência a tais procedimentos que garantem a legitimidade.

Apesar da semelhança, não deve se confundir legalidade com legitimidade, uma vez que o segundo não se limita ao direito positivo, atua no plano subjetivo, ou seja, é a sensação por parte do povo de que os representantes eleitos é expressão da sua vontade na qualidade de cidadão.

2.4.7 Princípio da Moralidade Eleitoral

O representante eleito no curso do seu mandato deve ser vigilante aos ideais éticos, não se limitando a obediência apenas das imposições legais, tendo discernimento do que é honesto ou não. Tal princípio objetiva refletir o sentimento por parte da população de um governo justo, uma que cansada de sofrer abusos por parte das autoridades, que na maior parte das vezes busca a satisfação unicamente dos seus próprios interesses, ignorando tudo aquilo que é moral.

Sobre o tema, convém citar a palavras do jurista brasileiro, ainda dentro dessa temática, são precisas as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzindo de maneira confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos (MELLO *apud* TAVARES, 2008, n. p.).

Outro ponto que merece destaque é que conquanto haja similitudes entre o princípio da legalidade e o da moralidade, estes não devem ser confundidos entre si, uma vez que há situações que são ditas como imorais apesar de não haver expressa vedação legal.

Segundo Souza (2009), tais violações ao princípio da moralidade revelam-se de forma camuflada, como, por exemplo, os tratamentos discriminatórios por parte dos administradores. Logo, embora não haja violação ao princípio da legalidade, há afronta direta aos princípios da moralidade e impessoalidade.

2.4.8 Princípio da representatividade

Conforme exposto anteriormente, o princípio democrático indica a participação direta ou indireta da população, respectivamente por meio de plebiscitos e referendo ou por meio de seus representantes legais. Portanto, pacifica-se o entendimento de que a efetivação de tal regime não poderia ser de outra forma, tendo em vista que o Estado cujo fim precípuo o bem comum do seu povo e é originado pelo poder conferido aos cidadãos.

De outra vértice, o princípio da representatividade é o instrumento legal de realização da a democracia indireta. Uma vez que o povo elege representantes para a ocupação de cargos políticos e estes ao serem revestidos do poder se incubem da defesa dos interesses da população, legislando, fiscalizando ou executando ações estatais.

O Direito português fixa os ideais do referido princípio por meio do texto legal do Art. 147.º da Constituição Portuguesa, que prevê que a Assembleia da República é representativa de todos os cidadãos, sendo que pelo seu Art. 121º, expõe que os cidadãos portugueses elegem por sufrágio universal, o Presidente da República pelo o voto secreto. Nesse ponto ainda explica que têm direito ao voto, cidadão portugueses residentes no país e também os residentes no estrangeiro.

Acerca do assunto, assevera Jorge Morais (2005, p. 32):

> Governo representativo significa a forma de governo em que se opera uma dissociação entre a titularidade e o exercício do poder - aquela radicada no povo, na nação (no sentido revolucionário) ou na colectividade, e este conferido a governantes eleitos ou considerados representativos da colectividade (de toda a colectividade, e não de estratos ou grupos como no Estado estamental). E é uma forma de governo nova em confronto com a monarquia, com a república aristocrática e com a democracia directa, em que inexiste tal dissociação.

É possível extrair dos ensinamentos de Gomes Canotilho (2003) que os alicerces do princípio da representatividade pautam-se na autorização constitucional do exercício jurídico de órgão da soberania do Estado feitos em nome do povo, por meio da legitimação de domínio derivada do princípio da soberania do Estado com o objetivo de satisfação do interesse comum. Ou seja, na visão do jurista português, a noção de representatividade está intrinsicamente ligada

a outorga de poder dada pelo povo a um ente soberano que apesar da autonomia na tutela do direito do povo.

Neste caso, aponta-se os partidos políticos como como os responsáveis pela representatividade da opinião pública de diferentes grupos sociais que se identificam com a bandeira e os interesses do partido nas lutas políticas.

2.5 Princípios da propaganda eleitoral

Já tendo sido elucidado os aspectos referentes aos princípios eleitorais constitucionais e sua relação intrínseca aos direitos fundamentais, outro ponto merece ser abordado, o qual seja a propaganda eleitoral e seus princípios. Isso porque como abordado é necessário que o indivíduo possua autonomia para poder exercer sua cidadania e o principal meio de influência na livre convicção dos cidadãos é a propaganda utilizada nas campanhas eleitorais.

Em enfoque ao primeiro princípio que é a liberdade de propaganda, observa-se que há uma relação direta e intrínseca com o direito fundamental a liberdade de expressão. Conforme preleciona o Art.19 da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Inicialmente é importante trazer o conceito de propaganda, segundo Pimentel (2019) consiste na difusão intencional de uma ideia, de uma ideologia, de um produto ou crença religiosa. É por meio dela que o candidato tenta criar uma opinião favorável à sua candidatura ou ao seu mandato, ou seja, é o meio pelo qual se passa a mensagem ao receptor.

Desta feita, pontua-se que a propaganda política é gênero, tendo como espécies a propaganda eleitoral, a institucional, a intrapartidária e a partidária, sendo lícito a arrecadação de votos para o partido e o candidato por meio do pedido direto apenas na propaganda eleitoral.

Em face da importância e do peso que possui na influência ao voto, pode se extrair dos estudos doutrinários e da jurisprudência alguns princípios que regem especificamente a propaganda eleitoral, os quais merecem espaço no presente trabalho.

Primeiramente, temos o princípio da atuação *ex officio* ou princípio do controle judicial da propaganda, por este axioma temos a fiscalização, bem como a repressão da propaganda eleitoral por meio do poder de polícia que o juiz possui. Com efeito, o magistrado eleitoral tem suas atividades adstritas da fiscalização, independentemente de provocação por interessados.

Em segundo, registra-se o princípio da legalidade, o direito ao exercício da propagando deve obedecer às disciplinas estabelecidas pela Lei n.º 72-A/2015, de 23 de julho, a qual regulamenta o regime jurídico da cobertura jornalística em período eleitoral e normatiza a propaganda eleitoral através de meios de publicidade comercial, tendo aplicabilidade *lato sensu*

a todos os atos eleitorais e referendários. Ademais, há a Lei Eleitoral da Assembleia da República n.º 14/79, de 16 de maio que é responsável por disciplinar as matérias atinentes ao Direito Eleitoral. Nesse ponto, vale frisar que o direito fundamental à liberdade de expressão não é absoluto, razão pela qual é disciplinado para se sujeitar a algumas restrições.

Outro princípio que merece destaque é da liberdade, o qual estabelece que dentro dos limites legais, é livre o exercício da propaganda. É necessário tecer comentários acerca do caráter não restritivo das normas que estabelecem os tipos de propaganda, pois não se tratam de um rol taxativo que se esgota nas hipóteses descritas.

O referido princípio é encontrado na fundamentação de diversos julgados do Tribunal Constitucional de Lisboa, conforme trecho colacionado a seguir:

> Tudo visto, é doutrina consolidada desta Comissão e jurisprudência assente do Tribunal Constitucional (cf. 266/2011) que a cedência de espaços públicos de acesso reservado, prevista no artigo 63.º da Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais, concretiza o dever que a Constituição da República Portuguesa **impõe ao Estado de garantir condições para uma efetiva liberdade de propaganda e de igualdade de oportunidades**, sendo indiferente que tais espaços sejam do domínio público ou privado do Estado em sentido lato ou, ainda, que sejam geridos segundo as regras da administração pública ou dos negócios privados, bem assim, a natureza dos entes que concretizam essa gestão, desde que sejam pelo menos de capitais maioritariamente públicos. (grifos meu) [3].

Assim, como em Portugal, também no Brasil, tal entendimento foi consolidado no RESP nº 15065, o qual cita-se a seguir:

> A propaganda eleitoral que não possui regulamentação trata-se de propaganda ilícita, pois qualquer vedação a determinado tipo ou a determinada forma de propaganda deve ser expressa, sob pena de violação ao princípio da liberdade e da disponibilidade da propaganda política.

Por outro lado, pelo princípio da isonomia entre candidatos e partidos de modo a assegurar que todos terão o direito de acesso à propaganda política. Segundo Pimentel (2019) ao interpretar o citado princípio deve haver uma ressalva de que devem ser tratados de maneira igual os candidatos que estão em condição de igualdade e desigual os que encontrarem em patamar de desigualdade.

Nesse sentido, é interessante colacionar trecho do Acórdão n.º 461/2017 do Tribunal Constitucional, o qual assegura o cumprimento fático do citado princípio:

---

3 Lisboa, 27 de setembro de 2017. Catarina Sarmento e Castro - João Pedro Caupers - Pedro Machete - Lino Rodrigues Ribeiro - Fernando Vaz Ventura - Maria Clara Sottomayor - Gonçalo Almeida Ribeiro - Maria José Rangel de Mesquita - Claudio Monteiro - José Teles Pereira – Maria de Fátima Mata-Mouros - Joana Fernandes Costa - Manuel da Costa Andrade. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170584.html. Acesso em: 19 de agosto de 2020.

> [...], o Tribunal Constitucional tem reconhecido, por referência à alínea d) do n.º1 do artigo 5.º da Lei n.º 71/78, de 27 de dezembro – "[a]ssegurar a igualdade de oportunidades de ação e propaganda das candidaturas durante as campanhas eleitorais" - que a CNE é competente para a apreciação da legalidade de atos de publicidade institucional, **com o intuito de impedir a prática de atos por entidades públicas que favoreçam ou prejudiquem uma candidatura em detrimento ou vantagem de outra** (ACÓRDÃO n.º 461/2017). (grifos meu)

Como se vê, todos esses princípios são formas de regulamentar o direito à propaganda, pois muito embora a liberdade de expressão seja um direito fundamental, na seara eleitoral deverá ser submetido ao interesse da coletividade. Posto que todas as ações e omissões relacionadas a ambição pelos cargos públicos e todas as são de interesse geral e sua livre publicação é uma forma de proteção à autonomia dos cidadãos.

Desse modo, os casos que violem os ditames legais por meio de abusos, difamações, declarações inverídicas e outros deverão ser fiscalizados e julgados pelos órgãos competentes para receber as reprimendas necessárias. De sorte que é mais importante para a população viver realmente um Estado de Direito e ter o direito de se expressar, bem como de ouvir as ideias políticas, pois conforme Habermas, não há autonomia pública se não houver autonomia privada (DIAS, 2014).

2.5.1 A tutela na propaganda eleitoral em Portugal

Como já foi especificado, a propaganda eleitoral é direito do candidato, no que concerne à liberdade de expressão, no entanto, o candidato deve respeitar os princípios da legalidade, do poder de polícia *ex officio*, bem como outros princípios eleitorais que regem a propaganda.

A campanha eleitoral, no sentindo amplo, possui os princípios regentes consagrados constitucionalmente no Art. 113, nº 3 da CRP. Segundo o CNE classificam-se em: a) o Princípio da liberdade de propaganda; b) Princípio da igualdade de oportunidades e tratamento das diversas candidaturas; c) Princípio da imparcialidade das entidades públicas perante as candidaturas; d) Princípio da transparência e fiscalização das contas eleitorais.

A CNE - Comissão Nacional de Eleições 2021 expõe que a campanha eleitoral é possível a todo o tempo, pois o apelo é livre, no entanto existem algumas ressalvas previstas, que serão fiscalizadas e julgadas pelos órgãos competentes para receber as reprimendas necessárias em caso de violação das regras, como se vê a seguir:

Fica proibido afixar propaganda em centros históricos, como monumentos nacionais, templos, edifícios oficiais do Estado, locais públicos onde as assembleias ocorrerão, nos sinais de trânsito e placas de sinalização rodovias e ferrovias, Regiões Autónomas e das autarquias

locais e toda e qualquer repartições públicas, exceto, quanto se destinam à convivência de funcionários e agentes de campanha. Também fica proibido escrever ou fazer pinturas em muros destes locais citados (CNE, 2021, n.p.).

Em Portugal há espaços se que destinam à afixação de propagandas eleitoras, como nas câmaras municipais. As juntas de freguesia são responsáveis por disponibilizar espaços adicionais que serão usados para esse fim e estes espaços devem ser distribuídos de forma equitativa, durante o período legal de campanha. As propagandas ainda podem ser afixadas em espaços privados, desde que autorizado pelo proprietário (CNE, 2021, n.p.).

Além disso os candidatos que estiverem concorrendo aos órgãos municipais, câmara e assembleia municipal, têm direito à emissão de antena, que são transmitidos nas rádios locais, e também deve ser realizado de forma igual entre os concorrentes. Ohman (2015) assegura que o financiamento público permite que todas as forças políticas importantes acessem os recursos hábeis a fim de atingir o eleitorado, incentivando o pluralismo político e fornecendo ao eleitor possibilidades de escolha das políticas sociais em discussão.

Ainda, em Portugal, todos os candidatos têm direito ao espaço televisionado, pago pelo Estado, equitativamente, não podendo o candidato comprar por espaço extra, sem que o conteúdo seja editado, essa decisão objetiva garantir que todos têm as mesmas condições e que não são condicionados por decisões ou critérios editoriais.

Fica proibido também a propaganda, de qualquer espécie, na véspera e no dia das eleições e caso isso ocorra o candidato pode ser punido com pena de multa de no mínimo 100 dias ou pena de prisão de até seis meses. Inclusive não pode haver propaganda nas imediações das assembleias de voto na data das eleições, respeitando uma distância de 50 metros destes locais, bem como toda e qualquer propaganda que fica visível da assembleia (CNE, 2021, n.p.).

Nas sedes partidárias podem haver propagandas no dia das eleições desde que atendam aos requisitos impostos pela Comissão Nacional de Eleições (CNE, 2021, n.p.).

Inclusive, o cidadão pode prestar queixa por propaganda que estejam sendo afixadas de forma irregular junto à Câmara Municipal, à Junta de Freguesia, à Comissão Nacional de Eleições, bem como em outras entidades públicas, como, por exemplo, aos bombeiros.

Após as eleições as propagandas podem ser retiradas, pelo próprio proprietário do local de afixação e não existe um prazo legal para essa remoção. A Câmara municipal, a pedido, também faz remoção e, no caso de o espaço ser privado, e as custas cabem às entidades responsáveis pela afixação (CNE, 2021, n.p.).

É importante destacar que hoje, com o advento das novas tecnologias, existem várias maneiras de se fazer propaganda eleitoral, como por meio de *e-mails*, *podcasts*, aplicativos de

mensagens, *sites*, redes sociais, entre outros. Essas campanhas podem ser realizadas em Portugal, pois compactua com os princípios da liberdade de expressão. No entanto existe por parte dos órgãos competentes, uma recorrente preocupação com a circulação de *fake News*, por isso o país se juntou à União Europeia no combate às desinformações: "Combater as Fake News – Uma Questão Democrática (COMISSÃO EUROPEIA, 2021, n. p.)

3. Conclusão

No que cerne ao primeiro capítulo foi possível aferir que a norma jurídica é composta por regras e princípios. Enquanto que o conflito de regras é solucionado a luz do plano da validade, a antinomia principiológica é resolvida na *dimensão de peso*. No que cerne à relação entre os princípios e os direitos fundamentais, observa-se a importância da dignidade da pessoa humana, uma vez que é a razão do surgimento do Estado Democrático de Direito.

Concernente ao direito eleitoral, verifica-se que há princípios classificados como políticos constitucionais estruturantes. Isso porque são responsáveis por organizar o regime político, a estrutura do Estado e outros. Tais princípios foram abordados no quarto tópico do presente trabalho. Inicialmente temos o princípio democrático que reproduz as vertentes da teoria democrática representativa, os quais sejam a separação de poderes, o pluripartidarismo, eleições e representatividade por órgãos. Em complementariedade temos o princípio do Estado Democrático de Direito que assegura os direitos fundamentais de associação, de liberdade de expressão e de formação de partido político.

No que diz respeito ao princípio da soberania popular, no âmbito constitucional tal princípio é vinculante e é reforçado por direitos fundamentais, como por exemplo o direito a igualdade, o direito à liberdade política. Exsurge, ainda, o princípio republicano como forma de oxigenação da democracia, por meio da rotatividade dos eleitos. Nessa esfera temos o princípio da representatividade, o qual garante à população ser representada junto ao Poder Público por um partido com ideais e propostas que lhe interessam. Todavia, a instrumentalização de todos esses pontos abordados se dá por meio do sufrágio universal, expressado pelo direito fundamental ao voto. Pois, segundo Habermas, para que o Estado de Direito seja legitimamente democrático é necessário consciência por parte dos cidadãos por meio do exercício da autonomia privada.

É partindo dessa assertiva que surge os princípios inerentes ao direito à propaganda, tendo vista que é por meio dela que é formada a convicção do eleitor acerca do panorama política. De um lado temos o direito constitucional à liberdade de expressão, de outro temos os princípios

do poder de polícia *ex officio,* o princípio da legalidade, da igualdade entre candidatos e outros que normatizam o exercício do citado direito, uma vez que não se trata de um direito absoluto, não podendo o eleitor ser induzido a erro.

REFERÊNCIAS

ACÓRDÃO nº 602/89. **Lisboa, 7 de dezembro de 1989.** Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acorda os/198 90602.html. Acesso em: 18.07.2020

ACÓRDÃO nº 461/2017. **Lisboa, 24 de agosto de 2017** - Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/ 20170460.html. Acesso em: 22.08.2020

ACÓRDÃO nº 254/2019. **Lisboa, 27 de setembro de 2017**. Disponível em: http://www.tribunal constitucional.pt/tc/acordaos/20170584.html. Acesso em: 19.08.2020.

ARAGÃO, Gerson. **Qual a diferença entre regras e princípios?** (segundo Robert Alexy). **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 165, p. 123-134, jan./mar. 2005. Disponível em: https://gersonaragao.jusbrasil.com.br/artigos/215342544/qual-a-diferenca-entre-regras-e-principios-segundo-robert-alexy. Acesso em: 22.08.2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMISSÃO EUROPEIA. Moldar o futuro digital da Europa - **Combatendo a desinformação online.** 2021. Disponível em: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/online-disinformation. Acesso em: 19.08.2020

COSTA, Daniel Castro Gomes da. **Curso de Direito Processual Eleitoral.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA PORTUGUESA DE 1976. Disponível em: https://www.parlamento .pt/Legislacao/ Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em: 20.08.2020

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador, Imprenta: Salvador, 2012. ISBN: 9788544219263.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 23.08.2020

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO 1789. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. 2020. Acesso em: 24.08.2020

DIAS, Jorge Andersson Vasconcelos. **Apontamentos sobre as noções de autonomia pública e privada em Jürgen Habermas**. 2014. Disponível em: http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41980/apontamentos-sobre-as-nocoes-de-autonomia-publica-e-privada-em-jurgen-habermas. Acesso em: 27.08.2020

DUTRA, D. J. V. **Rousseau e Habermas**. Argumentos, ano 4, n. 18, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

FERREIRA, Pinto. **Código Eleitoral Comentado**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2016. ISBN: 978-85-970-0384-0.

JOSENDE, Lauriane. **Le paradoxe de létat de droit démocratique**, trad. *In* **Les temps Modernes**. Teoria Política, trad. Lisboa, 2015.

LEI N.º 29/2015. **Primeira alteração à Lei n.º 66-A/2007, de 11 de dezembro, que define as competências, modo de organização e funcionamento do Conselho das Comunidades Portuguesas.** Assembleia da República. Disponível em: http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/ccp_2015_portaria_197_2015-regulamenta_o_processo_eleitoral.pdf. Acesso em: 10 Mar. 2021

LEI 13.165- 2015. **Altera as Leis n º 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 [...].** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm. Acesso em: 10 Mar. 2021

LEI ELEITORAL DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA N.º 14/79. Disponível em: http://www.cne.pt/sites/ default/files/ dl/legis_lear_2012_0.pdf. Acesso em: 21.08.2020

LEI N.º 72-A/2015. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/69866640/details/maximized. Acesso em: 22.08.2020

LEI ORGÂNICA n.º 3/2020, de 11 de novembro. Disponível em: http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/legis_lo-3-2020_regime_excecional_e_temporario-voto_antecipado-eleitores_em_confinamento_obrigatorio.pdf. Acesso em: 08.04.2021

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos** – 5. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais: Introdução Geral**, Lisboa, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Teoria Do Estado e da Constituição**, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. (Manuais universitários) V.I: Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2018. ISNN 978-972-40-7591-4.

OHMAN, Magnus. **Entendimento do Sistema de Financiamento Político. Financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais: um manual sofre financiamento político**. 1.ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.

PIMENTEL, Alexandre Freire. **Propaganda eleitoral: poder de polícia e tutela provisória** nas eleições/Alexandre Freire Pimentel. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

RESP. nº 15065/BA. Relator Mauricio Jose Correa. **Acórdão de 21/10/2015.** Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/586255/recurso-especial-resp-15065. Acesso em: 19.08.2020.

SOUZA, Rubin Assis da Silveira. Distinção entre moralidade e legalidade no pensamento de Kant segundo Bobbio. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2320, 7 nov. 2009. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/13817. Acesso em: 26.08.2020

TAVARES, Gustavo Machado. O princípio da moralidade como fundamento para o indeferimento de registro de candidatura. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1921, 4 out. 2008. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/11805. Acesso em: 26.08.2020

O DIREITO À PRIVACIDADE DO EMPREGADO E A LIBERDADE DE GESTÃO EMPRESARIAL: CONTROLE DAS COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS

THE EMPLOYEE'S RIGHT TO PRIVACY AND FREEDOM OF MANAGEMENT: CONTROL OF ELECTRONIC COMMUNICATIONS

Élvio Araújo Oliveira[1]

Resumo: O presente artigo possui como tema central o controle das comunicações eletrônicas pelo empregador no ambiente laboral. O objetivo do trabalho é realizar a análise crítico-reflexiva do regime de proteção do direito à privacidade do empregado, em confronto com o direito à liberdade de gestão empresarial. A metodologia aplicada foi descritiva e explicativa, por meio da coleta de dados na doutrina, legislação e jurisprudência. Com a investigação verifica-se que os critérios da transparência, finalidade e proporcionalidade devem ser balizadores no controle das mensagens pelo empregador de forma a compatibilizar o direito fundamental do trabalhador à reserva da intimidade da vida privada e o poder diretivo do empregador, por meio da ponderação de interesses. Conclui-se que, apesar das novas formas de controle empresarial advindas das tecnologias da informática, o ordenamento jurídico português e, em especial, a jurisprudência tem trilhado no sentido de proteger de forma adequada a confidencialidade das mensagens eletrônicas do empregado.

Palavras-chave: Direito à privacidade; Liberdade de gestão empresarial; Mensagens eletrônicas; Controle do empregador; Ponderação de interesses.

Abstract: The central theme of this article is the control of electronic communications by the employer in the work environment. The objective of the work is to perform a critical-reflexive analysis of the protection regime of the employee's right to privacy, in confrontation with the right to free enterprise management. The methodology applied was descriptive and explanatory, through the collection of data in doctrine, legislation and jurisprudence. With the investigation, it was verified that the criteria of transparency, finality, and proportionality must be guiding factors in the control of messages by the employer, in order to make compatible the fundamental right of the worker's personality to the privacy of private life and the employer's directive power, by means of the ponderation of interests. We conclude that, despite the new forms of corporate control brought about by information technology, the Portuguese legal system and, in particular, jurisprudence have taken steps to adequately protect the confidentiality of the employee's electronic messages.

Keywords: Right to privacity; Freedom enterprise right; Electronic mail; Employer control; Balancing of interests.

[1] Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense – UPT (Porto, Portugal). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cidade de São Paulo - UNICID (São Paulo, Brasil). Analista Judiciário – Área Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região (Teresina, Piauí, Brasil). Assistente de Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região (Teresina, Piauí, Brasil).
E-mail: elvio-oliveira@hotmail.com.

1. Introdução

Com o desenvolvimento tecnológico, cada vez mais as relações de trabalho são marcadas pelo uso de novas ferramentas, em especial ligadas à informática. A modernização tornou a utilização do computador e das comunicações eletrônicas, como *e-mail*, *messenger* e *skype*, ferramentas quase que indispensáveis na prestação de serviços.

Por outro lado, a capacidade de inspeção do empregador também foi visivelmente ampliada, por meio, por exemplo, do acesso e guarda das mensagens eletrônicas e endereços de *sites* visitados pelo empregado, uso de câmeras de vídeo, GPS, controle de chamadas telefônicas, geometria da mão e da face, etc.

É inegável que a dinâmica nas relações de trabalho é afetada de forma direta com as novas tecnologias de informação, o que traz como consequência a necessidade de contínua evolução do Direito do Trabalho, na busca de harmonizar o poder diretivo do empregador e o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador.

A fim de delimitação do objeto do trabalho, será feita a abordagem específica do controle das comunicações eletrônicas pelo empregador, quanto ao acesso às mensagens de correio eletrônico.

Neste cenário, busca-se investigar como compatibilizar a utilização de novos meios tecnológicos pelo empregador no controle das mensagens eletrônicas do empregado e o direito à privacidade do trabalhador.

Para o alcance desta questão será feito o enquadramento jurídico do direito à privacidade, como direito constitucional fundamental, bem como a análise da tutela dos direitos da personalidade no Código Civil e no Código do Trabalho. Em seguida, a investigação prosseguirá na averiguação dos reflexos do princípio da livre iniciativa econômica e da liberdade de empresa no contrato de trabalho, bem como a caracterização dos poderes do empregador. Em prosseguimento, o artigo abordará as formas de controle das mensagens eletrônicas pelo empregador e suas limitações legais estabelecidas no Código do Trabalho. Além disso, serão elencados os critérios de como pode ser realizada a vigilância às mensagens de *e-mail*, de modo a preservar a sua confidencialidade e permitir, de igual modo, o respeito ao poder de autogestão e fiscalização da empresa. Ao final, será traçado um breve comparativo entre a jurisprudência em Portugal e no Brasil, quanto ao controle das comunicações eletrônicas no ambiente do trabalho.

2. Direito à privacidade: direito fundamental e da personalidade

O bem jurídico principal tutelado pelo direito à privacidade é a dignidade da pessoa humana. Trata-se de direito subjetivo, inerente a todo ser humano, valor fundamental da Constituição da República Portuguesa (CRP), previsto no seu art. 1º, bem como reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 12º) e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigos 7º e 11º).

A dignidade da pessoa humana é "um valor espiritual e moral inerente à pessoa humana, constituindo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações" (MORAES, 1997, p. 60).

Assim, a dignidade remete à garantia das necessidades básicas do cidadão, como ser dotado de autonomia, constituindo um atributo da personalidade.

Neste contexto, revela-se primordial a proteção legal desses direitos essenciais do ser humano, no qual se insere o direito à privacidade. A privacidade, apesar de se tratar de um conceito aberto, com várias denominações,[2] abrange aspectos relacionados à intimidade e a vida privada da pessoa, em suas mais variadas dimensões como dados pessoais, relações afetivas, identidade genética, comunicações de todo meio (físicas e eletrônicas), vida patrimonial (CARVALHO, 2016, p. 285).

No âmbito da legislação portuguesa, tanto na Constituição da Republica (artigo 26º e 35º), como no Código Civil (artigo 80º) e no Código do Trabalho (artigo 16º a 22º e 170º), existem regulamentações quanto à tutela do direito à privacidade.

Com efeito, no art. 26º da CRP, dentro do capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais, é reconhecido o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (número 1), além da autorização para a lei infraconstitucional estabelecer "garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias" (número 2).

É importante destacar que a Constituição faz referência, no que tange as garantias de proteção, a defesa das informações pessoais, tanto na perspectiva do acesso às informações quanto às divulgações, não se restringindo aos aspectos da vida íntima (MORI, 2009, p. 21) .

[2] O direito à privacidade possui várias acepções como direito à reserva da intimidade da vida privada, o direito à intimidade, o direito à vida privada, o direito de estar só, *right of privacy, right to be alone* ou *right to be let alone, droit à la vie privée, diritto alla riservatezza* e *derecho a la esfera secreta*, conforme indicado por MORI, Amaury Haruo. **O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009. Disponível em: http://hdl.handle.net/10451/3424. Acesso em: 25 mar. 2021.

Além disso, o art. 26º, nº 3, da CRP ainda determina que a lei deve resguardar a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, frente o desenvolvimento tecnológico, sob a perspectiva de direito da personalidade. Amaury Mori (2009, p. 22) ao comentar a referida regulamentação defende que:

> parece cabível interpretar este dispositivo como reforço da tutela jurídica aos direitos da personalidade, dentre os quais o direito à intimidade, contra a má utilização das tecnologias, ainda que não conducentes à experimentação científica. Afinal, a identidade genética do ser humano faz parte do que lhe pode ser considerado íntimo.

Outro dispositivo constitucional relevante, na proteção à privacidade, diz respeito à vedação na utilização da informática para tratamento de dados da vida privada (proteção dos dados pessoais e à autodeterminação informativa), salvo em casos de consentimento expresso do titular, autorização legal ou processamento de dados estatísticos não identificáveis de forma individual (artigo 35º, nº 3).

Por seu turno, o Código Civil trata no art. 70º e seguintes da tutela geral dos direitos da personalidade. O direito geral da personalidade corresponde, conforme Rabindranath de Sousa:

> O direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana (v. g. da sua dignidade humana, da sua individualidade concreta e do seu poder de autodeterminação), com a consequente obrigação por parte dos demais sujeitos de se absterem de praticar ou deixar de praticar atos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa cometida (SOUSA, 1995, pp. 93-94).

Estes direitos da personalidade abrangem o direito à privacidade, nos termos do art. 80º do Código Civil, com o estabelecimento do dever de todos em respeitar a intimidade da vida privada do outro. Referida perspectiva civilista se soma a vertente da proteção constitucional (art. 26º, CRP) que garantiu a todos o direito à intimidade.

Ao tratar sobre a extensão da reserva da intimidade da vida privada, o legislador estabeleceu que a mesma se define conforme a natureza do caso e a condição das pessoas (art. 80º, nº 2 do CC). Guilherme Dray ao tratar do tema defende que "o círculo da reserva da intimidade da vida privada não é uniforme e não segue padrões absolutos: a reserva deve ser definida consoante a natureza do caso (DRAY, 2019, p. 75).

No que tange ao Código do Trabalho português, desde 2003 e com a posterior substituição pelo Código de 2009, houve a sistematização específica dos direitos da personalidade do trabalhador, a partir do art. 14º, como proteção a liberdade de expressão e de opinião, o respeito

pela integridade física e moral, a proteção contra o assédio moral e sexual, o direito à reserva da intimidade da vida privada, a imposição de limites à realização de testes e exames médicos, regras sobre o acesso a mensagens de correio eletrônico e aos sítios da *internet* (DRAY, 2019, p. 69).

Ademais, convém pontuar que os referidos direitos são meramente exemplificativos, com destaque para os mais relevantes para a celebração e execução do contrato de trabalho, na visão do legislador infraconstitucional.

Pedro Romano Martinez (2017, p. 377) considera que os direitos de personalidade do Código do Trabalho não são apartados da tutela da Constituição (art. 26º) e do Código Civil (art. 70º). Assim, configura-se um regime especial, mas interligado com as demais normas, conforme as seguintes razões (AGUIAR, 2019, p. 13):

> A primeira, relacionada com o facto de estarmos perante a tutela geral dos direitos de personalidade, e pelo facto de a relação destes com os vários ramos do Direito ser inevitável;
> A segunda, pelo facto de os direitos de personalidade previstos nesta subsecção do CT (já referida *supra*) ter sempre de se relacionar com o que se encontra previsto nos outros diplomas, nomeadamente o previsto nos artigos 26º e seguintes da CRP e nos artigos 70º e 71º e seguintes do CC;
> A terceira, no sentido de que o que se encontra disposto no CT dever ser sempre relacionado com o regime da limitação voluntária dos direitos de personalidade previstos no artigo 81º do CC;
> A quarta e última razão diz respeito ao que se encontra previsto no artigo 18º da CRP, no sentido de que a compressão dos direitos de personalidade deve sempre limitar-se ao estritamente necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, segundo critérios de proporcionalidade e adequação.

Especificadamente em relação à reserva da vida privada, o Código do Trabalho disciplina no art. 16º que o "empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte" (número 1), com abrangência tanto do acesso quanto à divulgação de informações relativas "à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas" (número 2).

Nas palavras de Sónia Kietzmann Lopes (2019, p. 31):

> o círculo da reserva da intimidade da vida privada não é uniforme, devendo ser definido consoante a natureza do caso, mormente em função da atividade laboral do trabalhador. É assim que aos desportistas, por exemplo e por contraposição à maioria dos demais trabalhadores, poderá exigir-se que levem uma vida extraprofissional regrada.

Dessa forma, o art. 16º, do CTP estabelece a tutela geral ao direito da personalidade no contrato de trabalho, com a obrigação da observância das garantias da personalidade tanto pelo empregador quanto pelo empregado.

Ante todo o exposto, percebe-se que a Constituição erigiu a proteção à vida privada e intimidade (art. 26º) ao campo dos direitos fundamentais, fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, CRP), com repercussões no campo cível (regime geral de proteção dos direitos da personalidade – art. 80º, do CC) e no campo trabalhista (regime especial no âmbito das relações empregatícias – art. 16º, do CTP), o que demonstra a relevância da matéria para o ordenamento jurídico português.

3. Liberdade de gestão empresarial: princípio da livre iniciativa econômica e da liberdade de empresa

A liberdade de gestão empresarial está diretamente ligada ao princípio da livre iniciativa econômica e de organização empresarial, previsto no art. 80º, alínea c, da Constituição da República. Conforme Maria Palma Ramalho, o escopo do referido princípio é "assegurar ao empregador as condições necessárias ao cumprimento dos deveres amplos que lhe incumbem no vínculo laboral e, indiretamente, viabilizar este mesmo vínculo" (RAMALHO, 2012, p. 522).

Além disso, esta liberdade de gestão pode ser constatada também no art. 61º, nº 1, da CRP que trata da liberdade de empresa, segundo o qual a iniciativa econômica privada deve ser exercida de forma livre, nos limites da lei (número 1), com o reconhecimento do direito à autogestão (número 4). Na legislação comunitária, há expresso reconhecimento da liberdade de empresa, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 16º).

Como corolário desses princípios constitucionais (art. 61º e 80º), fundamentam-se os poderes do empregador sobre o empregado subordinado (art. 11º, CTP), em três perspectivas: poder de direção, poder disciplinar e poder regulamentar.

O poder regulamentar se caracteriza na possibilidade do empregador elaborar o regulamento interno da empresa, dispondo sobre a organização e disciplina do trabalho (art. 99º, nº 1, do CTP). Materializa-se na faculdade dada ao empresário de criar regras de observação obrigatória dentro da empresa.

A lei estipula alguns critérios que devem ser observados na elaboração do regulamento interno, quais sejam: a necessidade de ser ouvida a comissão de trabalhadores (art. 99º, nº 2, do CTP); a produção de seus efeitos somente após a publicação e ampla divulgação (art. 99º, nº 3, do CTP); e a reserva da elaboração de algumas matérias do regulamento interno através do instrumento de regulamentação coletiva de trabalho negocial (art. 99º, nº 4, do CTP).

Conforme Maria do Rosário Palma Ramalho (2009, p. 260), o regulamento da empresa tem enorme relevância prática, em especial em grandes empresas, através de regulamentações gerais e específicas, como regras de segurança, higiene no trabalho e temas pormenorizados de setor da atividade.

Por seu turno, o poder disciplinar reflete a capacidade do empregador em aplicar penalidades ao trabalhador transgressor das obrigações contratuais, nos termos do art. 98º do CTP, com o escopo de manter a harmonia no local de trabalho.

Mesmo o empregador tendo um espaço de discricionariedade na aplicação da penalidade (arts. 328º e 330º do CTP), essa não pode extrapolar os limites da boa-fé, sob pena de configurar abuso de direito (art. 334º do CC), daí o enquadramento pela jurisprudência do poder disciplinar como direito protestativo ambivalente[3].

A outra dimensão do poder empregatício é o poder diretivo. O poder de direção representa a expressão mais genuína da subordinação jurídica do empregado, escancarada através da hierarquia na empresa. Por meio deste poder o empregador tem a atribuição legal de fixar os termos do contrato de trabalho a ser realizado (art. 97º do CTP), com a faculdade diretiva de dar as instruções de como realizar o trabalho, chamado de poder conformativo da prestação (XAVIER, 2020, p. 439).

Além disso, outra vertente do poder de direção é refletida no poder do empregador em atribuir ao empregado a função ou posto de trabalho na empresa, de acordo com as suas aptidões e qualificação profissional (art. 118º, nº 1, do CTP), denominado de poder determinativo da função (XAVIER, 2020, p. 439).

Neste cenário, não pode ser deixado de lado, como consequência do poder diretivo, a análise do poder de controle (também chamado de poder de vigilância ou de inspeção) do empresário sobre o trabalho realizado pelo empregado. Revela-se como uma prerrogativa empresarial de acompanhar, de forma contínua, a prestação de serviços e vigiar as instalações da empresa.

Ana Rita Carmo entende que:

> o poder de controlo é, efetivamente, uma parte integrante do poder diretivo – é inerente à faculdade de dirigir a possibilidade de controlar e vigiar se essa direção foi, efetivamente, observada. Neste sentido, é incompreensível o poder de direção sem a consagração de um poder de controlo. Estes dois

[3]Para aprofundamneto do tema, v. PORTUGUAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso de Revista.** Acórdão de 21/03/2012, Relator: Fernandes da Silva, Processo: 161/09.3TTVLG.P1.S1. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/89840075/details/normal?emissor=Supremo+Tribunal+de+Justi%C3%A7a&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar. Acesso em: 28 mar. 2021.

> poderes identificam-se como um só, pois só perante a existência de um se tornará o outro possível (CARMO, 2019, p. 25)

Com efeito, este controle se prolonga ao longo de todo o contrato de trabalho, de forma contínua, sendo pressuposto até mesmo de averiguação da gestão da empresa, através da aferição se as recomendações exaradas pelo empregador estão sendo eficazes na produção do resultado almejado.

Destaca-se que o poder de vigilância abrange vasto espaço amostral, indo desde o controle de jornada e frequência até o controle do uso do computador, mensagens eletrônicas, internet, uso de sistemas de vigilância eletrônica etc. Essas últimas formas de controle, por meio da utilização de meios informáticos, estão cada vez mais marcantes e presentes no ambiente de trabalho, caminhando junto com o avanço tecnológico.

Dessa forma, constata-se que é intrínseca a relação de trabalho subordinada (art. 11º do CTP) o controle e vigilância sobre as atividades do empregado, corolário dos princípios da liberdade de empresa (art. 61º, nº 1, da CRP) e livre iniciativa econômica (art. 80º, alínea c, da CRP), ante a supremacia hierárquica de posição do empregador.

4. A privacidade do empregado *versus* a liberdade de empresa e livre iniciativa

A amplitude do poder de controle do empregador sobre o empregado deve ser analisada a partir da concorrência de direitos fundamentais igualmente previstos na Constituição, de um lado o direito à privacidade (art. 26º) como expressão do princípio da dignidade humana (art. 1º da CRP) e como direito da personalidade do trabalhador, e de outro lado o direito à liberdade de empresa (art. 61º, n.º 1) e à livre iniciativa e de organização empresarial (art. 80º, alínea c) do empregador.

Com efeito, se faz necessária a ponderação e compatibilização desses direitos "tendencialmente opostos" (DRAY, 2019, p. 72), a fim de garantir a concordância prática entre a proteção do empregado e a gestão empresarial.

Alexandre de Morais defende que:

> Quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua (MORAES, 2003, p. 61).

A Constituição da República, no art. 18º, nº 2, prevê que os direitos fundamentais somente podem ser restringidos quando for necessário salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Além disso, essas restrições "têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais" (art. 18º, nº 3).

No âmbito das relações de trabalho, os entes privados, assim como os entes públicos, estão submetidos à eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais (art. 18º, nº 1, da CRP). Neste aspecto, o efeito horizontal dos direitos fundamentais previstos na Constituição "faz com que estes direitos devam ser respeitados não apenas pelas entidades públicas, mas também pelas entidades privadas, e, assim, também, no contexto das relações laborais de direito privado[4]".

O fato de o trabalhador está subordinado juridicamente ao empregador não significa dizer que seus direitos fundamentais podem ser restringidos de forma incondicionada. Logo, as limitações à reserva da intimidade da vida privada, devem ter como pressuposto a necessidade e a justificação da medida (art. 18º, nº 2, da CRP), sendo vedada a restrição por mero capricho empresarial.

O poder de controle do empregador não se reveste de caráter absoluto, razão pela qual os "direitos do trabalhador só podem ser legitimamente limitados se o seu exercício impedir ou dificultar a normal atividade da empresa ou a execução da prestação estipulada" (ABRANTES, 2005, p. 190).

Neste cenário, qualquer que seja a limitação ao direito fundamental é essencial a obediência aos "critérios de proporcionalidade (na dimensão de necessidade, adequação e proibição do excesso) e de respeito pelo conteúdo essencial mínimo do direito atingido" (LOPES, 2019, p. 28).

A legislação cível não deixa de tratar a matéria prevendo, na mesma perspectiva, que "havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes", segundo o art. 335.º, n.º 1 do CC.

O certo é que o direito à privacidade do trabalhador e à liberdade de gestão empresarial, especificadamente no que se refere ao poder de controle do empregador, pode coexistir de forma harmônica, sem necessidade de um excluir o outro, desde que as limitações ao direito da

[4]Para aprofundamento do teme, v. PORTUGUAL. Tribunal da Relação do Porto. **Recurso de Agravo**. Acórdão de 22/04/2013, relator: António José Ramos, Processo: 73/12.3TTVNF.P1. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/5ce6ac2d39e5c7c080257b6300301ec5?OpenDocument. Acesso em: 26 mar. 2021.

personalidade (reserva da intimidade da vida privada) ocorram dentro dos critérios da proporcionalidade, de forma justificada e sem abuso de direito.

5. Controle das comunicações eletrônicas no ambiente laboral

A legislação portuguesa, em razão da relevância do tema e da necessidade de fixação de limites nos atos de vigilância do empregador, trata acerca da confidencialidade de mensagens e acesso a informação no art. 22º do Código do Trabalho, de modo a salvaguardar o direito à reserva da privacidade do empregado e os interesses de gestão da empresa.

No art. 22º, nº 1 do Código do Trabalho há previsão de que o empregado "goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico".

Assim, o pressuposto legal básico, no controle das mensagens de correio eletrônico, é que o empregador não pode ter acesso as mensagens de cunho particular do trabalhador e nem ao conteúdo das informações de natureza não profissional, mesmo quando enviadas do local de trabalho e dos computadores da empresa (DRAY, 2019, p. 83).

As mensagens de natureza pessoal serão todas aquelas que se situem fora do âmbito laboral, não se restringindo aos aspectos de vida familiar, afetiva, sexual, estado de saúde, convicções políticas ou religiosas (art. 16.º, n.º 2 do CT). A amplitude do cunho particular da mensagem decorre da "vontade dos intervenientes da comunicação ao postularem, de forma expressa ou implícita, a natureza profissional ou privada das mensagens que trocam[5]".

Por outro lado, o número 2 do art. 22º do CT prevê que o empregador pode fixar as regras de utilização do correio eletrônico na empresa. Esta medida é consequência direta do poder regulamentar do empregador, que pode estabelecer através do regulamento de empresa as normas de organização e disciplina do trabalho (art. 99º, nº 1 do CTP), relativas à utilização do e-mail dentro no local de trabalho, como controle do tempo e endereços que não podem ser visualizados.

Quanto à fixação de regras pelo regulamento da empresa regramento, Teresa Moreira Aguiar (2019, p. 47) considera desaconselhável proibir o uso do correio eletrônico e acesso internet para fins pessoais de forma absoluta, pois pode levar a desmotivação dos empregados.

[5]Para mais informações, v. PORTUGUAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso de Revista.** Acórdão de 05/07/2007, Relator: Mário Pereira, Processo: 07S043. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54d3c9f0041a33d58025735900331cc3. Acesso em: 26 mar. 2021.

Nesta mesma ideia, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) na Deliberação nº 1638/2013, entendeu que a definição de regras organizacionais no contexto laboral não pode ignorar as necessidades extraordinárias[6] de utilização das comunicações eletrônicas para fins não profissionais. Assim, "não se figura lógico nem realista que no contexto da relação de trabalho se proíba de forma absoluta a utilização" do e-mail para fins pessoais (DRAY, 2019, p. 77).

Ressalta-se que o legislador não engessou as partes quanto à fixação dessas regras regulamentares das comunicações eletrônicas, vigorando o princípio do consensualismo. Ainda neste caminho, cumpre esclarecer que em caso de desrespeito das normas estabelecidas no regulamento interno (art. 22º, nº 2 do CT) o empregado pode incorrer em eventual infração disciplinar estabelecida pela empresa. Todavia, até nessa hipótese, é vedado ao empregador subverter as regras de confidencialidade reguladas no número 1 do referido artigo e tomar conhecimento das conversas particulares.

Com efeito, a norma não pretende impedir o acesso total do empregador às comunicações eletrônicas, mas deve ser guiados por critérios de modo a harmonizar o direito à reserva da vida privada e liberdade de empresa. A este propósito, a vigilância das comunicações eletrônicas devem observar limitações mesmo quando se refere a mensagens de cunho profissional, não podendo o controle ser realizado de forma incondicionada, corolário do art. 18º, nº 2 da CRP.

Para tanto, a doutrina elencou alguns critérios balizadores do controle do empregador, quais sejam: transparência, finalidade e proporcionalidade (GUERRA, 2004, p. 190).

A primeira premissa é a transparência. Apoia-se na necessidade de comunicação prévia ao trabalhador que irá fazer uso da faculdade de controle do uso das comunicações eletrônicas, por exemplo, por meio do regulamento de empresa.

Outro pressuposto é a finalidade do controle, que deve atender fins legítimos e específicos. Essa vigilância aos e-mails somente pode ocorrer quando não for possível se utilizar outro meio de controle menos invasivo para atingir a finalidade almejada. O critério da finalidade limita eventuais controles arbitrários do empregador, posto que apenas pode realizar os atos que se conformem com a finalidade pretendida.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) traz o princípio de que as informações devem ser recolhidas para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades. Tais

[6] Para aprofundamento do tema, v. PORTUGUAL. Comissão Nacional de Proteção de Dados. **Deliberação nº 1638.** Expedida em 16/07/2013. CNPD: 2013. Disponível em: https://www.cnpd.pt/media/kuqbxfdv/delib_controlo_tics.pdf. Acesso em: 27 Mar 2021.

diretrizes podem servir de norte na questão do controle das comunicações eletrônicas, quanto ao aspecto finalístico do monitoramento.

Não menos importante é o critério da proporcionalidade. Neste caso, a vigilância sobre o correio eletrônico deve ser a exceção à regra, tão somente em casos excepcionais e de especial gravidade, que justifique o controle. Ou seja, o ideal é que o monitoramento seja realizado preferencialmente nos setores que demandem um maior grau de risco para a atividade empresarial (AGUIAR, 2019, p. 48).

Neste contexto, entende-se que a visualização deve se realizar, a priori, apenas sobre os aspectos formais (endereços dos destinatários, assunto, data, hora). Verificando através dessas informações preliminares que o conteúdo é pessoal, o empregador não deve prosseguir no controle e nem acessar ao conteúdo, por força do disposto no art. 22º, nº 1.

E, caso acesse as mensagens de boa-fé, sem perceber que se tratava de assunto particular, impõe-se que cesse imediatamente a consulta e se abstenha de divulgar eventual conteúdo visto a terceiros. É importante pontuar que até em situações de suspeita de faltas graves é vedado ao empregador acessar o conteúdo dos e-mails.

Guilherme Dray faz as seguintes ponderações quanto à visualização das mensagens eletrônicas:

> "apenas se justifica em casos esporádicos, deve ser feita na presença do trabalhador ou de quem o represente e deve limitar-se à visualização do endereço do destinatário ou remetente da mensagem, do assunto, data e hora do envio. O controlo do correio eletrônico da empresa deve realizar-se de forma aleatória e não persecutória e ter como finalidade a promoção da segurança do sistema e a sua performance (DRAY, 2019, p. 76)".

Deste modo, a confidencialidade das comunicações eletrônicas é a regra na legislação portuguesa (art. 22º, nº 1 do CTP), tendo proteção especial o direito à reserva da privacidade do empregado, no que se refere ao conteúdo e acesso as mensagens de cunho privado. Referida circunstância não afastou da proteção normativa os interesses de gestão do empregador, que pode fixar regras de uso do correio eletrônico, por meio do regulamento de empresa (art. 22º, nº 2 do CTP).

6. Breve comparativo da jurisprudência em Portugal e no Brasil

O regime dos direitos da personalidade no Código do Trabalho é marcado por conceitos abertos, o que dar espaço para discussão da matéria no campo jurisprudencial[7]. Neste cenário,

[7] Para saber mais sobre o tema, merece destaque o julgado paradigmático do caso *Barbulescu v. Roménia,* pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), de 12 de janeiro de 2016. Vide MARTINS, João Zenha.

optou-se traçar um breve comparativo entre a jurisprudência em Portugal e no Brasil, no que tange ao controle das comunicações eletrônicas no ambiente do trabalho.

Em Portugal, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 5 de julho de 2007 (processo 07S043) apreciou a questão do acesso do empregador ao conteúdo de mensagem privada enviada por uma trabalhadora a outra colega de trabalho, pelo e-mail corporativo. Como a destinatária do e-mail estava de férias, o seu substituo abriu o e-mail e leu a mensagem, e ainda divulgou o conteúdo ao seu superior hierárquico. A corte judicial se manifestou no sentido da ilicitude da prova adquirida pelo empregador pelo acesso ao e-mail corporativo, que possuía mensagem de cunho privado, para destinatário diverso daquele que recebeu o e-mail. Segundo o STJ, "a natureza pessoal do seu conteúdo e a inerente confidencialidade impunham-lhe que desistisse da leitura da mensagem logo que se apercebesse dessa natureza e, em qualquer caso, que não divulgasse esse conteúdo a terceiros[8]".

Neste trilhar, o Acórdão da Relação do Porto, de 8 de fevereiro de 2010 (processo 452/08.0TTVFR.P1) firmou o entendimento de que o "conteúdo das mensagens, de natureza pessoal, enviadas ou recebidas pelo trabalhador, ainda que em computador da empresa, estão abrangidas pelo direito de reserva e confidencialidade[9]". O tribunal reconheceu que o despedimento do trabalhador com base nessas mensagens privadas era ilícito. É importante pontuar que o teor das mensagens era bastante injuriosos, mesmo assim foi decidido que o e-mail não poderia servir de base para a punição, nem chegando a adentrar no mérito do teor das mensagens.

Na jurisprudência brasileira, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) perfilha o entendimento de que e-mail corporativo, por ser instrumento de trabalho, pode sofrer o monitoramento do empregador. Ou seja, o patrão pode rastrear as mensagens do empregado realizadas no correio eletrônico da empresa. No processo nº 613/2000-013-10-00.7, o Tribunal reconheceu que era válida a demissão por justa causa de empregado que enviou material pornográfico a colega de trabalho, por meio do e-mail corporativo, afastando-se a tese de invasão à privacidade decorrente da checagem das caixas de e-mail dos empregados.

Comentário ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Barbulescu contra a Roménia, de 12 de janeiro de 201 6, proc. n.º 61496/08. **Revista do Ministério Público,** n.º 145, p. 177-
205, Lisboa: 2016. Disponível em: https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jzm_MA_28282.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

[8] PORTUGUAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso de Revista.** Acórdão de 05/07/2007, Relator: Mário Per eira, Processo: 07S043. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54d3c9 f0041a33d58025735900331cc3. Acesso em: 26 mar. 2021.

[9] PORTUGUAL. Tribunal da Relação do Porto. **Recurso de Agravo**. Acórdão de 08/02/2010, Relatora: Paula L eal de Carvalho, Processo: 452/08.0TTVFR.P1. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c6180 2568d9005cd5bb/ab35977ca72a6dce802576d20055243a?OpenDocument. Acesso em: 26 mar. 2021.

Em recente julgado, o TST mais uma vez entendeu que ao empregador é autorizado checar as mensagens do e-mail da empresa, de forma irrestrita, tanto no aspecto formal (como destinatários e horários) quanto no aspecto material (conteúdo das mensagens), conforme processo nº 1347-42.2014.5.12.0059.

No que se refere ao uso e-mail particular em ambiente laboral, o TST tem posição firme de que a referida comunicação eletrônica é protegida toda e qualquer intromissão do empregador, sendo ilícita a vigilância das mensagens recebidas ou enviadas pelo e-mail pessoal. No processo nº AIRR 3058/2005.013.09.40.0, a empresa postulou o reconhecimento da justa causa, sob o argumento de que o empregado havia enviado mensagens desabonadoras a honra do superior hierárquico a outros colegas de trabalho. Na hipótese, o TST reconheceu que "a suposta ofensa perpetrada pelo empregado teria ocorrido através de email particular (conta no Yahoo, fls. 723/724), não passível de acesso por parte do empregador (art. 5º, LVI, CF)"[10], motivo pela qual era ilícita a prova e inviável a demissão por justa causa.

Assim, depreende-se do breve comparativo entre a jurisprudência portuguesa e brasileira que os tribunais convergem no sentido da impossibilidade do controle de mensagens eletrônicas realizadas por e-mail pessoal, mesmo quando utilizado no ambiente de trabalho.

Contudo, quanto ao controle do e-mail corporativo, entende-se que as cortes judiciais de Portugal tendem a apresentar maior proteção do direito à privacidade do empregado, posto que não permitem o controle do conteúdo das mensagens de natureza privada, apenas em casos excepcionais de aspectos formais. Já as decisões judiciais no Brasil caminham, em sentido oposto, autorizando o controle tanto do aspecto formal quanto do aspecto material de qualquer mensagem enviada pelo e-mail corporativo, sob o fundamento de que se trata de ferramenta de trabalho.

7. Conclusão

A imposição de limites ao poder de diretivo e regulamentar do empregador, no que se refere ao controle das comunicações eletrônicas no contexto laboral, com base no disposto no art. 20º e 21º do Código do Trabalho, se faz necessário a fim de compatibilizar os direitos fundamentais em conflito (art. 18º, 2º da CRP): o direito à privacidade versus a liberdade de

[10] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista.** Acórdão de 22/05/2009, relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi processo: 3058/2005.013.09.40.0, 8ª Turma. Disponível em: http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do?conscsjt=&numeroTst=3058&anoTst=2005&varaTst=013&trtTst=09&seqTst=40&consulta=Consultar. Acesso em: 20 mar. 2021.

empresa (art. 61º, n.º 1 da CRP) e à livre iniciativa e de organização empresarial (art. 80º, alínea c da CRP) do empregador.

Entende-se que a regulamentação da utilização do correio eletrônico pela empresa (art. 99º, nº 1 do CTP) é o ponto de partida na busca do equilíbrio entre a esfera privada e profissional do empregado, por se tratar de tema repleto de conceitos abertos.

Logo, a fixação de critérios mínimos de regras de vigilância, com o estabelecimento do que é infração disciplinar, torna a relação mais transparente e garante espaço para o exercício da cidadania no contexto laboral, posto que mesmo subordinado juridicamente (art. 11º do CT), o empregado é antes de tudo cidadão, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º).

Assim, a política de controle das mensagens eletrônicas no local de trabalho deve ser fomentada pelo exercício do juízo de ponderação de interesses, através da averiguação da necessidade e finalidade da medida de vigilância, de modo a assegurar a liberdade de gestão do empresário e respeitar o direito da personalidade à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, evitando-se abusos dos dois lados.

Neste sentido, é fundamental o afastamento de posições radicais que vedam qualquer forma de controle, sob o argumento de se tratar de direito fundamental e da personalidade, bem como posições permissivas de que toda medida de inspeção realizada pelo empregador é lícita, em razão da subordinação jurídica e liberdade de gestão empresarial.

A este propósito, a jurisprudência portuguesa tem sedimentado o entendimento da preservação da confidencialidade do conteúdo das mensagens de caráter pessoal, mesmo quando enviadas do ambiente de trabalho e com uso dos equipamentos da empresa. Além disso, tem sido garantido ao empregador o exercício da faculdade de estabelecer regras internas de uso do correio eletrônico, com escopo até mesmo de garantir a segurança da atividade empresarial e validar possíveis penalidades ao empregado.

Em comparativo, as decisões judiciais brasileiras apresentam um maior espaço para a as ações de fiscalização do empregador, dando amplo acesso às mensagens trocadas no e-mail corporativo, independente de ter cunho pessoal ou não, sem o elemento balizador da razoabilidade. Neste ponto, constata-se encaminhamento mais extremista do julgador no Brasil.

O empregado passa grande parte do tempo em contexto laboral, não se mostrando razoável a não proteção da confidencialidade de suas mensagens particulares, pelo simples fato de terem sido enviadas pelo e-mail corporativo. No mundo cada vez mais conectado, é usual mandar um e-mail para familiar ou amigo, de forma esporádica, no trabalho, sem que isso, por si só, autorize a empresa a acessar e controlar o conteúdo da mensagem. Defende-se, portanto,

que a jurisprudência em Portugal se apresenta mais ponderada no intuito de evitar excessos de vigilância por parte do empregador.

Por fim, o tema de controle do empregador sobre as comunicações eletrônicas do empregado, apesar do direcionamento da legislação, doutrina e jurisprudência, ainda tem espaço amplo para debate, considerando que as relações de trabalho estão em constantes transformações decorrentes das inovações tecnológicas e novas formas de vigilância.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Sara Vanessa Antunes. **A reserva da intimidade da vida privada e as novas tecnologias no âmbito de relações laborais**. Dissertação (Mestrado em Direito e Prática Jurídica) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: http://hdl.handle.net/10451/39362. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista.** Acórdão de 18/05/2005, relator: João Oreste Dalazen, Processo: 61300-23.2000.5.10.0013, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/19f32e7a289f9dc436bceeadc762069e. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista.** Acórdão de 23/06/2020, relator: Alexandre Luiz Ramos, Processo: 1347-42.2014.5.12.0059, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 26/06/2020. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/eba8ba45bcab845ef7d14fd638c9c1d9. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista.** Acórdão de 22/05/2009, relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi processo: 3058/2005.013.09.40.0, 8ª Turma. Disponível em: http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do?conscsjt=&numeroTst=3058&anoTst=2005&varaTst=013&trtTst=09&seqTst=40&consulta=Consultar. Acesso em: 20 mar. 2021.

CARMO, Ana Rita Baltasar Firmino do. **O poder de controlo informático na relação jurídico-laboral.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2019. Disponível em:https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/28990/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_AnaRitaCarmo_Vers%C3%A3oCompleta.pdf. Acesso em: 27 mar. 2021.

CARVALHO, Sónia de. As condutas extra-laborais nas redes sociais e a justa causa de despedimento. In: SOLANA, Amanda Moreno, coord. **Colección Monografías Derecho Social y Empresa: Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: estudios desde el derecho español y comparado (Alemania, Reino Unido, Polonia, Portugal y Argentina).** Madrid: Editorial Dykinson, 2016, n.º I, p. 282-301. Disponível em: http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1845/1/As%20condutas%20extra%20-laborais%20nas%20redes%20sociais%20e%20a%20Justa%20Causa%20de%20despedimento.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

DRAY, Guilherme. Comunicações eletrónicas e privacidade no contexto laboral. In: SANTOS, Paulo Duarte, coord. **Coleção Formação Inicial: Direitos Fundamentais e de Personalidade**

do Trabalhador. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, 3. ed., p. 63-83. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/eb_DireitoPersonalidade2019.pdf?id=9&username=guest. Acesso em: 22 mar. 2021.

GUERRA, Amadeu. **A Privacidade no Local de Trabalho - As Novas Tecnologias e o Controlo dos Trabalhadores Através de Sistemas Automatizados Uma Abordagem ao Código do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2004.

LOPES, Sónia Kietzmann. Direitos de personalidade do trabalhador à luz do Código do Trabalho. In: SANTOS, Paulo Duarte, coord. **Coleção Formação Inicial: Direitos Fundamentais e de Personalidade do Trabalhador** Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, 3. ed., p. 25-33. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/eb_DireitoPersonalidade2019.pdf?id=9&username=guest. Acesso em: 25 mar. 2021.

MARTINEZ, Pedro Romano, et al. **Código do Trabalho Anotado.** 11. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MARTINS, João Zenha. Comentário ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Barbulescu contra a Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proc. n.º 61496/08. **Revista do Ministério Público,** n.º 145, p. 177-205, Lisboa: 2016. Disponível em: https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jzm_MA_28282.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.* v. 3. São Paulo: Atlas, 1997.

MORI, Amaury Haruo. **O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009. Disponível em: http://hdl.handle.net/10451/3424. Acesso em: 25 mar. 2021.

PORTUGAL. [Código Civil]. Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de Novembro. **Diário da República n.º 255/1989**: Lisboa: 06-11-1989, Série I. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/137808769/view?q=383%2F89. Acesso em: 30 mar. 2021.

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. Constituição da República Portuguesa. **Diário da República n.º 86/1976***:* Lisboa: 10-04-1976, Série I. Disponível em: https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view. Acesso em: 15 mar. 2021.

PORTUGUAL. Comissão Nacional de Proteção de Dados. **Deliberação nº 1638.** Expedida em 16/07/2013. CNPD: 2013. Disponível em: https://www.cnpd.pt/media/kuqbxfdv/delib_controlo_tics.pdf. Acesso em: 27 Mar 2021.

PORTUGUAL. Tribunal da Relação do Porto. **Recurso de Agravo**. Acórdão de 08/02/2010, Relatora: Paula Leal de Carvalho, Processo: 452/08.0TTVFR.P1. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ab35977ca72a6dce802576d20055243a?OpenDocument. Acesso em: 26 mar. 2021.

PORTUGUAL. Tribunal da Relação do Porto. **Recurso de Agravo**. Acórdão de 22/04/2013, relator: António José Ramos, Processo: 73/12.3TTVNF.P1. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/5ce6ac2d39e5c7c080257b6300301ec5?OpenDocument. Acesso em: 26 mar. 2021.

PORTUGUAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso de Revista.** Acórdão de 05/07/2007, Relator: Mário Pereira, Processo: 07S043. Disponível em:

http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54d3c9f0041a33d58025735900331cc3. Acesso em: 26 mar. 2021.

PORTUGUAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso de Revista.** Acórdão de 21/03/2012, Relator: Fernandes da Silva, Processo: 161/09.3TTVLG.P1.S1. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/89840075/details/normal?emissor=Supremo+Tribunal+de+Justi%C3%A7a&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar. Acesso em: 28 mar. 2021.

PORTUGUAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso de Revista.** Acórdão de 05/07/2007, Relator: Mário Pereira, Processo: 07S043. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54d3c9f0041a33d58025735900331cc3. Acesso em: 30 mar. 2021.

RAMALHO, Maria do Rosário. **Direito do Trabalho: Parte II - Situações Laborais Individuais.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

_____, Maria do Rosário. **Tratado de Direito do Trabalho: Parte I - Dogmática Geral.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral da personalidade.** Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. Regulamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**. Bruxelas: EUR-Lex, OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?qid=1559291025147&uri=CELEX:32016R0679#d1e40-1-1. Acesso em: 19 mar. 2021.

XAVIER, Bernardo Lobo. **Manual de Direito do Trabalho**. 4. ed. revista e actualizada. Lisboa: Verbo, 2020.

O RISCO DO USO DAS CRIPTOMOEDAS PARA O FINANCIAMENTO DO TERRORISMO

THE RISK OF USE OF CRYPTO CURRENCIES FOR FINANCING TERRORISM

Gothardo Backx Van Buggenhout[1]

Resumo: O objetivo deste estudo é apresentar uma análise epistemológica do crime de financiamento do terrorismo com o uso das criptomoedas. Destaca-se a problemática em questão especialmente quanto à adequação das elementares do crime de financiamento do terrosismo com o conteúdo material do ilícito no contexto das moedas virtuais. Neste particular, analisaremos o tema sob o prisma dos instrumentos normativos regulatórios sobre a matéria, no sentido de estabelecer a conexão entre o tipo penal e o uso das criptomoedas. Como resultado do estudo, é inevitável inferir que não existe uma conclusão firme sobre a problemática ora posta, porquanto, em princípio, a tipificação da conduta de financiamento do terrorismo ainda não se desenvolveu suficientemente, dada a complexidade da realidade para a qual se destina.

Palavras-chave: Financiamento do terrorismo; Criptomoedas; Elementos normativos.

Abstract: The objective of this study is to present an epistemological analysis of the crime of financing terrorism using cryptocurrencies. The issue in question stands out, especially regarding the adequacy of the elementary elements of the crime of financing terrorism with the material content of the illicit in the context of virtual currencies. In this regard, we will analyze the topic from the perspective of regulatory normative instruments on the matter, in order to establish the connection between the criminal type and the use of cryptocurrencies. As a result of the study, it is inevitable to conclude that there is no firm conclusion about the problem now posed, because, in principle, the typification of the terrorist financing conduct has not yet developed sufficiently, given the complexity of the reality for which intended.

Keywords: Financing of terrorism; Cryptocurrencies; Normative elements.

1. Introdução

Grandes são as evoluções do conhecimento humano desde o primeiro *homo sapiens*. O progresso da humanidade ocorreu por necessidade de adaptação do meio ambiente ou pela incontrolável vontade de se desenvolver, adquirir conhecimento, criar, inventar.

De todas as fases do desenvolvimento da humanidade, a que decorreu do avanço da tecnologia dos séculos XX e XXI é a mais marcante. Neste último século, surgiram as

[1] Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT), Porto, Portugal. E-mail: gothardo@backx.com.br

criptomoedas e a tecnologia *blockchain*, que criou uma forma virtual de troca de valores, investimento e, de certa forma, transferência monetária internacional.

No mundo jurídico, discute-se desde a primeira criptomoeda criada, o *Bitcoin*, como regulamentar, fiscalizar e, também, impedir que essa nova tecnologia seja usada de forma fraudulenta.

Criptomoeda nada mais é do que uma "moeda digital" que não tem uma centralização sobre ela como os bancos fazem com moeda oficial do país. As criptomoedas não se restringem ao conhecido *Bitcoin*, existindo inúmeras outras como *Ethereum, Litecoin, Mastercoin*.

As normas penais preveem dispositivos para coibir a prática de diversas condutas criminais contra a ordem financeira. No entanto, tais tipos penais foram elaborados sob o prisma do sistema financeiro tradicional, que, indubitavelmente não são suficientes para lidar com as novas tecnologias financeiras virtuais, sem sede fixa, sem nacionalidade, sem que haja uma estrutura de pessoal que as controlem.

Crimes como o branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo utilizando criptomoedas são preocupações constantes de todos os países do mundo. A maior dificuldade presente é saber quem são seus utentes e as corretoras que negociam os criptoativos. O facto de não haver fronteiras para a negociação das criptomoedas facilita-se o cometimento de ilícitos. Não há fiscalização nem controlo, especialmente quanto aos valores negociados e à sua conversão virtual para o dinheiro oficial de qualquer país.

Inicialmente, traremos ao estudo o conceito de criptomoeda e, em sequência, dos crimes de terrorismo e financiamento do terrorismo. Após esta abordagem teórica, apresentaremos uma análise do tipo penal objeto deste trabalho. Por fim, levantaremos um estudo das medidas governamentais para coibir o crime em questão. A metodologia adoptada é caracterizada como bibliográfica, qualitativa, descritiva, argumentativa e exploratória.

Assim, o objetivo deste libelo académico será tão-somente construir uma linha transversal de análise que contemple uma visão jurídico-política decorrente do uso antijurídico das criptomoedas para o financiamento do crime de terrorismo.

2. Referencial Teórico

2.1. Criptomoeda

É inevitável que se faça uma análise da conceptualização de criptomoeda antes de se adentrar no tema principal deste estudo, especialmente porque ainda se discute a natureza jurídica dessa nova forma de transação financeira.

Na sociedade feudal, a terra tinha preferência sobre a moeda, pois a propriedade era tida como fonte de riqueza e poder. A partir do século XI a moeda passou a ganhar força como ativo financeiro, decorrente do processo de concentração de poder e fortalecimento de uma autoridade centralizada (monarca). Com essa mudança, um facto novo se formou na economia medieval ao verificar-se a possiblidade de acúmulo e geração de renda por meio de trocas de mercadoria e dinheiro.

O objetivo do mercado, portanto, passou a ser a geração de renda a partir de transações financeiras. Neste particular, o principal ator dessas transações é o dinheiro oficial emitido por um Estado.

Conforme as transações com moeda se desenvolviam, houve a necessidade de aprimorar-se o processo de cunhagem, especialmente porque inicialmente os metais utilizados eram preciosos. Com precisão, Vilar[2] esclarece:

> (...) o triunfo das cidades mercantis, principalmente em redor do Mediterrâneo, é consagrado pela adoção de moedas de ouro aceitas internacionalmente: o florim de Florença, cunhado com a flor-de-lis, e o ducado de Veneza, com o Duque de São Marcos, converte-se entre 1250 e 1300, nos dólares da Idade Média, o qual só tinha conseguido, exclusivamente, pelas besantes e pelos dinares. A cunhagem do ouro é uma consequência do desenvolvimento econômico ocidental e não uma causa (ainda que haja interação entre esses dois fatores).

Posteriormente, criou-se o papel-moeda, que era simplesmente um certificado emitido pelo banqueiro com a declaração de que havia um depósito em valores (normalmente ouro) ao portador desse documento.

A moeda "tradicional" foi fruto de um longo desenvolvimento histórico [3] e, em decorrência da globalização, não é difícil imaginar a velocidade e complexidade do atual sistema financeiro mundial, que está inserida no principal papel da economia global.

Samuelson e Nordhaus[4] afirmam que depois da internet ocorreu uma rápida inovação das várias formas de uso do dinheiro:

> Nos últimos anos, houve uma inovação rápida, que assumiu a forma do desenvolvimento de diferentes maneiras de usar o dinheiro. Hoje, muitas instituições financeiras vinculam uma conta corrente a uma conta de poupança, ou mesmo uma carteira de títulos, e permitem que os clientes assinem cheques com o valor de suas ações. Com o surgimento da Internet, as

[2] VILAR, Pierre. **Ouro e moeda na história: 1450-1920**. 1.ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1981, p. 48

[3] SOARES, Claudia Lucia Bisaggio. **Moeda social: um conceito, uma proposta de tipologia, limites e potencialidades**. Núcleo de Economia Solidária da Universidade de São Paulo [em linha], 2011 [consult. 8/1/2021]. Disponível em: <http://cirandas.net/nesol-usp/biblioteca/financas-solidarias/um-conceito-uma-proposta-de-tipologia-limites-e-pontencialidades.pdf?view=true>

[4] SAMUELSON, Paul Anthony; NORDHAUS, William D. **Economía**. 18.ª ed. Madrid: McGraw-Hill, 2006, p. 493.

> pessoas puderam pagar suas contas eletronicamente e coletar as compras pela Internet. O próximo horizonte é o dinheiro eletrônico, ou e-dinheiro, que deposita poder de compra em um cartão com um chip de computador embutido.[5]

Neste avanço digital, surgiu a primeira criptomoeda: o *Bitcoin*. Essa moeda consiste em uma nova forma de pagamento totalmente virtual, de forma que qualquer pessoa possa comprar e vender esse bem sem vínculo a alguma divisa tradicional emitida por um Estado. Esta primeira criptomoeda surgiu em maio de 2008, idealizada por Shatoshi Nakamoto[6/7], quando publicou um artigo que apresenta o desenvolvimento de uma moeda inteiramente virtual com o seguinte resumo:

> Uma versão puramente ponto-a-ponto de dinheiro eletrónico permitiria o envio de pagamentos interativos diretamente de um *interveniente* para outro sem passar por uma instituição financeira. Assinaturas digitais proporcionam parte da solução, mas os principais benefícios perdem-se se continuar a ser necessária uma terceira entidade de confiança para evitar gastos duplos. Propomos uma solução para o problema do gasto duplo usando uma rede ponto-a-ponto. A rede marca a hora nas transações codificando-as numa cadeia continua de provas-de-trabalho baseada em *hash*, formando um registo que não pode ser alterado sem refazer a prova-de trabalho. A cadeia mais longa, não só serve de prova da sequência de acontecimentos testemunhados, mas prova que tem origem no grupo de maior capacidade de processamento. Desde que a maioria da capacidade de processamento seja controlada por nós que não estejam conjugados para atacar a rede, eles produzirão a cadeia mais longa e prevalecerão sobre atacantes. A própria rede necessita uma estrutura mínima. As mensagens são difundidas numa base do melhor esforço, e os nós podem abandonar e reintegrar a rede à vontade, aceitando a cadeia mais longa de provas-de-trabalho como prova do que aconteceu enquanto estiveram fora.

O *Bitcoin*, tal como as demais criptomoedas, funcionam, portanto, a partir de uma rede de pagamento descentralizada em um sistema ponto-a-ponto (*peer-to-peer*), que processa e valida todas as transações efetuadas sem a necessidade de um intermediador para o controlo do sistema. Desta forma, nada obsta o uso da criptomoeda como um mecanismo de troca para aquisição de bens e serviços, unidade de conta ou reserva de valor.

Ulrich[8], com propriedade, esclarece que *peer* traduz-se como "par" ou "igual". No universo informatizado, essa expressão significa a permissão de compartilhamento de dados entre dois utentes sem a necessidade de um servidor central. Neste aspeto, um utente pode

---

[5] Tradução livre do original em espanhol: *En años recientes ha habido una innovación rápida, que tomó la forma de desarrollo de distintas formas de usar el dinero. Hoy, muchas instituciones financieras vinrulan una cuenta de cheques con una cuenta de ahorros, o aun con un portafolio de valores, y permiten que los clientes emitan cheques por el valor de sus acciones. Con el surgimiento de Internet, las personas pueden pagar sus cuentas por vía electrónica, y cobrar compras por Internet. El siguiente horizonte es el dinero electrónico, o dinero-e, que deposita el poder de compra en una tarjeta con un chip de cómputo incrustado*.

[6] Não se sabe quem foi ou é Satoshi Nakamoto, pois se trata de um pseudónimo.

[7] NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: Um Sistema de Dinheiro Eletrónico Ponto-a-Ponto**. [Em linha], 2008 [Consult. 13/1/2021]. Disponível em <https://bitcoin.org/bitcoin_pt.pdf>

[8] ULRICH, Fernando. **Bitcoin - A moeda na era digital**. 1.ª ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014, p. 44.

operar, tanto como cliente quanto como servidor, permitindo-se o compartilhamento de serviços e dados em formato digital.

Em síntese, o *Bitcoin* é um estado de arte de alta tecnologia para movimentação financeira criado por um programa de código aberto, baseada em um modelo de rede descentralizada criptografada, totalmente ponta-a-ponta.

A ideia de criar uma moeda puramente virtual não é nova, mas sempre se discutiu como seria criada sem falhas de segurança. Neste contexto, Nakamoto desenvolveu a *blockchain*, isto é, um *software* capaz de resolver o problema do duplo gasto: a dificuldade de o dinheiro ser puramente digital e de não existir uma autoridade central que impedisse de copiá-lo de um armazenamento para o outro.

A tecnologia *blockchain* é um sistema de algoritmo matemático[9]. Embora seja possível a ocorrência de ataques cibernéticos, a falha não estaria no *software*, mas naqueles que guardam as informações referentes ao sistema. O sistema possui uma infinidade de blocos operacionais que realizam as suas operações e registram todas as transações realizadas entre os utentes das criptomoedas[10]. Com isso, permite-se um controlo de todas as movimentações[11], ou seja, um acesso irrestrito de uma série de informações das transações, cujas validades são verificadas através de uma assinatura criptográfica, que é "um mecanismo matemático que permite que alguém prove ser proprietário"[12].

As transações serão confirmadas pela "mineração", assim definida:

> Mineração Bitcoin é o processo de utilização de computadores para realizar cálculos matemáticos para confirmar as transações da rede Bitcoin e aumentar a segurança. Como recompensa por seus serviços, os mineiros Bitcoin podem receber as taxas das transações confirmadas (...). A mineração é um mercado especializado e competitivo em que os benefícios são partilhados de acordo com o número de cálculos processados. Nem todos os usuários Bitcoin são mineiros e não é uma maneira fácil de ganhar dinheiro[13].

Para que uma pessoa possa comprar e transacionar criptomoedas, ele deverá criar a sua "carteira digital" onde permanecerão guardadas em segurança.

---

[9] RUBELE, Enrico. **Complementary currency come sviluppo di nuove modalitá di relazioni interorganizative.** p. 20. Dissertação (Mestrado em Economia). Università degli studi di verona, dipartimento di economia aziendale, Verona, 2016. [consult. 10/2/2021] Disponível em: <https://www.academia.edu/28645774/Complementary_currency_come_sviluppo_di_nuove_modalità_di_relazioni_interorganizzative>

[10] RUBELE, Enrico. Ref. 9, p. 21.

[11] Conforme a *bitcoin.org*, conceitua-se Bloco: "Um block é um registro dentro do blockchain que contém e confirma várias transações em espera. Aproximadamente a cada 10 minutos, em média, um novo bloco com transações é anexado a blockchain através da mineração". BITCOIN.ORG. *Algumas palavras bitcoin talvez você ouça* [em linha], 2018 [consult. em 10/2/2021] Disponível em: <https://bitcoin.org/pt_BR/vocabulario>.

[12] BITCOIN.ORG. **Algumas palavras bitcoin talvez você ouça** [em linha], 2018 [consult. 10/2/2021] Disponível em: <https://bitcoin.org/pt_BR/vocabulario>.

[13] BITCOIN.ORG. Ref. 12.

Portanto, como se observa, é um sistema totalmente virtual, sem necessidade de um controlo centralizado para regular o seu funcionamento, lastro ou valor, em razão de funcionar com uso da criptografia.

Como ainda não há uma conceptualização exata da natureza jurídica das criptomoedas, se faz necessário um posicionamento das instituições governamentais neste particular, que tampouco se verifica em nível das organizações internacionais.

2.2. Definição e conteúdo histórico do crime de terrorismo

Definir terrorismo não se tem revelado fácil para a doutrina internacional, considerando a diversidade, a intenção político-ideológica e as peculiaridades de cada ataque. A questão central que se coloca neste estudo é justamente uma conceptualização clara do que vem a ser terrorismo e sua distinção perante um ordenamento penal tão extenso.

Não há um momento preciso do advento de ações terroristas na História. De modo geral, tem se definido como ato de terrorismo aquele cometido por pessoas ou grupos, a fim de causar medo e danos materiais a um Estado ou uma população como pressão política ou económica.

Seja o ato terrorista cometido por um indivíduo ou grupo organizado, a característica mais marcante é a quantidade de vítimas indefesas que são atingidas indiscriminadamente, porquanto o ataque não tem um alvo específico.

Apontam alguns historiadores que já havia ações terroristas no século I a.C., ao passo que outros as definem o fenómeno moderno. Em uma visita ao passado, observámos que no período mais radical da Revolução Francesa, conhecido como Terror Jacobino, nasceu o conceito de "terror" (com seus derivados, terrorismo e terrorista) como uma classificação essencialmente política. Não está nesta trajetória, entretanto, a classificação do termo "terrorismo", mas somente a conjuntura histórica da aceção.

Esta definição voltaria à discussão após a Segunda Guerra Mundial, para nomear grupos separatistas que se valiam da violência para reivindicar a independência de certas regiões. Surgiram grupos de carácter nacionalista, como os separatistas bascos na Espanha e os curdos na Turquia e Iraque. A organização separatista Sin Fein-IRA lutou contra o domínio britânico. Na Argélia, a FLNA (Frente de Libertação Nacional da Argélia) buscou independência nacional da França com guerrilha e atentados em Paris e Casbach. Atualmente, a OLP (Organização pela Libertação da Palestina), chefiada pelo grupo fundamentalista Hamas, ataca Israel com homens-bomba e mísseis de pequeno porte.

A primeira tentativa de definição jurídica se deu com a assinatura da Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo em 1937, no qual o artigo 1.º definia o terrorismo como "actos criminosos dirigidos contra um Estado e com a intenção ou com o propósito de criar um estado de terror na consciência de determinadas pessoas, ou grupo de pessoas ou no público em geral"[14].

Apesar de não haver tipificação penal do terrorismo em âmbito internacional, diversas Convenções Internacionais proíbem condutas suscetíveis de serem assim consideradas. Neste aspeto, Jodoin[15]:

> Em vez de criar um crime específico amplo de terrorismo, a comunidade criou uma longa série de crimes específicos. Isto tem sido realizado por meio de uma série de convenções especializadas em antiterrorismo, cada uma que aborda casos específicos de violência terrorista, como crimes contra civis aviação, tomada de reféns, ataques contra pessoas protegidas internacionalmente, terroristas bombardeios, a proteção de materiais nucleares etc.[16]

Mas foi somente após o atentado às Torres Gémeas de Nova Iorque, ocorrido em 11 de setembro de 2001 com a morte de cerca de três mil pessoas, que se iniciou um movimento global para o combate ao terrorismo e mudou completamente a forma de combate ao fenómeno, incluindo, de certa forma, a violação de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Chuy[17] esclarece:

> Indiscutivelmente os atentados desencadeados em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos transformaram de forma decisiva a percepção da América e do mundo, sendo marco diferenciador na Nova Ordem Mundial e da própria história do terrorismo. Os ataques acarretaram significativas mudanças nas agendas e experiências do mundo ocidental, especialmente em suas políticas de segurança e de defesa, que tiveram que evoluir do "terrorismo doméstico" para uma atuação de inteligência preventiva. Até mesmo países sem um grau acentuado de segurança e de tecnologia sentiram-se frágeis diante do ocorrido, seguindo-se uma retomada de debates a respeito do enfrentamento e prevenção do fenômeno.

---

[14] LIGA DAS NAÇÕES. **Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo** [em linha], 1937 [consult. 10/2/2021]. Disponível em <https://dl.wdl.org/11579/service/11579.pdf>.

[15] JODOIN, Sébastien. **Terrorism as a War Crime**. International Criminal Law Review 7, 2007, p. 78

[16] Tradução livre do inglês: *Instead of creating a wide-ranging specific crime of terrorism, the international community has crafted a long string of particular offences. This has been accomplished through a series of specialized anti-terrorism conventions, each of which addresses specific instances of terror violence such as offences against civil aviation, hostage taking, attacks against internationally protected persons, terrorist bombings, the protection of nuclear materials etc.*

[17] CHUY, José Fernando M. **Operação Hashtag: a primeira condenação de terroristas islâmicos na América Latina.** 1.º ed. Barueri-SP: Novo Século Editora, 2018, pp. 74-75.

No ocaso do século XX, o terrorismo passou a ter forte viés religioso, marcado pela génese do fundamentalismo defensor da supremacia do Islão sobre as demais religiões, que fomentou o combate contra a cultura ocidental.

Embora atualmente seja possível classificar o crime de terrorismo, na realidade nem sempre é fácil realizar a adequação penal do ato com o tipo. Em muitos casos há um sicretismo nas diversas formas de terrorismo em um mesmo grupo, que promoveria atos de carácter nacionalista e, ao mesmo tempo, religioso, tal como notoriamente se viu no caso do Estado Islâmico. Esse movimento terrorista objetivou a criação de um Estado independente nos territórios da Síria e do Iraque, mas também promoveu o genocídio indiscriminado de estrangeiros e os não muçulmanos.

Recentemente, um novo modelo terrorista está em evidência: o ciberterrorismo. Essa modalidade surgiu a partir do desenvolvimento da telemática e que visa atacar sistemas de informação através da rede mundial de computadores, com o intuito de destruir ou manipular sistemas corporativos e governamentais, gerando um caos generalizado e evidentes danos materiais a todos os utentes da rede.

Assim, em vista desses elementos históricos, pode-se afirmar que não há um conceito completo e exaustivo do crime de terrorismo. Apesar disso, a doutrina maioritária define o terrorismo como um conjunto de atos praticados individualmente ou por um grupo organizado, com o escopo de disseminar o medo, o terror com violência perpetrada contra a vida, a liberdade e a propriedade de um número indeterminado de vítimas, com finalidades políticas, religiosas, étnicas, ideológicas ou discriminatórias.

2.3. Crime de financiamento do terrorismo

O terrorismo e o seu financiamento têm exigido das autoridades apurada análise com o intuito de criar mecanismos de investigação criminal. A prevenção e o combate a esta prática criminal constituem um enorme desafio, mormente quando se trata de terrorismo. Ao contrário do que sucede no branqueamento de capitais, em que o objetivo é a ocultação da origem do dinheiro, no delito de financiamento do terrorismo o principal propósito é o de encobrir sua finalidade a que destinam os fundos. Neste contexto, verifica-se que uma das maiores dificuldades está no facto de, frequentemente, os montantes envolvidos serem de baixo valor, tornando-se mais difícil a deteção das operações.

No ordenamento jurídico português, o financiamento do terrorismo configura como crime autónomo, conforme artigo 5.º-A da Lei n.º 52/2003, cuja pena prevista é a prisão de 8 a 15 anos.

O crime de financiamento do terrorismo ocorre quando alguém, por quaisquer meios, direta ou indiretamente, ilegal e deliberadamente, fornecer ou reunir fundos com a intenção de utilizá-los ou tendo conhecimento de que serão utilizados, total ou parcialmente, na prática de um ato que constitua terrorismo, bastando-se com a tentativa.

O tipo subjetivo configura-se com a intenção de prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique. Também se observa o tipo penal quando a intenção é voltada para intimidar pessoas ou prejudicar a integridade, bem como a independência de um Estado. Configura-se o crime, ainda, em impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições, forçar as respetivas autoridades a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique ou, também, intimidar certos grupos de pessoas ou populações.

Os sujeitos ativo e passivo podem ser quaisquer pessoas que buscam financiar a prática de atos de terrorismo. Apesar de as organizações terroristas terem o costume de escolher certos alvos, tais como embaixadas, autoridades governamentais, instalações militares, além de grupos étnicos e religiosos, para a configuração do crime o agente pode agir de forma solitária, sem vinculação a alguma organização terrorista.

3. Financiamento do Terrorismo com o uso de Criptomoedas

Atos de terrorismo necessitam de alguma forma de financiamento, sejam de pequena ou grande escala. Os dezanoves terroristas que atacaram as Torres Gémeas em 11 de setembro de 2001 tinham contas bancárias e receberam várias transferências internacionais. Nesta época, não havia preocupação das autoridades no controlo das transações financeiras com vista ao combate do financiamento do terrorismo.

Com a introdução de novos parâmetros internacionais de segurança do setor bancário e financeiro, houve uma clara redução das atividades terroristas. As autoridades têm envidado esforços no campo do contraterrorismo, especialmente contra o financiamento para apoio a operações de terror, concentrando-se em rastrear fluxos de dinheiro depositados em contas bancárias e na prevenção de transações financeiras que possam ser usadas em atividades terroristas.

No entanto, o sucesso das estratégias governamentais na redução do acesso de terroristas a moedas oficiais levantou preocupações de que organizações terroristas podem aumentar o uso de criptomoedas digitais para apoiar suas atividades.

Há uma grande necessidade de compreender o potencial para uso de criptomoedas por grupos terroristas, dada a dificuldade de identificar e rastrear o dinheiro e quem o movimenta. É indubitável que os terroristas estão cada vez mais sofisticados e com maior capacidade tecnológica.

O uso de dinheiro por grupos terroristas em três momentos: recebimento, gerenciamento e gastos. Todos esses momentos representam grandes desafios para as organizações, especialmente no uso das criptomoedas.

A escolha de qual criptomoeda pela organização terrorista depende da tecnologia e de suas propriedades, como o anonimato e a possibilidade de proceder a transações de grandes somas, segurança, aceitação, usabilidade e confiabilidade.

Por usabilidade se entende como uma facilitação com que o utente transaciona e gerencia seu próprio dinheiro. A criptomoeda apresenta um alto grau de segurança e de confiança, que garante as transações, além de já ser aceita diretamente em diversos setores do comércio mundial.

Para melhor compreensão do potencial das criptomoedas por terroristas, é importante se considere três partes do uso de dinheiro: recibo, gestão e gastos[18]. Isso implica em um caminho potencialmente complexo, pois com as criptomoedas é possível financiar mais facilmente do que com moedas tradicionais, mormente em razão da simplicidade e agilidade nas transações. Por outro lado, há quem entenda que, embora o terrorista consiga adquirir algumas armas nos mercados negros, é improvável que a criptomoeda seja usada para comprar tudo que se precisa para um ataque[19].

O financiamento de grupos terroristas por meio de transferências diretas não é mais a forma usual, porquanto atualmente representa alto risco para o doador, tanto financeiro quanto legal. Para os financiadores, a transferência de valores em criptomoedas para esses grupos tem

[18] FREEMAN, Michael; RUEHSEN, Moyara. **Terrorism Financing Methods: An Overview**. Perspectives on Terrorism, North America [em linha], August/2013 [consult. 16/3/2021]. Disponível em: <http://www.terrorismanalysts.com/pt/index.php/pot/article/view/279>.

[19] PERSI PAOLI, Giacomo; ALDRIDGE, Judith; RYAN, Nathan; WARNES. Richard, **Behind the curtain: Th e illicit trade of firearms, explosives and ammunition on the dark web** [em linha] Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2017 [consult. 16/3/2021]. Disponível em: <https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR2091.html>.

de ser suficientemente robusta, segura e anónima[20]. No caso, para que as transações não sejam rastreadas pelo sistema financeiro internacional, os doadores doam suas próprias criptomoedas ou usam-nas para transferir fundos por meio de agências intermediárias (*brokers*)[21].

Trocas de criptomoedas em grandes volumes acabam por gerar suspeitas no sistema bancário, por isso ainda pode ser difícil retirar grandes quantidades de dinheiro. Entrementes, "se uma criptomoeda mal regulada surgir, forneceria um caminho atraente para transações organizacionais terroristas, como aceitar doações ou atividades de financiamento"[22].

Após a captação de dinheiro, os grupos terroristas precisam administrá-lo. Se os valores ainda não estiverem em seu controlo direto, o branqueamento de capitais e outros mecanismos de transferência, como o tráfico de drogas ilícitas, podem ser usados pelos terroristas, especialmente aqueles que necessitam de financiamento externo. A título de exemplo, vale citar que o Hezbollah tem forte financiamento do Irão e da Líbia, com amplo acesso aos seus sistemas bancários. Por outro lado, a Al Qaeda, mormente após o ataque às Torres Gémeas de Nova Iorque, passou a ter problemas financeiros em razão do aumento significante da regulamentação e controlo das movimentações monetárias internacionais, porquanto ela depende de patrocínio de grupos independentes e simpatizantes de sua causa[23].

Em geral, os grupos terroristas necessitam de financiamento para pagamento de transporte, alojamento e alimentação daqueles que executam os ataques. Esses custos são relativamente baixos e, por isso, de difícil rastreio. Entrementes, os maiores gastos são com armas, munições e outros artefactos voltados a espalhar o terror. Por isso, o terrorismo evolui e se adapta a cada dificuldade imposta pelas autoridades. Além de novas fontes de recursos, os terroristas inovam-se para utilizarem aquelas menos vulneráveis à interceptação.

É indubitável que a possibilidade de os grupos terroristas contarem com a movimentação bancária tradicional foi reduzida significantemente. Em razão disso, os sistemas não-convencionais de transferência de dinheiro passaram a ser visados pelas autoridades. Neste particular, as criptomoedas começam a ser adoptadas pelos grupos terroristas como contramedida às ações governamentais antiterror.

---

[20] DION-SCHWARZ, Cynthia; MANHEIM, David; JOHNSTON, Patrick B. **Terrorist Use of Cryptocurrencies - Technical and Organizational Barriers and Future Threats**. 1th ed. Santa Monica CA: RAND Corporation, 2019, p. 9.
[21] DION-SCHWARZ, Cynthia; MANHEIM, David; JOHNSTON, Patrick B. Ref. 20, p. 9.
[22] DION-SCHWARZ, Cynthia; MANHEIM, David; JOHNSTON, Patrick B. Ref. 20, p. 8.
[23] ZARATE, Juan C. **Learning Curve** in **Treasury's War: The Unleashing of a New Era of Financial Warfare**. 1th ed. New York: PublicAffairs, Perseus Book Group, 2013, pp. 358-364.

A despeito de o volume diário das transações feitas em criptoativos seja superior a mil milhões de dólares, as organizações terroristas optam por movimentar pequenas quantias para não serem notadas pelas autoridades, afinal, um grande fluxo financeiro mudariam os preços de mercado imediatamente[24].

Devido à atual dificuldade de aceitação das criptomoedas para compras diretas onde as organizações terroristas operam, ainda que recebam fundos nesta modalidade, precisam de trocá-las para as moedas tradicionais. Soma-se a isso, o facto de existirem poucos postos de câmbio no Médio Oriente, local de origem da maioria dos grupos terroristas atuais.

Dion-Schwarz, Manheim, Johnston[25], com propriedade, esclarecem:

> A questão de se e como as organizações terroristas usariam um sistema de criptomoeda depende da tecnologia disponível e de suas propriedades, bem como das necessidades e capacidades dos grupos. Criptomoedas mais novas podem surgir com propriedades que as organizações terroristas consideram mais atraentes do que as criptomoedas disponíveis atualmente. Por exemplo, se uma futura criptomoeda fornece melhor anonimato do que o Bitcoin para transações de grandes somas e é mais amplamente adotada do que o Zcash, então as organizações terroristas podem estar dispostas a empregar essa moeda para atividades específicas. Portanto, é importante olhar para grupos terroristas individuais para analisar o que eles precisam das criptomoedas e comparar essas necessidades com as propriedades das criptomoedas disponíveis.
>
> Em nossa análise, identificamos cinco categorias de atividades de financiamento de organizações terroristas: arrecadação de fundos, tráfico ilegal de drogas/armas, remessa/transferência, financiamento de ataque e financiamento operacional:
>
> • A arrecadação de fundos é exigida por organizações terroristas para apoiar todas as outras atividades, incluindo a compra de armas, folhas de pagamento, ataques de apoio e outras atividades operacionais. Conforme observado anteriormente, a arrecadação de fundos pode ter uma variedade de fontes, incluindo Estados-nações, instituições de caridade e doadores individuais.
>
> • O tráfico ilegal de drogas e armas pode ser uma fonte de renda para apoiar a organização terrorista.
>
> • Atividades de remessa e transferência são exigidas por organizações terroristas para apoiar as necessidades de dinheiro de seus membros e associados, incluindo folha de pagamento e despesas operacionais ou outras despesas de suporte.
>
> • Atividades de financiamento de ataques apoiam ataques terroristas e podem incluir compras de armas ou outras despesas operacionais.
>
> • As atividades operacionais apoiam a segurança geral, comunicações, e gestão da organização e suas finanças.[26]

[24] DION-SCHWARZ, Cynthia; MANHEIM, David; JOHNSTON, Patrick B. Ref. 20, p. 11.
[25] DION-SCHWARZ, Cynthia; MANHEIM, David; JOHNSTON, Patrick B. Ref. 20, pp. 14-15.
[26] Tradução livre do original em inglês: *The question of whether and how terrorist organizations would use a cryptocurrency system depends on the available technology and its properties, as well as the groups' needs and capabilities. Newer cryptocurrencies may emerge with properties that terrorist organizations find more attractive*

Em 2015, a Força-Tarefa de Ação Financeira (FTAF)[27] divulgou relatório resumindo financiamento do terrorismo atual. Neste relatório, a FTAF apontou a criptomoeda como um sério risco, pois identificou como uma tendência no financiamento para as atividades de terror[28].

La Huis e McKeown[29] asseveram que a falta de regulação e facilidade de uso das criptomoedas são grandes atrativos para seu uso por grupos terroristas e, por isso, as autoridades devem promover o controlo das negociações em moeda virtual, que atualmente não se exige a identificação do utente, para prevenir o financiamento do terrorismo.

Os sistemas legais que punem o financiamento do terrorismo variam, a depender de cada país, e facilitam a atividade criminal, sem deteção ou punição porque há investigação e penalização fora da jurisdição. Por isso é necessário que haja uma cooperação internacional para regular a promover a aplicação de leis mais eficazes. Portanto, as operações realizadas por criptomoedas exigem que o espaço regulatório tenha alcance extraterritorial[30].

Neste sentido, Salami[31] assevera:

> O principal desafio de ter um alcance extraterritorial para o funcionamento de criptomoedas ou mesmo qualquer transação relacionada à Internet, é que a cooperação internacional em tal questões podem ser complicadas devido às diferentes perspetivas e abordagens adoptadas pelos países que são então transpostas para a legislação nacional e para a posição política sobre a questão. Em alguns países, a regulamentação da Internet e transações relacionadas ao

than those of currently available cryptocurrencies. For instance, if a future cryptocurrency provides better anonymity than Bitcoin for large-sum transactions and is more widely adopted than Zcash, then terrorist organizations might be willing to employ that currency for specific activities. Thus, it is important to look at individual terrorist groups to analyze what they would need from cryptocurrencies and compare those needs with the properties of available cryptocurrencies.
In our analysis, we identified five categories of terrorist organization finance activities: fundraising, illegal drug/arms trafficking, remittance/transfer, attack funding, and operational funding:
• Fundraising is required by terrorist organizations to support all other activities, including purchase of weapons, payrolls, supporting attacks, and other operational activities. As noted earlier, fundraising can have a variety of sources, including nation-states, charities, and individual donors.
• Illegal drug and arms trafficking can be a source of income to support the terrorist organization.
• Remittance and transfer activities are required by terrorist organizations to support the cash needs of their members and associates, including payroll and operational or other support expenses.- Attack funding activities support terrorist attacks and can include weapons purchases or other operational expenses.
• Operational activities support general security, communications, and management of the organization and its finances.

[27] A Força-Tarefa de Ação Financeira (Financial Action Task Force) é uma organização intergovernamental fundada em 1989 por iniciativa do então G7 (Canadá, França, Alemanha, Itália, Japão, Reino Unido e Estados Unidos da América) para desenvolver políticas de combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo. Tem como objetivos promover a regulação e implementação de medidas para o combate de ameaças ao sistema financeiro internacional.

[28] LA HUIS, Troy M.; MCKEOWN, Thomas E. **Virtual Currency and Risks for Terrorist Financing.** Crowe [em linha], September/2017 [consult. 21/3/2021]. Disponível em: <https://www.crowe.com/insights/asset/v/virtual-currency-risks-terrorist-financing>.

[29] LA HUIS, Troy M.; MCKEOWN, Thomas E. Ref. 28.

[30] SALAMI, Iwa. **Terrorism Financing with Virtual Currencies: Can Regulatory Technology Solutions Combat This?** Studies in Conflict & Terrorism, 41:12 [em linha], pp. 968-989 [consult. 23/3/2021], DOI: 10.1080/1057610X.2017.1365464.

[31] SALAMI, Iwa. Ref. 30.

> ciberespaço é significativa para segurança e esses países têm mecanismos legais em vigor que permitam extensa intrusão nos detalhes do remetente e do destinatário de cada transmissão e o conteúdo de tais transmissões. Outros países abordam a regulamentação da internet e transações realizadas na internet com cuidado, observando a necessidade de equilibrar as preocupações de segurança com certas liberdades protegidas constitucionalmente, e aí abraçam a preservação da privacidade e leis de proteção de dados.[32]

Apesar de haver um salto no crescimento da indústria tecnológica que reflete em grandes oportunidades para empresas e cidadãos, é indubitável que o controlo das criptomoedas é necessário para evitar seu uso criminoso.

Embora o crescimento da indústria de Tecnologia Financeira (FinTech) em todo o mundo seja um grande sinal de oportunidades para investidores e cidadãos em geral, não há dúvidas de que será um imenso desafio para as autoridades e para o setor financeiro internacional.

4. Medidas Estatais Contra o Financiamento do Terrorismo

Todas as organizações terroristas necessitam de financiamento externo para atingir seus objetivos. A medida mais efetiva para desestruturar o terrorismo corresponde em reduzir ou suprimir suas fontes de custeio.

Em 2018, o Parlamento Europeu publicou a Diretiva (UE) 2018/843, conhecida com a quinta atualização sobre a prevenção branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, com o objetivo de aumentar a transparência nas movimentações de dinheiro com a utilização de criptomoedas e de cartões pré-pagos anónimos.

Em Portugal, a Assembleia da República procedeu à sua transposição pela Lei n.º 58/2020, pela qual se reconfigurou o conjunto de normas que estabelecem a malha mínima de procedimentos que os Estados-membros devem por em prática para detetar práticas económicas ou financeiras, cujo fim último seja o branqueamento de capitais ou o financiamento do terrorismo.

Por outro lado, as alterações legislativas mais relevantes trazidas pelo aludido diploma foram introduzidas pela Lei n.º 83/2017, que dispõe sobre medidas de combate ao

[32] Tradução livre do original em inglês: *The main challenge of having an extra-territorial reach for the operation of virtual currencies or indeed any internet-related transaction, is that international cooperation on such issues can be complicated due to the different perspectives and approaches taken by countries which are then transposed in their national law and policy stance on the issue. In some countries, the regulation of the internet and cyber-related transactions is significant for national security and these countries have legal mechanisms in place allowing extensive governmental intrusion into the sender and recipient details of every single transmission, and the contents of such transmissions. Other countries approach the regulation of the internet and internet-based transactions with caution, noting the requirement for balancing security concerns against certain constitutionally protected freedoms, and there embrace the preservation of privacy and data protection laws*.

branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo e pela Lei n.º 89/2017, que institui o Regime Jurídico do Registro Central do Beneficiário Efetivo. Apesar disso, o legislador nacional, ao cumprir a obrigação de transpor a Diretiva (UE) 2018/843, não se limitou à promoção das alterações nela previstas, tendo também, através da mesma Lei n.º 58/2020, esclarecido determinados elementos normativos para a repressão do branqueamento de capitais e do combate ao financiamento do terrorismo.

As recentes alterações introduzidas na mencionada norma têm o escopo de prevenir que criptoativos sejam utilizados como forma de acobertar a origem ilícita dos fundos ou, ainda que esses fundos sejam lícitos, dissimular a intenção de seu uso para o terrorismo. Para tanto, todas as entidades que exerçam qualquer atividade com ativos virtuais[33], que passaram a ser sujeitas ao controlo do Banco de Portugal, de modo que não tão-somente dependem de um registro prévio, mas também devem cumprir um conjunto de obrigações, como o gerenciamento adequado das criptomoedas negociadas para evitar o risco de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.

Atualmente, com a pandemia do coronavírus SARS-CoV-2 que assola o mundo desde o início de 2020, os criminosos estão aproveitando a crise económica que vulnerabilizou os sistemas financeiros, abrindo oportunidades para fraudes, branqueamentos de capitais, falsificação de moeda e, obviamente, os aportes financeiros para o terrorismo, conforme as autoridades da Comissão Europeia[34].

O aumento das atividades criminosas neste atual contexto é preocupante e deixou em alerta todas as autoridades globais. Um recente estudo da *Global Iniciative Against Transnacional Organized Crime*[35], deixa bem clara essa questão:

> A pandemia está a colocar as instituições do Estado sob pressão sem precedentes, como a queda da economia decorrente do fechamento de todos os setores, coloca tensões nos sistemas de saúde e requer tomada de decisão política. Enquanto os impactos das ações institucionais têm suas próprias consequências para a segurança, o facto de que a atenção da polícia e legisladores está atualmente focado em outro lugar, lançou uma sombra que permitiu a alguns grupos criminosos operar com novos objetivos no reino de mercados ilegais, como na produção e no tráfico de drogas. Nossa rede em

[33] Artigo 4.º, número 1, alínea o, da Lei n.º Lei n.º 83/2017, com redação da Lei n.º 58/2020.
[34] EUROPEAN COMISSION. **Communication from the Commission on an Action Plan for a comprehensive Union policy on preventing money laundering and terrorist financing** [em linha], May/2020 [consult. 31/3/2021]. Disponivel em <https://ec.europa.eu/finance/docs/law/200507-anti-money-laundering-terrorism-financing-action-plan_en.pdf>.
[35] GLOBAL INICIATIVE AGAINST TRANSNACIONAL ORGANIZED CRIME. **Coronavirus: The impact on crime and criminal networks** [em linha], March/2020, [consult. 31/3/2021]. Disponível em <https://globalinitiative.net/analysis/crime-contagion-impact-covid-crime/>.

> várias regiões já relatara desenvolvimentos que sugerem que as redes criminosas estão se capitalizando.[36]

Diante dessa constatação, as autoridades da União Europeia movimentaram-se para fortalecer as defesas do bloco contra os crimes transacionais, vindo a lançar o Plano de Ação da União Europeia para Prevenção de Crimes Financeiros, que inclui o combate ao financiamento do terrorismo e ao branqueamento de capitais.

Esse Plano de Ação tem seis objetivos principais[37]. O primeiro visa a melhoria da aplicação das regras comunitárias pelos Estados-membros com a assistência da Autoridade Bancária Europeia, com o escopo de reforçar o combate à criminalidade financeira. Como segundo objetivo, deverão os países do bloco europeu aplicar uma única regra em toda a União Europeia, evitando-se interpretações distintas do mesmo tipo penal. O estabelecimento de um supervisor ao nível da União Europeia para aplicação das regras é o terceiro objetivo. O quarto objetivo é a melhoria da coordenação às unidades de controlo financeiro para identificar eventuais atividades criminosas. A cooperação judicial e policial, bem como o fomento à iniciativa privada no empenho ao combate ao financiamento ao terrorismo e outros crimes financeiros na forma de parceria público-privada, é o quinto objetivo. Por fim, o sexto objetivo é aumentar o protagonismo global da União Europeia na prevenção dos crimes financeiros, tanto que ela está vivamente envolvida na Força-Tarefa de Ação Financeira, que tem como propósito a vigilância global contra o branqueamento de ativos e o financiamento do terrorismo.

Tarallo[38] acrescenta:

> O relatório também constatou que a demanda por financiamento do terrorismo continua. Embora o número de ataques terroristas na Europa tenha caído ligeiramente de 129 em 2018 para 119 em 2019, grandes grupos extremistas como o ISIS ainda estão operando.[39]

Se todas as propostas legislativas constantes no Plano de Ação foram aprovadas, permitir-se-á à União Europeia fechar um vácuo transnacional legal. Ainda que não haja total

---

[36] Tradução livre do original em inglês: *The pandemic is putting state institutions under unprecedented pressure, as the fallout of the vírus shuts down swathes of the economy, places strains on healthcare systems and requires immediate political decision making. While the impacts of institutional overstretch have their own consequences for security, the fact that the attention of police and policymakers is currently focused elsewhere has cast a shadow that has allowed some criminal groups new scope to operate in the realm of illegal markets, such as drug production and trafficking. Our network in several regions have already reported developments to suggest that criminal networks are capitalizing on the disruption.*

[37] EUROPEAN COMISSION. **Communication from the Commission on an Action Plan for a comprehensive Union policy on preventing money laundering and terrorist financing**. Ref. 34, p. 4.

[38] TARALLO, Mark. **EU Targets Money Laundering and Terror Financing** [em linha]. Security Management, October/2020 [consult. 31/3/2021]. Disponível em <https://www.asisonline.org/security-management-magazine/articles/2020/10/eu-targets-money-laundering-and-terror-financing/>.

[39] Tradução livre do original em inglês: *The report also found that the demand for terrorism financing continues. Although the number of terror attacks in Europe dipped slightly from 129 in 2018 to 119 in 2019, major extremist groups like ISIS are still operating.*

implementação do Plano de Ação, a União Europeia mostrou que está vivamente direcionada na batalha contra o financiamento do terrorismo.

Por outro lado, depois de implementar-se as regras nos Estados-membros, é de fundamental importância uma cooperação eficaz entre eles, sob coordenação do Conselho, ante a complexidade cada vez maior nos meios de financiamento do terrorismo por meio de criptomoedas. Afinal, como já dito anteriormente, existem na atualidade centenas de tipos de criptoativos, com características próprias, o que dificulta sobremaneira o rastreio do dinheiro.

5. Conclusão

Desde a antiguidade, as táticas de guerra são estudadas. O mundo está em guerra contra o terrorismo e, por consequência, contra seu financiamento. A este respeito, Sun Tzu[40], ensina-nos:

> O guerreiro vence os combates não cometendo erros, pois significa conquistar um inimigo já derrotado. O guerreiro hábil coloca-se numa posição que torna a derrota impossível e não perde a oportunidade de aniquilar o inimigo. A qualidade da decisão é como a calculada arremetida de um falcão, o bom combatente deve ser flexível no seu ataque e rápido na decisão.

Para que o combate ao financiamento do terrorismo seja eficaz, as autoridades devem estar atentas às novas modalidades de transferência de dinheiro e agir rapidamente. O financiamento com o uso de criptomoedas é atualmente o maior desafio dos governos em razão da dificuldade de rastreio e controlo dos utentes.

Apesar dos notórios avanços da utilização dos criptoativos pelos grupos terroristas mais sofisticados, seu uso no futuro ainda não está claro, especialmente porque o desenvolvimento das criptomoedas é dinámico e variado. Nossa pesquisa demonstra que se uma criptomoeda puder oferecer uma adopção generalizada, anonimato, segurança e com regulação fraca, o potencial do seu uso para o crime aumentaria substancialmente.

A velocidade do desenvolvimento das tecnologias aplicadas às criptomoedas e como elas são implantadas terão um efeito significativo de longo prazo sobre as finanças dos grupos terroristas que as adoptaram.

Obviamente, a continuação do seu uso para atividades criminosas dependerá da viabilidade da moeda, particularmente os fatores desencorajadores, como a instabilidade dos criptoativos, cooperação da comunidade utente com as autoridades e sua regulação internacional.

---

[40] TSU, Sun. **A Arte da Guerra.** 1.ª ed. São Paulo: CulturaBrasil, 2010, pp. 55-56.

Não basta tão-somente o monitoramento dos utentes das criptomoedas pelas autoridades, apesar de os esforços para o controlo dificultarem o uso pelos grupos terroristas. A comunidade internacional deve se voltar para o controlo do desenvolvimento e aplicação consistente, com vista a padronizar as moedas digitais.

As moedas digitais são uma realidade que não há volta. Proibir o uso seria inútil, especialmente em razão de estarem no mundo virtual e descentralizadas.

Como a distribuição das criptomoedas são globais, a cooperação internacional é essencial. Atualmente já existem instituições sedimentadas para a implantação das medidas contra o financiamento do terrorismo de forma coordenada, como o Grupo de Ação Financeira Internacional, o Fórum Global, a Organização Internacional de Comissões de Valores, o Conselho de Estabilidade Financeira e o Comitê de Pagamentos e Infraestruturas de Mercado.

Entrementes, essas entidades não demonstraram até agora a preocupação necessária para que o financiamento do terrorismo por meio de crioptoativos seja realmente colocada em pauta de urgência.

REFERÊNCIAS

BITCOIN.ORG. **Algumas palavras bitcoin talvez você ouça** [em linha], 2018 [consult. 10/2/2021] Disponível em: <https://bitcoin.org/pt_BR/vocabulario>.

CHUY, José Fernando M. **Operação Hashtag: a primeira condenação de terroristas islâmicos na América Latina.** 1.º ed. Barueri-SP: Novo Século Editora, 2018. ISBN 978-85-42814-08-8.

DION-SCHWARZ, Cynthia; MANHEIM, David; JOHNSTON, Patrick B. **Terrorist Use of Cryptocurrencies - Technical and Organizational Barriers and Future Threats**. 1th ed. Santa Monica CA: RAND Corporation, 2019. ISBN 978-19-77402-34-9.

EUROPEAN COMISSION. **Communication from the Commission on na Action Plan for a comprehensive Union policy on preventing money laundering and terrorist financing** [em linha], May/2020 [consult. 31/3/2021]. Disponivel em <https://ec.europa.eu/finance/docs/law/200507-anti-money-laundering-terrorism-financing-action-plan_en.pdf>.

FREEMAN, Michael; RUEHSEN, Moyara. **Terrorism Financing Methods: An Overview**. Perspectives on Terrorism, North America [em linha], August/2013 [consult. 16/3/2021]. Disponível em: <http://www.terrorismanalysts.com/pt/index.php/pot article/view/279>.

GLOBAL INICIATIVE AGAINST TRANSNACIONAL ORGANIZED CRIME. **Coronavirus: The impact on crime and criminal networks** [em linha], March/2020, [consult. 31/3/2021]. Disponível em <https://globalinitiative.net/analysis/crime-contagion-impact-covid-crime/>.

JODOIN, Sébastien. **Terrorism as a War Crime**. International Criminal Law Review 7, 2007. ISSN 1571-8123.

LA HUIS, Troy M.; MCKEOWN, Thomas E. **Virtual Currency and Risks for Terrorist Financing**. Crowe [em linha], September/2017 [consult. 21/3/2021]. Disponível em: <https://www.crowe.com/insights/asset/v/virtual-currency-risks-terrorist-financing>.

LIGA DAS NAÇÕES. **Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo** [em linha], 1937 [consult. 10/2/2021]. Disponível em <https://dl.wdl.org/11579/service/11579.pdf>.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: Um Sistema de Dinheiro Eletrónico Ponto-a-Ponto**. [Em linha], 2008 [consult. 13/1/2021]. Disponível em <https://bitcoin.org/bitcoin_pt.pdf>.

PERSI PAOLI, Giacomo; ALDRIDGE, Judith; RYAN, Nathan; WARNES. Richard, **Behind the curtain: The illicit trade of firearms, explosives and ammunition on the dark web** [em linha] Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2017 [consult. 16/3/2021]. Disponível em: <https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR2091.html>.

RUBELE, Enrico. **Complementary currency come sviluppo di nuove modalitá di relazioni interorganizative**. p. 20. [Dissertação de mestrado]. Università degli studi di verona, dipartimento di economia aziendale, Verona, 2016. [consult. 10/2/2021] Disponível em: <https://www.academia.edu/28645774/Complementary_currency_come_sviluppo_di_nuove_modalità_di_relazioni_interorganizzative>.

SALAMI, Iwa. **Terrorism Financing with Virtual Currencies: Can Regulatory Technology Solutions Combat This?** Studies in Conflict & Terrorism, 41:12 [em linha], pp. 968-989 [consult. 23/3/2021], DOI: 10.1080/1057610X.2017.1365464.

SAMUELSON, Paul Anthony; NORDHAUS, William D. **Economía**. 18.ª ed. Madrid: McGraw-Hill, 2006. ISBN 978-84-48151-54-6.

SOARES, Claudia Lucia Bisaggio. **Moeda social: um conceito, uma proposta de tipologia, limites e potencialidades**. Núcleo de Economia Solidária da Universidade de São Paulo [em linha], 2011 [consult. 8/1/2021]. Disponível em: <http://cirandas.net/nesol-usp/biblioteca/financas-solidarias/um-conceito-uma-proposta-de-tipologia-limites-e-pontencialidades.pdf?view=true>.

TARALLO, Mark. **EU Targets Money Laundering and Terror Financing** [em linha]. Security Management, October/2020 [consult. 31/3/2021]. Disponível em <https://www.asisonline.org/security-management-magazine/articles/2020/10/eu-targets-money-laundering-and-terror-financing/>.

TSU, Sun. **A Arte da Guerra.** 1.ª ed. São Paulo: CulturaBrasil, 2010.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin - A moeda na era digital**. 1.ª ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014. ISBN: 978-85-81190-76-1.

VILAR, Pierre. **Ouro e moeda na história: 1450-1920**. 1.ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 1981. ISBN 978-97-21031-11-1.

ZARATE, Juan C. **Learning Curve in Treasury's War: The Unleashing of a New Era of Financial Warfare**. 1th ed. New York: PublicAffairs, Perseus Book Group, 2013. ISBN 978-16-10391-16-0.

APOSENTADORIA ESPECIAL POR ADICIONAIS DE RISCOS: DIVERGÊNCIA DE CRITÉRIOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS APÓS REFORMA PREVIDÊNCIÁRIA

SPECIAL RETIREMENT FOR ADDITIONAL RISKS: DIVERGENCE OF LABOR AND SOCIAL SECURITY CRITERIA AFTER SOCIAL REFORM

João Manoel Grott[1]

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo pontuar algumas contradições que a norma regulatória da Reforma Previdenciária impôs perante a legislação trabalhista na questão da proteção à saúde do trabalhador em seu ambiente laboral. Para tanto foram pesquisados em documentos oficiais os quesitos necessários para a concessão da aposentadoria especial, na modalidade da insalubridade e periculosidade. Sob os fundamentos da Lei 8.213/1001 artigos 57 e 58, realizou-se uma síntese da evolução legislativa da aposentadoria especial, verificando quais os requisitos exigidos aos segurados que exercem atividade em ambiente de trabalho expostos a agentes nocivos prejudiciais à saúde e à integridade física. Também foi verificado como ocorre a sua concessão antes e após Reforma Previdenciária, detectando as controvérsias em razão da violação de alguns pontos que a Reforma Previdenciária possibilitou na legislação trabalhista. Sendo assim, mediante uma pesquisa bibliográfica e documental expõe-se neste estudo os aspectos legais, as dificuldades encontradas por contribuintes no que diz respeito à concessão do benefício e o entendimento dos Tribunais diante do posicionamento da Previdência Social. Verificou-se grandes controvérsia e muita dificuldade para a concessão da aposentadoria especial após a Reforma Previdenciária, entendendo-se que está sendo um caminho propenso à extinção deste benefício tão necessário para proteção da saúde dos trabalhadores.

Palavras-chave: Aposentadoria Especial. Insalubridade e Periculosidade. Reforma Previdenciária.

Abstract: The present work aims to point out some contradictions that the Social Security Reform regulatory norm imposed before the labor legislation on the issue of protection of workers' health in their work environment. For this purpose, the documents necessary for the granting of special retirement, in the modality of unhealthy and dangerous conditions, were searched in official documents. Under the grounds of Law 8,213 / 1001 articles 57 and 58, a synthesis of the legislative evolution of special retirement was carried out, verifying what are the requirements for policyholders who work in the workplace exposed to harmful agents harmful to health and physical integrity . It was also verified how its concession occurs before and after the Social Security Reform, detecting the controversies due to the violation of some points that the Social Security Reform made possible in the labor legislation. Therefore, through a bibliographic and documentary research, this study exposes the legal aspects, the difficulties encountered by taxpayers regarding the granting of the benefit and the understanding of the Courts regarding the Social Security position. There was great controversy and great difficulty in granting special retirement after the Social Security Reform, understanding that it is being a path prone to the extinction of this much-needed benefit for the protection of workers' health.

Keywords: Special Retirement. Unhealthy and Dangerous. Social Security Reform

[1] Engenheiro de Segurança do Trabalho, Advogado, Mestre em Direito Socioeconômico, Professor Universidade Estadual de Ponta Grossa – PR. E-mail: grottjm@gmail.com

1. Introdução

A insalubridade no ambiente do labor é objeto do Direito do Trabalho, encontrando-se com proeminência na seara jurídica na questão do trabalho que traz risco à saúde do trabalhador; avaliada pela análise descritiva das normas regulamentadoras promulgadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), principalmente as que fornecem argumentos para a legitimação do adicional de insalubridade e periculosidade, e os quesitos para a aposentadoria especial, concedida sob os preâmbulos do Direito Previdenciário.

Por sua vez, o Direito Previdenciário trata como objeto essencial o trabalho insalubre, em vista da necessidade de tratamento jurídico diferenciado para aqueles segurados que, no seu ambiente de trabalho, estão expostos a agentes agressivos à sua saúde.

Como resultado da industrialização a insalubridade e periculosidade ganharam destaque na sociedade, devido aos acidentes, adoecimentos e até morte em razão de determinadas funções exercidas no ambiente de trabalho; muitos dos processos produtivos expõem o trabalhador a agentes agressivos, tal como a necessidade de trabalho em ambientes fechados, sujeitos a calor, frio, ruído intenso e outros agentes de risco. Ao passar do tempo foi paulatinamente ganhando destaque a atividade trabalho insalubre e periculoso em diversos segmentos da seara jurídica.

Desde meados do século XX este tema passou por diferentes e intensos estudos, culminando com a insalubridade e periculosidade ser disciplinada tanto pelo Direito do Trabalho quanto pelo Direito Previdenciário, dois diplomas legais próprios que analisam o tema de forma estanque, por isso haver certas discrepâncias na análise de proteção ao trabalhador.

Para que essa exposição seja diminuída ou mesmo cessada, é importante que o empregador promova ações dentro da empresa que resultem em uma maior segurança ao trabalhador seja na adoção de novas tecnologias capazes de cessar de vez o risco ou ao menos atenua-las, seja na adoção de equipamentos de proteção coletiva e individual ou por meios de adoção de treinamentos aos trabalhadores com o objetivo de se alcançar um ambiente laboral mais seguro e saudável para todos.

Justifica-se o presente estudo considerando que o trabalho insalubre traz em seu bojo uma exposição do trabalhador ao risco a saúde, seu bem-estar e sua integridade física e psíquica. É a exposição dos trabalhadores aos agentes nocivos à saúde que faz com que os mesmos estejam sujeitos a doenças em decorrência da sua atividade laboral. Já a periculosidade é caracterizada pelo risco eminente de morte enquanto o trabalhador realiza a atividade laboral. Em resumo, ¨enquanto que, na insalubridade, o agente agressor mina incessantemente a saúde do

trabalhador, na periculosidade há exposição a um risco que, eventualmente, pode ocasionar em grave sinistro¨

Como sociedade democrática no Brasil deve prevalecer nas políticas públicas para a proteção e integridade física do trabalhador, sendo de especial relevância a concessão da aposentadoria especial, ou seja, um instrumento de proteção ao trabalhador que exerce sus funções em ambiente prejudicial à sua saúde. A verificação dos limites aceitáveis ou não para a saúde do trabalhador confronta os dispositivos do Direito do Trabalho com os do Direito Previdenciário por ocasião da concessão do benefício da aposentadoria, essencialmente após as normas regulatórias trazidas pela Reforma Previdenciária

Destaque-se que tanto o Direito do Trabalho como o Direito Previdenciário interferem sobremaneira no tratamento regulatório do trabalho insalubre e periculoso, porém devido à falta de coerência técnica e transparência na definição dos índices de agressão à saúde do trabalhador, surgem discrepâncias na interpretação do processo regulatório. Tem ocorrido com frequência nos tribunais pátrios discussões trabalhistas e previdenciárias sobre regras para a concessão e reconhecimento de proteção ao trabalhador, principalmente ao que se refere a concessão da aposentadoria especial.

Para nortear a pesquisa sobre este confronto, o presente artigo buscou apontar as causas mais frequentes dessa discussão, questionando quais as incongruências trazidas pelas alterações que Reforma Previdenciária trouxe para a aposentadoria especial, no tocante à insalubridade e periculosidade? A resposta a este questionamento estabeleceu como objetivo pontuar algumas contradições que a norma regulatória da Reforma Previdenciária impôs perante a legislação trabalhista na questão da proteção à saúde do trabalhador em seu ambiente laboral. Para tanto foram pesquisados em documentos oficiais os quesitos necessários para a concessão da aposentadoria especial, na modalidade da insalubridade e periculosidade. E como confirmação buscou-se respaldo em jurisprudências.

Seguiu-se um caminho metodológico que se pautou na pesquisa bibliográfica e documental para a realização uma metodologia comparativa ilustrada no estudo do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário em pesquisa sobre a proteção e segurança à saúde do trabalhador. Seguindo este caminho foi realizado um estudo bibliográfico, de método dedutivo e exploratório, através da pesquisa qualitativa. Trata-se também de uma pesquisa documental, que analisou, além de, livros e artigos, legislações e normas.

2. A insalubridade e a periculosidade como quesito de proteção à saúde do trabalhador

Saliba e Correa (2017) explicam que o termo *inslaubris* vem do latim significando aquilo que não é saudável, dando origem ao termo insalubridade que se consagrou no meio trabalhista como um conceito da higiene ocupacional que identifica atividades nocivas à saúde do trabalhador

Sob este contexto, no Brasil, a insalubridade tornou-se um termo utilizado no meio jurídico para determinar situações que se referem àquelas atividades laborais que obrigam os trabalhadores ficarem expostos agentes prejudiciais à saúde em quantidade acima do que são permitidas por lei, sejam pela natureza destes agentes, seja pela intensidade de nocividade, seja pelo tempo de exposição a estes agentes. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) dispõe que:

> Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos (BRASIL, 1943).

Na interpretação este artigo observa-se que a insalubridade advém de condições ou métodos de trabalho, manifestada no contexto de uma atividade laboral. Assim, no artigo 189 da CLT determina que a insalubridade surge primeiramente das condições de trabalho. Nestes pressupostos**, a** legislação trabalhista trata da insalubridade para trabalhadores que laboram em ambientes sujeitos à ação nociva de agentes físicos, químicos ou biológicos (ou a conjunção entre eles).

Quando o artigo 189 menciona "métodos de trabalho" interpreta-se que a insalubridade também pode advir de trabalhos realizados por uma sequência de tarefas (trabalho prescrito) ou atividades (trabalho realizado) que determinam o trabalhador realizar o trabalho até alcançar uma finalidade, que em alguns casos, pode proporcionar ao trabalhador consequências danosas a sua saúde (exemplo de trabalho em câmaras frias, com máquinas ruidosas, e outras)

Sob o teor legislativo trabalhista, Sherique (2004, p. 64) define insalubridade como:

> [...] as atividades desenvolvidas pelos empregados no exercício de todas as suas funções e/ou atividades, determinando se os mesmos estiveram expostos a agentes nocivos, com potencialidade de causar prejuízos à saúde, ou a sua integridade física, em conformidade com os parâmetros estabelecidos na legislação vigente.

A essência desta legislação é a de evitar que os agentes agressivos não possam minar e eliminar a resistência do organismo humano. Neste sentido, Grott (2003, p. 131) considera que

a insalubridade se define como "aquilo que não é saudável, que tem potencial de gerar doenças ao trabalhador [relacionando-se] a ações ou atividades que oferecem risco à saúde das pessoas que as realizam"

Tal qual a insalubridade, a periculosidade também entra no rol da segurança à saúde do trabalhador pela CLT trocando o termo "exposição a agentes nocivos" por "risco acentuado" conforme exposição do seu artigo 193 *in verbis*:

> Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador [...] (BRASIL, 1943)

Periculosidade vem do latim *periculum* e significando àquilo que se relaciona situação (ação ou condição) que possa causar dano a uma pessoa. Diferencia-se da insalubridade pelo fato de esta trazer risco à saúde do trabalhador por meio de doenças profissionais ocorridas por exposição a agente nocivos.

De acordo com o ENIT (2020), entre a insalubridade e a periculosidade existem similaridades e diferenças marcantes, contudo são similares ao que se refere em causar danos irreparáveis ao trabalhador, pois ambas expõem o trabalhador a condições de risco. Süssekind (2009, p 32) reforça esta citação nos termos "enquanto que, na insalubridade, o agente agressor mina incessantemente a saúde do trabalhador, na periculosidade há exposição a um risco que, eventualmente, pode ocasionar em grave sinistro." Ou seja, entende-se nas palavras do eminente jurista que a insalubridade vai afetando a saúde do trabalhador com o passar dos anos em que ele vai exercendo aquela atividade laboral enquanto que a periculosidade expõe o trabalhador a um risco eminente que pode afetar a saúde do trabalhador de forma repentina ou mesmo ceifar a sua vida.

Enquanto a periculosidade ocorre pela permanência em ambiente laboral que oferece risco pelo contato direto com algo que pode oferecer risco de vida, ocorrendo acidentes do trabalho, Conforme Grott (2003, p. 133):

> No tangente a periculosidade, a principal diferença entre esta e a insalubridade, está na forma de atuação de agente agressivo. Enquanto o agente insalubre atua a longo prazo, minando lentamente a saúde do trabalhador, os agentes periculosos atuam de forma instantânea, com efeitos e danos imediatos, levando o trabalhador à morte ou a incapacitação súbita.

Pela interpretação do artigo 193, da CLT, a periculosidade significa uma fonte de risco, indicando que em ambiente laboral, sempre que observada uma potencialidade para causar danos à saúde do trabalhador, ou de proporcionar um dano a uma pessoa ou coisa. No caso específico do trabalho. Observa-se na redação deste artigo a ênfase em denominar

periculosidade aquilo que se observa no método de trabalho sob risco acentuado enquanto permanece no seu ambiente de trabalho.

Apesar de não haver na legislação, definição exata de "risco acentuado", a doutrina, citando como exemplo Cozer (2013), adotam esta terminologia como para caracterizar a potencialidade de um dano que possa ocorrer sempre que um trabalhador fique exposto às suas consequências. Observa-se na redação do artigo 193 da CLT, que o risco acentuado requer que haja exposição com permanência suficiente para que o dano ocorra.

As diretrizes elencadas nos artigos da CLT sobre insalubridade e periculosidade foram regulamentadas pelas Normas Regulamentadoras.

2.1 Normas regulamentadoras – NR-15 e NR-16

Após intenso debate da política regulamentária das leis trabalhistas, essencialmente na questão da segurança à saúde do trabalhador foram editadas as Normas Regulamentadoras (NRs) publicadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), tendo como objetivo regulamentar diversos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), constantes no Capítulo V (Da Segurança e da Medicina do Trabalho). As NRs foram editadas com a finalidade de esclarecer aspectos da CLT que precisavam ser explicitamente interpretados para a aplicação prática.

São normas técnicas de caráter preventivo, indicadoras dos padrões mínimos a serem seguidos pelos empregadores para adequar o meio laboral às condições de sanidade e equilíbrio ambiental. De acordo com Grott (2003, p. 117), "apesar do conceito teórico estar bastante longe da realidade fática brasileira, as normas criam e objetivam uma maior adequação entre o "dever ser" e o "ser" vivido pelos trabalhadores brasileiros".

São 28 normas regulamentadoras para o trabalhador urbano e 5 para o trabalhador rural, especificando em cada uma delas como devem ser conduzidos os parâmetros para um adequado ambiente laboral na questão de assegurar a saúde do trabalhador.

A Norma Regulamentadora n. 15 dividida em 13 anexos trata das atividades ou operações insalubres que se desenvolvem parâmetros: acima dos limites de tolerância previstos para os ruídos contínuo ou intermitente e ruído de impacto; para a exposição ao calor e para as radiações ionizantes; para o trabalho sob condições hiperbáricas; para agentes químico e para poeiras minerais. Também trata das atividades realizadas em trabalho sob condições hiperbáricas, trabalho com agentes químicos e biológicos e que retenha poeira mineral (BRASIL, 1978).

A NR n. 15 tem como diretrizes para as atividades insalubres comprovação por laudo de inspeção do local de trabalho. Os anexos da NR-15 tratam da exposição dos trabalhadores a ruído, calor ambiente, radiações ionizantes, trabalho sob condições hiperbáricas, radiações não ionizantes, vibrações, frio, umidade, agentes químicos (incluindo benzeno), poeiras minerais (incluindo sílica, asbesto e manganês), além dos agentes biológicos. radiações não ionizantes; com vibrações; com frio e com umidade (BRASIL, 1978).

Os limites de tolerância considerados pela NR 15 dependem da concentração ou Intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará danos à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral (BRASIL, 1978).

A NR 16 especifica as atividades que podem ser consideradas periculosas, sendo composta por uma parte geral, contendo definições e procedimentos para pagamento do adicional de periculosidade, e a outra parte de anexos que tratam especificamente das atividades perigosas. A parte geral especifica:

> - que as atividades e operações perigosas estão elencadas na parte 2 - Anexos da NR. 16.2;
> - o exercício de trabalho em condições de periculosidade assegura ao trabalhador o adicional sobre o salário;
> - o trabalhador pode optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido;
> - responsabilidade do empregador sobre a caracterização ou a descaracterização da periculosidade, mediante laudo técnico elaborado por Médico do Trabalho ou Engenheiro de Segurança do Trabalho, seguindo os dispositivos do artigo 195 da CLT;
> - ação fiscalizadora do MTE e a realização ex-officio da perícia;
> - atividades ou operações perigosas como as executadas com explosivos sujeitos a:
> a) degradação química ou autocatalítica;
> b) ação de agentes exteriores, tais como, calor, umidade, faíscas, fogo, fenômenos sísmicos, choque e atritos; que são periculosas as operações de transporte de inflamáveis líquidos ou gasosos liquefeitos, em quaisquer vasilhames e a granel, com exceção do transporte em pequenas quantidades, até o limite de 200 litros para os inflamáveis líquidos e 135 quilos para os inflamáveis gasosos liquefeitos (BRASIL, 1978).

Pela Portaria do Secretário de Segurança e Saúde no Trabalho (SSST) n. 25 de 29 de dezembro de 1994, foi inserido o item 16.8 que delimita as áreas de risco. E a Portaria da Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), n. 312, de 23 de março de 2012 foi harmonizada a definição de líquido combustível com a constante da Norma Regulamentadora n. 20 (NR-20) – Segurança e Saúde no Trabalho com Inflamáveis e Combustíveis.

Das alterações dos Anexos da Nr-16, constam no Anexo I – Atividades e Operações Perigosas com Explosivos alteração do pela Portaria do Secretário de Segurança e Medicina do Trabalho (SSMT), n. 02, de 02 de fevereiro de 1979. O Anexo II foi alterado pela Portaria do

Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) n. 545, de 10 de julho de 2000. O Anexo III - Atividades e Operações Perigosas com Exposição a Roubos ou Outras Espécies de Violência Física nas Atividades Profissionais de Segurança Pessoal ou Patrimonial foi inserido pela Portaria MTE n. 1.885, de 02 de dezembro de 2013, o artigo 193 da CLT pela Lei nº 12.740, de 08 de dezembro de 2012. O texto do anexo foi objeto de discussão em Grupo de Trabalho Tripartite (GTT), especificamente criado para esse fim, tendo sido, posteriormente, aprovado por consenso na 75ª Reunião Ordinária da CTPP, realizada em 26 e 27 de novembro de 2013 (ENIT, 2020).

O Anexo IV – Atividades e Operações Perigosas com Energia Elétrica foi inserido pela Portaria MTE nº 1078, de 16 de julho de 2014, em decorrência da inserção da atividade no rol do artigo 193 da CLT, pela Lei nº 12.740/2012. Antes desta alteração, a periculosidade para essa atividade era tratada pela Lei nº 7.369, de 20 de setembro de 1985. O Anexo V – Atividades Perigosas em Motocicleta foi inserido pela Portaria MTE n. 1.565, de 13 de outubro de 2014, em decorrência da inserção da atividade no artigo 193 da CLT pela Lei n. 12.997, de 18 de junho de 2014.

Importante destacar que a NR-16 elenca na periculosidade diversas atividades, tais como:

> - atividades E operações perigosas com explosivos,
> - atividades e operações perigosas com inflamáveis;
> - atividades e operações perigosas com exposição a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial;
> - atividades e operações perigosas com energia elétrica;
> - atividades perigosas em motocicleta,
> - atividades e operações perigosas com radiações ionizantes ou substâncias radioativas (ENIT, 2020).

Contudo, segundo crítica da ENIT (2020), embora as NRs 15 e 16 estabelecerem uma lista taxativa de atividades periculosas, muitos trabalhadores que exercem profissões que não constam desta lista, mas que são igualmente perigosas são deixados à margem da proteção da lei por não serem considerada a atividade laboral perigosa em consonância com os parâmetros determinados pelas normas regulatórias. Citando como exemplo as funções de cobrador e motorista de ônibus urbano que na atualidade passa pelo perigo dos constantes assaltos que têm ocorrido, muitos deles com ladrões armados que podem tirar a vida destes trabalhadores.

As alterações constantes nas NRs atingem expressivamente os critérios para a concessão da aposentadoria especial pelo Previdência Social, destacando-se que todas as NRs relativas à Segurança e Medicina do Trabalho formam um processo regulatório de observância obrigatória, tanto pelas empresas privadas como as públicas de administração direta e indireta, além dos órgãos dos poderes legislativos e judiciários que possuam empregados regidos pela CLT.

Destaca-se ainda, que o conteúdo das NRs é aplicado naquilo que convir aos trabalhadores avulsos, às entidades ou empresas contratantes e aos sindicatos que representam as categorias profissionais.

Também se destaca que as NRs não são normas regulatórias absolutas no tocante à saúde e segurança do trabalhador, existindo outras disposições contidas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou de Municípios, e ainda as que forem acordadas em convenções e acordos coletivos de trabalho.

3. Aposentadoria especial

O benefício da Previdência Social denominado Aposentadoria Especial foi introduzida na legislação trabalhista na edição da Lei n. 3.807, de 5 de setembro de 1960, definida como uma aposentadoria por tempo de contribuição, com a diferença que pode ser reduzido o tempo de contribuição com grande diferença em relação à aposentadoria comum. Foi alterada pela Lei n. 5.890, de 8 de junho de 1973 e pela Lei n. 5.440-A, de 23 de maio de 1968 e mais tarde disciplinada pelos artigos n. 57 e n. 58 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que traz o rol de benefícios oferecidos pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que garante a alguns segurados significativos redução do tempo de contribuição necessária para obtenção da aposentadoria.

Para a aposentadoria por tempo de contribuição são necessárias 30 ou 35 anos de contribuição (mulher ou homem), e pela Lei 8.213/1991 para aposentadoria especial em 15, 20 ou 25 anos de atividade em ambiente insalubre ou de periculosidade. Castro e Lazzari (2010, p. 637), definem a aposentadoria especial como:

> [...] uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Ou seja, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas.

O requisito básico para ter direito à aposentadoria especial o segurado tem de trabalhar habitualmente permanentemente sujeito a ações ou presença de agentes nocivos à integridade física e psíquica, ou seja, à saúde do ser humano, cumprida a carência de tempo de contribuição (15, 20 ou 25 anos). De acordo com Weintraub (2005) não têm direito à aposentadoria especial os segurados facultativos, como é o caso do empregado doméstico.

Requisito constante no Regulamento da Previdência Social para ter direito à aposentadoria especial é que o segurado seja empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este somente quando cooperado filiado à cooperativa de trabalho ou de produção,

que tenha trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (CASTRO e LAZZARO, 2010).

Martinez (2010) qualifica como segurado empregado quando o contribuinte comprova trabalhar em trabalha em empresa que o sujeita à exposição~]ao de agentes nocivos. Esta comprovação segue as regras da Lei n. 8.213/1991, no inciso I do artigo 11 e do Decreto n. 3.048/2000, no inciso I do artigo 9, que incluem também as pessoas físicas equiparadas ao empregado. O artigo 57 da Lei 8.213/1991 fornece as diretrizes do enquadramento do segurado empregado

O trabalhador avulso, conforme qualifica Sette (2004, p.168), "é a pessoa física que presta serviços de natureza urbana ou rural para a empresa tomadora de serviços, através da intermediação de um sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra, sem vínculo de emprego".

No Decreto n. 3.048/1999, inciso VI do artigo 9°- São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

> VI - como trabalhador avulso - aquele que, sindicalizado ou não, presta serviço de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, com a intermediação obrigatória do órgão gestor de mão-de-obra, nos termos da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, ou do sindicato da categoria, assim considerados:
> a) o trabalhador que exerce atividade portuária de capatazia, estiva, conferência e conserto de carga, vigilância de embarcação e bloco;
> b) o trabalhador de estiva de mercadorias de qualquer natureza, inclusive carvão e minério;
> c) o trabalhador em alvarenga (embarcação para carga e descarga de navios
> d) o amarrador de embarcação
> e) o ensacador de café, cacau, sal e similares;
> f) o trabalhador na indústria de extração de sal;
> g) o carregador de bagagem em porto
> h) o prático de barra em porto
> i) o guindasteiro
> j) o classificador, o movimentador e o empacotador de mercadorias em portos (BRASIL, 1999).

Destaca-se que os trabalhadores avulsos têm igualdade de direitos com o trabalhador com vínculo empregatício permanente, conforme disposto no artigo 7°, inciso XXXIV da Constituição Federal de 1988) e fará jus ao benefício, desde que, cumpridos os requisitos legais.

Martinez (2005, p. 45) informa que o trabalhador individual exerce sua profissão sem vínculo empregatício, trabalha "por conta própria", como é o caso do odontólogo, do médico, dos engenheiros, entre outros, que se expõem aos agentes físicos, químicos e biológico. A Lei n. 8.213/1991 elenca no inciso V do artigo 11 quem são os contribuintes individuais, que também são elencados no Decreto n° 3.048/1999.

Pela Lei n. 8.213/1991, obtém-se os requisitos para o pedido da aposentadoria especial. Por exemplo no seu artigo observa-se que são admitidas duas formas para considerar o tempo de serviço como especial:

> 1) enquadramento por categoria profissional: conforme atividade desempenhada pelo segurado, presumida a lei a sujeição a condições insalubres, penosas ou perigosas;
> 2) enquadramento por agente nocivo: independentemente da atividade ou profissão exercida, o caráter especial do trabalho decorria da exposição a agentes arrolados na legislação de regência (BRASIL, 1991).

Castro e Lazzari (2010) pontuam que a Lei n. 9.32/1995 impôs a necessidade de comprovação, pelo segurado, da exposição aos agentes agressivos, exigindo ainda que essa exposição fosse habitual e permanente. Ou seja, o fator determinante para o reconhecimento do tempo especial passou, então deve ser a comprovação do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado (quinze, vinte ou vinte e cinco anos de trabalho). Salienta-se que não pode o INSS exigir a comprovação de exposição habitual e permanente no período antecedente ao da Lei 9.032/1995, releva-se que o tempo de serviço é disciplinado pela lei vigente ao tempo em que é prestado. Ao surgir uma lei nova que normatiza uma restrição à contagem do tempo de serviço de um trabalhador, ela não pode ser aplicada retroativamente.

Sob este contexto entende-se que o tempo de serviço não pode ser aplicado retroativamente, em razão da intangibilidade do direito adquirido, devendo então ser disciplinado pela lei vigente na época em que efetivamente foi prestado o serviço, passando a integrar, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador. Tal situação é acatada veementemente pelos tribunais pátrios (CASTRO e LAZZARI, 2010).

Em relação à comprovação que o segurado labora em ambiente nocivo é necessária a emissão do documento exigido pela legislação do período pleiteado, que comumente têm sido enunciado pela legislação trabalhista e previdenciária, sendo eles: a) Programa de Prevenção de Riscos ambientais (PPRA); b) Programa de Gerenciamento de Riscos (PGR); c) Programa de Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção (PCMAT); d) Programa de Controle Médico Ocupacional (PCMSO); e) Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT); f) Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP); g) Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT).

O ônus da prova da autenticidade destes documentos cabe ao segurado., apesar de ser da empresa a obrigação de providenciar o preenchimento. Duarte (2008, p.250), lembra que a exigência do PPP teve alteração no §4º no artigo 58 da 8.213/1991que abrangeu as atividades

desenvolvidas pelo trabalhador e fornecido pela empresa quando da rescisão do contrato de trabalho. Mas, enquanto não estabelecido modelo próprio, bastavam as informações do DIRBEN 8030.

Castro e Lazzari (2010) consideram o PPP o documento histórico-laboral do trabalhador, segundo o modelo instituído pelo INSS que, entre outras informações, deve conter registros ambientais resultados de monitoração biológica e dados administrativos. Logo o PPP, substituiu o "Formulário de Informações sobre Atividades com Exposição a Agentes Agressivos", chamado de DIRBEN 8030. Para Martinez (2003, p. 23), o PPP tem por objetivo :

> [...] propiciar à perícia médica do INSS informações pormenorizadas sobre o ambiente operacional e as condições de trabalho, controle do exercício laboral, troca de informações sobre as doenças ocupacionais, supervisão da aplicação das normas regulamentadoras da saúde, medicina e segurança do trabalho. O trabalhador tem o direito de obter da empresa cópia autenticada do PPP em caso de demissão. Esse documento é suficiente para fazer prova de tempo especial, não se podendo exigir do segurado o LTCAT.

Esta situação tem encontrado veemente aprovação pelos tribunais pátrios que exalta o seguinte:

> a) Lei nova que venha a estabelecer restrição ao cômputo do tempo de serviço não pode ser aplicada retroativamente;
> b) a exigência de comprovação de efetiva exposição aos agentes estabelecida no § 4º, do art. 57 e §§ 1º e 2º do art. 58 da Lei n. 8.213/91 (com redação da Lei n. 9.732/1998, só pode aplicar-se ao tempo de serviço prestado durante a sua vigência, e não retroativamente, porque se trata de condição restritiva ao reconhecimento do direito. Se a legislação anterior exigia a comprovação da exposição aos agentes nocivos, mas não limitava os meios de prova, a lei posterior, que passou a exigir laudo técnico, tem inegável caráter restritivo ao exercício do direito, não podendo ser aplicada a situações pretéritas.
> c) até o advento da Lei 9.032 de 24 de abril de 1995, era possível o reconhecimento do tempo de serviço especial, com base na categoria profissional do trabalhador. A partir desta norma, a comprovação da atividade especial é feita por intermédio dos formulários SB-40 e DSS-8030, até a edição do Decreto 2.172 de 5 de março de 1997, que regulamentou a Medida Provisória n. .523/96 (convertida para a Lei n. 9.528/1997), que passou a exigir o laudo técnico;
> d) o § 5º, do artigo 57 da Lei n. 8.213/1991, passou a ter a redação do artigo 28 da Lei n. 9.711/1998, tornando-se proibida a conversão do tempo de serviço especial e comum, exceto para a atividade especial exercida até a edição da Medida Provisória n. 1.663-10, de 28 de maio de 1998, quando o referido dispositivo ainda era aplicável, na redação original dada pela Lei 9.032/95;
> e) tal qual para o agente físico ruído, havia a necessidade de apresentação de laudo técnico antes mesmo da edição da Medida Provisória n. 1.523, de 11 de outubro de 1996, vale também para outros agentes nocivos (CASTRO e LAZZRI, 2010).

Há ainda a discussão sobre o uso dos Equipamentos de Proteção Individual (EPI) que no entendimento da legislação não destituiria os requisitos para a concessão aposentadoria

especial, conforme Enunciado 21 do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS): "o simples fornecimento de equipamento de proteção individual de trabalho pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, devendo ser considerado todo o ambiente de trabalho" (BRASIL, 1999). O Enunciado n.289 do Tribunal Superior do Trabalho: adota esta determinação assim se posicionando:

> [...] o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado. A empresa é responsável pela adoção e uso de medidas coletivas e individuais de proteção à segurança e saúde do trabalhador sujeito aos riscos ocupacionais por ela gerados. Inclusive, os médicos peritos da previdência social terão acesso aos ambientes de trabalho e a outros locais onde se encontrem os documentos referentes ao controle médico de saúde ocupacional, e aqueles que digam respeito ao programa de prevenção de riscos ocupacionais, para verificar a eficácia das medidas adotadas pela empresa para a prevenção e controle das doenças ocupacionais (art. 338 e §2° do Decreto n° 3.048/99). Portanto a empresa deve estar cercada de cuidados, havendo a necessidade de treinar o trabalhador; a eficiência dos equipamentos também depende de sua correta utilização (MARTINEZ 2008, p. 108).

Importante destacar que mesmo não estando específico em lei é dever da empresa oferecer treinamento para o trabalhador fazer uso correto do EPI, para o correto uso de EPI, para que efetivamente seja protegida sua saúde.

4. Incongruências nos critérios previdenciários e critérios trabalhistas na concessão da aposentadoria especial após reforma da previdência

A aposentadoria especial é um benefício da Previdência bastante complexo para atender os requisitos para sua concessão, e com a Reforma da Previdência, estes critérios estão sendo absorvidos de maneira contraditória em reação às leis trabalhistas vigentes que regulam os direitos sociais dos trabalhadores. Para efeito de discussão sobre estes critérios é interessante um quadro comparativo de antes e de após a Reforma da Previdência em relação às regras para sua concessão.

Faz-se aqui um parêntese para um breve resumo sobre as alterações da Reforma Previdenciária que passaram ou vigorar na data de publicação da EC n. 103 no Diário Oficial da União, em 13 de novembro de 2019. Valendo para todos os segurados do RGPS, entre outras medidas, modificou a aposentadoria especial, iniciando pela nova redação do § 1º do artigo 201 da Constituição Federal que passou a ter a seguinte redação, ao que concerne a aposentadoria especial:

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: § 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados que comprovem I – com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar; II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. Aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos: a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição; b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição dos segurados: II – cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. O artigo 19 § 1º da Emenda Constitucional, trouxe a principal alteração nos requisitos para a concessão estipula idade mínima para a concessão da aposentadoria especial, pois prevê idade mínima, nos seguintes termos: I – aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos: a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição; b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição (BRASIL 1988)

Antes da Reforma da Previdência o critério para concessão era de 25 anos de atividade especial de risco baixo que envolvia quase todos os casos.

Esta regra vale apenas para quem começou a trabalhar depois da Reforma. É preciso cumprir uma idade mínima, além do tempo de atividade especial, para se aposentar, é preciso ter:

- 55 anos de idade + 15 anos de atividade especial, para as atividades de alto risco;
- 58 anos de idade + 20 anos de atividade especial, para as atividades de médio risco;
- 60 anos de idade + 25 anos de atividade especial, para as atividades de baixo risco.

Como as regras antes da reforma Previdenciária era possível se aposentar com 48 anos de idade, após 25 anos de atividade especial. Após a Reforma precisa ter 60 anos de idade para se aposentar, significando trabalhar por mais 12 anos, um total de 37 anos de atividade especial.

Após a reforma não é mais possível converter o tempo de atividade especial (exercido após a Reforma da Previdência) para tempo de contribuição porque a Reforma acabou com essa possibilidade.

O Quadro 1 expõe a comparação das alterações em relação ao período para a concessão:

Quadro 1 – Critério do tempo para a concessão da aposentadoria especial

ANTES DA REFORMA	DEPOIS DA REFORMA
Não existe idade mínima para a concessão	Existe uma idade mínima como requisito que depende do tempo para cada contribuição 60 anos de idade + 25 de atividade especial 58 anos de idade + 20 de atividade especial 55 anos de idade + 15 anos de atividade especial
25, 20 e 15 anos de contribuição variando com o grau de agressão do agente nocivo	

Fonte: Elaboração própria

Em relação ao salário mudou totalmente a regra de cálculo da Aposentadoria Especial com a Reforma da Previdência. Após a reforma o valor do benefício dependerá dos seguintes critérios:

- será feita a média de todos os seus salários, a partir de julho de 1994 ou de quando o segurado começou a contribuir;
- desta média o valor será de 60% + 2% ao ano acima de 20 anos de atividade especial para os homens e acima de 15 anos de atividade especial para as mulheres;
- para quem trabalha em minas subterrâneas (atividades de alto risco), o acréscimo de 2% ao ano de atividade especial será acima de 15 anos de atividade especial para os homens e mulheres.

Antes da Reforma Previdenciária conta a média era de 80% dos maiores salários.

Em relação à conversão de atividade especial para atividade comum com o advento da Reforma Previdenciária foi cancelada, não é mais possível fazer esta conversão, só ficou valendo para o período de atividade especial antes da vigência da Reforma Previdenciária, assim este período pode ser convertido normalmente, sob fundamento do direito adquirido.

O direito adquirido pode ainda garantir aposentadoria especial com a regra anterior se foi cumprido o tempo de atividade especial necessário para se aposentar (25, 20 ou 15 anos)

Observa-se que, após a Reforma Previdenciária não será devida a concessão da aposentadoria especial somente pela contagem do tempo de atividade em ambiente insalubre ou periculoso, pois agora é exigido a somatória com a idade do trabalhador, somatória esta que

só poderá ocorrer com a idade de 60, 58 ou 55 anos. Destaca-se que esta exigência deve ser preenchida para aqueles que se inscreverem ao RGPS após a entrada em vigor da Reforma Previdenciária.

Relembrando o conceito de aposentadoria especial que se consagrou na legislação trabalhista como "um benefício de incapacidade presumida, concedida ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física (LEMES, 2016, p. 129); e ainda como "uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou a integridade física (CASTRO e LAZZARI, 2011, p.637).

Estes entendimentos, entre outros semelhantes, em relação à aposentadoria especial, fundamentam o objetivo do legislador em garantir proteção ao trabalhador, em relação à sua incapacitação para o trabalho até perda total da integridade física e mental, devido à atividade acima dos limites de tolerância permitidos pelo organismo humano. A imposição de normas regulatórias para a concessão da aposentadoria especial restringindo tempo de carência para que ocorra a concessão da aposentadoria especial, desde que o trabalhador tenha sido exposto durante 15, 20 ou 25, a condições especiais em atividades nocivas à saúde, sujeito a agentes físicos, químicos, biológicos e psíquicos é uma prevenção garantista dos direitos à dignidade humano do segurado.

Destaque-se que a aposentadoria especial passou por inúmeras mudanças desde que foi instituída. Até 28 de abril de 1995 era aplicado o enquadramento por categoria profissional do segurado, por meio dos Decretos n. 53.831, de 25 de março de 1964 e do Decreto n. 83.080, de 24 de janeiro de 1979 em que bastava provar o desempenho da atividade para que fossem reconhecidas as atividades laborais como especiais. Mesmo que após 29 de abril de 1995 não mais se admitia a presunção da exposição do segurado aos agentes nocivos devido a sua profissão, foi compensado pela exigência de comprovação da efetiva exposição por meio de critérios técnicos para o reconhecimento da especialidade da atividade.

Após esse período, o limite de idade deixou de ser exigido pela Lei n. 5.440-A, de 23 de maio de 1968, e a carência mínima reduzida de 180 contribuições para apenas 60 meses por meio da Lei n. 5.890, de 8 de junho de 1973. Além do tempo de exposição de 15, 20 e 25 anos a atividade insalubre e perigosas, é exigido hoje para a percepção da aposentadoria em questão a carência de 180 contribuições, a mesma aplicada às demais aposentadorias, com exceção da por invalidez.

A legislação visa a aposentadoria especial como um benefício que garanta ao segurado do RGPS uma compensação pelo desgaste resultante do tempo de serviço prestado em

condições prejudiciais, por isto a determinação de carência diferenciada das demais aposentadorias (RIBEIRO, 2009, p.24).

Considerando que requisito carência está disciplinado por meio do artigo 24 da Lei n. 8.213/1991, interpreta-se como número mínimo de contribuições mensais imprescindíveis para que se faça jus a este benefício, *in verbis*: "Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o segurado faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências" (BRASIL, 1991).

Destaca-se ainda que a natureza jurídica da aposentadoria especial é recepcionada como um benefício de caráter preventivo, tendo como objetivo, afastar os segurados expostos a agentes nocivos a sua saúde e integridade física, antes mesmo que se consolidem os danos relativos a exposição de forma permanente que podem trazer doenças e males irreversíveis ao trabalhador (CASTRO e LAZZARI, 2011).

Sob estes fundamentos legislativos a regra previdenciária determinante para o período de carência se de 25 anos agride frontalmente ao propósito das normas regulatórias da legislação trabalhista em relação à preservação e integridade da saúde do trabalhador, ferindo assim sua dignidade humana.

Resumindo, com a Reforma Previdenciária a idade é regra essencial, destituindo o previsto até sua edição a previsão trabalhista de que os requisitos da aposentadoria especial eram de15, 20, ou 25 anos de tempo de contribuição com exposição a agentes nocivos; ou seja a regra geral seria a concessão da aposentadoria especial aos 25 anos de tempo de contribuição, porém havia a possibilidade 20 ou 15 anos em casos de exposição a determinados agentes nocivos como exposto no Anexo IV do Decreto 3.048/99, que foi alterado com nova redação pelo Decreto n. 10.410 de 30 de junho de 2020. A idade em nada interferia na contagem de carência para a aposentadoria especial, por exemplo na regra mais usual (25 anos) um segurado que começou a trabalhar exposto a agentes nocivos aos 20 anos de idade poderia se aposentar aos 45 anos.

Em relação à conversão de atividade especial para atividade comum com o advento da Reforma Previdenciária foi cancelada, não é mais possível fazer esta conversão, só ficou valendo para o período de atividade especial antes da vigência desta reforma, porque não houve como destituir a garantia do direito adquirido, ou seja este pode garantir aposentadoria especial com a regra anterior se foi cumprido o tempo de atividade especial necessário para se aposentar (25, 20 ou 15 anos) antes da edição das regras previdenciárias em vigor.

Pela norma da Reforma Previdenciária para a concessão do benefício de aposentadoria na modalidade especial, é necessário a comprovação de que laborou de forma permanente e ininterrupta a algum tipo de agente nocivo a sua saúde e integridade física, sem atentar que nem sempre o trabalhador atinge o tempo necessário para se aposentar nessa modalidade.

Está prevista no artigo 70 do Decreto 3.048/1999 o direito de conversão do tempo especial em tempo comum, dando ensejo para interpretar a não destituição da conversão do tempo especial em tempo comum.

O Decreto n. 4.827/2003 também dispõe em seus parágrafos § 1 e § 2:

> § 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerão ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço:
> § 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período (BRASIL, 2003).

O Poder Executivo independente da época da prestação do serviço, reconhece o direito a conversão do tempo comum em especial e por isso não é possível negar tal pretensão. Exemplo de decisão jurisprudencial:

> PREVIDENCIÁRIO. FATOR DE CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. REGRA DO DECRETO N.3.048/1999, ART. 70. APLICAÇÃO PARA O TRABALHO DESEMPENHADO EM QUALQUER ÉPOCA (PRECEDENTES). 1. Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, para fins de conversão do tempo de serviço especial em comum, deve ser aplicada a tabela contida no art. 70 do Decreto n. 3.048/1999 para o trabalho desempenhado em qualquer época. 2. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no Ag 1358845/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 09/11/2011) (JUSBRASIL, 2020).

Reforça este entendimento a doutrina de Ribeiro (2019, p. 247) quando afirma:

> A jurisprudência oriunda dos Tribunais Regionais Federais da 3ª e 4ª Região, em diversos acórdãos, abona este ponto de vista, no sentido da possibilidade de conversão de todo tempo trabalhado pelo segurado em condições especiais, inclusive após a Lei n. 9.711/98, Lei de conversão da Medida Provisória 1.663, o qual poderá ser somado ao restante do tempo sujeito à contagem comum.

Assim, percebe-se que entre as decisões baseadas na legislação trabalhista confrontam-se com a aplicação das regras previdenciárias após a Reforma Previdenciária.

Há também sério confronto entre a legislação trabalhista e a Reforma Previdenciária em relação ao definitivo afastamento da possibilidade de concessão da aposentadoria especial se constar o uso de EPI.

O EPI é definido pela NT – 6 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) como sendo: **"**todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho" (BRASIL, 1978)**.**

Tais equipamentos são responsáveis pela proteção e integridade do indivíduo com o intuito também de minimizar os riscos ambientais do ambiente de trabalho e promover a saúde, bem-estar e evitar os acidentes e doenças ocupacionais. Pelo artigo 166 da CLT:

> Art. 166- A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) (BRASIL, 1943)

A NR 6 introduzida pela portaria 3.214/1978, conceitua EPI, como "todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho" (BRASIL, 1978).

Pela doutrina aponta-se Martinez (2001, p.45) definindo o EPI como as "construções erigidas pela empresa visando a defender o trabalhador de acidente de trabalho, doenças profissionais ou do trabalho e sobretudo em razão da exposição aos riscos".

Esta interpretação advém até mesmo do próprio INSS quando reconhece que a simples utilização do EPI não afasta o risco do trabalhador, como consta suas Instruções Normativas n, 42/2001 e 78/2002, conforme a redação:

> Instrução Normativa INSS no 42/2001:
> Art. 19. A utilização de equipamento de proteção não descaracteriza o enquadramento da atividade.
> Instrução Normativa INSS/DC No 78/2002:
> Art. 159. A simples informação da existência de EPI ou de EPC, por si só, não descaracteriza o enquadramento da atividade. No caso de indicação de uso de EPI, deve ser analisada também a efetiva utilização dos mesmos durante toda a jornada de trabalho, bem como, analisadas as condições de conservação, higienização periódica e substituições a tempos regulares, na dependência da vida útil dos mesmos, cabendo a empresa explicitar essas informações no LTCAT/PPP (BRASIL, 2001 e BRASIL, 2002).

Até o advento da Reforma Previdenciária havia discussão nos tribunais pátrios se o uso do EPI pelas empresas afastaria absolutamente a aposentadoria especial, a corrente que não aprovava este discernimento era enfática, que somente o uso do EPI não era suficiente para a proteção do trabalhador em muitos casos de exposição a insalubridade e/ou periculosidade.

A partir da vigência da Reforma Previdenciária a regra é de que a empresa que faz uso de EPI independentemente de qualquer ressalva sobre os efeitos da insalubridade e da periculosidade. Contudo, tal posicionamento, os tribunais pátrios têm contestado tal situação,

entendendo que a utilização do EPI, por si só, não afasta a especialidade do período em que o trabalhador labora sob riscos à sua saúde.

E o entendimento do STJ, no Enunciado n. 21, do Conselho de Recursos da Previdência Social ao enuncia que "o simples fornecimento de equipamento de proteção individual de trabalho pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, devendo ser considerado todo o ambiente de trabalho". Da mesma forma o Parecer/CONJUR/MPS 616/2010, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 23 de dezembro de 2010 aduz os segurados devem proteger-se contra agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho, sem que com isso fique automaticamente descaracterizado o seu direito a aposentadoria especial, independentemente da eficácia dos EPIs. Ao segurado cabe comprovar, que os agentes nocivos estavam efetivamente presentes no ambiente de trabalho, durante toda sua jornada, comprovado por laudo técnico informando sobre o grau de eficiência dos EPIs utilizados. Se a prova for incontestável de que os EPIs eliminaram o risco de exposição ao agente nocivo, reduzindo-lhe a intensidade a limites de tolerância, o tempo de contribuição será contado como comum, por força do atendimento aos § 3º e 4º do artigo. 57 da Lei nº 8.213, de 1991.

O Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 664.335) exemplifica este posicionamento, o caso da exposição a ruído que não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado, considerando a matéria em Repercussão geral.

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES NOCIVAS. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NOCIVA ENTRE O AGENTE INSALUBRE E O TRABALHADOR. COMPROVAÇÃO NO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO PPP OU SIMILAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS HÁBEIS À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. CASO CONCRETO. AGENTE NOCIVO RUÍDO. UTILIZAÇÃO DE EPI. EFICÁCIA. REDUÇÃO DA NOCIVIDADE. CENÁRIO ATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NEUTRALIZAÇÃO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (JUSBRASIL, 2020).

Baseadas nestas fundamentações, em relação ao uso de EPI para afastar outros danos que não seja ruído, outras jurisprudências apresentam os mesmos argumentos:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO/SERVIÇO. REQUISITOS. ATIVIDADE ESPECIAL. HIDROCARBONETOS AROMÁTICOS. BENZENO. AGENTE RECONHECIDAMENTE CANCERÍGENO. UTILIZAÇÃO DE EPI. INEFICÁCIA RECONHECIDA. TUTELA ESPECÍFICA. 1. O reconhecimento da especialidade da atividade exercida sob condições nocivas é disciplinado pela lei em vigor à época em que efetivamente exercido, passando a integrar, como direito adquirido, o patrimônio jurídico do trabalhador (STJ, Recurso Especial Repetitivo n. 1.310.034). 2. Considerando que o § 5.º do art. 57 da Lei n. 8.213/91 não foi revogado pela Lei n. 9.711/98, e que, por disposição constitucional (art. 15 da Emenda Constitucional n. 20, de 15-12-1998), permanecem em vigor os arts. 57 e 58 da Lei de Benefícios até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1.º, da Constituição Federal, seja publicada, é possível a conversão de tempo de serviço especial em comum inclusive após 28-05-1998 (STJ, Recurso Especial Repetitivo n. 1.151.363). 3. Até 28-04-1995 é admissível o reconhecimento da especialidade por categoria profissional ou por sujeição a agentes nocivos, aceitando-se qualquer meio de prova (exceto para ruído, calor e frio); a partir de 29-04-1995 não mais é possível o enquadramento por categoria profissional, devendo existir comprovação da sujeição a agentes nocivos por qualquer meio de prova até 05-03-1997; a partir de então, por meio de formulário embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica; e, a partir de 01-01-2004, passou a ser necessária a apresentação do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), que substituiu os formulários SB-40, DSS 8030 e DIRBEN 8030, sendo este suficiente para a comprovação da especialidade desde que devidamente preenchido com base em laudo técnico e contendo a indicação dos responsáveis técnicos legalmente habilitados, por período, pelos registros ambientais e resultados de monitoração biológica, eximindo a parte da apresentação do laudo técnico em juízo. 4. A exposição a hidrocarbonetos aromáticos enseja o reconhecimento do tempo de serviço como especial. 5. Os hidrocarbonetos aromáticos são compostos de anéis benzênicos, ou seja, apresentam benzeno na sua composição, agente químico este que integra o Grupo 1 (agentes confirmados como cancerígenos para humanos) do Anexo da Portaria Interministerial MPS/MTE/MS nº 09-2014, encontrando-se registrado no Chemical Abstracts Service (CAS) sob o nº 71-43-2 e com previsão no código 1.0.3 do Decreto nº 3.048/99, sendo passível de aposentadoria especial aos 25 anos. 6. Verificado que o benzeno é agente nocivo cancerígeno para humanos, a simples exposição ao agente (qualitativa) dá ensejo ao reconhecimento da atividade especial qualquer que seja o nível de concentração no ambiente de trabalho do segurado, e independentemente de existência de EPC e/ou EPI eficaz. 7. Considerando a eficácia mandamental dos provimentos fundados no art. 497, caput, do CPC/2015, e tendo em vista que a presente decisão não está sujeita, em princípio, a recurso com efeito suspensivo, determina-se o cumprimento imediato do acórdão no tocante à averbação dos períodos especiais reconhecidos, a ser efetivada em 45 dias.
(TRF-4 - AC: 50038005020164047207 SC 5003800-50.2016.4.04.7207, Relator: CELSO KIPPER, Data de Julgamento: 30/06/2020, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC) (JUSBRASIL, 2020)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTES NOCIVOS. RECONHECIMENTO. CONVERSÃO. RUÍDO. PERÍODOS E NÍVEIS DE EXPOSIÇÃO. PROVA. USO DE EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPI). EFICÁCIA. DESCONSIDERAÇÃO. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGENTES

> QUÍMICOS. ATIVIDADE RURAL. AUSÊNCIA DE REQUISITO ETÁRIO PARA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO CONCEDIDA ANTERIORMENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019. A lei em vigor quando da prestação dos serviços define a configuração do tempo como especial ou comum, o qual passa a integrar o patrimônio jurídico do trabalhador, como direito adquirido. Até 28.4.1995 é admissível o reconhecimento da especialidade do trabalho por categoria profissional; a partir de 29.4.1995 é necessária a demonstração da efetiva exposição, de forma não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais à saúde, por qualquer meio de prova; a contar de 06.5.1997 a comprovação deve ser feita por formulário-padrão embasado em laudo técnico ou por perícia técnica. Considera-se como especial a atividade em que o segurado esteve exposto a ruídos superiores a 80 decibéis até a data de 5.3.1997, por conta do enquadramento previsto nos Decretos 53.831/64 e 83.080/79. Com a edição do Decreto 2.172/97, o limite passou a ser 90 decibéis, sendo reduzido para 85 decibéis, a contar de 19.11.2003, consoante previsto no Decreto 4.882/2003. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 664.335, fixou o entendimento de que: 1) o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial; 2) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria. A exposição habitual e permanente a agentes químicos nocivos à saúde permite o reconhecimento da atividade especial. Para tanto, basta a análise qualitativa (exposição aos agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho), independentemente de análise quantitativa (concentração, intensidade, etc.). Nos termos do artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, o cômputo de tempo de serviço de segurado trabalhador rural, anterior à data de início de sua vigência, é admitido para concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, independentemente do recolhimento das contribuições, exceto para efeito de carência. Para o período ulterior à Lei de Benefícios (competência de novembro de 1991, conforme disposto no artigo 192 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 357/91), o aproveitamento condiciona-se ao recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes, de acordo com o artigo 39, inciso II, da Lei nº 8.213/91 e Súmula 272 do Superior Tribunal de Justiça. Para a comprovação do tempo de atividade rural é preciso existir início de prova material, não sendo admitida, em regra, prova exclusivamente testemunhal. Demonstrado o preenchimento dos requisitos, o segurado tem direito à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, mediante a conversão dos períodos de atividade especial, a partir da data do requerimento administrativo, respeitada eventual prescrição quinquenal.
> (TRF-4 - AC: 50002326920164047031 PR 5000232-69.2016.4.04.7031, Relator: MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, Data de Julgamento: 09/03/2021, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR) (JUSBRASIL, 2020);

Na leitura destas jurisprudências, essencialmente as realizadas após a Reforma Previdenciária fica clara a tendência dos tribunais pátrias em entender que a declaração da empresa de que faz uso de EPI em ambientes laborais nocivos à saúde do trabalhador não é

suficiente para evitar o risco de prejudicar a sua saúde, assim a norma regulatória da Reforma Previdenciária está ferindo veementemente a legislação trabalhista.

5. Conclusão

Este estudo propiciou o entendimento de que o Brasil, mesmo dispondo de farta legislação na área de segurança e saúde do trabalhador, ainda está precisando de normas regulatórias que concretizem de fato os critérios da aposentadoria especial sem deixar dúbia interpretação.,

O advento da Reforma Previdenciária trouxe intensas e contraditórias alterações para a concessão da aposentadoria especial chegando às vias de se interpretar para o futuro a sua extinção. As mudanças da Reforma Previdenciária, tem o condão de dificultar o segurado em obter aposentadoria especial, da forma como foi idealizada, pois, as exigências dos critérios para sua concessão ficaram quase que inalcançáveis devido a imposição pelo Sistema de Previdência Social

Respondendo ao questionamento para realizar esta pesquisa pode-se apontar que várias foram as alterações realizadas pela Reforma Previdenciária, mas quer no presente trabalho foram colocadas em discussão as relacionadas ao tempo de carência para a concessão da aposentadoria especial, à conversão do tempo de contribuição especial em comum e a destituição de critério para caracterizar o direito à aposentadoria especial pela existência de EPI no ambiente labora.

Sob estes três temas, percebeu-se que precisa haver maior clareza e definição nas normas regulatórias para evitar incongruências entre a legislação trabalhista e a legislação previdenciária, conforme tem sido amplamente debatido nos tribunais pátrios.

Conclui-se que os legisladores estão atentos para que haja leis suficiente para garantir a proteção, conferindo a existência de um meio ambiente laborativo, sadio e equilibrado em relação à preservação da saúde e integridade física do trabalhador. Lembrado que tal atenção está vinculada à eficácia dos direitos sociais consagrados na Constituição Federal de 1988 entre os quais se destacam a saúde, o trabalho, a segurança e a Previdência Social.

A aposentadoria especial para o trabalhador, trata-se de uma garantia não somente para exercer seu ofício com dignidade, mas também para gozar dos aludidos direitos. Já as empresas poderão aumentar sua produtividade com trabalhadores seguros e saudáveis. Mais do que um mero objetivo, a consagração da saúde do trabalhador deve ser visualizada como um bem jurídico, resultado de avanços legislativos e constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL (1978) Ministério do Trabalho. **Portaria 3.214, 08 de junho de 1978. NR – 15.** Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr15.htm>. Acesso em: 20 janeiro 2021.

BRASIL (1999). **Decreto n. 3.048 de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1999/decreto-3048-6-maio-1999-368532-publicacaooriginal-96753-pe.html>. Acesso em 20 janeiro 2021.

BRASIL (1999). Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário Conselho de Recursos do Seguro Social-CRSS. **Enunciado n. 20**. Editado pela Resolução n. 1 de 11 de novembro de publicada no DOU de 18 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/inss/CRPS/jurisprudencia_administrativa/ENUNCIADOS%20DO%20CRSS%20-%201%20A%2039%20-%20PDF.pdf>. Acesso em: 20 janeiro 2021.

Brasil (2019). Reforma Previdenciária – Emenda Constitucional de 12 de novembro de 2019. **Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 29 janeiro 2021.

DELGADO, Maurício Godinho**. Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

ENIT – Escola Nacional da Inspeção do Trabalho. **Norma Regulamentadora Nº 15 (NR-15)**. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/portal/index.php/ctpp-nrs/nr-15?view=default>. Acesso em 20 janeiro 2021.;

FREUDENTHAL, Sergio Pardal. **Aposentadoria especial**. São Paulo : LTr, 2000

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho, história e teoria geral do Direito do Trabalho** - relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Regina Márcia Rangel de. **A Abordagem das Lesões por Esforços Repetitivos/Distúrbios Osteomoleculares Relacionados ao Trabalho – LER/DORT.** Centro de Referência em Saúde do Trabalhador do Espírito Santos – 79 CRST/ES. (Mestrado) Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, 2001.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 2 ed. São Paulo; Ltr, 1999.

BRASIL (1978) **Portaria N. 3.214, de 08 de junho de 1978. Normas Regulamentadoras**. Aprova as Normas Regulamentadoras-NR-do capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho. Disponível em: < http://www.ctpconsultoria.com.br/pdf/Portaria-3214-de-08-06-1978.pdf>. Acesso em 10 dezembro 2020,

PORTELA, Felipe Mêmolo. A **inconsistência regulatória da insalubridade por exposição ao ruído ocupacional**: diagnóstico e propostas de superação. 189ff. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

SALIBA, Tuffi Messias. **Manual prático de avaliação e controle de poeira e outros particulados**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SHERIQUE, Jaques. **Aprenda como fazer demonstrações ambientais**: PPRA, PCMAT, PGR, LTCAT, laudos técnicos, perfil profissiográfico previdenciário – PPP, custeio da aposentadoria especial, GFIP. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

RIBEIRO, MARIA HELENA CARREIRA ALVIM RIBEIRO, em sua obra **Aposentadoria Especial**. Curitiba: Juruá, 2019.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. Aposentadoria especial: regime geral da previdência social. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de Manual de direito previdenciário / Carlos Alberto Pereira de Castro, João Batista Lazzari. – 21.ed. Rio de Janeiro: Forense ,2018.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Albim. **Aposentadoria Especial – Regime Geral da Previdência Social**. Rio de Curitiba: Juruá, 2004. p.

GODOY, Fabiana Fernandes de. Manual Prático da advocacia previdenciária. 9. ed. Leme, SP: JH Mizuno,2020

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria Especial.* 2. ed., São Paulo: LTr, 1999.Disponivel em: http://www.ltr.com.br/loja/folheie/4981.pdf

BRASIL (1943). Decreto-lei n. 6452 de 1 de maio de 1943. CLT. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso 2m 10 dezembro 2020

BRASIL (2001) Instrução Normativa 42 INSS, de 22 de janeiro de 2001 – DOU 24 de janeiro de 2001. **Previdência Social – aposentadoria especial normas** Disponível em: <https://www.contabeis.com.br/legislacao/11805/instrucao-normativa-inss-42-2001/>. Acesso em: 20 janeiro 2020.

BRASIL (2002). Ministério da Previdência e Assistência Social - Instituto Nacional do Seguro Social Diretoria Colegiada. Instrução Normativa n. 78, de 16 de julho de 2002. DOU de 19 de julho de 2002. Informações sobre atividades exercidas em condições especiais. Disponível em: <ditoramagister.com/doc_355382_INSTRUCAO_NORMATIVA_N_78_DE_16_DE_JULHO_DE_2002.aspx>. Acesso em: 30 janeiro 2020.

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 11 dezembro 2020.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2002.

FACHIN, Odilia. **Fundamentos de metodologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GROTT, João Manoel. **Meio ambiente do trabalho** – prevenção a salvaguarda do trabalhador. Curitiba: Juruá, 2003.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Convenções da OIT**

A FUNÇÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA GOVERNANÇA

THE HERMENEUTIC FUNCTION OF FUNDAMENTAL LAW TO GOOD GOVERNANCE

Claudio Carneiro B. P. Coelho[1]

Marcelo Quentin[2]

Resumo: O presente artigo busca apresentar o conteúdo hermenêutico do Direito Fundamental à Boa Governança. Para tanto, inicialmente aborda a ideia de governança, partindo da influência que esse conceito sofreu do seu antecessor, isto é, de governabilidade. Fixado o conceito, desenvolve-se uma investigação sobre a formação do conteúdo jurídico do direito à boa governança, como cláusula geral a introduzir no sistema de controle de políticas públicas, aspectos finalísticos, procedimentais e econômicos. Mais à frente destaca o conteúdo do direito à boa governança com *status* de direito fundamental, calcado na Carta de Direitos Fundamentais da Europa (Carte de Nice), no caso específico dos países europeus do bloco, e ainda, como direito fundamental implícito, no caso brasileiro, tendo como escopo os seu aspecto democrático e republicano. Por fim, revela-se o conteúdo hermenêutico do direito fundamental à boa governança, propondo-se a identificação de que tal função hermenêutica, implementada pelo Poder Judiciário, deve estar centrada dentro de um binômio limitativo. De um lado, o controle proativo finalístico e procedimental por parte do Poder Judiciário e, de outro, como ponto limitador desta atuação, a autocontenção judicial em matérias de puro mérito administrativo.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Boa Governança. Hermenêutica Jurídica.

Abstract: This article aims to present the hermeneutical content of the Fundamental Right to Good Governance. Therefore, it initially addresses the idea of governance, starting from the influence that this concept suffered from the governability. Once the concept has been established, an investigation is carried out on the formation of the legal content of the right to good governance, as a general clause to be introduced in the public policy control system, with final, procedural and economic aspects. Further on, it highlights the content of the right to good governance with the status of a fundamental right, based on the Charter of Fundamental Rights of Europe (Nice Charter), in the specific case of the European countries of the bloc, and also, as an implicit fundamental right, in the case Brazilian, having as its scope the democratic and republican aspects. Finally, the hermeneutic content of the fundamental right to good governance is revealed, proposing the identification that such hermeneutical function, implemented by the Judiciary, must be centered within a limiting binomial. On the one hand, the

[1] Advogado. Pós-doutor pela Universidade Nova de Lisboa. Doutor em Direito Público. Pós-doutorando pela Universidade de Salamanca (Espanha). Coordenador do PPG em Direito do Centro Universitário Guanambi/BA. Professor Visitante do Curso de Mestrado da UAL (Portugal). Professor convidado da FGV (Brasil) e da EMERJ. Vice-presidente da *Ethical & Compliance International Institute*. Conselheiro da OAB/RJ. Presidente da Comissão de Direito à Educação da OAB/RJ. Coordenador do Centro Baiano de Investigação sobre Direito, Educação e Políticas Públicas da UniFG. Contato: professorclaudiocarneiro@gmail.com

[22] Juiz de Direito e juiz eleitoral no Estado do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa (UAL- Portugal). Formador de magistrados credenciado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Membro eleito do Comitê Gestor de Gestão de Pessoas do TJPR. Atuou como Juiz Auxiliar da presidência do TRE/PR na coordenação do processo da biometria. Coordenador e professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP) no curso de pós-graduação e nos preparatórios para concursos públicos. Consultor científico da Editora Appris. Contato: maq@tjpr.jus.br

proactive, finalistic and procedural control by the Judiciary Branch and, on the other, as a limiting point of this action, the judicial self-restraint in matters of pure administrative merit.

Keywords: Fundamental Law. Good Governance. Legal Hermeneutics.

1. Introdução

O presente artigo parte de uma análise do conceito e do conteúdo hermenêutico da boa governança, sobretudo dentro do contexto do estudo dos direitos fundamentais, adentrando-se brevemente nas questões sobre o status da boa governança dentro do arcabouço de direitos fundamentais existentes.

Uma vez reconhecida a boa governança como inserida no conjunto dos direitos fundamentais, pretende-se compreender suas funções dentro do sistema constitucional, enfatizando-se o seu aspecto hermenêutico em face de sistemas que adotam o "judicial review" como é o caso de Portugal e, também, do Brasil.

Sabe-se que a consecução de direitos fundamentais, sobretudo os de segunda dimensão ou geração (para alguns), consagrados como direitos de liberdade, é matéria que depende de muito mais do que meras declarações de cunho programático para se efetivarem e se concretizarem. Via de regra, a consecução de direitos fundamentais de segunda dimensão, como os direitos sociais, por exemplo, demanda uma atuação positiva do Estado. Isto é, para concretizar direitos sociais o Estado precisa dispender energia, precisa atuar positivamente, precisa, ao cabo, de recursos.

Há quem diga, inclusive, que a distinção entre direitos negativos e positivos, no sentido em que os primeiros demandariam um *"non facere"* do Estado em contrariedade ao *"facere"* demandado pelos direitos positivos, de fato não faz sentido, já que todos os direitos importam efetivamente em um custo ao Erário[3].

Não se pode deixar de lado que o fato de que os direitos sociais ou a sua concretização representam um custo financeiro para o Estado. Nos casos dos direitos sociais, aliás, como direitos positivos que são, dentro da clássica diferenciação e abstraindo das críticas, é ainda mais evidente e induvidosa a conclusão sobre o custo dos direitos.

Assim sendo, por mais que se tenha como certo o mister dos Estados em dar azo à concretização de direitos fundamentais, sobretudo Estados que adotam para si a função e o dever de implementar avanços sociais, com fito no bem-estar das pessoas; é preciso se ter em mente que todo direito social tem, como dito, o seu respectivo custo.

[3] HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *O Custo dos Direitos: Por que a Liberdade Depende de Impostos.* Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 27.

Mais do que isso, que a análise econômica da consecução desses direitos não significa uma redução ou uma *"capitis diminutio"* dos direitos sociais, antes os eleva e os garante para que não virem letra morta ou meras declarações em uma mera "folha de papel" na consagrada expressão de Ferdinand Lassale[4].

Nesse sentido é que se coloca a boa governança como um direito fundamental, na medida em que não há direitos sem recursos e que a consecução dos direitos depende da existência de um orçamento que lhes faça frente. Se os direitos dependem de orçamento, a boa governança é um dos instrumentos capazes de dar eficiência econômica ao Estado, funcionando assim como um vetor de garantia para que o Estado seja capaz de fazer frente aos anseios de prestador positivo de direitos sociais.

É importante a discussão, portanto, no sentido de analisarem-se os direitos sociais sob um duplo olhar, conforme afirma Cláudio Carneiro[5], "*de um lado os direitos fundamentais sociais enquanto força (previsão) normativa de âmbito constitucional e, de outro, a obtenção de recursos que sejam suficientes para realização das despesas públicas".*

2. Da governabilidade à boa governança

Governança é conceito que se forma a partir de outro vocábulo bastante conhecido na década de 70, que é a governabilidade. Pode a governabilidade ser definida em pelo menos quatro vertentes de que trataremos rapidamente.

Na primeira, a ideia de governabilidade é identificada como "a distância entre as demandas sociais a as habilidades das instituições públicas em satisfazê-las", o que envolve, portanto, uma dimensão político-institucional[6]. Governabilidade seria, portanto, a habilidade de, por meio de instituições públicas, fazer frente a demandas sociais.

Uma segunda vertente do conceito de governabilidade é aplicada à compreensão dos processos de transição democrática, notadamente nos países da América Latina, em que se reconhece a governabilidade como a "capacidade das instituições públicas de fazer frente aos desafios com que se defrontem, sobretudo no sentido de evitar a autocracia e expandir os direitos e oportunidades das pessoas"[7]. Nessa vertente, é perceptível o caráter mais

[4] LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Rio de Janeiro: Larmert, 1960.
[5] CARNEIRO, Cláudio. *AInda é Possível Falar em Direito Sociais?* In. Os Desafios do Direito no Século XXI: Violência, Criminalização, Consenso, Tutela Digital e Laboral. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina. 2019. p. 154.
[6] Cf. REIS, Fábio Wanderley. *Governabilidade, instituições e partidos.* Novos Estudos – CEBRAP, nº 41, março/1995. p. 42.
[7] Cf. PRATS, Joan Oriol. *El concepto y el análises de la gobernabilidad*. Revista Instituciones y desarrollo**.** Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Nº 14-15. 2003. p. 241.

intervencionista no sentido de implementar direitos sociais de igualdade, por meio de instituições públicas.

Quanto à terceira vertente, foi utilizada pelo Banco Mundial e outros organismos internacionais, colocando-se a governabilidade como "o exercício da autoridade através de tradições e instituições para o bem comum e assim compreendendo: o processo de selecionar, monitorar e substituir os governos; a capacidade de formular e implementar políticas responsáveis e prestar serviços públicos; e o respeito dos cidadãos e do Estado às instituições que governam as interações econômicas e sociais entre eles"[8]. Nessa vertente, portanto, tenta-se fechar o conceito, tornando-se-o mais completo, acrescendo os aspectos relacionados ao controle do governo, na medida em que se identifica a governabilidade dentro do próprio processo de formação deste, em sua fiscalização e até mesmo em sua substituição. Passa também o conceito pela implementação de serviços públicos e de políticas públicas calcadas na melhoria social.

Por fim, a quarta vertente da governabilidade está associada ao processo de consolidação da União Europeia, em que "a governabilidade descreve a estrutura de tomada de decisões em redes múltiplas envolvendo atores governamentais e não governamentais a um só tempo". Nessa última, o conceito agrega as ideias de complexos múltiplos de tomada de decisões e o envolvimento de atores não governamentais para além das instituições públicas.

O entendimento do conceito de governabilidade que, como veremos, não destoa tanto assim da ideia de governança, deve ser, portanto, compreendido consideradas as quatro vertentes acima expostas.

De se anotar, contudo, que o termo governabilidade passou por um período em que chegou a ser considerado um vocábulo de carga semântica absolutamente negativa, vindo à época a ser associado a uma espécie de retrocesso democrático, na medida em que justificaria a relativização de avanços sociais em face de uma suposta sobrecarga do sistema e, também, por conta de um crescimento cada vez maior das demandas sociais em contrapartida às dificuldades do Estado em fazer frente a estas. Como se a ideia de governabilidade fosse uma negação da afirmação de direitos sociais, o que de fato não é.

Essa carga negativa, contudo, acaba por gerar a necessidade de evoluir o conceito, passando então ao enfoque menos voltado aos atributos do Estado ou do Governo como

[8] KAUFFMANN, Daniel. *Replanteando Gobernabilidad. Las Lecciones Empíricas Desafían a los Convencionalismos.* Instituto del Banco Mundial. 2010. disponível em:
< http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCORINSPA/Resources/reth ink_gov-e.pdf> , acesso em dezembro de 2020.

estrutura, e voltando-se mais às claras deficiências do governo como prática dinâmica. Assim dá-se início à ideia e do conceito de governança[9].

Após trilhar o caminho desde o conceito de governabilidade, chegando-se especificamente ao conceito de governança, este passa a ser traduzido em 1992 pelo Banco Mundial como um tipo de poder exercido na administração de recursos.

Nesse viés, o conceito abraça três diferentes aspectos: Primeiro quanto à forma como se reveste o regime político do país; segundo, quanto ao processo por meio do qual a autoridade é exercida na gestão dos recursos econômicos e sociais do dado país, voltado ao seu desenvolvimento; por fim, no que concerne à capacidade dos governos de conceber, formular e implementar políticas de modo a se desincumbir de suas funções[10].

Claramente, o conceito de governança abarcado pelo Banco Mundial neste momento é de uma visão central do Estado, o qual assume as funções de integrador da diversidade, orientador das dinâmicas sociais e decompositor da complexidade, na busca de uma direção da sociedade, regida por um princípio de coerência[11].

Mais à frente, especificamente no ano de 2007, o conceito se renova alcançando o que se chamou de um verdadeiro refinamento quanto ao sentido original. Refinamento este dado pelo mesmo Banco Mundial, por meio de um grupo temático destinado à governança e ao combate à corrupção.

O conceito foi enunciado da seguinte maneira: *"Governança se refere à maneira através da qual os agentes e instituições públicas adquirem e exercem sua autoridade para o provimento de bens e serviços públicos incluindo a oferta de serviços essenciais, infraestrutura e um ambiente favorável ao investimento"*[12] [13].

Acrescem-se, portanto, ao que havia sido enunciado em 1992, dois elementos, quais sejam: a origem da autoridade, dando-lhe legitimidade, e a concretização das tarefas, isto é, o resultado buscado.

Vale mencionar ainda que as Nações Unidas também traçaram um conceito de governança, identificando-a com o processo de tomada de decisões e a implementação destas

---

[9] VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito Fundamental à boa administração e governança: democratizando a funcao administrativa.* Tese de Pós-doutorado apresentado na Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2010. p. 81-82. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6977> acesso em dezembro de 2020.
[10] *Ibidem*. p. 83.
[11] ROCHA, J. A. Oliveira. *Gestão pública e modernização administrativa***.** INA Editora, 2014. p. 186.
[12] THE WORLD BANK. *Strengthening World Bank Group engagement on governance And anticorruption*, 2007, p. 67. Disponível em: <http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1994/05/01/000009265_3970716142854/Rendered/PDF/multi0page.pdf >, acesso em dezembro de 2020.
[13] Conferir também: VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. cit*. p. 84-85.

decisões. Especificamente quanto ao processo, é de se frisar que se trata de um processo que se pretende participativo e orientado pelo consenso, responsável, transparente, efetivo, eficiente, inclusivo e orientado pelo Direito[14].

Na União Europeia, o conceito de governança veio expresso no que ficou conhecido como "Um Livro Branco"[15], em 2001, no seguinte sentido: *"governança designa as normas, processos e comportamentos que influem no exercício dos poderes a nível europeu, especialmente desde o ponto de vista da abertura, participação, responsabilização, eficácia e coerência"*[16].

Constata-se, portanto, que neste momento exsurge uma diferença sensível na compreensão do conceito de governança, sobretudo em comparação com o conceito de governabilidade, no que tange à ênfase não mais na dimensão institucional como estruturante da arquitetura do poder, mas sim em sua faceta dinâmica, na prática diária das funções do Estado. A governança, para além da governabilidade é, portanto, compreendida como um processo, um agir dinâmico.

O modo de operar as políticas governamentais é o principal enfoque agora e vai variar desde a formação do processo político-decisório dos governos até os mecanismos democráticos de avaliação, levando-se em conta a cooperação entre todos que possam concorrer para a superação das insuficiências do Estado, de modo, assim, a democratizar a sua atuação cada vez mais.

Claudio Carneiro[17], em síntese, indica que:

> é possível afirmar que, atualmente, o Estado Social (e os direitos sociais) não se viabiliza sem que haja o desenvolvimento econômico do Estado (estabilidade econômica e financeira) e, também, uma boa gestão pública (Boa Governança) que assegure a concretização (efetividade) dos direitos sociais para os seus reais destinatários, isto é, a sociedade.

Significa dizer que, cumpre ao Estado dar solução aos problemas coletivos, mas estes demandam também a participação de outros atores sociais[18].

[14] VALLE, Vanice Regina Lírio do. op, cit. p. 85.
[15] COMISSÃO DAS COMUIDADES EUROPEIAS. *Governança Europeia: Um Livro Branco.* 2001. Disponível em: < http://www.laicidade.org/wp-content/uploads/2006/09/ue-governanca-2001.pdf. > Acesso em dezembro de 2020.
[16] VALLE, Vanice Regina Lírio do. op, cit. p. 86.
[17] COELHO, Claudio Carneiro B. P. *Teoria do Pêndulo Econômico-hermenêutico. Uma releitura da relação entre Estado, Direito e sociedade em tempo de (pós) crise.* Rio de Janeiro: *University Institute*. 2021. p. 110;
[18] *Ibidem*. p. 87.

3. A construção jurídica do direito à boa governança e à boa administração

Boa governança é associada à ideia, portanto, de boa administração, de bom trato da coisa pública, de boa consecução dos interesses públicos. É afinal um meio de se agregarem diversos princípios constitucionais e sobretudo os princípios da Administração Pública, donde se retira primeiramente o seu conteúdo jurídico. Além disso, a boa governança está intimamente ligada ao debate econômico, político e social e não apenas à boa prestação do serviço público[19].

De início, poder-se-ia até mesmo tecer alguma crítica ao aspecto fluido que o termo "boa governança" poderia representar, gerando-se uma certa incerteza na sua aplicabilidade jurídica devido à sua fluidez de significado; mas de fato essa fluidez não é o que deve impedir o conceito de ser bem explorado e nem evitar que surta, ao cabo, os efeitos próprios que o Direito lhe determina; aliás, exatamente como ocorre com outras cláusulas gerais ou outros conceitos jurídicos indeterminados do Direito, o que é característica recente inclusive dos enunciados de status constitucional[20].

Conceitos como o de boa-fé, por exemplo, apesar de parecerem causa de problema pela sua fluidez e pluralidade de significados, em verdade são importantes para a consagração dos direitos, desde que se lhes dê a interpretação apropriada e desde que se lhes reconheça uma densidade mínima, sem o que não poderiam sequer ser considerados direitos se não meras exortações.

Perceptível, portanto, a importância da hermenêutica para casos de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, o que não é diferente com a boa governança, em cuja análise caberá ao intérprete avaliar de forma concreta e até mesmo empírica o que é ou não boa governança dentro dos casos concretos, identificando-se, a contrário senso, caso a caso, os casos de má governança.

Vale dizer ainda, que a inserção no sistema de conceitos jurídicos plurissignificativos serve deliberadamente para se gerar uma margem de discricionariedade ao administrador público, que de modo algum é nefasta e sim corresponde a uma necessária liberdade na consecução das funções administrativas; mas que, no entanto, evidentemente, deve se

[19] Cf. CARVALHO, Valter Alves. *O Direito à Boa Administração Pública: Uma Análise no Contexto dos Direitos de Cidadania no Brasil.* Dissertação de Mestrado. Universidade Federal Fluminense. 2013. p. 63. Disponívelem:<http://ppgdc.sites.uff.br/wp-content/uploads/sites/34/2017/06/DISSERTA%C3%87%C3%83O_-_Valter_Alves_Carvalho.pdf > acesso em dezembro de 2020.

[20] Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 1ª Ed., 2009. p. 198.

submeter a controle (seja interno ou externo), não do mérito dos atos, mas, em suma, da sua legitimidade[21].

Esse traço, aliás, se amolda a sistemas nos quais se adota o *"judicial review"* como o mais eficaz controle externo da atividade administrativa. E ademais, como argumenta Herbert Hart, é sabido que um certo grau de imprecisão é algo inerente à própria linguagem do Direito[22], não configurando nenhuma novidade o aspecto plurissignificativo do direito fundamental à boa governança.

A boa governança deve superar os aspectos da burocracia, não se limitando apenas em princípios como legalidade, impessoalidade, moralidade, entre outros, para que se tenha em foco uma administração mais voltada ao ponto de vista dos destinatários, à eficiência e eficácia. Assim sendo, *"a bondade no caso é uma bondade referenciada em todo o caso a respeito dos interesses e da posição concreta dos cidadãos interessados e não somente nos interesses da Administração"*[23].

Nesse quadro, é importante ao direito de boa governança e à boa administração a ancoragem na teoria dos direitos fundamentais, como se pretende neste trabalho, ao que se eleva o princípio a um caráter determinante a ponto de, caso seja concretizado, terminar por fomentar a própria proteção aos mesmos direitos fundamentais, num verdadeiro *movimento de retroalimentação*[24]. Assim, concretizar a boa governança como direito fundamental é ao cabo concretizar os próprios direitos fundamentais.

4. O direito fundamental à boa governança e à boa administração

O processo de consagração da boa governança ou boa administração pública como direito fundamental se inicia no direito comunitário europeu. Primeiramente como uma expressão de um princípio geral do direito e depois, com grande influência do Provedor de Justiça Europeu (*European Ombudsman*), justamente por conta da sua função de apurar casos de má administração, passa-se à previsão expressa na Carta de Nice ou Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em 2000[25].

[21] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 19 e seguintes.
[22] Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
[23] SOUVIRÓN MORENILLA, José Maria. *Sentido y alcance del derecho a una buena administración.* In: RODRÍGUEZ, Carmen María Ávila. RODRÍGUEZ, Francisco Gutiérrez (Coord.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 236.
[24] CARVALHO, Valter Alves. *Op. cit.* p. 66.
[25] Ibidem. p. 66 e seguintes.

Percebe-se então que o caminho para se chegar à Carta de Nice passou por definições empíricas do que não seria uma boa administração (sendo, portanto, considerado má administração), por meio de influência do *Ombudsman* europeu. Atos como desrespeito a direitos fundamentais, omissões estatais, abusos de poder, negligência, procedimentos ilegais, deslealdade, disfunção e incompetência, atrasos, falta de informação ou recusa desta, etc., são classificados, não taxativamente, como casos de má administração e a partir daí começa-se, a contrário senso, a se definir o que seria o direito fundamental à boa administração.

Vale mencionar que também o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa adveio por influência do *Onbudsman*, este aprovado em 2001[26] e que teve também grande influência na definição do direito fundamental à boa governança, fazendo referência a princípios como proporcionalidade, não-discriminação, legalidade, vedação de abuso de poder, transparência, entre outros.

Importante frisar que o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa não se trata de um documento normativo propriamente, estando mais relacionado a uma ideia de *"soft law"*, eis que embora não normativo é instrumento criado por meio de um processo argumentativo interinstitucional, servindo assim de grande vetor hermenêutico do direito posto e, especificamente, a influenciar diretamente a aplicação do direito fundamental à boa administração; este que já vinha consagrado na Carta de Nice desde o ano 2000, mas que somente ganha status de Tratado, com imposição normativa e cogência aos países membros, em 2009, com o Tratado de Lisboa[27].

Na Carta de Nice, então, com vigência desde 2009, se expressa no artigo 41 (também importantes os artigos 42 a 44) o Direito a uma boa administração[28]; importantíssimo

---

[26] CÓDIGO EUROPEU DE BOA CONDUTA ADMINISTRATIVA. Provedor de Justiça Europeu. 2002. Disponível em: < https://www.ombudsman.europa.eu/pt/publication/pt/3510#hl9 > acesso em dezembro de 2020.

[27] O Tratado de Lisboa foi assinado em 13/12/2007 e entrou em vigor em 01/12/2009. No seu artigo 6.º, n. 1, é reconhecida a natureza de tratado à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: *"A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados."* In. CARVALHO, Valter Alves. Op. cit. p. 70.

[28] *"Artigo 41.º – Direito a uma boa administração:* Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
1. *Este direito compreende, nomeadamente: O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente;O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua".*

elemento, portanto, para a consagração da boa governança como direito fundamental na Europa.

Vale frisar que, embora de grande valia para a União Europeia e para o direito fundamental em si, mundialmente consagrado, algumas críticas às disposições da Carta de Nice fizeram com que se incentivasse a conformação deste princípio dentro dos próprios estados membros do bloco, internamente.

Tal incentivo culminou com uma recomendação pelo Comitê de Ministros de Estados Membros, em 2007, de que os países da UE promovessem a boa administração dentro do quadro de princípios do Estado de Direito e da Democracia, mediante o funcionamento de administrações públicas assecuratórias da eficácia, eficiência e economia, bem como a promoção da boa administração no interesse de todos, com adoção de normas específicas[29]. E assim devem proceder os países da União Europeia desde então.

Do conjunto da obra, portanto, não há dúvida de que, na Europa, o direito à boa governança é um direito fundamental e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice) constitui elemento decisivo para esta constatação, pois dispõe, como visto, de forma expressa, sobre o seu status[30].

Quanto ao Brasil, não há como fazer a remessa ao Tratado de Nice, a título de assunção do texto para consagração do direito fundamental à boa governança, por evidente, já que serve à União Europeia; o que, contudo, não afasta a possibilidade da influência do tratado no direito brasileiro à guisa de comparação e como importante instrumento de hermenêutica.

No Brasil, em verdade, o direito fundamental à boa governança há de ser considerado implícito no texto da Constituição, notadamente como desdobramento dos princípios constitucionais da Administração Pública consagrados sobretudo no artigo 37 da /Constituição de 1988.

Correta, portanto, sem sombra de dúvida, a conclusão de Claudio Carneiro no sentido de que:

> A Boa Governança, atualmente, também deve ser tratada como verdadeiro direito fundamental, e não como mera recomendação ao administrador, seja ele público ou privado, pois o mau governo seja por escolhas indevidas por parte de seus gestores ou, simplesmente, por atos de corrupção ou suborno, acabam por comprometer direitos (no campo da eficácia) assegurados nas

[29] CARVALHO, Valter Alves. Op. cit. p. 71.
[30] Ver também: LIRA, Bruno de Oliveira. *O Direito Fundamental à Boa Administração sob a ótica do Estado.* 2011. Disponível em: < http://jus.com.br/artigos/18515/o-direito-fundamental-a-boa-administracao-sob-a-otica-do-estado>. Acesso em dezembro de 2020.

> constituições e, com isso, andar na contramão da evolução do que tem sido chamado de (Neo) constitucionalismo[31].

Mas de fato, a inexistência de uma disposição expressa, como há na Europa, para se agasalhar o direito fundamental à boa governança no Brasil contribui para que haja uma certa dificuldade de aceitação deste direito, muito em função do seu caráter procedimental (como vimos ao longo do trabalho), já que a sua efetivação depende da existência e da implementação de estruturas e organizações que lhe façam as vezes[32].

No entanto, mesmo aqueles que enxergam essa dificuldade de aceitação, não afastam (e nem poderiam) a ideia de que, minimamente, o direito fundamental à boa governança pode ser enquadrado em um direito de prestação do Estado, ainda que implícito. Isso porque é bastante claro que o reconhecimento do direito à boa governança decorre da percepção de que o Estado deve garantir o interesse público e deve atender às expectativas concretas dos cidadãos, algo que não se concretizará jamais sem a garantia de uma boa administração, no exato sentido da ideia de boa governança como direito fundamental.

Importante considerar que, uma vez que o Estado toma para si a função de formular o Direito e manter a ordem jurídica; e ainda, para além disso, assume o mister de dar azo aos interesses gerais atinentes à sociedade, é claro que, enquanto Estado-Administração, assume também implicitamente os deveres e os ônus de executar todas as atribuições desse mister no mais alto grau possível de qualidade e excelência, para que assim dê consecução a tudo que lhe é encargo de modo eficiente.

Nesses termos, arremata MOREIRA NETO[33]:

> A boa administração, portanto, não é uma finalidade disponível, que possa ser eventualmente atingida pelo Poder Público: é um dever constitucional de quem quer que se ponha a gerir, de livre e espontânea vontade, os interesses públicos. Por isso mesmo, em contrapartida, a boa administração corresponde a um direito cívico do administrado – implícito da cidadania.

É dizer, a boa administração além de calcada no processo de consecução dos interesses públicos é um direito próprio do cidadão, inerente à sua condição de cidadão; direito este com envergadura constitucional, escoimada nos princípios da Administração Pública, em observância aos quais o processo de concretização dos interesses sociais há de ser mais e mais eficiente, sob pena de que os governantes acabem por desatender o escopo geral da

[31] CARNEIRO, Cláudio. op. cit. p. 173.
[32] Cf. GUERRA, Sidney Cesar Silva; COSTA, Rafaela Rodrigues. *O Direito Fundamental à Boa Administração e a Legalidade dos Atos Administrativos Municipais.* 2018. p. 11. Disponível em < http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/5094 > acesso em dezembro de 2020.
[33] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo***:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 119.

Administração Pública e com isso reduzam a própria capacidade do Estado em implementar e concretizar direitos, ao que, evidentemente, devem estar sujeitos a controle.

Em suma, Carvalho afirma que o direito fundamental à boa governança *"há de se colocar como um instrumental jurídico que se coaduna com os anseios democráticos e com a ideia de governança, a acarretar à Administração Pública e aos gestores públicos vinculação aos ideais e mandamentos constitucionais"*[34].

Ainda, como uma pá de cal, o muito bem colocado conceito de Juarez Freitas[35] sobre o direito fundamental à boa governança, no sentido de que ele reflete:

> A eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades.

Percebe-se, portanto, a amplitude que a boa governança assume através de uma concepção de verdadeiro direito fundamental.

5. A função hermenêutica do direito fundamental à boa governança

Dentro do que se apresentou neste trabalho a respeito do Direito Fundamental à Boa Governança, já começa a ficar claro que a sua função hermenêutica se identifica com a perquirição dos anseios sociais e democráticos, relegando-se ao Estado-Administração e aos próprios agentes públicos a submissão aos princípios e regras constitucionais.

Ainda, tal submissão deve voltar-se ao sentido de preservação das capacidades institucionais, para que o Estado-Administração permaneça capaz dar azo e concretude aos direitos fundamentais de um modo geral; devendo ser assegurada ainda a atuação do Poder Judiciário como órgão de controle externo dos aspectos inerentes ao processo de governança, respeitados certos limites de atuação em nome da harmonia e independência entre os poderes republicanos.

Em larga medida, a existência de um Direito Fundamental à Boa Governança confirma dentro do sistema a noção de republicanismo, pois em última análise tem como norte o bem

[34] CARVALHO, Valter Alves. *O Direito à boa administração pública como instrumento de hermenêutica constitucional.* Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=234a1273487bf7b2>. Acesso em: dezembro de 2020. p. 3.
[35] FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública.* 3ª ed. refundida e aumentada. São Paulo. Ed. Malheiros Editores. 2014.

comum de todos os cidadãos a ser garantido e concretizado pelo Estado-Administração[36]. A Administração deve velar pela coisa pública, sob pena de se tornar escassa e ineficaz, até mesmo do ponto de vista econômico, e com isso incapaz de concretizar direitos (na exata compreensão de que todo direito tem um custo).

Sabe-se que a hermenêutica, longe de ser uma atividade de conteúdo meramente declaratório, como já se defendeu no passado, em verdade se trata de uma atividade constitutiva, na medida em que a norma resulta da atividade hermenêutica e não o inverso, estando ainda o processo interpretativo escoimado na pré-compreensão do intérprete e nas peculiaridades do caso concreto[37]. Mais ainda, com o avanço da hermenêutica constitucional, muito diferenciada em relação à hermenêutica clássica; entre outros motivos; por conta das normas plurissignificativas de que tratam as constituições modernas, sobretudo lastreadas em princípios; passa a ser requisitada uma espécie de interpretação cada vez mais democrática, ampliando-se inclusive o rol dos intérpretes da Constituição, a se abandonar uma sociedade fechada, calcada nos órgãos oficiais, e culminando numa "sociedade aberta" de intérpretes da Constituição[38]. Isso porque quanto mais aberta e plural for uma sociedade, na mesma proporção há de ser aberta e plural a interpretação constitucional para que esta reflita a realidade como ela é.

Nesse contexto, portanto, de republicanismo e pluralidade, de trato da coisa pública e de abertura democrática, é que a Administração Pública passa a ser vista não mais como uma mera estrutura burocrática calcada na consecução dos ditos "interesses" do Estado, mas sim como instrumento de busca da consecução dos direitos fundamentais do cidadão. Não é à toa, aliás, que o próprio conceito de "interesse público primário" passa atualmente a ser entendido como um interesse ligado justamente à consecução dos direitos fundamentais[39].

Em se tratando de um direito de cunho republicano e democrático, portanto, o direito à boa governança se insere no que afirmava Friedrich Müller[40], ao constatar que uma democracia não se confundiria com um mero dispositivo de técnicas jurídicas para definir

[36] Conferir também: CARVALHO, Valter Alves. op. cit. p. 3.
[37] Conferir em: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
[38] Conferir: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
[39] Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* 2ª ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 36-48.
[40] Conferir: MÜLLER, Friedrich. *Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?*. Tradução de Peter Naumann. *In.* Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, Edição especial, Porto Alegre, 2000. p. 26.

como textos de normas são postos em vigor, como leis são aprovadas; mas a compreensão do que seja democracia se liga ao tratamento dispensado pelo Estado ao Povo, não como súditos nem como seres subumanos, mas individualmente como membros do povo soberano.

É dizer, o sentido hermenêutico do Direito Fundamental à Boa Governança está relacionado ao atendimento do povo e de seus interesses, ao cabo, em dar azo à concretização do que é necessário para garantir os direitos constitucionais dos cidadãos. Somente com esse escopo é que se o considera de fato um direito republicano.

Ainda, o caráter democrático do direito à boa governança denota que os pontos de vista da análise daquilo que deve ser "bom" ou não são múltiplos e plurais, assim como a sociedade moderna e seus valores também o são. Pois não há como falar em democracia quando os escopos do Estado não se coadunam com a multiplicidade e pluralidade do substrato social.

Neste ponto é fundamental a análise do Poder Judiciário como poder responsável pelo controle das políticas públicas, sobretudo num sistema de *"Judicial Review"*. A boa governança como direito fundamental deve funcionar como importante instrumento para este controle no seu aspecto hermenêutico.

Na medida em que o reconhecimento do Direito Fundamental à Boa Governança engendra a perspectiva de que a função administrativa é das mais relevantes para a concretização dos direitos fundamentais e que corresponde a uma verdadeira ampliação do espectro de proteção desses direitos, especificamente no aspecto dinâmico relacionado aos processos internos levados a efeito pelo Estado-Administração; tudo está sujeito a controle porque o próprio processo em si é um direito fundamental. O processo há de ser eficaz e eficiente e deve ele representar o que se tem por boa governança, inclusive, sem se desgarrar da eficiência econômica.

Assim sendo, no campo da hermenêutica, o Direito Fundamental à Boa Governança reflete no "Judicial Review" um sentido verdadeiramente proativo, em se impor ao Estado-Administração a realização de políticas públicas que venham a dar concretude aos direitos fundamentais ou ao menos voltadas para este objetivo; bem assim, por meio de procedimentos que sejam os mais eficazes possíveis e de menor custo possível ao Erário, incluindo-se, assim, na análise hermenêutica também o critério econômico das políticas públicas.

Cabe frisar que, dentro deste aspecto, está incluída também a possível responsabilização do agente público quando venha a se distanciar tanto da finalidade nos direitos fundamentais de um modo geral, não dando azo a sua consecução, ou caso também se distancie do próprio Direito Fundamental à Boa Governança, quando estará em última análise mal versando com o dinheiro público.

É de se questionar, contudo, se esta possibilidade de o Judiciário analisar a título de controle os aspectos finalísticos do ato administrativo, tendo em conta ainda o aspecto econômico, não cria uma demasiada possibilidade de ingerência indevida do Judiciário em face da Administração, de certo modo a se autorizar uma crescente hipertrofia de um Poder perante outro.

É nesse campo que residem muitas críticas ao que se costuma chamar de "ativismo judicial", em expressão absolutamente detrimentosa da atuação do Judiciário no controle de políticas públicas[41].

É claro que a questão é importante, pois não se deseja uma hipertrofia do Poder Judiciário, antes apenas que este cumpra suas funções de guardião dos direitos fundamentais. Por isso é que se considera inexistir hipertrofia de um Poder quando este dá azo ao que está na Constituição e que, em última análise, representa a vontade do povo, a qual está acima de todos os Poderes.

Além disso o controle de constitucionalidade a cargo do Poder Judiciário é absolutamente necessário e deve prevalecer, dada a necessidade de "preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado de Direito Democrático", que também corresponde a um valor supremo da Constituição[42].

Não por outra razão, e sem deixar de lado o risco de um ativismo judicial indevido, é que se reconhece também no Direito Fundamental à Boa Governança um sentido hermenêutico de autocontenção, na medida em que não deve de fato o Judiciário se arvorar na função de administrador, pois a governança pressupõe, como visto, a ideia de democracia. E de fato não há democracia na hipertrofia de um Poder perante outro, mas sim no diálogo entre eles e no reconhecimento das capacidades institucionais de cada um desses Poderes.

Portanto, a função hermenêutica do Direito Fundamental à Boa Governança centra-se dentro de um binômio, cujos extremos podem ser assim representados: de uma lado, a imposição ao administrador das finalidades calcadas na consecução dos direitos fundamentais, reconhecidos como conteúdo do verdadeiro interesse público primário, e ainda, sob procedimentos que atendam a eficiência inclusive no campo econômico; de outro lado, a

[41] Costuma-se, inclusive, classificar as teorias sobre o tema do ativismo judicial em: a) Procedimentalista, identificada com a ideia de que a jurisdição constitucional deve apenas se ater à proteção dos pressupostos ncessários ao bom funcionamento da democracia, portanto mais inclinada à ideia de contenção judicial; e b) Substancialista, mais alinhada com o sentido de que a jurisdição constitucional deve abarcar os valores substantivos da Constituição, portanto, mais condizende com um atuação proativa do Judiciário. Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.* Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, n. 9, 2009. p. 95-131.

[42] Sobre o tema: BARROSO, Luiz Roberto. op. cit. p. 386.

autocontenção para os casos em que se identifique que a atuação do Judiciário irá se imiscuir indevidamente na atividade própria do Estado-Administração, adentrando-se de forma imprópria no mérito dos atos administrativos em geral.

Se escorada nos limites deste binômio estiver a compreensão hermenêutica do Direito Fundamental à Boa Governança ou Direito Fundamental à Boa Administração, pode-se dizer que estar-se-á atendendo aos aspectos democrático e republicano de que se sustenta o direito, atendendo-se a contento a perquirição dos direitos fundamentais consagrados na Constituição e sem macular o princípio da harmonia e independência entre os Poderes da República.

Por fim, poder-se-ia questionar se a autocontenção por parte do Poder Judiciário é mesmo possível e se não haveria campo para abusos, desfazendo-se por completo o argumento da limitação harmônica e democrática do Estado-Juiz em face do seu controle perante o Estado-Administração, a fim de evitar ativismos indesejáveis. Isto é, quem imporá limites ao Judiciário senão ele mesmo?

E a resposta não pode ser diferente, é ele mesmo, o Judiciário, daí o nome de autocontenção, pois não se pode esquecer que o Judiciário não é apenas um ente unitário, mas sim um grande sistema em que debatem pela via do argumento vários atores, advogados, membros do Ministério Público e até amigos da Corte, para a dialógica formação de uma decisão judicial. Assim deve ser, aliás, pelo aspecto plural de que se cerca a interpretação constitucional nos dias de hoje, como já abordamos em Peter Häberle[43].

Mais ainda, não se pode olvidar de que o Judiciário é uma estrutura escalonada em que ocorre sempre a revisão das decisões judiciais, via recurso ou meios de impugnação ou até reexames necessários ou recursos de ofício, o que constitui um verdadeiro mecanismos de controle de tribunais perante juízes e de tribunais superiores perante tribunais locais, além de, por fim, com a última palavra sobre a Constituição, o socorro à Corte Constitucional.

Portanto, a autocontenção é sim um limite possível e viável, havendo de se concretizar como um dos lados do dito binômio da interpretação do Direito Fundamental à Boa Governança, ombreado, como dissemos, pelo controle proativo finalístico e procedimental das políticas públicas por parte do Poder Judiciário.

[43] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 30.

6. CONCLUSÕES

Não há dúvida de que o complexo processo hermenêutico constitucional é elemento fundamental para a necessária interpenetração entre normatividade e realidade conforme aduz, inclusive, Konrad Hesse[44]. Daí porque a importância do estudo do sentido hermenêutico do Direito Fundamental à Boa Governança.

Identificado o Direito Fundamental à Boa Governança sob os aspectos procedimental, econômico e finalístico, é possível enquadrá-lo, de forma expressa consoante ocorre na Europa ou implícita, no caso brasileiro, dentro do sistema como um elemento de importância capital; um verdadeiro vetor, para a busca da concretização dos direitos fundamentais em geral, em destaque para direitos sociais, eis que a sua existência promove um fecundo diálogo institucional entre os Poderes.

O reconhecimento desse fundamental direito eleva a atividade administrativa e o Estado-Administração a um patamar mais alto dentro da função de concretizar o interesse público primário, identificado este como um interesse finalístico calcado propriamente nos direitos fundamentais. Mais ainda, coloca o Poder Judiciário como traço essencial do controle da atividade administrativa; seja no sentido de impor à Administração o atendimento ou ao menos o direcionamento ao atendimento dos direitos fundamentais do cidadão ou quanto à imposição de escolhas administrativas e de processos legalmente e economicamente viáveis; com o fulcro na salvaguarda da coisa pública, e com isso, na manutenção do Estado como ente capaz de dar efetiva concretização aos direitos e livre da escassez de recursos que o tornaria inócuo e inepto para tal mister.

Ainda, sem deixar de se atentar para o risco de um indevido ativismo judicial, reconhecer no Direito Fundamental à Boa Administração o elemento necessário de autocontenção do Estado-Juiz quando a sua interferência tender a meramente se imiscuir na atividade própria do Estado-Administração; sobretudo, quando não identificada na possível e eventual atuação positiva do Poder Judiciário uma ostensiva imposição de caminhos constitucionalmente consagrados pelos direitos fundamentais ou ao menos um equívoco de procedimento no agir administrativo, ainda que do ponto de vista econômico.

Por fim, além de producente mostra-se bastante válida a introdução de limites ao sentido hermenêutico do Direito Fundamental à Boa Governança. Limites estes que podem

[44] Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ser identificados no binômio: controle proativo finalístico e procedimental x autocontenção em matéria de puro mérito administrativo.

Assim, uma vez respeitado o binômio dos limites propostos e observado o próprio sentido do controle judicial das políticas públicas sob o prisma do Direito Fundamental à Boa Governança, atendidos estarão os aspectos democrático e republicano a que serve o direito. Com isso, não haverá o malfadado ativismo judicial ou qualquer hipertrofia indevida de um Poder republicano sobre outro.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 1ª Ed., 2009.

CARVALHO, Valter Alves. **O Direito à boa administração pública como instrumento de hermenêutica constitucional**. Rio de Janeiro. 2015.

CARVALHO, Valter Alves. **O Direito à Boa Administração Pública**: Uma Análise no Contexto dos Direitos de Cidadania no Brasil. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal Fluminense. 2013.

COELHO, Claudio Carneiro B. P. **Teoria do Pêndulo Econômico-hermenêutico**. Uma releitura da relação entre Estado, Direito e sociedade em tempo de (pós) crise. Rio de Janeiro: University Institute. 2021. P. 110

_____. Ainda é Possível Falar em Direito Sociais? In. Os Desafios do Direito no Século XXI: Violência, Criminalização, Consenso, Tutela Digital e Laboral. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina. 2019.

CÓDIGO EUROPEU DE BOA CONDUTA ADMINISTRATIVA. Provedor de Justiça Europeu. 2002.

COMISSÃO DAS COMUIDADES EUROPEIAS. **Governança Europeia**: Um Livro Branco. 2001.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3ª ed. refundida e aumentada. São Paulo. Ed. Malheiros Editores. 2014.

GUERRA, Sidney Cesar Silva; COSTA, Rafaela Rodrigues. **O Direito Fundamental à Boa Administração e a Legalidade dos Atos Administrativos Municipais**. 2018.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre**: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O Custo dos Direitos**: Por que a Liberdade Depende de Impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

KAUFFMANN, Daniel. ***Replanteando Gobernabilidad. Las Lecciones Empíricas Desafían a los Convencionalismos***. Instituto del Banco Mundial. 2010.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Rio de Janeiro: Larmert, 1960.

LIRA, Bruno de Oliveira. **O Direito Fundamental à Boa Administração sob a ótica do Estado**. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático**?. Tradução de Peter Naumann. In. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, Edição especial, Porto Alegre, 2000.

PRATS, Joan Oriol. ***El concepto y el análises de la gobernabilidad***. Revista Instituciones y desarrollo**.** Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Nº 14-15. 2003.

REIS, Fábio Wanderley. **Governabilidade, instituições e partidos**. Novos Estudos – CEBRAP, nº 41, março/1995.

ROCHA, J. A. Oliveira. **Gestão pública e modernização administrativa.** INA Editora, 2014.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, n. 9, 2009.

SOUVIRÓN MORENILLA, José Maria. *Sentido y alcance del derecho a una buena administración.* In: RODRÍGUEZ, Carmen María Ávila. RODRÍGUEZ, Francisco Gutiérrez (Coord.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

THE WORLD BANK. *Strengthening World Bank Group engagement on governance And anticorruption*, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito Fundamental à boa administração e governança**: democratizando a funcao administrativa. Tese de Pós-doutorado apresentado na Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro 2010.

 doi: 10.47595/cjsiurj.v2i2.34

APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

APPLICATION OF CONSUMER LAW IN REAL ESTATE DEVELOPMENTS

Alexis Mendonça Cavichini Teixeira de Siqueira[1]

Silvia Renata de Oliveira Penchel[2]

Resumo: Esta pesquisa tem como objetivo abordar a forma como se dá a aplicação do direito do consumidor no caso de vendas de unidades autônomas em incorporações imobiliárias no Brasil. O método utilizado para a confecção do trabalho é o dedutivo, pois parte de premissas para poder se elaborar uma conclusão e um raciocínio lógico final a respeito das perspectivas e problemática atual do tema no direito pátrio. É verificado em qual âmbito se aplicam o código de defesa do consumidor no Brasil para essas relações e em qual âmbito sua aplicação é afastada, seja para a aplicação de legislação especial ou do próprio código civil. A pesquisa trata ainda da aplicação do diálogo das fontes normativas a essas relações de compra e venda de imóveis quando envolvem empreendimentos imobiliários e a inaplicabilidade da legislação consumerista, uma vez que não há disciplina específica a essas relações em uma só fonte normativa. Ao fim, conclui-se que a proteção do consumidor no ordenamento brasileiro é suficiente no âmbito das incorporações imobiliárias.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Incorporações imobiliárias; Legislação imobiliária.

Abstract: This research aims to address the way in which consumer law is applied in the case of sales of autonomous units in real estate developments in Brazil. The method used for making the work is the deductive one, since it starts from premises to be able to elaborate a conclusion and a final logical reasoning regarding the perspectives and current problems of the theme in Brazilian law. It is verified in which scope the consumer protection code in Brazil is applied for these relations and in which scope its application is removed, either for the application of special legislation or of the civil code itself. The research also deals with the application of the dialogue of the normative sources to these relations of purchase and sale of real estate when they involve real estate projects and the inapplicability of consumerist legislation, since there is no specific discipline to these relations in a single normative source. In the end, it is concluded that the consumer protection in the brazilian legal system is suficiente in the real estate developments.

Keywords: Consumer law; Real estate developments; Real estate legislation.

Introdução

O direito do consumidor, também chamado de direito do consumo, é um ramo do direito que ganhou em importância e autonomia a partir da segunda metade do século

[1] Mestre em ciências jurídico políticas pela - Universidade Portucalense – UPT/Portugal; Doutor em Direito pela UCSF/Argentina, Oficial do 4º Registro de Imóveis do Rio de Janeiro.
E-mail: alexismcs@yahoo.com
[2] Pós-Graduada em Direito Notarial e Registral, Tabeliã e Oficial do Ofício único de Quatis/RJ.
E-mail: silviapenchel@hotmail.com

XX, e chega ao século XXI abarcando diversas relações jurídicas que tradicionalmente ficavam a cargo do direito civil.

Ocorre que o direito civil não desapareceu completamente. Ele continua aplicável à diversas relações jurídicas, e aplicável a relações regidas pela legislação consumerista, normalmente de forma subsidiária.

Saber quando aplicar o código de defesa do consumidor no Brasil, leis específicas que tratam de incorporações imobiliárias ou quando aplicar as normas de direito civil é tema complexo.

O tema fica ainda mais complexo no tocante às incorporações imobiliárias, ou seja, empreendimentos imobiliários cujos proprietários pretendam vender os imóveis ainda em construção, ou, como se diz no jargão popular, "na planta".

Essa complexidade ocorre porque a legislação envolvida é a imobiliária. A legislação imobiliária possui peculiaridades que muitas vezes não se aplicam (nem teriam como se aplicar) ao direito do consumidor, muito pensado em regular relações de consumo de bens móveis de pequeno valor ou serviços prestados em massa. A compra e venda de imóveis, especialmente em construção é uma relação jurídica que envolve todo um feixe de relações, entre o adquirente, o construtor, o incorporador e os demais adquirentes.

Desta maneira, o presente trabalho tem por objetivo analisar o âmbito de aplicação da legislação consumerista em incorporações imobiliárias no Brasil. Onde a legislação consumerista não seja aplicável, será analisada a legislação pertinente, em especial o código civil, que possuem extensa regulamentação sobre contratos e sobre direitos reais.

A hipótese aqui trabalhada é que a legislação é suficiente para a proteção do adquirente de imóveis em construção, especificamente no âmbito das incorporações imobiliárias. Ao fim, espera-se concluir se a legislação brasileira é suficiente, insuficiente ou se foi muito adiante na proteção do consumidor e acabou por desequilibrar as relações jurídicas de consumo, gerando ônus excessivo ao empreendedor.

1. Incorporações imobiliárias e o código de defesa do consumidor

O contrato, conforme definição clássica, deve ser cumprindo, de acordo com a máxima latina *pacta sunt servanda*, ou seja, o pactuado deve ser observado pelos contratantes. A

obrigatoriedade do contrato é base do direito contratual.[3] Poucos iriam se aventurar em fazer um contrato sabendo que o mesmo poderia ser ou não cumprido de acordo com o bel-prazer da outra parte.

Desta maneira, ainda no entendimento tradicional do direito contratual, sobreleva-se o princípio da autonomia da vontade. Esse princípio "Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se."[4]

Ocorre que modernamente tem havido cada vez mais uma intervenção governamental no direito de contratar, em uma verdadeira tutela do direito contratual. Além disso, novos princípios ganham força, como o da função social do contrato[5] e a boa-fé objetiva.[6] Tais princípios acabam por relativizar a força obrigatória do contrato e seu alcance restrito entre as partes.

A ideia da função social do contrato e a flexibilização do princípio da força obrigatória do contrato não é tão novo quanto parece. Sua aplicação pode até ser. Porém, no início do século XX, o grande jurista alemão Gustav Radbruch já lamentava o caráter por demais "liberal" do BGB, o código civil alemão, que segundo ele, deveria ter mais atenção ao pensamento social.[7]

Essa intervenção governamental efetuada tem por objetivo equilibrar o contrato, e deixar o mesmo mais "justo", uma vez que o entendimento predominante, no atual estado de bem-estar social, é que existiria um desnível econômico entre os contratantes, de maneira que se faria necessária uma intervenção governamental no âmbito do direito contratual para reequilibrar o mesmo. Ocorre que "Nem sempre o Estado mostrou-se bem-sucedido na tarefa. A excessiva intervenção na ordem econômica privada ocasiona distorções a longo prazo".[8]

A tendência observada, desde o fim da primeira guerra mundial, com as primeiras constituições sociais, é de se aumentar sempre o escopo do Estado nas relações privadas. Primeiramente, com a legislação trabalhista, posteriormente com a intervenção nos contratos que tinham um viés "social" como o de locação, e, finalmente, chegando as relações de

[3] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: Teoria Geral das obrigações e Teoria geral dos contratos.* (4ª ed) São Paulo: Atlas, 2004, p. 390.
[4] GOMES, Orlando. *Contratos.* (16ª ed). Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 22.
[5] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Código civil interpretado – Conforme a Constituição da República, Vol. II*. (2ª ed). Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 12.
[6] Ibidem, p. 16.
[7] RADBRUCH, Gustav. Introdução à ciência do direito. (2ª ed). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 77.
[8] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: Teoria Geral das obrigações e Teoria geral dos contratos.* (4ª ed) São Paulo: Atlas, 2004, p. 391.

consumo. Hoje o Estado conclama uma ainda maior participação na vida particular dos indivíduos, em uma tendência (ainda) de crescimento.[9]

Chegamos, então, ao atual estágio da evolução da situação contratual no Brasil, bem como em diversos outros países. Hoje temos uma situação de grande intervenção e tutela governamental nas relações privadas, caracterizada em grande parte no Brasil pelo código de defesa do consumidor, que abrange todas as relações ditas "de consumo". Assim, em cada contrato, devemos efetuar um diálogo das fontes normativas, para aplicar o código civil ou o código de defesa do consumidor, conforme a relação analisada.

O código de defesa do consumidor foi instituído por meio da lei 8.078/1990 que trouxe uma caracterização bastante alargada de sua aplicação, conforme depreende-se da leitura de seus artigos 2º e 3º, quando da definição de consumidor e de fornecedor, respectivamente, para fins legais.[10]

Desta maneira, a incorporação de bens imóveis pode ser considerada uma atividade enquadrada dentro do âmbito do código de defesa do consumidor, quando o comprador não é um profissional, como seria o caso de um investidor. O incorporador, ao comercializar unidades em construção ou a serem construídas se encaixa perfeitamente na definição de fornecedor do artigo 3º do citado código.

No entanto, a lei específica que rege as incorporações imobiliárias, lei 4.591/64, já possui diversas normativas protetivas ao consumidor, muitas vezes adiantando os princípios vistos na lei 8.078/1990, em especial em relação a publicidade. Desta maneira, a aplicação do código de defesa do consumidor em incorporações imobiliárias deve ser visto com cuidado e sempre levando-se em conta a lei específica de regência das incorporações.[11] Não obstante essas leis, próprio o código civil ainda continua aplicável em diversas relações referentes a incorporação.

Importante ter-se em vista que o código de defesa do consumidor, em uma simples leitura do mesmo, deixa resplandecer que foi pensado tendo em vista a tutela contratos de compra e venda de bens móveis de pequeno valor ou a prestação de serviços do dia-a-dia.

A incorporação imobiliária é um contrato extremamente complexo, que leva em conta e afeta diversas pessoas além dos contratantes. Dessa maneira, a sua tutela jurídica deve ser efetuada levando-se em conta as características próprias e a legislação específica, que não foi revogada pelo código consumerista.

---

[9] A respeito da crescente intervenção do Estado nas relações privadas desde o início do Sec. XX, Vide: HOPPE, Hans Herman. *Democracia: O Deus que falhou*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.
[10] BRASIL. *Código de defesa do consumidor, lei 8.078,* de 11 de setembro de 1990.
[11] CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação imobiliária.* (4ª ed.) Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 335.

1.1 Lei de incorporações imobiliárias e código de defesa do consumidor – Proteção complementar ao adquirente

A lei de incorporações imobiliárias, lei 4.591/64, antecipando-se ao código de defesa do consumidor, trouxe em seu bojo extensa regulamentação de caráter protetivo do adquirente de imóveis em fase de construção ou a construir. Essa lei se fez necessária exatamente porque à época de sua promulgação a ocorria cada vez mais situações que deixavam o comprador desamparado, uma vez que as normativas existentes não eram suficientes.[12]

A partir da vigência da lei de incorporações imobiliárias, o incorporador passou a ter diversas obrigações frente ao comprador. Devemos observar que as obrigações postas por essa lei se aplicam tanto para o adquirente consumidor quando para o investidor. Não havia, à época, a diferenciação feita pela lei das categorias, uma vez que tudo era tratado de forma genérica pela legislação civilista.

Entre as exigências legais ao incorporador, temos a necessidade de prestação de informações de forma clara ao consumidor. Essa prestação de informações de materializa tanto no arquivamento do memorial de incorporação imobiliária junto ao cartório de registro de imóveis competente[13], cujos documentos poderão ser consultados por qualquer interessado, dada a natureza pública deles, como também na obrigação do incorporador em deixar seu nome expresso em qualquer proposta de venda do empreendimento[14], ou ainda a obrigação de informação quanto ao estado da obra.[15]

O código de defesa do consumidor foi promulgado apenas 26 anos após a lei de incorporações imobiliárias. O código elenca entre os direitos do consumidor o de receber informações claras e adequadas sobre os produtos ou serviços oferecidos.[16] A lei de incorporações imobiliárias, apesar de ser bem mais antiga que o código, já específica com detalhes quais informações o incorporador deverá prestar ao adquirente do imóvel objeto da oferta.

Desta maneira, percebemos aqui um saudável diálogo das fontes normativas, uma vez que o código de defesa do consumidor possui uma previsão genérica de informação em todas as relações de consumo, enquanto a lei de incorporações é específica, atingindo apenas as relações que envolvam empreendimentos imobiliários.

---

[12] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações.* (11ª ed.) Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 207
[13] BRASIL. *Lei de Incorporações imobiliárias, lei 4.591* de 16 de dezembro de 1964, art. 32.
[14] Ibidem, art. 31 § 2º.
[15] Ibidem, art. 31-D, IV.
[16] BRASIL. *Código de defesa do consumidor, lei 8.078,* de 11 de setembro de 1990, art. 6º, III.

Importante ressaltar que a lei de incorporações imobiliárias protege todos os adquirentes de imóveis objeto de incorporação, sejam eles enquadrados no conceito normativo de consumidor, do código de defesa, ou não. A lei de incorporações tutela, assim, até mesmo contratos efetuados entre um incorporador e uma pessoa jurídica de grande porte. O âmbito dessa lei no caso de incorporações é mais extenso que somente a proteção consumerista.

A lei de incorporações se encontra dentro do que se espera das modernas concepções de contrato, muito marcadas pela boa-fé e pela função social:

> A lei especial que disciplina essa atividade estabelece objetivamente mecanismos destinados a assegurar a realização da função social do contrato e, nesse sentido, fixa limitações a que deve se submeter a autonomia do incorporador em todo o ciclo do contrato, desde a fase pré-contratual até a extinção do contrato, ditando os termos e a periodicidade em que o incorporador tem que cumprir o dever de informação, prevendo a criação de um patrimônio especial para cada incorporação, além de outros mecanismos visando a consecução da função social do contrato.
> Essas e outras normas imperativas contidas na Lei das incorporações traduzem a noção contemporânea do contrato, em que se verifica a intervenção legislativa para assegurar o cumprimento da sua função social. Observe-se, por exemplo, que a exibição, no registro de imóveis das condições básicas da incorporação, assim como a informação periódica sobre a obra, correspondem aos deveres de lealdade, de confiança e de informação que corporificam o princípio da boa-fé e possibilitam ao pretendente a formação consciente da vontade de contratar, viabilizando, em consequência, o exercício efetivo da liberdade contratual.[17]

Não apenas a lei de incorporações imobiliárias e o código de defesa do consumidor seguem os princípios éticos modernos de lealdade, boa-fé e função social do contrato. Também o atual código civil brasileiro, de 2002, foi promulgado tendo por base tais princípios[18]. Enquanto no passado existia alta liberdade de contratar, hoje tais princípios acabam por proteger os mais francos, em toada com a tendência do dirigismo contratual.[19]

Desta maneira, podemos perceber que a lei de incorporações imobiliárias possui um caráter marcante de proteção ao consumidor, em consonância com as tendências mais modernas do direito, apesar de ter sido promulgado nos idos dos anos 60. A lei de incorporações imobiliárias continua atual e plenamente aplicável na atualidade para as relações jurídicas envolvendo a compra e venda de imóveis projetados, ou seja, que não possuem ainda existência presente.

Pode-se então concluir que a lei de incorporações imobiliárias (aplicável a todos os adquirentes de imóveis objeto de incorporação) e o código de defesa do consumidor (aplicável

[17] CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação imobiliária.* (4ª ed.) Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.324.
[18] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Código civil interpretado – Conforme a Constituição da República, Vol. II*. (2ª ed). Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 14-15.
[19] GOMES, Orlando. *Contratos.* (16ª ed). Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 8.

apenas quando pode-se enquadrar o comprador como consumidor) são complementares na proteção ao consumidor adquirente de um imóvel projetado.

1.2 A proteção do comprador de imóvel objeto de incorporação imobiliária por meio do Código de Defesa do Consumidor

Como visto, o contrato de compra e venda de unidades autônomas alvo de incorporação imobiliária, ou seja, unidades futuras, podem ser tidas como enquadradas dentro do âmbito do código de defesa do consumidor, caso o adquirente seja efetivamente um consumidor, ou seja, que irá utilizar do produto como destinatário final, o que não seria o caso de um investidor visando comprar uma unidade para especulação.

Desta maneira, muito bem diz Cláudia Lima Marques:

> Quanto ao contrato de incorporação imobiliária, em que o incorporador faz uma venda antecipada dos apartamentos, para arrecadar o capital necessário para a construção do prédio, fácil caracterizar o incorporador como fornecedor, vinculado por obrigação de dar (transferência definitiva) e de fazer (construir). A caracterização do promitente comprador como consumidor dependerá da destinação final do bem ou da aplicação de uma norma extensiva, como a presente no art. 29 do CDC. Interessante notar que qualquer dos participantes da cadeia de fornecimento é considerado fornecedor e há solidariedade entre eles. Porém, em algumas circunstâncias, o proprietário do imóvel mesmo que promitente vendedor, foi excluído da cadeia de fornecimento pela jurisprudência, evitando a própria aplicação do CDC, pois considerado mero contrato entre iguais.[20]

Desta maneira, como existe nesse tipo de contrato a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, existe a previsão na lei da solidariedade entre todos os fornecedores da cadeia produtiva. No entanto, essa noção de solidariedade deve ser vista com bastante cuidado. Por evidente, podemos vislumbrar uma solidariedade entre o incorporador e o construtor, porém, por vezes, o vendedor do terreno não é um fornecedor, como no exemplo citado acima. Como nas incorporações imobiliárias existem feixes complexos de contratos, ou seja, contratos coligados[21], não se pode interpretar o código de defesa do consumidor de forma literal e considerar que todos são necessariamente fornecedores.

A interpretação do código de defesa do consumidor deve ser efetuada levando-se em consideração a pluralidade de leis aplicáveis, em um diálogo das fontes entre o CDC, a lei de

[20] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor – o novo regime das relações contratuais.* (8ª ed). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 486-487.
[21] DOS SANTOS, Flauzilino Araújo. *Condomínio e incorporações no registro de imóveis.* São Paulo: Editora Mirante, p. 290.

incorporações imobiliárias, o código civil e outras leis[22], em especial aquelas que tratam de financiamento à habitação, uma vez que unidades novas são compradas por diversas vezes utilizando-se de financiamentos.

Vejam-se julgados sobre o tema:

> Em que pese o contrato de incorporação ser regido pela Lei nº 4.591/64, admite-se, outrossim, a incidência do Código de Defesa do Consumidor, devendo ser observados os princípios gerais do direito que buscam a justiça contratual, a equivalência das prestações e a boa-fé objetiva e vedam o locupletamento ilícito.(Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Resp 747.768/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha).

E também:

> O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela Lei que lhe é própria (Lei nº 4591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 95608634-SP, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, in DJU 25/03/96, pag. 8586).

Essa aplicação que ocorre de uma lei por vezes, e por vezes de outra, gera, obviamente, uma insegurança jurídica para os adquirentes e os vendedores. Essa insegurança aumenta os custos dos empreendimentos e todo esse complexo legal possui um efeito nefasto exatamente sobre quem quer proteger: o adquirente. Isso porque ao final, os custos legais irão incidir sobre o preço que este pagará pela unidade imobiliária que ele deseja adquirir.[23]

Portanto, é admitido a aplicação do código de defesa do consumidor, porém, com a observação das peculiaridades aplicáveis às incorporações imobiliárias:

> A rigor, as normas que dispõem sobre a tipificação e a funcionalidade desses tipos contratuais devem ser tomadas como balizamento da interpretação, não só porque elas prevalecem sobre as normas gerais instituídas pelo CDC, naquilo que tem de específico, pois é nelas que se encontra a definição da estrutura e função desses contratos, mas, também, porque a lei das incorporações consubstancia um sistema de proteção do adquirente mais fraco, sistema esse dotado de efetividade específica, porque instituído em estrita conformidade com a estrutura e a função dos contratos em questão.
> Disso é exemplo o art. 50 da lei 10.931/2004, que trata especificamente das ações revisionais de obrigação de pagamento parcelado do preço de aquisição do imóvel. /caso, por exemplo, o adquirente alegue que foi fixada no contrato taxa de juros acima do limite legal, incide o art. 51 do CDC. Entretanto, o art. 50 e seus parágrafos da lei 10.931/2004 regulamentam a

[22] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor – o novo regime das relações contratuais.* (8ª ed). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 488.

[23] Sobre a influência do direito (especialmente das intervenções governamentais no direito) e seu custo social e econômico, recomendamos a obra clássica sobre o tema: COASE, Ronald. *A firma, o mercado e o direito.* (2ª ed) Rio de Janeiro: Forense, 2017.

> matéria de maneira compatível com a situação, ao assegurar ao devedor o direito de bloquear o pagamento da parcela por ele definida por controvertida, determinando seu depósito à disposição do juízo e admitindo, a critério do juiz, a suspensão de sua exigibilidade; de outra parte esses mesmos dispositivos determinam a continuação do pagamento da parcela definida pelo devedor como incontroversa, com o que se evita a interrupção total do fluxo financeiro do contrato.[24]

Desta maneira, deve o operador do direito interpretar a norma de maneira a extrair da mesma quais são as regras aplicáveis para o caso específico. Afinal, de um lado temos norma especial (a lei de incorporação imobiliária) e de outro temos norma posterior (o código de defesa do consumidor). Esse conflito de leis possuí solução. Se trata apenas de uma antinomia aparente.[25] Ou seja, onde houver norma específica, devemos aplicar a lei de incorporações imobiliárias. Caso essa não exista, será aplicado o código de defesa do consumidor.

A interpretação (ou exegese, como preferem alguns) deve se utilizar, além dos critérios para a resolução de antinomias, também a aplicação da forma clássica de resolução de conflitos, ou seja, a teoria da subsunção jurídica do fato à norma e a aplicação dos cânones tradicionais de interpretação do direito, como a análise gramatical, a lógica, a histórica e a sistemática. [26]

Apesar disso, existem divergências na aplicação do direito em diversas situações envolvendo contratos relativos a incorporações imobiliárias. Uma divergência mais latente é a respeito da aplicação ou não do artigo 20, II do código de defesa do consumidor às incorporações imobiliárias. Tal artigo exige a restituição imediata ao consumidor das quantias por ele pagas no caso de desfazimento do contrato.[27]

Ocorre que se esse artigo fosse aplicado integralmente às incorporações imobiliárias, haveria um prejuízo muito grande à continuidade da própria incorporação imobiliária, uma vez que as quantias pagas no contrato de incorporação são "imediatamente convertidas em pedra e cal, sendo materialmente impossível sua reconversão imediata em dinheiro, para atender a pretensão de restituição do desistente, como previsto no inciso II do art. 20 do CDC."[28]

A devolução imediata do valor iria aplicar em coisas diferentes a mesma lei. É evidente, e até mesmo óbvio que não se pode tratar da mesma forma a venda de bens fungíveis para consumo e a venda de imóveis em empreendimentos. Ambas as atividades devem ser

[24] CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação imobiliária.* (4ª ed.) Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 339.
[25] V. KÜMPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Método, 2009.
[26] SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema Del derecho romano actual*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 96.
[27] BRASIL. *Código de defesa do consumidor, lei 8.078,* de 11 de setembro de 1990, art. 20, II.
[28] CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação imobiliária.* (4ª ed.) Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 344.

separadas pelo direito, até por bem dos compradores. Não por certo do comprador que quer ter seu contrato rescindido e receber de volta o valor pago, mas sim de toda comunidade de adquirentes. Caso seja sempre restituído o valor pago imediatamente e de forma integral, a continuidade da obra ficaria comprometida, uma vez que o fluxo de caixa do construtor muitas vezes não seria suficiente para pagar os valores do adquirente retirante e, ao mesmo tempo, continuar com a obra.

O código de defesa do consumidor parece tratar muitas vezes o empresário como tendo quantidades infindáveis de dinheiro e uma margem de lucro absurda, coisa que não ocorre na realidade.

Em uma economia capitalista, de mercado, as margens de lucro são sempre jogadas para baixo por conta da competição. Apenas em ramos que tenham um monopólio ou um oligopólio as margens são altas. No entanto, em incorporações imobiliárias não há barreira para entrada de novos competidores, forçando os preços para baixo. Em direito, muitas vezes não é feita uma análise econômica dos impactos que a legislação proposta terá, o que acaba por gerar distorções que geram custos que são repassados ao consumidor.[29]

1.3 Multa contratual no caso de atraso na conclusão da obra

Tema de grande relevância para o estudo da aplicação da lei consumerista às incorporações imobiliárias é a aplicação da multa contratual nos casos de atraso na conclusão e por consequência, na entrega da obra. Isso porque o atraso na entrega da obra gera gastos ao consumidor, que muitas vezes tem que pagar um aluguel pois não pode ainda habitar o imóvel adquirido.

O instrumento de promessa de compra e venda pode implicar na aplicação de multa a favor do adquirente, suportada pelo vendedor, quando o prazo para conclusão das obras for extrapolado.

A jurisprudência pátria se posiciona em relação à entrega tardia da obra e a incidência de multa:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. MORA CARACTERIZADA. A expedição do habite-se não equivale a efetiva entrega das chaves, que deve ser considerada como termo final da mora das rés – É cabível a condenação por lucros cessantes no caso de descumprimento do prazo para entrega do imóvel – Prejuízo in re ipsa, que se caracteriza pela

[29] Sobre a análise econômica do direito, vide o clássico livro a esse respeito: COASE, Ronald. *A firma, o mercado e o direito.* (2ª ed) Rio de Janeiro: Forense, 2017.

> não fruição do bem – Precedentes do STJ - Verba fixada em 0,5% do valor atualizado do contrato, de acordo com os parâmetros da Corte – Multa contratual devida em razão do comprovado atraso na entrega do imóvel – Existência de previsão de multa para a compradora – Cabível a aplicação por analogia – Diferenciação entre lucros cessantes e multa moratória – Dano Moral – Inocorrência – Descumprimento contratual que se qualifica como aborrecimento, mas que não atingiu a honra ou a imagem do autor – Recurso do autor parcialmente provido e desprovido os das rés (BRASIL. TJSP – APL 1056476 - 47.2014.8.26.0100 - Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado – Publicação: 16/10/2015 – Julgamento: 16/10/2015 - Relator: Miguel Brandi).

O Código Civil dispõe a respeito da multa por atraso no cumprimento da prestação em seus artigos 408 e 409. Já a cláusula penal é obrigação acessória com previsão no contrato realizado entre as partes, portanto, igualmente, precisa ser cumprida.

> Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.
> Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.[30]

Quando provada a negligência do vendedor que, por seus atos e responsabilidade, venha provocar ofensa à moral do comprador trazendo transtornos em sua vida privada, pode ele buscar indenização, assim como o ressarcimento material, por conta do transtorno e da insatisfação que o episódio traz ao adquirente.

Tais artigos do código civil, quando da ocorrência da relação de consumo, deverão ser lidos à luz dos princípios do código de defesa do consumidor. Assim, mais uma vez temos que recorrer ao diálogo das fontes.

1.4 Rescisão contatual de contrato de compra e venda de unidades objeto de incorporação no âmbito do código de defesa do consumidor

A aquisição de imóveis na planta tem suas condições acordada no contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Nesse instrumento, as partes definem as regras que irão vigorar para: "pagamento, data de entrega do imóvel e diversas outras cláusulas necessárias ao negócio".[31]

[30] BRASIL. *Código Civil, lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002, arts. 408 e 409.

[31] MELO, Jamil Nadaf de. *Rescisão de contrato de imóvel comprado na planta por culpa do comprador, qual o limite da multa aplicada?* (2017). Disponível em

Em geral, nesses contratos de aquisição de imóveis na planta firmados com as construtoras é realizado o pagamento de uma entrada na assinatura do mesmo, com parcelas mensais no período de construção do empreendimento e a quitação total do saldo devedor na entrega do imóvel.

Durante a construção, alguns compradores não conseguem o financiamento que pretendem, e assim, se arrependem da realização do negócio ou não têm condições financeiras para honrar com o compromisso assumido.

Sendo assim, há necessidade de rescisão do contrato, porém, existem contratos omissos com relação à multa que estará obrigado o comprador/consumidor que desiste do negócio, ou, quando prevista, a multa é abusiva.

Então, quando a quebra de contrato parte do comprador/consumidor ou se dá pela falta de pagamento dos valores acordados, sem que haja culpa da construtora/incorporadora, o usual no mercado é que o vendedor retome seus direitos sobre a unidade imobiliária. Assim como, deve devolver os valores pagos pelo comprador/consumidor, apenas retenha um percentual desse valor para efeito de multa pela quebra do pacto.

Quanto ao limite dessa multa o Superior Tribunal de Justiça já decidiu quanto à questão em vários julgados pacificando o entendimento de que o vendedor tem o direito de reter de 10% a 25% dos valores pagos pelo adquirente.

Mesmo quando a cláusula contratual tenha previsão de multa no percentual de 50%, o comprador/consumidor pode se valer da via judicial para requere a readequação da no caso concreto. Uma vez que há vedação do artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor quanto à abusividade no cumprimento das obrigações que deixem o consumidor em situação de desvantagem exagerada.

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
> (...)
> IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Apesar do Superior Tribunal de Justiça ter fixado o limite mínimo de 10% e o máximo de 25% estes devem ser analisados conforme o caso concreto, pois depende das condições específicas em que o negócio foi pactuado que, associado ao princípio

<https://melojamil.jusbrasil.com.br/artigos/395848929/rescisao-de-contrato-de-imovel-comprado-na-planta-por-culpa-do-comprador-qual-o-limite-da-multa-aplicada. Acesso em 07 maio 2018.

da razoabilidade, deve reembolsar o vendedor pelas despesas administrativas desembolsadas com o negócio. Então, conforme explica Jamil Nadaf de Melo:

> (...) não basta o vendedor fixar em contrato o máximo permitido pelo Tribunal Superior e o caso concreto demonstrar que a resolução do contrato trouxe poucos prejuízos à empresa. Caso o comprador/consumidor ingresse em juízo, poderá reduzir a multa para um valor mais compatível com a situação enfrentada.[32]

Valendo observar que no entendimento do Superior Tribunal de Justiça os valores precisam ser devolvidos ao comprador/consumidor de forma imediata e à vista, considerando abusiva a devolução parcelada ou a devolução somente apenas na conclusão da obra.

Desta forma, é preciso que o comprador/consumidor, ao assinar um contrato de promessa de compra e venda de imóvel, exija a fixação da multa, que não deve ser abusiva no caso de rescisão do contrato por parte do comprador/consumidor.

A desistência da compra do imóvel na planta é um dos principais motivos da incidência de processos contra as construtoras no Brasil. O direito de distrato de imóvel tem previsão na Lei nº 4.591/64, assim como, a devolução do valor pago está consolidada na jurisprudência pátria. Então, a construtora deve ressarcir o cliente com os valores devidamente corrigidos e numa única parcela, independentemente do mutuário estar inadimplente ou não.

Nos dias atuais são muitas as razões que fazem com que algumas pessoas não consigam cumprir seus compromissos financeiros. Por outro lado, devido a esse momento de crise econômica que o país atravessa inúmeras construtoras também não estão cumprindo a data da entrega de seus imóveis ou até mesmo não os estão entregando.

Outro motivo que provoca a inadimplência do comprador é, além da perda do emprego e, por consequência, de renda, está nos juros abusivos cobrados pelos bancos para concessão de empréstimos, fazendo com que as pessoas evitem recorrer a empréstimos bancários para quitarem suas parcelas junto às construtoras. Porém, é simples resolver a questão com o distrato.

O distrato é um mecanismo jurídico que permite uma pessoa física ou jurídica interromper em definitivo um contrato anteriormente assumido que não foi cumprido

[32] MELO, Jamil Nadaf de. *Rescisão de contrato de imóvel comprado na planta por culpa do comprador, qual o limite da multa aplicada?* (2017). Disponível em <https://melojamil.jusbrasil.com.br/artigos/395848929/rescisao-de-contrato-de-imovel-comprado-na-planta-por-culpa-do-comprador-qual-o-limite-da-multa-aplicada. Acesso em 07 maio 2018.

na íntegra. Sendo que tal procedimento tanto pode ocorrer com o consentimento entre ambas as partes como através de notificação de uma das partes à outra.

A compra de imóvel na planta é uma operação que implica em riscos para todas as partes, principalmente para o comprador que paga antecipadamente e fica por longo tempo sem receber o imóvel, ou seja, nesse período é um bem intangível, pois existe somente um compromisso de entrega futura.

Já o vendedor-construtor passa por riscos que devem ser calculados, mensurados e incluídos no preço do imóvel e algumas eventuais perdas no curto prazo, devido à crise que atravessa o país, mas que, certamente já foram compensadas por altos lucros em períodos anteriores quando os imóveis tiveram, em alguns casos, 300% de aumento.

A partir da queda das taxas de juros e da consequente retomada da economia, as construtoras com boa estrutura conseguirão se manter no mercado e aquelas que não possuem estrutura e falta de qualidade na gestão obviamente estarão condenadas ao desaparecimento, sendo este mais um ciclo da economia que implica no risco do negócio.

Não há dúvidas de que a judicialização do tema é consequência muitas vezes da falta de bom senso das construtoras, as quais visam minimizar os efeitos da crise em seu negócio por meio de propostas impraticáveis aos consumidores, que vão desde permutas para imóveis que não possuem liquidez até a oferta de devolução de valores irrisórios comparada ao valor que foi pago.

No caso de propostas das incorporadoras que não tenham amparo na realidade, estas afrontam o disposto no artigo 53 do CDC, o qual determina a nulidade das cláusulas que preveem a perda das parcelas já pagas.[33]

Conforme as observações feitas por Jose Maria Franco de Godoi Neto:

> Os consumidores, já fragilizados pela situação de não aprovação de financiamento ou desemprego acabam aceitando valores irrisórios em virtude da dificuldade financeira, pois alternativa não lhe restam. (...) Não se pode cogitar que as construtoras em caso de distrato fiquem com o imóvel para revenda e com quase a totalidade dos recursos financeiros do consumidor, se enriquecendo ilicitamente.[34]

[33] BRASIL. *Código de defesa do consumidor, lei 8.078,* de 11 de setembro de 1990, art. 51.

[34] GODOI NETO, José Maria Franco de. *O distrato de imóvel na planta: controvérsias e reflezxões* (2017). Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI254824,21048-O+distrato+de+imovel+na+planta+controversias+e+reflexoes. Acesso em 17 maio 2018.

O distrato ocorre a partir de três situações: 1ª O comprador que, por impedimentos alheios a sua vontade, fica sem condições financeiras de adimplir o contrato; 2ª O comprador-investidor que, mesmo sendo pontual durante anos, verifica que o valor do imóvel à vista fica mais barato que o saldo remanescente com a construtora; 3ª O comprador resolve rescindir o contrato por culpa exclusiva do vendedor que atrasa a entrega do imóvel.

Os parâmetros do distrato já foram determinados pelo Judiciário e estão fundamentados em inúmeras decisões. As regras consistem em por exemplo, devolução total dos valores no caso de rescisão por culpa da incorporadora, ou parcial, no caso de rescisão por culpa do comprador. Assim se manifestou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF:

> APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL NA PLANTA. DISTRATO. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. REDUÇÃO. ARRAS CONFIRMATÓRIAS. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Embora seja lícita a fixação de cláusula penal compensatória para os casos em que haja o desfazimento da promessa de compra e venda por iniciativa do promissário comprador, o valor da referida penalidade deve atender aos postulados da razoabilidade e a boa-fé. 2. A inteligência majoritária deste Tribunal é a de que, nas hipóteses em que a cláusula penal seja fixada em montante excessivo, afigura-se razoável a redução do importe suscetível de ser retido pela promitente vendedora para o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas pagas. 3. Em regra, as arras possuem natureza confirmatória, consistindo em princípio de pagamento, com a finalidade de confirmar o negócio jurídico. Como foi ultrapassada a fase das tratativas, mediante a efetiva celebração da promessa de compra e venda, as arras passaram a incorporar o montante de quitação do saldo devedor, nos termos do art. 417 do Código Civil, sem que se cogite de sua retenção a qualquer título na hipótese de resilição bilateral. 4. Apelação não provida (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF – Apelação Cível: Apc 20140310108623 – Órgão Julgador: 2ª Turma Cível – Publicação: 18/09/2015 – Julgamento: 09/09/2015 – Relator: J. J. COSTA CARVALHO).

Não apenas os tribunais estaduais, mas os tribunais superiores também se manifestaram a respeito do tema. Os repetidos julgamentos relativos a matéria levaram o STJ a edição do enunciado de número 543, que possui o seguinte texto:

> Súmula 543**:** Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso

> de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.[35]

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que os valores devem ser devolvidos de uma só vez (o que prejudica o fluxo financeiro da incorporadora), porém, com direito a retenção de valores que vão de 10 a 25% no caso de desfazimento do negócio culpa do comprador.[36] A devolução deverá ser feita de forma integral, no caso de culpa do incorporador.

Seria melhor, e mais adequado ao modelo de negócio em análise que a devolução fosse feita de maneira escalonada, de forma a não prejudicar o fluxo de caixa do empreendimento. Mesmo que a devolução fosse efetuada de forma sempre integral ao comprador, isso não prejudicaria tanto o incorporador, pois após o empreendimento terminado, a unidade objeto de devolução teria se valorizado sobremaneira.

2. Conclusão

Por todo exposto, concluímos primeiramente pela aplicabilidade do código de defesa do consumidor às incorporações imobiliárias, quando o adquirente se enquadra na definição legal de consumidor fornecida pela legislação consumerista.

No entanto, essa aplicabilidade deve ser vista por meio da aplicação de um saudável diálogo das fontes normativas, de maneira que o código de defesa do consumidor é aplicável quando não exista regulamentação específica dada pela lei de incorporações imobiliárias, que foi embebida dos mesmos princípios protetivos que o código consumerista.

Além disso, cabe ainda a aplicação do código civil brasileiro, datado de 2002, que, diferentemente do código anterior, possui uma grande influência da legislação de cunho social.

Percebemos ainda que a legislação de proteção ao consumidor adquirente de imóveis objeto de incorporações imobiliárias é suficiente e equilibrada. No entanto, percebemos que a multiplicidade de fontes normativas gera insegurança jurídica, bem como lacunas na lei, que são preenchidas por decisões judiciais, que muitas vezes não conseguem trazer uma perspectiva satisfatória em termos de previsibilidade.

Desta maneira, concluímos que o ideal em termos de legislação protetiva ao comprador-consumidor de incorporações imobiliárias seria a edição de uma lei específica, que

---

[35] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 543*, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015.

[36] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp 1361921/MG*, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 23/6/2016, DJe 1º/7/2016.

regulamentasse de maneira geral a matéria, afastando a aplicabilidade dos demais diplomas legais e, ao mesmo tempo, dando a segurança jurídica necessária a todos os envolvidos no contrato.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de Direito imobiliário**. (9ª ed). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ASSIS, Araken de. Fraude contra execução no registro de imóveis. In: DIP, Ricardo (coord.). **Direito Registral e o novo Código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. (3ª ed.) São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário** - teoria geral e negócios imobiliários. (3ª ed.) Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BELO, Emília; ACCIOLY, Rafael. **Lei 13.465/2017 inova e possibilita criação de condomínio de lotes**. Disponível em:<http://iregistradores.org.br/lei-13-4652017-inova-e-possibilita-criacao-de-condominio-de-lotes/. Acesso em 06 de abril de 2018

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

BRASIL. Código de defesa do consumidor, lei 8.078, de 11 de setembro de 1990

BRASIL. Lei de Incorporações imobiliárias, lei 4.591 de 16 de dezembro de 1964.

BRASIL. Código Civil, lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. TJSP – APL 1056476 -47.2014.8.26.0100 - Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado – Publicação: 16/10/2015 – Julgamento: 16/10/2015 - Relator: Miguel Brand

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF – Apelação Cível: Apc 20140310108623 – Órgão Julgador: 2ª Turma Cível – Publicação: 18/09/2015 – Julgamento: 09/09/2015 – Relator: J. J. COSTA CARVALHO.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 543, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1361921/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 23/6/2016, DJe 1º/7/2016.

BULGARELLI, Waldirio. **Questões Contratuais no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 1993.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. (10ª ed). São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. (7ª ed). Coimbra: Edições Almedina S.A, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. (1ª ed.) São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais** – estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. (4ª ed.) Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CHALHUB, Melhim Namem. **Condomínio de lotes de terreno urbano in Revista de Direito Imobiliário**, ano 31, V. 67, jul-dez/2009.

CHALHUB, Melhim Namen. A afetação do acervo em incorporações imobiliárias. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca (org). **Novo direito Imobiliário e Registral**. (2ª Ed) São Paulo: Quartier Latin, 2010

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária**: Negócio fiduciário. (5ª ed.) Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 3. (11ª ed). São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. (2ª ed) Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DOS SANTOS, Flauzilino Araújo. **Condomínio e incorporações no registro de imóveis**. São Paulo: Editora Mirante

FABIAN, Cristoph. **Fidúcia – negócios fiduciários e relações externas**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

FIORANELLI, Ademar. **Direito registral imobiliário**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2011.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Método, 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos**. (16ª ed). Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GODOI NETO, José Maria Franco de. **O distrato de imóvel na planta**: controvérsias e reflezxões (2017). Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI254824,21048O+distrato+de+imovel+na+planta+controversias+e+reflexoes. Acesso em 17 maio 2018.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. (2ª ed). São Paulo: Martins Fontes, 2010

HOPPE, Hans Herman. **Democracia**: O Deus que falhou. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

JÚNIOR, Antônio dos Reis. **A promessa de compra e venda de imóveis**: Os efeitos do inadimplemento em perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Almedina Brasil, 2018.

MARTINS, Raphael Manhães. **A propriedade fiduciária no direito brasileiro** - uma proposta para a construção dogmática do modelo. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 13, n. 51, 2010, p. 129-147.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor** – o novo regime das relações contratuais. (8ª ed). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na Incorporação imobiliária** - mais proteção para o adquirente. São Paulo: Pini, 2011.

MELO, Jamil Nadaf de. **Rescisão de contrato de imóvel comprado na planta por culpa do comprador, qual o limite da multa aplicada**? (2017). Disponível em <https://melojamil.jusbrasil.com.br/artigos/395848929/rescisao-de-contrato-de-imovel-comprado-na-planta-por-culpa-do-comprador-qual-o-limite-da-multa-aplicada. Acesso em 07 maio 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. (33ª ed). São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Condomínio e incorporações**. (11ª ed.) Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo III:Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. 1976.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. (5ª ed) Rio de Janeiro: Forense.

ROSENVALD, Nelson; DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2006

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Loteamento fechado ou condomínio de fato**. (1ª ed) Curitiba: Juruá Editora, 2007.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Direito Registral Imobiliário**, Vol. I: Teoria Geral. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Direito Registral Imobiliário**, Vol II: Sujeitos, imóveis e direitos inscritíveis. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. ***Sistema Del derecho romano actual***. Granada: Editorial Comares, 2005

Superior Tribunal de Justiça. Resp 747.768/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha

Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 95608634-SP, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, in DJU 25/03/96, pag. 8586

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina de. **Código civil interpretado** – Conforme a Constituição da República, Vol. II. (2ª ed). Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: Teoria Geral das obrigações e Teoria geral dos contratos. (4ª ed) São Paulo: Atlas, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: contratos em espécie. (10ª ed) São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: Direito das sucessões. (6ª ed) São Paulo: Atlas, 2006.

MODOS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE: A USUCAPIÃO DE BENS IMÓVEIS JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL EM PORTUGAL E NO BRASIL

PROPERTY ACQUISITION MODES - ACQUISITION OF PROPERTY BY PRESCRIPTION OF JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL REAL ESTATE IN PORTUGAL AND BRAZIL.

Inês Maria Viana Maraschin[1]

Julliana Albuquerque Marques Pereira[2]

Resumo: Nota-se que dentre os mais variados modos de aquisição da propriedade em Portugal e no Brasil, a figura da usucapião se apresenta como uma das mais importantes entre eles, sendo tratado de forma semelhante em diversos pontos nos dois países. Observa-se similaridades nas características, pressupostos, e mais precisamente no que se refere ao procedimento da usucapião pela via extrajudicial, onde se verifica maior paridade entre os dois países, no entanto de forma mais simplificada, legislação mais sedimentada e com maior aplicabilidade em Portugal, no tocante aos serviços prestados nas conservatórias, enquanto que no Brasil a legislação ainda é recente carecendo de aperfeiçoamento nos procedimentos para possibilitar resultados mais eficazes, principalmente quanto à admissibilidade de tal procedimento para determinadas espécies de usucapião e, por se tratar de procedimento ainda muito novo no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, embora se trate de institutos semelhantes, uma diferença importante é a invocação da usucapião em Portugal que tem como regra o procedimento extrajudicial e o processo judicial a exceção, apenas cabível a via judicial nos casos conflituosos, enquanto no Brasil, o possuidor é livre para ingressar pela via extrajudicial ou judicial à seu critério, desde que cumprido determinados requisitos. Por fim, destaca-se que o procedimento, em ambos os países, traz benefícios não apenas à parte envolvida, mas além de inegáveis reflexos sociais, visto que possibilita o desafogamento do judiciário e a celeridade com a simplificação de procedimentos.

Palavras-chave: Aquisição de propriedade; Usucapião judicial; Usucapião extrajudicial.

Abstract: It should be noted that among the most varied modes of property acquisition in Portugal and Brazil, the figure of acquisition of property by prescription is presented as one of the most important among them, being treated in a similar way in several points in the two countries. Similarities are observed in the characteristics, asssumption, and more specifically with regard to the extrajudicial procedure of acquisition of property by prescription, where there is greater parity between the two countries, however in a simplified way, more sedimented legislation and with greater applicability in Portugal, in regard of the services provided in the conservatories, while in Brazil the legislation is still recent, requiring improvements in procedures to enable more

[1] Notária e Registradora. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa (UAL). Pós-Graduada em Processo Civil. Pós-Graduada em Direito Tributário. Pós-Graduada em Marketing e Comércio Exterior. Graduada em Direito e Administração. E-mail: inesmaraschin@yahoo.com.br

[2] Delegada de Polícia Civil do Estado do Ceará e atual Secretária Executiva de Planejamento e Gestão Interna da Controladoria Geral de Disciplina dos Órgãos de Segurança Pública e Sistema Penitenciário do Estado do Ceará, Brasil. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa (UAL). Pós-Graduada em Direito Público. Pós Graduada em Segurança Pública com Ênfase em Atividades Policiais. E-mail: jullianaalbuquerque@hotmail.com

effective results, mainly regarding the admissibility of such procedure for certain species of acquisition of property by prescription and, to be treated of procedure is still very new in the Brazilian legal system. In this sense, although they are similar institutes, an important difference is the invocation of acquisition of property by prescription in Portugal as a rule the extrajudicial procedure and the judicial process the exception, just appropriate the judicial process in conflict cases, while in Brazil, the possessor is free to join the judicial or extrajudicial at your discretion, provided that fulfilled certain requirements. Finally, stands out that the procedure, in both countries, bring benefits not only the party involved, but beyond undeniable social reflexes, since that enables the relieving of the judiciary, and the speed with the simplification of procedures.

Keywords: Acquisition of property; Judicial acquisition of property by prescription; Extrajudicial acquisition of property by prescription.

1. Introdução

Pretende-se com o estudo adentrar aos modos de aquisição da propriedade existentes no direito português e brasileiro, demonstrando desde a classificação entre os bens móveis e imóveis, seus conceitos e espécies, com ênfase na usucapião como modo de aquisição da propriedade de bens imóveis, observando as diferentes modalidades existentes nos dois países, bem como seus requisitos processuais.

Nota-se que o instituto na via extrajudicial há muito tempo vem sendo adotado e praticado em Portugal, que acabou por inspirar o ordenamento jurídico brasileiro que até o ano de 2015 havia previsão apenas na esfera judicial, inserida a forma extrajudicial somente com a reforma do Código de Processo Civil de 2015.

Nesse diapasão ainda que de forma lenta e gradual, com o advento de diversas leis e mais tarde com a reforma do Código de Processo Civil de 2015, o instituto foi completamente reformado para permitir a forma extrajudicial, quando não há litígio entre as partes, trazendo verdadeira inovação ao ordenamento jurídico brasileiro que tem cada vez mais buscado medidas de desjudicialização e desburocratização de procedimentos no país.

Analisando a forma de aquisição extrajudicial da usucapião é possível verificar desde logo os benefícios decorrentes dessa desjudicialização, tanto para o Estado como para o particular, frente ao processo de regularização fundiária pelo qual o País brasileiro está passando atualmente. No direito português o instituto invocado pela via extrajudicial, além de não ser novidade, é inclusive a regra a ser observada sempre que não houver conflito envolvendo o bem a ser usucapido, ficando reservado ao judiciário somente os casos em que haja litígio, sendo esta talvez uma das principais diferenças em relação ao ordenamento jurídico português e brasileiro.

O tema é de grande relevância por se tratar de uma ferramenta que muito contribui no processo de regularização da propriedade de bens imóveis nos dois países, na medida em que

resguarda ao adquirente o direito de propriedade desempenhando dessa forma importante função social.

2. Da aquisição da propriedade de bens em Portugal e no Brasil

Como se observa a legislação portuguesa trata dos bens móveis e imóveis, como objeto de direito de propriedade, o que pode ser visto no artigo 1.302 do Código Civil, no entanto, no que se refere as formas de aquisição, o próprio código traz a divisão quanto ao momento da aquisição, quais sejam, no caso do contrato, da sucessão por morte, de usucapião e nos casos de ocupação e acessão, sem distingui-los entre móveis e imóveis.[3]

O Código Civil brasileiro, no livro terceiro que trata do Direito das Coisas, traz o conteúdo acerca do direito de propriedade, abrangendo a propriedade de modo geral, a propriedade de imóveis, a propriedade das águas, a compropriedade e a propriedade horizontal.[4]

No Brasil, em termos conceituais, o direito de propriedade consiste no direito real de usar, gozar ou fruir, dispor e reivindicar a coisa, desde que atendida sua função social. De forma que, quando o proprietário reúne todos estes poderes tem-se a propriedade plena, consoante determina o artigo 1.238 do Código Civil.

Tanto no direito português como no direito brasileiro, observa-se que ao serem abordadas as formas de aquisição da propriedade o ordenamento jurídico faz relevante distinção entre as formas de aquisição de bens imóveis e móveis, e apesar de apresentarem certas semelhanças, trazem também institutos totalmente distintos, particularmente quanto aos seus efeitos.[5]

No tocante a aquisição de bens móveis, embora seja considerada de maior relevância a aquisição de bens imóveis por ser de maior monta, os bens móveis, também possuem sua importância dentro do ordenamento jurídico, dada a sua diversidade em razão de maior fluxo e à variedade dos bens de consumo.[6]

Segundo o Código Civil de 2002, ao estabelecer como bens móveis aquele decorrente de movimentação própria, ou que ser removido por força alheia, sem que venha ter sua substância alterada nem o seu valor econômico e social, destaca seis modalidades de aquisição, quais

[3] PORTUGAL – Decreto-Lei 47.344/1966, de 25 de novembro. Código Civil. artigo 1.302. "Só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objecto do direito de propriedade regulado neste código". [Em linha].
[4] BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002. [Em linha].
[5] TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 4: Direito das Coisas. 2017, p. 106.
[6] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 5: Direito das Coisas. 2018, p. 123.

sejam: a usucapião, o achado do tesouro, a ocupação a tradição, a especificação, a confusão, comistão e da adjunção. [7]

Observa-se que o Código Civil brasileiro, quando trata dos diversos modos de aquisição deixa evidente a distinção entre a propriedade imóvel e móvel, conferindo tratamento diferente a uma e outra, destacando também as formas de aquisição para cada espécie de bens.

3. Dos modos de aquisição da propriedade de bens imóveis em Portugal e no Brasil

Como se nota, nos dois países consideram como de importância prática fazer a distinção entre aquisição originária e derivada, tratadas logo a seguir.

3.1. Derivada

A aquisição derivada surge quando há uma relação de negócio entre o anterior proprietário e o adquirente, é transmitido o domínio, em razão da vontade das partes, é o caso do registro do título e da tradição.[8]

O Código Civil português, dispõe que o direito de propriedade se adquire por contrato, determinando que a criação ou a transferência de direitos reais sob determinada coisa se dá pelo efeito do contrato. Solução semelhante a encontrada no Brasil, sendo essa figura jurídica muito semelhante entre os ordenamentos dos dois países. Outro modo de aquisição português é por meio da sucessão por morte e, conforme estabelece o próprio código civil, se adquire a propriedade através dos demais modos previstos na lei, como a aquisição de frutos naturais pelo possuidor de boa-fé, expropriação por utilidade particular e os casos previstos no art. 1.551 do Código civil, bem como nos casos em que o direito de preferência na alienação de bens é facultativo.[9]

Na prática, no ordenamento jurídico brasileiro, essa distinção é interessante pois influi na questão tributária, na medida em que quando há aquisição de forma originária, não incide tributos sobre o imóvel, tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em famoso julgado, da lavra do então Ministro Djaci Falcão (STF, Recurso Extraordinário 94.586-6/RS, j. 30.08.1984), já na forma derivada o adquirente é responsável pelos tributos.[10]

[7] BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.
[8] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas. 2018, p. 124.
[9] JUSTOS, A. Santos. Direitos Reais. 2012, p. 279-281.
[10] TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 4: Direito das Coisas. 2017, p. 106.

3.1.1. Do Registro do Título

Trata-se de forma derivada, sendo que, neste caso, há uma intermediação entre pessoas e não um contato direto entre a pessoa e a coisa, sendo a modalidade mais comum de aquisição e tem previsão nos artigos 1.245 a 1.247 do Código Civil brasileiro.

É o registro imobiliário que gera a aquisição da propriedade imóvel, que deve ser feito no Cartório de Registro de Imóveis onde está localizado o bem, sendo a partir dele que se adquire os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, dispensado na sucessão hereditária tratada a seguir.

3.1.2. Da Sucessão Hereditária: Princípio da Saisine

Tanto Portugal como o Brasil adotam o princípio da *Saisine,* constituindo a sucessão hereditária transmissão derivada da propriedade que se dá por ato *mortis causa*, onde o herdeiro ou o testamentário ocupa o lugar do *de cujus* em todos os seus direitos e deveres. Conforme estabelece o art. 1.784 do Código Civil de 2002, quando aberta a sucessão, a herança é passada ao legítimos herdeiros e testamentário. Com a mudança de redação do referido artigo não se faz necessária a transcrição no registro de imóveis para que se verifique a transmissão da propriedade, sendo apenas exigido que a partilha seja registrada para o fim de disponibilidade dos imóveis, que permitirá manter a continuidade da matrícula, formando a cadeia sucessória.[11]

3.2. Originária

Na aquisição originária o adquirente, em determinado momento, se torna dono da coisa, sem que tenha havido transmissão por alguém, se trata de forma de aquisição que ocorre quando não há transmissão de um sujeito para outro, ou porque jamais esteve sob a posse de outro.

Nesse modo a pessoa adquire a propriedade sem que esta tenha informações de outro proprietário. Além disso, a propriedade passa ao patrimônio do adquirente livre de quaisquer limitações ou vícios que porventura possuía.

Segundo Justos, a primeira forma de aquisição originária prevista no ordenamento jurídico português é a ocupação, que consiste na apropriação ou a tomada de posse de uma coisa

[11] ITO, Michel; ITO, Lilian Cavalieri. Das formas e espécies de aquisição da propriedade. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1506. [Em linha].

que não tem ou deixou de ter dono, tendo sido essa a principal e mais antiga forma de aquisição de propriedade.[12]

Nesse sentido, o mesmo autor destaca como passiveis de serem adquiridas por ocupação: os animais e outras coisas móveis que não possuam dono ou que tenham sido abandonadas, que estão perdidas ou até mesmo escondidas pelos seus donos, desde que cumpridos determinados requisitos, podendo ainda serem usucapidos o regime da caça e pesca, os animais selvagens com guarida própria, os animais ferozes fugidos, o enxame de abelhas, animais e coisas móveis perdidas, o tesouro, entre outras formas. [13]

3.2.1. Da Aquisição por Acessão

Com previsão no artigo 1.248 do CC/2002, trata-se de modo originário, passando a pertencer ao proprietário tudo aquilo que foi incorporado de forma natural ou artificial. Como acessões naturais, o Código Civil trata da formação de ilhas, a aluvião, a avulsão e o abandono do álveo, que também se encontram dispostos no Código de Águas. Como acessões artificiais, decorrentes da intervenção humana, o atual Código disciplina as plantações e as construções. Conceito também inserido no direito português, que distingue entre duas espécies, natural (aluvião, avulsão, mudança de leito, formação de ilhas ou mouchões, os lagos e lagoas) e a acessão industrial, que pode ser mobiliária (união ou confusão de boa-fé, de má fé, confusão casual, especificação de boa-fé, de má fé) e imobiliária (obras, sementeiras ou plantações com materiais alheios, feitas de boa-fé em terreno alheio, feitas de má fé em terreno alheio e o prolongamento de edifício por terreno alheio).[14]

3.2.2. Da Usucapião

Tanto no ordenamento jurídico português como no brasileiro, a usucapião é considerada como modo originário de aquisição da propriedade, mediante o exercício da posse pacífica e contínua, durante certo período, previsto em lei, conforme será melhor abordada a seguir.

[12] JUSTOS. A. Santos. Direitos Reais. 4ª ed. Coimbra Editora. 2012, p. 279-281.
[13] Idem. Ibidem.
[14] JUSTOS. A. Santos. Direitos Reais. 4ª ed. Coimbra Editora. 2012, p. 265.

4. A usucapião como modo de aquisição da propriedade de bens imóveis em Portugal e no Brasil

Pela usucapião pode se adquirir tanto a propriedade de bens imóveis quanto de bens móveis. Ambas as modalidades são reguladas separadamente pelo Código Civil português, a partir do artigo 1.287, bem como pelo brasileiro de 2002, que aborda a usucapião de bens imóveis em suas diferentes espécies, entre os artigos 1.238 e 1.244, enquanto a usucapião de bens móveis é tratada nos artigos 1.260 a 1.262.

4.1. Teoria da Posse

São várias as teorias que visam esclarecer o conceito de posse, no entanto podem ser reduzidas em duas classificações, a teoria subjetiva, cujo principal defensor foi Friedrich Karl Von Savigny, quem tratou do assunto nos tempos modernos e a teoria objetiva, cujo principal propagador foi Rudolf Von Ihering. No início do século passado surgiram também novas teorias, dando ênfase ao caráter econômico e à função social da posse, sendo denominadas teorias sociológicas. Como as teorias de Perozzi, na Itália; de Saleilles, na França; e de Hernandez Gil, na Espanha.[15]

Para a teoria subjetiva, a posse é o poder que o proprietário tem de usufruir de determinada coisa, com a intenção de tê-la para si e até mesmo de defender a posse. Para essa corrente, a posse possui dois elementos. O primeiro seria o *corpus*, que é elemento material da posse, formado pelo poder físico ou de dispor da coisa. O segundo elemento é o subjetivo, o *animus domini*, que é a intenção de ter a coisa para si, ou seja, além de ter a posse, deve também querer tê-la.[16]

No entanto, para a teoria objetiva da posse, corrente defendida por Ihering, para obtenção da posse basta que o proprietário possua a coisa, ou a possibilidade de exercer a posse, não sendo necessário que o proprietário tenha a intenção de ser dono, o único elemento cabível aqui é material, ou seja, o *corpus*, que é constituído pela atitude do possuidor que age com o intuito de explorar o bem economicamente.[17]

Em Portugal a teoria subjetiva obteve muitos defensores, antes mesmo do atual código civil entrar em vigor. O código trata da posse, sem fazer qualquer menção ao *animus,* o que fez

[15] TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 4: Direito das Coisas. 2017, p. 33.
[16] VIEIRA.Jose Alberto, - Direitos Reais. p. 466-467.
[17] TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 4: Direito das Coisas**.** 2017, p. 33.

surgir interpretações de caráter subjetivista, devido forte influência estrangeira, sendo defendida por diversos civilistas e autores portugueses.[18]

Em breve análise do art. 1.196, do código atual, entre as duas teorias, pode-se observar que Código Civil brasileiro, aderiu em parte a teoria objetivista de Ihering, cuja redação aponta que é tido como possuidor, toda pessoa que exerce de forma plena ou não os poderes ligados a propriedade".[19]

Quanto às teorias sociológicas, estas dão destaque ao caráter econômico e à função social da posse, somados aos novos conceitos de direito de propriedade, que também deve exercer uma função social, como estabelece a Constituição Federal brasileira de 1988, instrumento jurídico que fortalece a posse e que permite que em alguns casos, possa até mesmo prevalecer sobre o direito de propriedade

4.2. Pressupostos

O direito português estabelece três requisitos para a usucapião:

a) Posse boa para usucapião: Conforme o art. 1.297 que trata dos bens imóveis e o art. 1.300, nº 1, que se refere aos bens móveis, boa posse é aquela que admite que se obtenha a aquisição dos direitos reais de gozo, além disso, deve ser revestida de certas características, tais como ser pública e pacífica.[20]

b) Duração da posse: A maior complexidade está aqui, uma vez que a legislação portuguesa estabelece diversos prazos para a usucapião. Após prever algumas regras gerais, o código civil traz a classificação quanto aos bens móveis e imóveis. Quanto aos bens imóveis, objeto desta pesquisa, faz a distinção entre possuidores que tenham título aquisitivo do direito e aqueles que não possuem o registro de título.[21]

c) Invocação da usucapião pelo possuidor: A usucapião não ocorre apenas com o decurso do prazo necessário, para que seja eficaz, o possuidor deve invocar, ou seja, manifestar seu interesse em usucapir de forma expressa ou tácita.[22]

São requisitos para a usucapião, no Brasil: coisa hábil (*res habilis*) ou que seja passível de usucapir, a posse (*possessio*), decurso do tempo (*tempus*), estes são pressupostos mínimos e

[18] VIEIRA.Jose Alberto, - Direitos Reais. p. 470-471.
[19]TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 4: Direito das Coisas. 2017, p. 33.
[20] VIEIRA, Jose Alberto. Direitos Reais. 2018, p. 366-367.
[21] Idem. Op. cit. p. 368.
[22] Idem. Op. cit. p. 378.

indispensáveis para todas as espécies de usucapião, além disso há o justo título (*titulus*) e boa-fé (*fides*), exigidos apenas na modalidade ordinária de usucapião.[23]

a) Coisa hábil: trata-se de verificar se o bem pode ser objeto de usucapião, uma vez que não é qualquer bem que pode ser sujeito desta forma de aquisição, como por exemplo os bens públicos ou que estão fora de comercialização, ou seja os bens naturais considerados indisponíveis, tais como o ar, a água do mar e aqueles legalmente indisponíveis, como por exemplo os bens que são de uso comum, além de direitos personalíssimos e, por fim, os bens que estão indisponíveis por vontade humana, como os doados inalienáveis e os deixados em testamento.[24] Importante destacar que segundo o texto constitucional, na vedação da usucapião de bens públicos inclui-se as terras devolutas, também como patrimônio do Estado, no entanto, de acordo o Superior Tribunal de Justiça, não basta a simples alegação por parte do Estado de que a terra é devoluta e, sim, necessário a prova da sua posse e de que a terra não pertença ao particular.[25]

b) Posse: é fundamental para que a aquisição seja configurada, porém não é qualquer posse que pode levar a usucapião. A lei exige que a posse tenha determinadas características, tais como, deve ser adquirida de modo justo, livre de violência, clandestinidade ou a título precário;[26]

c) Tempo: Constitui pressuposto básico, estrutural da aquisição por usucapião. Para que a posse se transforme em propriedade é necessário que seja somada ao fator tempo (*continuatio possessionis*). Para a modalidade extraordinária, o Código Civil brasileiro apresenta o prazo mínimo de quinze anos, que pode ser reduzido para dez, nos casos em que a pessoa tiver o bem imóvel como sua moradia de forma corrente, ou que tenha feito benfeitorias produtivas no bem. Na usucapião ordinária, conforme estabelece o artigo 1.242 do Código de 2002, o prazo é de dez anos, devendo ser exercido de modo contínuo, sem interrupção ou impugnação, e desde que o possuidor tenha o justo título e boa-fé.[27]

d) Justo título: É, conforme dispõe o art. 1.242 do Código Civil, requisito indispensável para a aquisição da propriedade pela usucapião ordinária, no entanto para que se obtenha a usucapião extraordinária não se exige o justo título, nem boa-fé, pressuposto também dispensado para os casos de usucapião especial.[28]

---

[23] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas. 2018, p. 136.
[24] Idem. Op. cit. p. 137.
[25] STJ - AREsp: 1253569 SP 2018/0040089-3, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, [em linha].
[26] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas. 2018, p. 138.
[27] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas. 2018, p. 141.
[28] Idem. Ibidem.

e) Boa-fé: Está previsto no artigo 1.201 do Código Civil brasileiro, que a posse é de boa-fé, quando o possuidor ignora obstáculos ou vícios que o impeçam de adquirir a coisa. É aquela pessoa que possui determinada coisa e realmente acredita que é sua a coisa possuída, neste caso o possuidor está agindo de boa-fé.[29]

4.3. Espécies de usucapião

A legislação portuguesa não traz a classificação quanto as espécies de usucapião, como ocorre no direito brasileiro. No direito português é feita apenas a divisão em usucapião de bens móveis e imóveis com determinação dos pressupostos a serem seguidos para que se possa usucapir, trazendo no artigo 1.293 aquilo que não é passível de usucapião, diferentemente do que ocorre na legislação brasileira que distingue três espécies: a usucapião extraordinária, a ordinária e a especial ou constitucional, que se subdivide em rural (*pro labore*) e urbana (pró-moradia ou *pro misero* e familiar).[30] Aponta-se ainda a usucapião indígena com previsão no Estatuto do Índio.

Entre outras diferenças, pode destacar também, por exemplo, a usucapião que não é disciplinada, entre as normas relativas ao direito de propriedade, como acontece no Código Civil brasileiro, mas vem logo em seguida posse, pois no direito português se trata de modo de aquisição, dos direitos reais de gozo, com exceção as servidões prediais não aparentes, do direito de uso e de habitação.[31]Aliás, em Portugal, só se permite a aquisição de direitos reais de gozo, não sendo nenhum outro direito real ou de outra natureza suscetível de usucapião.[32]

Disso se depreende que para entender melhor as formas de usucapião dos bens imóveis na legislação portuguesa, importante analisar a duração da posse, que primeiramente classifica entre aqueles que possuem o registro do título e os que não possuem tal registro, e adiciona os critérios da boa ou má-fé do possuidor,[33]da seguinte forma:

a) Possuindo o registro do título e considerando que o possuidor age de boa-fé, o prazo para usucapião é de 10 anos, a partir da data do registro, conforme a alínea a, do artigo 1.294, do Código Civil português;

[29] Idem. Op. Cit. p. 143.
[30] SILVA, Julian Gonçalves da. As modalidades de usucapião de bens imóveis e seus requisitos processuais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. [Em linha].
[31] ALVES, José Carlos Moreira. O Direito das coisas no novo Código Civil português. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 65, p. 215-257. [Em linha].
[32] VIEIRA, Jose Alberto. Direitos Reais – 2ª. ed. – Almedina, 2018, p. 365-366.
[33] Idem. Ibidem.

b) Quando possui o registro do título, no entanto houve a má-fé do possuidor, o prazo para usucapião é de 15 anos, a partir da data do registro, conforme o artigo 1294, alínea b, do Código Civil.

Se o possuidor não possui o registro do título, ou nem mesmo possui o título, está sujeito a prazos diferentes para usucapião, que também possui aqui o critério da boa ou má fé do possuidor:

a) Nos casos em que o possuidor não tenha o registro do título e está agindo de boa-fé, o prazo para invocar a usucapião é de 15 anos, como prevê o artigo 1296;

b) O possuidor que não tem o registro do título e possui o bem de má fé, o prazo para usucapião é de 20 anos, conforme o artigo 1296.

Quando o possuidor tiver apenas o registo da mera posse, que se obtém pela via judicial, a usucapião apresenta prazos distintos:

a) Se o possuidor age de boa-fé, o prazo para usucapião é de 5 anos, a contar da data do registro, conforme o artigo 1295, alínea a, do código civil;

b) Se a posse for de má fé, o prazo para usucapião é de 10 anos, contados da data do registro, conforme o artigo 1295, alínea b, do código civil.

Fato importante, que merece ser destacado, é que conforme o artigo 1304, a usucapião pode se estender aos bens que pertencem ao Estado ou qualquer outra pessoa coletiva pública, mas desde que seja de domínio privado, ou seja, os bens pertencentes ao domínio público do Estado ou das pessoas jurídicas coletivas de direito púbico não são passeis de usucapião, no entanto é necessário distinguir se se tratade coisa de domínio público ou privado, ou que seja do Estado, e que pertençam ao domínio privado indisponível.[34] Nesse caso, se a coisa é de domínio privado do Estado, os prazos são aumentados em 50%, de acordo com o art. 1º da Lei 54, de 1913[35] e consoante julgado do Tribunal da Relação de Coimbra.[36]

Por fim, outro fato importante é que não é permitida a usucapião dos bens fora do comércio, que sejam aqueles previstos no artigo 202, nº 2.[37]

Vejamos as Espécies de usucapião e os prazos adotados pela legislação brasileira.

---

[34] FERREIRA. Durval, - Posse e Usucapião. 2008, p. 498.

[35] PORTUGAL. Lei 54, de 16 de julho de 1913. artigo 1.º: "as prescrições contra a Fazenda Nacional só se completam desde que, além dos prazos atualmente em vigor, tenha decorrido mais de metade dos mesmos prazos."

[36] PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. JTRC, Processo n.º 358/06.8TBSRE.C2. 07/02/2012. Relator Carlos Querido. PROPRIEDADE RESOLÚVEL. CASA DE HABITAÇÃO. USUCAPIÃO. [Em linha].

[37] PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47 344 - Código Civil português. art. 202. 2. "Consideram-se, porém, fora do comércio todas as coisas que não podem ser objecto de direitos privados, tais como as que se encontram no domínio público e as que são, por sua natureza, insusceptíveis de apropriação individual".

4.3.1. Da espécie de usucapião extraordinária

Com previsão no artigo 1238 do Código Civil, garante ao possuidor mediante a posse por um período de 15 anos, todavia se estabelecer moradia habitual no imóvel ou produzir na terra dando função social à posse, ou seja, se restar configurado que vem sendo cumprindo a função social da posse o prazo poderá ser reduzido para um período de 10 anos, desde que o requerente a tenha com ânimo de dono, de forma continuada, mansa e pacífica, sendo dispensado os requisitos do justo título e da boa-fé.[38]

4.3.2. Da espécie de usucapião ordinária

No mesmo sentido se configura a usucapião ordinária desde que cumpridos os requisitos de prazo não inferior a dez anos, que tenha sido exercida com ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacifica, acrescendo a necessidade da "boa-fé e justo título", podendo ser o prazo reduzido para 5 anos desde que a aquisição do imóvel tenha sido de forma onerosa e registro junto ao Oficio Registral com cancelamento posterior, acrescento os requisitos da moradia no imóvel e ou realizado atividades de interesse social e econômico, dando cumprimento à uma função social.[39]

4.3.3. Da modalidade constitucional (especial) de usucapião: Rural e Urbana

Essa modalidade especial de usucapião denominada constitucional introduzida na Constituição Federal como usucapião especial rural, também denominada *prolabore* e a urbana, conhecida como pró-moradia ou *pro misero*.[40] A primeira modalidade com previsão no artigo 191 da Magna Carta e no artigo 1.239 do Código Civil, concedendo o direito a propriedade de imóvel rural ou urbano para aqueles que por 5 anos ininterruptos tenha posse ininterrupta e sem oposição área não superior a 50 hectares, se rural e nela estiver estabelecido trabalho, já a segunda modalidade denominada urbana destinada a moradia, com previsão no artigo 183, garante o direito a aquisição da propriedade para aqueles que possuírem área não superior à

[38] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas. 4. Espécies. 4.1. usucapião extraordinária. 2018. [s/p].
[39] TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 4: Direito das Coisas. 3.7.2 Da usucapião de bens imóveis. 3.7.2.1.1 Da usucapião ordinária. 2017. [s/p]
[40] ALVES, Márcio Antonio. A Usucapião Especial Constitucional Individual *Pro Morare* e a questão de preservação ambiental. [Em linha].

250m^2, por cinco anos, com moradia própria ou de sua família, de maneira ininterrupta e sem oposição e desde que não seja proprietário de qualquer outro imóvel, adquire o domínio. [41]

Essa modalidade de usucapião urbana foi regulamentada por lei federal denominada Estatuto da Cidade,[42] que regulamentou o direito à usucapião urbana individual e a usucapião coletiva com previsão no artigo 9º e no artigo 10 da referida lei que trata-se de modalidade com alcance social por ser destinada exclusivamente as pessoas de baixa renda que alí se estabeleceram suas moradias por período não inferior a 5 anos e na impossibilidade de individualizar seus a área.[43]

4.3.4. Da usucapião indígena

Importante destacar a existência, também, da usucapião indígena com previsão legal no Estatuto do índio como uma forma especial de usucapir, tratada pelo Estatuto do Índio.[44] Observa-se que este direito de aquisição da propriedade plena concedido ao índio independe de ele ser aculturado ou não, ou seja, integrado à sociedade brasileira, bastando que ocupe como proprietário, pelo tempo determinado na lei (10 anos consecutivos) e desde que a área não ultrapasse cinquenta hectares.[45]

4.3.5. Direito de Laje

Inicialmente o direito de laje foi concedido no Brasil por meio da Medida Provisória, convertida em lei posteriormente, acrescentando em 2016 à norma civil brasileira em seu artigo 1.225, inciso III, como mais uma forma de Regularização Fundiária Urbana.

Entende-se que esse direito real pode ser usucapido, sem nenhuma interferência ao imóvel abaixo da propriedade em que se busca o direito de laje. De forma que, seria possível que alguém que tenha ocupado uma laje de um imóvel de propriedade alheia, por 5, 10 ou 15 anos e durante todo esse período tenha construído sua casa sobre a laje de um imóvel que pertence a outra pessoa venha usucapir só essa parte de cima, isso porque, a usucapião tem por objeto a propriedade e outros direitos reais, todavia essa usucapião diz respeito somente à construção,

[41] GONÇALVES, Carlos Roberto. volume 5. 4. Direito civil brasileiro. volume 5. Direito das coisas. Usucapião especial. Usucapião especial rural. 2018. [s/p].
[42] BRASIL. Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257, de 10.07.2001. [Em linha].
[43] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas. volume 5. Direito das coisas. Usucapião especial. Usucapião especial rural. 2018. [s/p].
[44] BRASIL. Estatuto do Índio – Lei nº 6.001, de 19.12.1973. [Em linha].
[45] RANGEL, Tauã Lima Verdan. Da Usucapião Indígena: Explicitações à Modalidade consagrada no Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973). [Em linha].

permanecendo sem alteração a parte de baixo pertencente ao titular da construção que formou a base e não será afetada pelo instituto da usucapião.[46]

5. Da usucapião extrajudicial

A invocação da usucapião, em Portugal, pode ser feita de forma extrajudicial, ou seja, o possuidor não precisa recorrer ao judiciário para isso. Tendo esse procedimento exatamente o mesmo valor da usucapião declarada de forma judicial.[47]A usucapião administrativa brasileira equipara-se à invocação extrajudicial da usucapião que ocorre através da justificação de direitos.

No Brasil, o instituto da usucapião extrajudicial foi introduzido na norma processual civil somente em 2015, que alterou a Lei dos Registros Públicos, para passar a admitir tal procedimento diretamente nas Serventias Extrajudiciais de Notas, por meio de ata notarial e registro no ofício de Registro de Imóveis.[48] Contudo, deve ser obedecido a territorialidade tanto notarial como registral da localização do imóvel.[49]

Destaca-se no ordenamento jurídico português, havendo oposição de eventuais interessados o processo de justificação se finda (havendo conflito o conservador deixa de ter competência para declarar a aquisição do direito por usucapião) e, portanto, se não houver oposição o processo prossegue com a produção de prova;[50] no Brasil não é diferente, porém, no silencio dos interessados dá-se normal andamento na conclusão do procedimento da usucapião.[51]

Os meios de invocação extrajudicial da usucapião são a escritura de justificação notarial, prevista nos artigos 89 a 101 do Código do Notariado, e o processo de justificação que ocorre nos serviços do Registo Predial, conforme art. 116 e seguintes do Código do Registo Predial. A escritura de justificação notarial e o processo de justificação são meios de suprimento do título, ou seja, o possuidor que não dispõe de documento comprobatório de aquisição do direito pode recorrer a estas figuras, que podem ser utilizadas para invocar, de forma expressa ou tácita,

[46] MARCONDES, Sergio–DIREITO REAL DE LAJE. [Em linha].
[47] VIEIRA. Jose Alberto, - Direitos Reais. 2018, p. 378.
[48] BRASIL – Lei nº 6.015, de 31.12.1973. Artigo 216-A. [Em linha].
[49] BRASIL - CONSELHO Nacional de Justiça - CNJ. Provimento 65/2017, de 14 de dezembro. [Em linha].
[50] LOURENÇO, Luciana Raquel Ribau. O Instituto da Usucapião: produto imutável do passado ou necessária reavaliação no presente?: confronto com o sistema de registo predial. Coimbra.2018, p. 78-79. [Em linha].
[51] BRASIL - CONSELHO Nacional de Justiça - CNJ. Provimento 65/2017, de 14 de dezembro. [Em linha]

a usucapião. Nestes casos, a justificação não visa só, e em primeiro lugar, suprir a falta de título, mas também, e em especial, ser um meio extrajudicial de invocação da usucapião.[52]

Extrai-se da leitura do preâmbulo do Decreto-Lei nº 273/2001, que não existindo litígio, das partes cabe às conservatórias a competência exclusiva para declarar a usucapião administrativamente com o devido registro do imóvel.[53] No brasil, não é diferente, sendo a medida extrajudicial entendida com formas de desjudicialização e desburocratização.

A usucapião pode ser invocada judicialmente, mas essa modalidade fica reservada aos casos onde haja conflito. É a existência ou não de litígio que determina quem terá a competência para declarar a aquisição de um direito por usucapião.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, onde o proprietário pode optar pelas duas vias para ingressar com o pedido, em Portugal, em regra, a competência para isso é exclusiva das conservatórias, não sendo assim apenas quando existir litígio, nesse caso sim, os tribunais judiciais são os únicos competentes para esse efeito.

Como visto, quando invocada a usucapião extrajudicial, entra em cena a figura da escritura de justificação notarial e o processo de justificação a correr nos serviços de Registo Predial. Esse ato, permite que, num único momento, se invoque a usucapião e se adquira um documento que comprove a aquisição originária do direito de forma a poder registrá-lo. [54]

No que se refere a usucapião imobiliária brasileira, cabe comentar, que foi a principal alteração criada pelo Novo Estatuto Processual, qual seja, o amplo tratamento da usucapião por via administrativa. Como bem entende Flávio Tartuce, qualquer uma das modalidades de usucapião são possíveis de serem processadas pela via extrajudicial, estando em sintonia com os princípios do Novo direito processual civil e com a tendência de desjudicialização de demandas, de fuga do Judiciário.[55]

A desjudicialização no Brasil vem ocorrendo de forma lenta e gradual, fazendo com que vários dispositivos como o inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e mais recentemente o instituto da usucapião extrajudicial sejam mais céleres e simplificados na esfera administrativa, destacando-se que no ano de 2007 já tinha sido editada a Lei 11.481/2007

[52] MODESTO, Gessica M. Mendonça. Pontuações a respeito da Usucapião/Direito comparado Brasil-Portugal. In: **Jusbrasil**, Rio de Janeiro, 21 de janeiro de 2017. [Em linha].
[53] PORTUGAL – Decreto-Lei n. 273/2001, de 13 de outubro. [Em linha].
[54] LOURENÇO, Luciana Raquel Ribau. O Instituto da Usucapião: produto imutável do passado ou necessária reavaliação no presente?: confronto com o sistema de registo predial. Coimbra.2018, p. 80-81. [Em linha].
[55] TARTUCE, Flávio. Direito civil. Direito das Coisas. 2017, p. 133.

que passou a prever medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União pela via extrajudicial, dando maior agilidade e simplificação no procedimento.[56]

Assim, tendo em vista a necessidade de padronização do procedimento da usucapião extrajudicial, em dezembro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 65, para estabelecer diretrizes a serem seguidas pelos Notários e Registradores.

Para que se ingresse com o pedido de usucapião pela via extrajudicial, basta requerimento, porém, nos mesmo termos exigidos na petição inicial quando o ingresso é na via judicial, sendo necessária a figura do advogado que comporá a notarial lavrada pelo tabelião que ao final atestará o tempo de posse do requerente somada aos de seus antecessores, exigindo-se planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado no órgão competente, com apresentações de certidões negativas do poder judiciário e de outros órgãos da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente, para atestar que a posse é mansa e pacífica, quaisquer documentos que demonstrem posse do imóvel, bem como continuidade que, somando ao final dê o período exigido para a usucapião.[57] Vale lembrar que se trata de um meio facultativo, cujo interessado poderá optar pela via judicial ainda que não haja litígio, diferente do procedimento no direito português como já demonstrado acima.

6. Conclusão

Conclui-se que dentre dos variados modos de aquisição da propriedade o modelo de usucapião extrajudicial utilizado pelos portugueses e bem sucedido, enquanto que no Brasil somente o tempo e a prática irão dizer se tem surtido eficácia e cumpre seu objetivo de criação que é a celeridade e efetividade com a desjudicialização.

São inúmeras as semelhanças de ordem jurídica entre os dois países, no que diz respeito ao instituto da usucapião. Quanto ao procedimento pela via extrajudicial, embora também apresentarem modelos muito próximos, há algumas diferenças estruturais que permitiram ao modelo português talvez uma maior eficácia, enquanto o modelo brasileiro, ainda muito novo, tropeça em obstáculos ainda desconhecido e com pouca divulgação.

Vale destacar que, no direito português o interessado em usucapir determinado imóvel basta que se dirija à um Notário e apresentar o requerimento para a lavratura de uma escritura de Justificação de posse, que está descrita no art. 89 do Código do Notariado Português, ficando a responsabilidade pelas informações prestadas à quem declara o ato daquele bem a usucapir,

[56] PAIVA, João Pedro Lamana – Usucapião extrajudicial e sua viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. 2008, p. 07.
[57] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Direito das coisas. 2018, p. 136.

ficando excluída a responsabilidade do Tabelião a respeito do conteúdo inserido na escritura, contando o prazo de 30 dias para impugnação que, caso não haja impugnação a escritura pode ser levada para registro.

De forma que no Brasil, no tocante ao instrumento utilizado para atestar a posse e a legitimidade do requerente se dá por meio da Ata Notarial, documento pelo qual o Tabelião, podendo diligenciar ou não, ficando ao seu critério se entender necessário, irá descrever o que vê e confere aos fatos descritos no documento, além do modo de existir de determinado fato. Assim, desde que convencido pelas provas, o Tabelião poderá atestar a existência da posse, todavia a responsabilidade repousa sobre o notário.

A ata notarial deverás ser levada a registro que, somente com o registro que restará configurada a propriedade plena. Nesse sentido o papel desempenhado também pelo oficial registrador é muito semelhante, mas novamente a legislação brasileira traz a responsabilização deste.

Desse modo, por se tratar de instituto muito recente o que pode ocorrer certo receio, também por parte do Oficial em lavrar o registro, até porque a lei brasileira nem mesmo exige a notificação pessoal dos interessados, bastando a intimação dos órgãos públicos para se manifestarem no feito e das partes interessadas (confinantes). Enquanto que no ordenamento português, nos casos de impossibilidade de o antigo proprietário autorizar o procedimento da usucapião extrajudicial poderá ser aceita a escritura de justificação de posse como substituto de tal autorização, acrescendo apresentações de documentos e provas que se fizerem necessárias para formar o convencimento do registrador; no Brasil, o procedimento se dá por meio de ata notarial que vem encharcada de responsabilização ao notário e registrador, o que pode dificultar o objetivo principal desse procedimento, qual seja, a regularização fundiária que ainda é muito incipiente no Brasil.

De tudo isso se depreende de que o tabelião português consegue com esse esvaziamento da sua responsabilização fazer com que o instituto da usucapião funcione como se pretende e com maior abrangência em relação ao instituto brasileiro.

REFERÊNCIAS

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro. vol. 5: direito das coisas**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

JUSTOS. A. Santos – **Direitos Reais**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 9789723223637.

TARTUCE, Flávio – **Direito civil, v.4: Direito das Coisas.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7404-6.

VIEIRA. Jose Alberto – **Direitos Reais**. 2ªed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7463-4.

ALVES, Márcio Antonio. A Usucapião Especial Constitucional Individual Pro Morare e a questão de preservação ambiental. In: **Âmbito Jurídico.** Rio Grande, XIII, n. 75, abril 2010. [Em Linha] [Consult. em Maio 2019]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7346&n_link=revista_artigos_leitura

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002. [Em linha]. Consultado em 11.06.2019]. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. **Estatuto da Cidade** – [EM linha] [Consult. em10.06.2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. **Lei Registros Públicos** –Artigo 216-A. [Em linha]. [Consult. em 10.06.2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015consolidado.htm

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Estatuto do Índio** – [Em linha]. [Consult. em 10.06.2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Provimento 65/2017**, de 14 de dezembro. [Em linha]. [Consult. 04 Abr. 2019]. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça-STJ. AREsp: 1253569 SP 2018/0040089-3, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Publicação: DJ 03/04/2018). [em linha]. [Consult. em 10.08.2019]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800400893&dt_publicacao=01/06/2018

ITO, Michel; ITO, Lilian Cavalieri – **Das formas e espécies de aquisição da propriedade**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1506. [Consult. em 30 de abril de 2019] Disponível em: https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4467/das-formas-especies-aquisicao-propriedade

LOURENÇO, Luciana Raquel Ribau – **O instituto da usucapião: produto imutável do passado ou necessária reavaliação no presente?: confronto com o sistema de registo predial.** Coimbra.2018, p. 80-81. [Em linha]. [Consult em 11.06.2019]. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/41804

MARCONDES, Sergio – **Direito Real de Laje**. [Em linha]. [Consult. 28 Maio 2019]. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=20023

MODESTO, Gessica M. Mendonça – Pontuações a respeito da Usucapião/Direito comparado Brasil-Portugal. In: **Jusbrasil**, Rio de Janeiro, 21 de janeiro de 2017. [Em linha]. [Consult em 11.06.2019]. Disponível em:

https://gessicaufrj.jusbrasil.com.br/artigos/420315420/pontuacoes-a-respeito-da-usucapiao-direito-comparado-brasil-portugal.

PAIVA, João Pedro Lamana – **Usucapião extrajudicial e sua viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro**. [Em linha]. [Consult. em 30 maio 2019]. Disponível em http://www.lamanapaiva.com.br/banco_arquivos/usucapiao.pdf

PORTUGAL. Lei 54, de 16 de julho de 1913. **Diário do Governo n.º 164/1913, Série I de 1913-07-16.** Data: 1913-07-16. [Em linha]. [Consult. em 11.06.2019]. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/590694/details/maximized?serie=I&search=Pesquisar&ano=1913&perPage=100&types=DR%2Fen&dreId=4735

PORTUGAL**. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra.** JTRC, Processo n.º 358/06.8TBSRE.C2. 07/02/2012. Relator Carlos Querido. PROPRIEDADE RESOLÚVEL. CASA DE HABITAÇÃO. USUCAPIÃO. [Em linha]. [Consult em 11.06.2019]. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/93304475/details/maximized

PORTUGAL – **Decreto-Lei 47.344/1966**, de 25 de novembro. Código Civil. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25. p.1883 – 2086 [Em linha]. Consult em 11.06.2019. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/477358/details/normal?l=1

PORTUGAL – **Decreto-Lei 273/2001, de 13 de Outubro.** Diário da República n.º 238/2001, Série I-A de 2001-10-13. p. 6477 - 6490 [Em linha]. Consult em 14.03.2021. Disponível em: https://data.dre.pt/eli/dec-lei/273/2001/10/13/p/dre/pt/html

RANGEL, Tauã Lima Verdan. *Da Usucapião Indígena: Explicitações à Modalidade consagrada no Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973)*. **Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1244. [Em linha].** [Consult em 29.05.2019]. Disponível em: https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4124/da-usucapiao-indigenaexplicitacoes-modalidade-consagrada-estatuto-indio-lei-n-6-0011973-

SILVA, Julian Gonçalves da. As modalidades de usucapião de bens imóveis e seus requisitos processuais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. [Em linha]. Consult em 11.06.2019. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11463

 doi: 10.47595/cjsiurj.v2i2.51

APONTAMENTOS JURÍDICOS SOBRE A PROPRIEDADE HORIZONTAL, SUA ORIGEM E EVOLUÇÃO: UM ESTUDO BRASIL-PORTUGAL

LEGAL NOTES HORIZONTAL PROPERTY, ITS ORIGIN AND EVOLUTION: BRAZIL-PORTUGAL STUDY

Pedro Ivo Leão Ribeiro Agra Belmonte[1]

Resumo: A origem do condomínio edilício (propriedade horizontal), relevante para sua caracterização atual, ainda suscita controvérsias entre juristas brasileiros e portugueses. Enquanto muitos defendem que o fenômeno social e jurídico surge na antiguidade, outros apontam indícios de surgimento na Idade Média, e outros ainda compreendem se tratar de fenômeno da Modernidade (e das grandes codificações) ou mesmo próprio da contemporaneidade e do crescimento vertical dos centros urbanos no século XX. Conquanto se possa questionar a natureza dos institutos análogos ao longo da história, relacionados à superposição de propriedades numa mesma edificação, inequivocamente despontam de interesse jurídico para a formação daquilo que hoje se conhece como propriedade horizontal. Neste estudo, empreendido a partir da análise da dogmática jurídica luso-brasileira, bem como da legislação brasileira e portuguesa desde as ordenações do Reino (comum a ambos os países) até a atualidade, pretende-se, primeiramente, cotejar os regimes jurídicos da propriedade horizontal nos dois países. Em seguida, serão investigadas algumas das formas apontadas como primárias do condomínio edilício. Em conclusão, pretende-se demonstrar os fenômenos jurídicos embrionários, e sua efetiva caracterização como condomínio edilício apenas com o advento das legislações escritas notadamente a partir do século XX, quando se passou a incorporar a noção simbiótica das partes exclusivas e comuns como essenciais ao regime.

Palavras-chave: Propriedade horizontal; condomínio edilício; direito comparado.

Abstract: The origin of the building condominium (horizontal property), relevant to its current characterization, still raises controversies between Brazilian and Portuguese jurists. While many argue that the social and juridical phenomenon appears in antiquity, others point to signs of its emergence in the Middle Ages, there are those who understand that the phenomenon is typical of Modernity or even characteristic of contemporaneity and the vertical growth of urban centers in the 20th century. Although it is possible to question the legal nature of analogous institutes throughout history, related to the overlapping of properties in the same building, they unequivocally arise of legal interest for the formation of what is now known (all over the world) as horizontal property. In this study, undertaken from the analysis of Luso-Brazilian legal dogmatics, as well as Brazilian and Portuguese legislation from the Laws of the Kingdom (shared by both countries) to the present, it is intended, firstly, to demonstrate the similarities of the legal regime of horizontal property in the two countries. to date, the intention is, firstly, to compare the legal regimes of horizontal property in the two countries. Then, primary forms of the building condominium will be investigated. In conclusion, it is intended to demonstrate the embryonic legal phenomena, analogous to horizontal property and its characterization as a condominium and its specific characters only with the advent of written legislation, notably from the 20th century, when it began to incorporate the symbiotic notion of exclusive parts and common as essential to the regime.

Keywords: Horizontal property; building condominium; comparative law.

[1] Doutorando e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa "Luís de Camões" – UAL (Lisboa, Portugal). Especialista em Direito Privado Patrimonial pela PUC-Rio. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Advogado e professor da Universidade Candido Mendes. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro – RJ, Brasil. *E-mail*: belmonte@cbadv.adv.br.

1. Introdução

Pretende-se, neste estudo[2], apresentar nótula histórica do condomínio edilício, a partir da dogmática jurídica (não histórica) brasileira e portuguesa (indo desde os manuais e cursos de direitos reais às obras especificamente voltadas à origem da propriedade horizontal, passando por monografias e artigos sobre o condomínio em edificações) e, documentalmente, das leis e normas que regeram a propriedade horizontal (ou forma análoga ou embrionária) nos últimos séculos (tendo por marco inicial as Ordenações do Reino, comuns a ambos os países) e do anteprojeto de código civil brasileiro do século XIX (de Teixeira de Freitas). Adicionalmente, para além da descrição com viés historial das propriedades em edifícios, busca-se, em cada período indicado, responder se estava efetivamente diante de um edifício constituído sob o regime da propriedade horizontal – isto é, se era efetivamente um condomínio edilício, com os caracteres jurídicos estruturantes mínimos que assim o definem – ou figura meramente assemelhada ou talvez embrionária do condomínio atual.

Efetivamente, da literatura jurídica existente no Brasil e em Portugal persiste não apenas a divergência quanto ao momento histórico do surgimento do condomínio em edifícios, mas também quanto à efetiva caracterização do fenômeno jurídico em determinados períodos passados, notadamente na antiguidade romana, suscitando celeumas doutrinárias. À luz dos caracteres da propriedade horizontal, a questão merece enfrentamento científico.

A similaridade do regime jurídico da propriedade horizontal no Brasil e em Portugal – analisada de passagem no primeiro capítulo – e sua origem histórica comum permite uma análise conglobada da matéria e a obtenção de resultados aplicáveis às duas Ordens Jurídicas.

2. O Condomínio Edilício (Propriedade Horizontal) no Brasil e em Portugal

No Brasil e em Portugal, a propriedade horizontal (ou condomínio edilício)[3] é um direito real que compreende a coexistência, em uma edificação, de partes de propriedade exclusiva –

[2] Por ocasião da elaboração da dissertação de mestrado em direito defendida e aprovada perante a Universidade Autónoma de Lisboa, cujo tema centrava-se na Propriedade Horizontal ou Condomínio Edilício (cfr. BELMONTE, Pedro Ivo Leão Ribeiro Agra. **A assembleia de condóminos em Portugal e no Brasil e a proteção do direito da minoria nas deliberações**), o passar da investigação por temas periféricos culminou na recolha de material bibliográfico e documental de caráter histórico – ainda que de baixa densidade – acerca do condomínio edilício ou, ao menos, relativa à propriedade em edificações ou em superposição, que não poderia ser simplesmente descartado e que permite contribuir para a investigação da gênese jurídica condominial.

[3] Sob o prisma legislativo atual, em Portugal, a "Propriedade Horizontal" é regulada primordialmente pelo Código Civil português, nos arts. 1.414º a 1.438º-A, com as alterações e aditamentos oriundos do Decreto-Lei (DL) nº 267/1994, bem como pelas normas regulamentares introduzidas pelo DL nº 268/1994 igualmente. Entre outras leis complementares aplicáveis ou extensíveis à propriedade horizontal, pode-se citar o DL nº 269/1994, o DL nº 106/1996, e o DL nº 123/2009. Em matéria fiscal, de se citar o DL nº 287/2003, o Código do Imposto Municipal

unidades autônomas (ou frações autônomas, na terminologia da legislação portuguesa) e suas respectivas frações (ou quotas) ideais – com partes comuns, estas pertencentes a todos os condôminos em regime de compropriedade (condomínio geral no direito positivo brasileiro)[4].

O Código Civil português enquadra a propriedade horizontal no título relativo ao direito de propriedade, ao lado da compropriedade e de outros direitos, sendo certo que, independentemente da natureza jurídica do instituto adotada pela doutrina[5], vários aspectos da propriedade exclusiva (particular) aplicam-se à propriedade horizontal[6] – pois dotada de partes autônomas, de propriedade exclusiva de cada condômino.

De fato, se um edifício pertencer integralmente a uma única pessoa, será ela a proprietária exclusiva do todo, exercendo de forma plena e exclusiva todos os poderes e faculdades inerentes ao direito real de propriedade exercido sobre a coisa[7]. De outro lado, se a edificação pertencer simultaneamente a mais de uma pessoa, haverá uma situação de comunhão do direito real de propriedade – a "copropriedade" ou "compropriedade"[8] (denominado de "condomínio geral"

sobre Imóveis, e o Estatuto dos Benefícios Fiscais. No Brasil, o atualmente denominado "Condomínio Edilício" é tratado essencialmente pelo Código Civil de 2002 (arts. 1.331 a 1.358), e, supletivamente (não obstante alguma controvérsia doutrinária a esse respeito), pela Lei nº 4.591/1964, que dispõe sobre "condomínio em edificações" e incorporações imobiliárias.

[4] Na doutrina portuguesa, *v.*: ALMEIDA, L. P. Moitinho. **Propriedade horizontal**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 11; ARAÚJO, António Magro Borges de. **A propriedade horizontal e o notariado: minutas e comentários**. *Coimbra*: Almedina, 1990, p. 14-15; FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Lições de direitos reais**. 6ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2010, p. 370-371; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direitos Reais**. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 289; NETO, Abílio. **Manual da Propriedade Horizontal**. 4ª ed., Lisboa: Editora Ediforum, 2015, p. 14 PASSINHAS, Sandra. **A assembleia de condóminos e o administrador na propriedade horizontal**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 17; RAMOS, José Luís Bonifácio. **Manual de direitos reais**. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 382-383; e SEIA, Jorge Alberto Aragão. **Propriedade Horizontal: condóminos e condomínios**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 12-13. Na doutrina brasileira, *v.* especialmente, AVVAD, Pedro Elias. **Condomínio edilício**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 19; CÂMARA, Hamilton Quirino. **Condomínio Edilício**. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7-8; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 253; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Vol. 5: reais. 14ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 766; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 396; LÔBO, Paulo. **Direito civil: coisas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 236; MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código civil comentado**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 843; João Batista. **Condomínio**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 21-22 e 65-66; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. 4. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 160; SCAVONE Jr., Luiz Antonio. **Direito Imobiliário: Teoria e Prática**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 838-839.

[5] Questão de longa data tormentosa na doutrina, mas que parece caminhar, tanto no Brasil quanto em Portugal, para a superação de todas as teorias explicativas a partir de outros institutos e direitos reais, e reconhecimento de sua plena autonomia, como direito real novo, "condominial" (edilício).

[6] O que é destacado na doutrina portuguesa por: FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. 6ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2010, p. 369.

[7] Acerca destes poderes e faculdades, segundo LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 279, "em termos de conteúdo do direito de propriedade, o art. 1305º [do Código Civil Português] refere-nos que este abrange as faculdades de uso, fruição e disposição do direito, de modo pleno e exclusivo".

[8] *Idem*, p. 205. O regime jurídico da "compropriedade" está regulado nos arts. 1403º e ss., Código Civil Português.

pelo Código Civil brasileiro[9]). Havendo copropriedade, os direitos dos coproprietários sobre a coisa comum são considerados pela lei como qualitativamente iguais, embora possam ser quantitativamente diferentes, presumindo-se, todavia, quantitativamente iguais as quotas de cada um, na falta de estipulação diversa[10]. Com efeito, neste caso, todos os consortes são igualmente donos da coisa do ponto de vista qualitativo, sendo-lhes atribuídas quotas ideais da coisa (frações ideais[11]), e não uma parcela material dela; não se reconhece, com isso, a plenitude da propriedade de cada consorte sobre um certo fragmento físico do bem, mas significa "que todos os comunheiros têm direitos qualitativamente iguais sobre a totalidade dele, limitados contudo na proporção quantitativa em que concorre com os outros comproprietários na titularidade sobre o conjunto"[12].

Entretanto, se as partes deste edifício forem passíveis de individualização, em condições de constituírem unidades independentes (autônomas), ligadas por partes comuns, então é possível instituir-se o regime da propriedade horizontal, de modo que cada condômino será proprietário exclusivo de certa(s) unidade(s) independente(s), e será coproprietário das demais partes da edificação. Uma vez instituído, haverá, portanto, um regime misto, que abrange partes de propriedade exclusiva – as unidades autônomas – e partes nas quais todos serão coproprietários – partes comuns. A título de exemplo, pode-se cogitar a hipótese de um edifício residencial, com diversos apartamentos, cada um deles pertencente a um dono diferente – portanto, unidades de propriedade exclusiva[13] –, e partes comuns, como a entrada, escadas, corredores, instalações gerais de água, luz, gás e eletricidade, os elevadores, entre outros[14].

---

[9] Arts. 1314 e ss., Código Civil Brasileiro.

[10] Art. 1403º, nº, Código Civil Português; e art. 1315, Código Civil Brasileiro.

[11] Cumpre esclarecer que, enquanto no direito brasileiro o equivalente às quotas ou quinhões do condômino são especialmente denominadas de "frações ideais" – tanto em matéria de copropriedade (condomínio em geral). São quotas abstratas e representam, quantitativamente, a medida do aproveitamento econômico de cada consorte. Vê-se a menção a "quotas ideais" por juristas portugueses em matéria de copropriedade. Ver: SEIA, Jorge Alberto Aragão, *op. cit.*, p. 12.

[12] Nesse sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, p. 151-152.

[13] Além de decorrer do conceito exposto no art. 1414º, o código civil português deixa expresso nos direitos dos condôminos: "Art. 1420º (Direitos dos condóminos) 1. Cada condómino é proprietário exclusivo da fracção que lhe pertence e comproprietário das partes comuns do edifício". O código civil brasileiro exemplifica as partes exclusivas, que constituem unidades autônomas: "Art. 1.331. [...] § 1º As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio".

[14] O Código Civil português diferencia textualmente as partes forçosamente comuns (art. 1421º, nº 1), tidas por fundamentais ao uso comum do prédio, das partes presumidamente comuns (art. 1421º, nº 2), relativamente às quais não só o título constitutivo poderá dispor de forma diferente. O código civil brasileiro, a seu turno, apenas exemplifica as partes comuns: "art. 1331. [...] § 2º O solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns,

No Brasil, desde a sua promulgação, a Lei nº 4.591/1964 enquadrava, em seu art. 1º, no regime do "Condomínio em Edificações", todas as edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não-residenciais, que poderiam ser alienadas, no todo ou em parte, objetivamente consideradas, constituindo, cada unidade, propriedade autônoma com as limitações próprias do regime jurídico. E o Código Civil brasileiro em vigor, seguindo a mesma orientação, dispõe que "pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos"[15].

O Código Civil português, no mesmo sentido, estabelece como princípio geral que "as fracções de que um edifício se compõe, em condições de constituírem unidades independentes, podem pertencer a proprietários diversos em regime de propriedade horizontal" [16] e acresce que "cada condómino é proprietário exclusivo da fracção que lhe pertence e coproprietário das partes comuns do edifício" [17].

Em ambos os países as unidades autônomas (ou "frações autônomas", em Portugal[18]), de propriedade exclusiva, devem ser discriminadas, isoladas umas das outras e com saída própria para a via pública, ainda que de forma indireta, através das partes comuns[19].

Não obstante pontuais diferenças quanto à definição unidades autônomas e a forma adotada para a divisão da edificação em quotas, os ordenamentos jurídicos de ambos os países, seguindo uma mesma orientação, estabelecem que, na propriedade horizontal, cada condômino é proprietário exclusivo da unidade que lhe pertence e coproprietário das partes comuns do edifício[20], sendo o conjunto dos dois direitos incindível, pelo que nenhum deles pode ser alienado separadamente[21], ainda que sejam partes acessórias[22].

---

inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados em comum pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos.".

[15] Art. 1.331, do Código Civil brasileiro, em redação criticada desde o projeto que deu origem ao código civil vigente, por PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, p. 160, segundo o qual não teria o legislador primado pela melhor técnica, posto que o dispositivo, situado no Código Civil em capítulo próprio intitulado "Condomínio Edilício", olvida que não existe propriedade horizontal sem que haja, necessariamente, concomitantemente partes exclusivas e partes comuns. Portanto, não deveria utilizar-se no Código a palavra "pode". Seja como for, não havendo coexistência de unidades independentes e partes comuns, poderá haver copropriedade, mas não propriedade horizontal propriamente dita.

[16] Art. 1.414º do Código Civil português.

[17] Art. 1.420º, nº 1 do Código Civil português.

[18] Como referido pela legislação, doutrina e jurisprudência portuguesas para designar as partes suscetíveis de utilização independente ou de propriedade exclusiva.

[19] Art. 1.415º, Código Civil português; arts. 1.331, § 4º e 1.332, I e II, Código Civil brasileiro.

[20] Art. 1.420º, nº 1, Código Civil Português; art. 1.331, Código Civil brasileiro.

[21] Art. 1.420º, nº 2, Código Civil Português.

[22] Art. 1.339, Código Civil brasileiro.

E daí resultam conceitos símiles para o instituto nos dois ordenamentos jurídicos ora estudados, reconduzidos à noção fundamental supra apresentada, de direito real que exige a coexistência indissolúvel, sobre a mesma edificação, de partes comuns – com as faculdades correspondentes à copropriedade – e unidades (frações) autônomas – com as faculdades correspondentes à propriedade exclusiva[23]. Para os fins do breve estudo ora empreendido, relevante tomar este conceito como partida, a fim de possibilitar aferir-se o surgimento da propriedade horizontal.

3. Breves apontamentos acerca da gênese e da evolução do fenômeno jurídico

Quanto às origens mais remotas da propriedade horizontal, conquanto não haja total uniformidade na doutrina relativamente à existência da propriedade horizontal em determinados períodos históricos (questão ligada ao efetivo enquadramento jurídico das figuras identificadas) – havendo quem refira tratar-se de fenômeno típico da contemporaneidade, ligado ao crescimento e concentração urbanos e a escassez de espaço[24] –, não se nega que o fenômeno proliferou sobremaneira especialmente a partir do século XX, a reclamar efetiva e completa regulação legal, mas tampouco se pode negar as raízes genéticas e traços originários do instituto – e da divisão de despesas de conservação do edifício de habitação comum – encontrados desde a antiguidade.

De fato, como demonstrado no capítulo antecedente, para a configuração do regime jurídico da propriedade horizontal é necessário que haja unidades (frações) autônomas, de propriedade de diferentes sujeitos, ligadas às partes comuns da edificação, pertencentes conjuntamente aos proprietários das unidades autônomas; há que haver, enfim, a *simbiose* entre *unidades autônomas* – de propriedade exclusiva, pertencentes cada qual a cada um dos condôminos – e as *partes comuns* – de propriedade comum de todos os condôminos. Portanto, há que se analisar as diversas figuras jurídicas referidas nos períodos históricos estudados pela

[23] Em Portugal, por todos, *v.* DUARTE, Rui Pinto, *op. cit.*, p. 115; RAMOS, José Luís Bonifácio, *op. cit.*, p. 398; SEIA, Jorge Alberto Aragão, *op. cit.*, p. 13-14; ALMEIDA, L. P. Moitinho, *op. cit.*, p. 11; VIEIRA, José Alberto. Direitos reais. Coimbra: Almedina, 2017, p. 629-631; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 289, segundo o qual, "a propriedade horizontal constitui um novo direito real, regulado nos arts. 1414º e ss., que faz coexistir sobre o mesmo edifício dois tipos de faculdades distintas dos condóminos: as faculdades correspondentes à propriedade exclusiva sobre uma fracção autónoma do prédio e as faculdades correspondentes à compropriedade sobre as partes comuns do edifício". Na doutrina brasileira, por todos, *v.* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, p. 160: "reunião orgânica e indissolúvel da propriedade exclusiva, incidente sobre a unidade, e o condomínio sobre as partes e coisas comuns".

[24] Nessa linha, *v*. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *op cit*., p. 396.

literatura jurídica, ainda que sejam elas meramente embrionárias daquilo que viria a se tornar a propriedade horizontal.

Numa síntese prévia, basicamente, as referências históricas mais antigas à "propriedade por andares" e "superposição habitacional" remontam à *Antiguidade*, com registros na Babilônia e, em seguida, na Grécia[25] e Roma[26] antigas; do *Período Intermédio* e séculos posteriores a doutrina menciona a colheita de registros em costumes (inclusive escritos) e leis[27] – nas Ordenações do Reino no particular de Portugal e Brasil –; na *Modernidade*, são especialmente referidos o Código de Napoleão e os que o seguiram[28]; e na *contemporaneidade*, os Códigos Civis e legislações extravagantes dos diversos países dão conta da regulação da propriedade horizontal, tratando-se de fenômeno social e jurídico em constante crescimento[29].

Pouco se tem de registro da Antiguidade anterior à Roma e Grécia. Apesar de haver notícia histórica de que, já no segundo milênio antes de Cristo, na Caldeia existiria a divisão de prédios em planos horizontais[30], e de que na Babilônia realizavam-se vendas de frações

[25] Como referido por Armindo Ribeiro Mendes em: **A propriedade horizontal no Código Civil de 1966**, 1970.

[26] Tratado por Eduardo Marchi no livro: **A propriedade horizontal no direito romano**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 113-114. Na doutrina portuguesa, Armindo Ribeiro Mendes (*op. cit.*, p. 13-14) reconhece que alguns fragmentos do Digesto (D.8.2.36. e D.43.17.3.7.) se refiram a hipóteses de fato semelhantes a que ocorre na propriedade horizontal, e, que, portanto, "permitiriam afirmar o conhecimento dos juristas romanos das especialidades jurídicas da propriedade por andares", mas não fala propriamente em propriedade horizontal. O autor menciona, ainda, que o brasileiro Pontes de Miranda e o espanhol Battle Vázquez sustentavam a existência de uma forma *sui generis* de titularidade real de andares de um edifício em Roma (p. 14-15). Quanto à mencionada obra de Pontes de Miranda, este autor tratava da "comunhão *pro diviso*" em Roma, cfr. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado: parte especial**. Tomo XII: Direito das Coisas, 2012, p. 257.

[27] MENDES, Armindo Ribeiro, *op. cit.*, p. 16.

[28] Cfr. sustentado PASSINHAS, Sandra, *op. cit.*, p. 87-88; 90; 92, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 290; LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de direito civil**. 2ª ed. Vol. 6: direito das coisas. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1962, p. 329-330. Segundo este último, a lei somente adotou o regime da propriedade horizontal a partir do Código Napoleão, em seu art. 664 – cuja redação sofreu alterações (mencionando a Lei de 18 de junho de 1938) –, expandindo-se e desenvolvendo-se em todos os povos "cultos" e respectivas legislações, em virtude das necessidades de habitação – principalmente próximas aos centros urbanos – e alto custo da superfície, reduzido por este sistema. Caio Mário Pereira não rejeita a origem moderna (e mesmo anterior) da propriedade horizontal, mas deixa claro que o problema (social) e o conceito ainda não estavam consolidados – que só viria a ocorrer posteriormente, em especial com as legislações do século XX –, o que se reflete nas grandes codificações inauguradas com o Código Napoleônico, que não lograram delimitar nem regular por inteiro a matéria, mas apenas iniciando o tratamento jurídico de certas despesas e consertos comuns de proprietários de diferentes andares de uma mesma casa ou edifício, cfr. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Propriedade Horizontal.** Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 38-39.

[29] Para além dos Códigos Civis brasileiro e português, a respeito da propriedade horizontal na legislação de diversos países, *v*. FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. **Hermenêutica e aplicação da convenção de condomínio (propriedade horizontal)**, 2007. Em sua tese, o autor analisa o sistema de propriedade horizontal nos seguintes países: Itália, França, Espanha (e Catalunha), Portugal, Argentina, Alemanha, Suíça, Áustria, Japão, EUA, Bulgária, Chile, Cuba, Uruguai, Colômbia, Costa Rica, Venezuela, México, Porto Rico, Peru, Bolívia, Guatemala, Canadá, Austrália, África e Israel, fazendo, ainda, brevíssima menção à previsão do instituto da Inglaterra, China e Grécia, e apenas citando a legislação de regência relativamente à Hungria, Bélgica, Roménia, Suécia, Polónia, Egito, Holanda, Equador, Etiópia, da extinta Iugoslávia, do Líbano e Turquia.

[30] Cfr. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 36.

divididas de casas – existindo documento que consubstancia a venda apenas do rés-do-chão de uma casa, sendo que o piso superior continuou a pertencer ao vendedor –, a escassez documental impede incursões mais remotas no tempo[31].

No direito helênico e grego-egípcio não era desconhecida a noção de divisão de partes de edificações entre diferentes titulares, numa figura próxima à *communio pro diviso* romana[32].

Já no tocante ao período romano, existe maior celeuma doutrinária quanto à efetiva existência da propriedade horizontal no seu direito antigo. Necessário, para aferição da real origem do direito real, aprofundar a análise dos caracteres da *"propriedade por andares"* romana – tantas vezes citada pelos defensores da origem romanística do instituto.

Não obstante sejam vários os textos defendendo a existência da propriedade horizontal no direito romano, o que se tem de efetivo registro histórico é que já nos primeiros anos do Império Romano havia edifícios construídos verticalmente – *insulae* – com vários andares e compartimentos, ocupados por inúmeras famílias[33], referindo alguns autores à Lei Icília do ano 456 a.C.[34]. Efetivamente, as leis da época[35] determinavam que os proprietários dos andares superiores concorressem com as despesas segundo a altura dos respectivos andares, delimitando as despesas entre os proprietários dos vários pisos quanto ao telhado ou vigas de sustentação dos andares. Tal divisão de despesas e obrigações (comuns) serve de fundamento para muitos autores de que ali já havia a propriedade horizontal (ou sua gênese). Em poucas palavras, é com base nestes registros que parcela dos juristas advoga a origem romana da propriedade horizontal.

Entretanto, não são poucos os autores que qualificam de equívoco tal enquadramento, precisamente porque "o elemento estruturante da propriedade horizontal é a existência de partes próprias ligadas funcionalmente a partes comuns", com rateio de despesas e outras obrigações

---

[31] Como bem salientado em MENDES, Armindo Ribeiro, *op. cit.*, p. 12. O autor presume ser provável que outros povos do antigo Oriente tivessem formas de propriedade horizontal em suas cidades, o que não se consegue comprovar ante a mencionada escassez de documentos, mas ainda assim, no tocante à Síria, a de ter ocorrido é de alguma forma ratificada posteriormente, ante a referência ao instituto em obras sírio-romanas posteriores. Esclarece, ainda, que a "configuração geográfica das cidades sírias, apertadas entre o Mediterrâneo e elevações paralelas à costa, não teria sido alheia ao desenvolvimento da propriedade por andares".

[32] *Ibidem*.

[33] Nesse sentido, PASSINHAS, Sandra, *op. cit.*, p. 86.

[34] Entre eles, Serpa Lopes, na obra já citada, p. 329. Mas esclarece o autor que, na verdade, apesar de considerável parcela da doutrina basear-se na mencionada lei para justificar a origem romana da propriedade horizontal, a mesma [a Lei Icília do ano 456 a.C.], apenas permitiu aos plebeus a faculdade de morar no Monte Aventino, não tendo, contudo, autorizado nenhum tipo de concessão superficiária, nem criado nenhum sistema de propriedade por planos horizontais – ainda que, *na prática*, por conveniência ou necessidade, os plebeus hajam, de alguma forma, dividido as propriedades construídas no Monte Aventino por pisos ou planos horizontais.

[35] Aqui referindo aos extratos de Juliano de Ascalão (Hexábiblos, 2, 4, 40 e 2, 4, 42), citados por Sandra Passinhas na obra aqui já referida, p. 91.

quanto a elas, o que não se verificava na realidade imobiliária romana – ao menos não com base nos registros apontados –, defendendo que: (*a*) o simples fato de existirem, à época, casas ou edificações nas quais a parte de cima era de propriedade de uma pessoa, e a parte de baixo pertencia a outra pessoa, não conduz necessariamente à conclusão acerca da existência do regime próprio da propriedade horizontal; e (*b*) que a situação jurídica romana, tal como indicada, mesmo com a concorrência dos diversos proprietários em despesas comuns, por si só, poderia enquadrar-se no conceito de *communis pro indiviso*, mas não no de propriedade horizontal[36].

De fato, sob esta perspectiva, conquanto as figuras jurídicas romanas possam figurar meramente como um "embrião, uma figura aproximativa" da propriedade horizontal, não se podem com ela confundir; difere a propriedade separada de andares de um edifício da propriedade horizontal propriamente dita, precisamente porque naquela inexistem partes e obrigações comuns[37].

Para que a razão está com razão estes últimos. Não obstante a existência de figuras assemelhadas, não se pode falar propriamente na existência de *propriedade horizontal* em Roma, justamente por não haver a necessária copropriedade nas partes comuns – elemento essencial do regime. Assim, à linha de muitos outros direitos e institutos, pode-se buscar em Roma a gênese do fenômeno da *superposição habitacional* – inclusive com disciplina própria e praticada como solução em várias cidades, registrada em seu direito pretoriano[38] –, mas não da propriedade horizontal como hoje conhecida e positivada.

Superado o período romano, há comprovada notícia da propriedade separada por andares em alguns burgos nos últimos séculos do período intermédio e nos séculos XVI, XVII e XVIII, explicada pela apertada fisionomia das muradas cidades medievais. Bélgica e França conheceram o fenômeno: Grenoble regulamentou o instituto em 1561 e várias cidades, como Auxerre, Berry, Bretagne, Paris, Clermont-Ferrand, Orléans e Anvers, possuíam costumes

[36] Por todos, *v.* PASSINHAS, Sandra, *op. cit.*, p. 92; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Propriedade horizontal...**, p. 36-37. Ainda no mesmo diapasão, GONÇALVES, Luís da Cunha. **Da propriedade horizontal ou por andares: breve estudo e comentário do Decreto nº 40.333, de 14 de outubro de 1955**. Lisboa: Edições Ática, p. 9, este último apontando para a existência, em Roma, não de propriedade, mas sim de um regime de servidão – "*servitutes oneri ferendi* do proprietário da casa térrea (*cryptae*) e do respectivo solo" – face ao princípio segundo o qual *aedificium solo cedit et jus soli sequitur*". E segundo LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 290, apesar de a Antiguidade e o Direito Intermédio contarem com referências históricas, a propriedade horizontal, sua origem estaria associado ao êxodo das populações rurais para as cidades a partir do século XIX, acentuada no século XX.

[37] Cfr. PASSINHAS, Sandra, *op. cit.*, p. 87-88; 90; 92, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 290; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Propriedade horizontal...**, p. 36.

[38] Citando as cidades de Auxerre, Orleães, Paris, Rennes, Nantes, *v.* PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições...**, p. 158-159.

escritos; o grande incêndio que assolou a cidade francesa de Rennes em 1720, destruindo quase mil edificações, impôs maiores despesas às vítimas, razão pela qual adotaram de forma voluntária o regime de propriedade por andares, dividindo o pagamento do edifício inteiro; e o próprio Código Civil francês de 1804 foi influenciado no particular pelo art. 215 do costume de Orléans e correspondentes estudos de Pothier. Também conheceu figura análoga a Itália: o estatuto da cidade de Milão regulava pormenorizadamente a situação de propriedade de diversos donos divididas por andares[39]. Em Portugal, as Ordenações Filipinas não regulavam o rateio das despesas comuns do edifício, mas tão somente impunham limitação ao direito do proprietário do sobrado – proibindo-o de abrir janela sobre o portal do andar térreo (sótão ou "lógea") ou a construção de qualquer edifício –, inexistindo elementos aptos a demonstrar eventual propagação do instituto à época, sendo possível apenas conjecturar que, ou era por demais incipiente o instituto, a não reclamar maior regulação, ou era a tal ponto disseminado que não se justificava ir além das tradições jurídicas enraizadas[40]. Portanto, conquanto se possa concluir ter havido, ao menos, a divisão de propriedade por andares em Portugal no período, o dispositivo não permite concluir pela existência precisa de propriedade horizontal pela tão só existência de restrição ao direito de propriedade do dono do sobrado, mas sem repartição de despesas comuns, obrigação de reconstrução e demais caracteres próprios do instituto verificados em períodos mais recentes.

Muitos se referem à Modernidade e especialmente ao Código Napoleônico – e leis que o seguiram imediatamente –, como efetivo momento de nascimento da propriedade horizontal, indicando as primeiras grandes codificações como seu marco legislativo e jurídico[41]. Estas primeiras leis, em suma, regulavam a propriedade de diferentes donos em edifícios, tratando da partilha das despesas com os pisos e telhados.

Com efeito, para parcela da doutrina[42], efetivamente, apenas com o advento do mencionado Código Civil francês de 1804 – época de grande crescimento das cidades e desenvolvimento da industrialização, é que se poderia falar em propriedade horizontal como instituto regulamentado em linha com os elementos essenciais do atual regime.

---

[39] Cfr. Armindo Ribeiro Mendes, na obra citada, p. 15.

[40] *Idem*, p. 17.

[41] Essa a posição sustentada por LEITÃO, obra citada, p. 290.

[42] Nesse sentido, Sandra Passinhas, *cit.,* p. 92-93, para quem "o artigo 664º do Code Napoleón admite que diferentes andares de uma casa pertençam a diversos proprietários, regulando a responsabilidade pelas despesas com reparações. Aqui já se nota claramente a existência de partes comuns, ao lado de partes em propriedade exclusiva, e já podemos falar em propriedade horizontal" (p. 93). Em linha semelhante, v. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 290, não obstante o autor refira a uma anterior "breve menção" nas Ordenações do Reino.

Na realidade, mencionava tal diploma normativo, em única disposição (art. 664) sobre o tema, que, se diferentes andares de uma casa não pertencessem ao mesmo proprietário, todos suportariam, por inteiro, as despesas de reparação e reconstrução das paredes mestras e do teto, na proporção do valor de seu andar, cabendo a cada um o seu respectivo piso e a escada do andar inferior até o seu[43].

O Código Civil italiano de 1865, primeiro sucessor do Código de Napoleão, apenas repetiu a disposição do diploma paradigma, no que foi acompanhado pelos posteriores Códigos Civis de Portugal (1867)[44] e da Espanha (1888), revelando que, à época, o assunto não reclamava atenciosas medidas normativas[45].

Ao revés, os condomínios se tornaram extremamente relevantes desde o início do século XX, ante o exponencial crescimento *vertical* dos grandes centros urbanos, em função da necessidade de aproveitamento dos espaços existentes. Inegável o fenômeno social, razão pela qual autores há que afirmam que a propriedade horizontal tem sua origem neste período histórico[46]. Pulularam à época as monografias e leis específicas sobre o tema nos mais diversos países, mantendo-se até a presente data o estudo e desenvolvimento da matéria, que conta com regulação cada vez mais pormenorizada.

Feita esta breve passagem pela origem geral comungada por Portugal e Brasil, passa-se ao necessário aprofundamento do histórico particular recente de cada país.

Em Portugal, após a mencionada regulação dos almotacés nas Ordenações Filipinas[47], e depois no referido art. 2.335º do Código Civil de 1867[48] – que, como visto acima, na esteira do Código Civil francês, tão somente dispôs sobre o modo de reparação e conserto dos diversos andares dos edifícios pertencentes a diversos proprietários, quando não estivesse previsto nos

[43] Em tradução livre: "Art. 664. Se os diversos pisos de uma casa pertencem a proprietários diferentes, e o modo de reparações e consertos não se acharem reguladas nos títulos de propriedade, devem ser feitas da seguinte maneira: as paredes-mestras e o teto serão reparados por todos os proprietários, proporcionalmente à parte pertencente a cada um. O proprietário de cada piso pagará pelas despesas do pavimento que corresponda à sua parte. As despesas das escadas que conduzem ao primeiro piso cabem ao dono deste: as que medeiam o primeiro e o segundo [andares], cabem ao propretario do último, e assim sucessivamente.".

[44] *V*. FERREIRA, José Dias. **Codigo civil portuguez: annotado**, 5 v. Lisboa: Imprensa Nacional, 1870-1876.

[45] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições...**, p. 159.

[46] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *op cit*., p. 396.

[47] Cfr. disposto no Livro I, título LXVIII (Dos almotacés), § 34: "se huma casa for de dous senhorios, de maneira que de hum delles seja o sótão, e de outrem o sobrado, não poderá aquelle cujo for o sobrado fazer janella sobre o portal daquelle, cujo for o portão, ou logea, nem outro edifício algum".

[48] "Art. 2335º Se os diversos andares de um edificio pertencerem a diversos proprietarios, e o modo de reparação e concerto se não achar regulado nos seus respectivos titulos, observar-se-ha o seguinte: § 1º As paredes communs e os tectos serão reparados por todos, em proporção do valor que pertence a cada um. § 2º O proprietario de cada andar pagará a despesa do concerto do seu pavimento e forro. § 3º O proprietario do primeiro andar pagará a despesa do concerto da escada de que se serve, o proprietario do segundo a da parte da escada de que o egualmente se serve, a partir do patamar do primeiro andar, e assim por diante".

respectivos títulos[49] –, o Decreto-Lei nº 40.333, de 14 de outubro de 1955 – atendendo ao comando contido no art. 30º da Lei nº 2.030, de 22 de junho de 1948, que ordenava ao Governo que, no prazo de seis meses, procedesse à revisão e regulamentação do artigo 2.335º do Código Seabra –, estabeleceu efetivamente o regime da propriedade por andares ou propriedade horizontal, com o objetivo de se restringir o alargamento progressivo da área urbana e facilitar a resolução de problemas urbanos, cuidando de regular minuciosamente o condomínio de edifícios.

Efetivamente, o Decreto-Lei nº 40.333, de 1955, estabeleceu: a *definição* do instituto da propriedade horizontal (art. 1º); os modos de *constituição* do regime (art. 2º) e o respectivo *título constitutivo* (art. 3º); o *requisito* da limitação do regime às unidades (frações) autônomas que constituam unidades independentes e isoladas entre si (art. 4º); a possibilidade *modificação do título* constitutivo (art. 5º); disposições a respeito da *inscrição imobiliária* no registro predial e suas *particularidades* (arts. 6º a 8º) e na *matriz predial* (art. 9º); os *direitos e poderes* dos proprietários (art. 10º e ss.); as *limitações do exercício do direito* singular em virtude das relações de vizinhança e condominiais (art. 12º); definição das *partes comuns* do prédio (art. 13º), o modo de sua *utilização* (art. 14º) e a fixação do *direito de cada proprietário sobre as partes comuns*, *proporcional* à propriedade (art. 15º); as *obrigações* dos proprietários para custeio da coisa e serviços comuns (art. 16º); disposições relativas às *obras inovadoras* (arts. 17º e 18º) e às *reparações indispensáveis e urgentes* (art. 19º); normas concernentes à *destruição total ou parcial do edifício* (arts. 20º e 21º); a obrigatoriedade de contratar *seguro* do edifício contra riscos de incêndio (art. 22º); a atribuição de força de *título executivo judicial às atas de assembleia* que deliberem despesas (art. 23º); o *privilégio do crédito* por encargos condominiais (art. 24º); a *inseparabilidade das partes comuns e autônomas* (art. 25º); a *irrenunciabilidade* do direito às partes comuns como forma de escusar-se ao pagamento das obrigações comuns (art. 26º); a *forma de administração* dos bens comuns (art. 27º); o "*peso*" *relativo do voto*, proporcional à propriedade de cada um (art. 28º); demais regras referentes à *assembleia e suas deliberações* (arts. 29º a 32º); normas relativas ao *administrador*, inclusive sua nomeação e exoneração (art. 33º), suas *atribuições* (art. 34º), a possibilidade de *agir em juízo* no exercício das suas atribuições ou quando autorizado pela assembleia, bem como de ser *demandado* judicialmente nas ações respeitantes às partes comuns, com ressalvas (art. 35º) e, ainda, a *relação de livros* que fica sob sua guarda (art. 36º); e, por fim, a possibilidade de apresentação de *recurso para a assembleia contra os atos do administrador* (art. 37º).

[49] Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit*., p. 291; e NETO, Abílio, *op. cit.*, p. 9.

A partir deste diploma normativo, a própria lei passou a estabelecer que a propriedade horizontal cumulava, de um lado, a existência de propriedades singulares mediante a subdivisão do edifício em unidades (frações) autônomas e, de outro, a existência de bens comuns aos vários proprietários, articulados (unidades autônomas e partes comuns) no todo unitário da edificação[50].

Ao depois, a propriedade horizontal veio a ser tratada basicamente pelo vigente Código Civil de 1966, revisto pelo Decreto-Lei nº 267/1994, de 25 de outubro, complementado por legislação esparsa.

No Direito Brasileiro, a propriedade horizontal compartilhou a origem portuguesa consubstanciada na breve menção feita nas Ordenações do Reino – que, como visto acima, tratavam unicamente da casa que pertencia a dois senhorios –, interpretado séculos mais tarde (até o início do século XX ante a falta de um Código Civil próprio, que só viria em 1916 – e sem menção à propriedade horizontal) como genérica admissibilidade da propriedade horizontal[51]. Seguiram-se, no curso do século XIX, após a independência do Brasil: (*i*) a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas de 1858[52], que enunciava, em seu art. 946[53], a regra contida nas Ordenações Filipinas; (*ii*) o *Esboço* de Código Civil, também de Teixeira de Freitas, de 1864 – jamais convertido em lei, mas que influenciou sobremaneira o direito civil, influenciando diretamente os códigos civis de países vizinhos[54] –, que não aludia ao tema[55]; e (*iii*) a *Nova Consolidação das Leis Civis* de Carlos de Carvalho, de 1899, igualmente enunciando, em seu art. 612, a regra das Ordenações[56].

Com efeito, em 1916 foi aprovado o primeiro Código Civil brasileiro, que ignorava a propriedade horizontal, restringindo-se, na linha dos diplomas normativos sucedidos, a tratar,

[50] É como entende Sandra Passinhas, *op. cit*., p. 95.

[51] Essa particularidade do direito brasileiro pré-codificado é mencionada pelo jurista português Armindo Ribeiro Mendes, *op. cit*., p. 17.

[52] Diploma legal que continha, em seus 1.333 artigos, toda a legislação civil esparsa, brasileira e portuguesa, então existente e vigente, incluindo as regras constantes das Ordenações do Reino.

[53] "Art. 946. Se uma casa fôr de dois dônos, pertencendo á um as lojas, e ao outro o sobrado, não póde o dono do sobrado fazêr janella, ou outra obra, sobre o portal das lojas".

[54] Projeto que continha 4.908 artigos e que, não obstante não se tenha convertido em lei no Brasil, inspirou fortemente os Códigos Civis de diversos países latino-americanos, como se verificou especificamente na Argentina, Uruguai e Paraguai, além de ter influenciado em diversos aspectos o próprio futuro Código Civil, reeditado por ocasião do centenário da morte do autor: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do código civil**. 2 v. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983.

[55] Com efeito, o esboço não contemplou a propriedade horizontal, limitando-se, em matéria de copropriedade, a tratar: da definição de condomínio (arts. 4.336 e 4337) – e do que não o é (art. 4.338) –; do condomínio em geral (arts. 4.339 a 4.374); do condomínio por meação de paredes e muros (arts. 4.376 a 4.403); e do condomínio por confusão de limites (arts. 4.404 a 4.422).

[56] "Art. 612. Si uma casa fôr de dois donos, pertencendo a um as lojas e ao outro o sobrado, não poderá o dono do sobrado fazer janella, ou outra obra sobre o portão das lojas".

no capítulo intitulado "condomínio", da copropriedade (arts. 623 a 641) e do condomínio de paredes, cercas, muros e valas (arts. 642 a 645) e da propriedade por planos verticais geradores das denominadas "casas de parede-meia" (art. 581)[57]. A doutrina[58] atribui tal omissão à desnecessidade social e econômica do condomínio à realidade brasileira daquela época – o que se afigura plausível numa sociedade eminentemente rural –, sendo fato, ainda, que o autor do Código, o jurista Clóvis Beviláqua, era francamente contrário à propriedade horizontal[59].

Apenas com o advento do Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928 – alterado pelo Decreto-Lei nº 5.234/1943 e, posteriormente, pela Lei nº 285/1948, com o fito de ampliar sua aplicação –, que se passou a regular normativamente (timidamente, diga-se) as edificações coletivas, divididas em unidades (frações) autônomas – então denominadas indistintamente de apartamentos, fossem para fins residenciais ou para estabelecimento de escritórios[60].

---

[57] "Art. 581. O condomínio da parede meia pode utilizá-la até ao meio da espessura, não pondo em risco a segurança ou a separação dos dois prédios, e avisando previamente o outro consorte das obras, que ali tencione fazer. Não pode, porém, sem consentimento do outro, fazer, na parede meia, armários, ou obras semelhantes, correspondendo a outras, da mesma natureza, já feitas do lado oposto".

[58] Representando os autores que assim sustentam, Caio Mário da Silva Pereira em suas **Instituições de direito civil...**, p. 159.

[59] Fato anotado por diversos juristas, entre eles: FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira, obra citada, p. 36; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Propriedade horizontal...**, p. 39.

[60] O Decreto nº 5.481, de 1928, em sua redação final assim dispunha, na íntegra: "Art. 1º Os edifícios de dois ou mais pavimentos construídos de cimento armado ou material similar incombustível, sob a forma de apartamentos isolados, entre si, que contiverem cada um, pelo menos, três peças, e destinados a escritórios ou residências particulares, poderão ser alienados, no todo ou em parte, objetivamente considerados, e constituíra cada apartamento propriedade autônoma sujeita às limitações estabelecidas nesta Lei. Paragrapho unico. Cada apartamento será assignalado por uma designação numerica, averbada no Registro de Immoveis, para os effeitos de identidade e discriminação. Art. 2º O terreno em que assentem o edificio e suas installações e o que lhe sirva a qualquer dependencia de fim proveitoso e uso commum dos condominos ou accupantes, constituirão cousa inalienavel e indivisivel de dominio de todos os proprietarios do predio. Art. 3º E' facultado das em hypotheca, antichrese, arrendamento ou locação cada apartamento, observadas as regras em vigor para a propriedade em geral excluida a restricção do art. 4º § 8º, do decreto n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890. Art. 4º O condominio por meiação de paredes, soalhos e tectos dos apartamentos, regular-se-há pelo disposto no Codigo Civil, no que lhe fôr applicavel. Art. 5º Os proprietarios de apartamentos contribuirão diretamente com as quotas relativas a quaesquer impostos ou taxas federaes, estados ou municipaes, pagando-as por meio de lançamento, como si se tratasse de predios isolados. Art. 6º Si não fôr preferido o seguro em commum, cada proprietario de apartamento segural-o-ha obrigatoriamente contra incendio, terremoto, cyclone ou outro accidente physico, que o destrúa em todo ou em parte. Paragrapho unico. A reconstrucção será sempre feita, guardadas obrigatoriamente a mesma fórma externa e a mesma disposição interna, salvo o accôrdo unanime de todos os condominios. Art. 7º No caso de desapropriação, será a indemnização de cada proprietario regular pelo valor locativo de seu apartamento no anno anterior ao decreto que o declarar de utilidade ou necessidade publica. Paragrapho unico. A desapropriação alcançará sempre a totalidade do edificio com todas as suas dependencias. Art. 8º A administração do immovel, no que respeita aos serviços que interessam a todos os moradores, como sejam os de esgoto, agua, illuminação, telephone, elevador, asseio, desinfecções, vigilancia interna e portaria, caberá a um dos proprietarios do apartamento ou a terceiro, eleito biennalmente, ou antes, em caso de vaga, por maior de votos dos condominio. Paragrapho unico. Taes funcções podem ser delegadas pelo mandatario a pessoa de sua confiança e sob sua responsabilidade. Art. 9º Annualmente, os proprietarios de apartamentos votarão, por maioria, a verba para as despezas communs de conservação do edificio, concorrendo cada interessado, dentro do primeiro mez do trimestre, com a quota que lhe tocar para o custeio, de accôrdo com o valor de sua propriedade. As decisões da maioria em relação ao orçamento dessas despezas serão communicadas aos interessados ausentes por meio de carta registrada e edital. Art. 10. As obras que interessarem á estructura integral do edifficio ou ao seu serviço commum serão feitas com o concurso pecuniario de todos os proprietarios de apartamentos, mediante um orçamento prévio

Mas em pouco tempo o decreto revelou-se insuficiente ao regramento jurídico do tema, o que motivou a adoção, no início da década de 1960 – quando aquele já se mostrava desatualizado, incompleto e inadequado às exigências sociais e jurídicas de então –, de um novo e mais completo diploma normativo respeitante à propriedade horizontal.

Foi então promulgada a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, projetada pelo jurista Caio Mário da Silva Pereira, não apenas atualizando por completo, em seus 27 primeiros dispositivos legais, o regime legal do Condomínios em Edificações (propriedade horizontal), mas também regulando as incorporações imobiliárias (arts. 28 a 70), especialmente a fim de coibir abusos e normalizar os negócios em torno das construções, definindo os direitos e deveres dos incorporadores, construtores e adquirentes de unidades autônomas[61]. Seu capítulo I trata da definição do instituto, a relação entre as partes comuns e unidades autônomas e sua constituição (arts. 1º a 8º); o capítulo II, da Convenção de Condomínio e restrições ao exercício do direito de propriedade (art. 9º e 10); o capítulo III, das despesas do condomínio (art. 12); o capítulo IV, do seguro, do incêndio, da demolição e da reconstrução obrigatória (arts. 13 a 18); o capítulo V, da utilização (direito de uso e gozo dos condôminos particularmente) da edificação ou do conjunto de edificações (art. 19); o capítulo VI, da administração do condomínio (arts. 22 e 23); e, por fim, o capítulo VII versa sobre a assembleia geral (arts. 24 a 27).

A Lei nº 4.591/1964 passou por algumas alterações ao longo das décadas, especialmente no que se refere às incorporações imobiliárias, até que, com o advento do Código Civil vigente, a propriedade horizontal passou a ser por ele essencialmente regulada[62], sob o título "Condomínio Edilício" (arts. 1.331 a 1.358), sem modificações substanciais no regime jurídico de então – e sem revogação expressa da lei 4.591/1964.

Digno de nota final que todas as leis a partir do Decreto nº 5.481/1928 até o atual *Codex* passaram a estabelecer textualmente a necessária relação entre as unidades autônomas e as partes comuns como caracterizadoras da propriedade horizontal.

---

approvado nos termos do artigo anterior, podendo dellas ser encarregado o administrador a que se refere o art. 8º. Art. 11. E' vedado a qualquer proprietario de apartamento: a) mudar a fórma externa da fachada ou a distribuição interna dos compartimentos; b) decorar as paredes e esquadrias externas com tonalidades ou côres diversas das empregadas no conjunto do edifício; c) estabelecer enfermarias, afficinas, laboratorios ou installações perigosas ou que produzam ruido incommodo; d) embaraçar o uso dos corredores e caminhos internos ou lançar-lhes detrictos, aguas ou impureza; e) o emprego de qualquer processo de aquecimento susceptivel de ameaçar a segurança do edificio ou prejudicar-lhea hygiene e a limpeza. Paragrapho unico. A transgressão de qualquer dessas prohibições, verificada em processo judicial summario, importará na multa de 2:000$ a 5:000$, cabendo a metade ao interessado que intentar a competente acção e a outra á Municipalidade, e o dobro em caso de reincidencia. Art. 12. Revogam-se as disposições em contrario.".

[61] Assim dito pelo próprio autor do anteprojeto, Caio Mário da Silva Pereira em seu livro **Instituições...**, p. 159.

[62] Não obstante exista ainda hoje alguma controvérsia sobre ter havido ou não derrogação ou ab-rogação da Lei nº 4.591/1964 pelo Código Civil brasileiro de 2002.

4. Notas conclusivas

O condomínio, que possui antecedentes históricos e legislativos comuns a Portugal e Brasil, ascendeu notavelmente na sociedade contemporânea – especialmente a partir do século XX.

Do breve estudo realizado, nota-se que a superposição habitacional ou mesmo de propriedades são fenômenos milenares, verificados desde os mais antigos documentos que se tem acesso e registro.

Entretanto, inobstante a verificação de fenômenos jurídicos embrionários, análogos à propriedade horizontal, por assentar-se esta, fundamentalmente, na junção indissolúvel das unidades autônomas, de propriedade exclusiva, com as partes comuns, das quais são os condôminos coproprietários, do que se tem registro histórico não parece ser possível falar na existência de condomínio em edificações até a Modernidade (a partir do Código Napoleônico), ou quiçá, até o início do século XX – quando as próprias legislações passaram a incorporar a noção simbiótica das partes exclusivas e comuns como essenciais ao regime.

No Brasil, em particular, dada a tardia codificação civil (que só veio a ocorrer em 1916), que não tratou do atual condomínio em edifícios, os operadores do direito tomavam a regra enraizada desde as Ordenações do Reino – espelhada na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas (1858) e na Nova Consolidação das Leis Civis de Carvalho Santos (1899) – como genérica admissibilidade da propriedade horizontal. Apenas a partir do Decreto nº 5.481/1928 os textos legais passaram a estabelecer expressamente a necessária relação entre as unidades autônomas e as partes comuns como caracterizadoras da propriedade horizontal – característica essencial à existência do condomínio edilício.

Em Portugal, de forma não muito diferente, superada a regulação contida nas Ordenações Filipinas, o Código Civil português de 1867 basicamente seguia a esteira do Código Civil francês, dispondo apenas sobre o modo de reparação e conserto dos diversos andares dos edifícios pertencentes a diversos proprietários, quando não estivesse previsto nos respectivos títulos. Com o advento do Decreto-Lei nº 40.333, de 1955, a propriedade horizontal passa a ser regulada com os caracteres atuais, indicando expressamente a conjugação das partes autônomas e comuns como elemento essencial ao regime jurídico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, L. P. Moitinho. **Propriedade horizontal**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 978-972-40-1572-9.

ARAÚJO, António Magro Borges de. **A propriedade horizontal e o notariado: minutas e comentários**. Coimbra: Almedina, 1990. ISBN 972-40-0482-1.

AVVAD, Pedro Elias. **Condomínio edilício**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7574-6.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito das coisas**. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 978-85-224-8935-0.

BELMONTE, Pedro Ivo Leão Ribeiro Agra. **A assembleia de condóminos em Portugal e no Brasil e a proteção do direito da minoria nas deliberações**. 2020. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito, especialidade Ciências Jurídicas) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2020.

_____. **Propriedade horizontal e assembleia de condôminos no Brasil e em Portugal: aspectos gerais e a proteção do direito das minorias e maiorias nas deliberações**. Rio de Janeiro: Independently Published, Kindle, 2021. ISBN 979-8713849092.

CÂMARA, Hamilton Quirino. **Condomínio Edilício**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, ISBN 978-85-375-0773-5.

CARVALHO, Carlos Augusto de. **Nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899**. Rio de Janeiro: Livr. de Francisco Alves, 1899. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/227295. [s. ISBN]. Acesso em: Consult. 26 mai. 2019. Acesso em: Consult. 15 mai. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 4: direito das coisas. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-18923-2.

DUARTE, Rui Pinto. **Curso de direitos reais**. 3ª ed. Cascais: Princípia. ISBN 978-989-716-105-6.

DUTRA, André Abelha. **Abuso do direito no condomínio edilício**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013. ISBN 978-857525-606-0.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 14ª ed. Vol. 5: reais. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. ISBN 978-85-442-1954-6.

FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. **Hermenêutica e aplicação da convenção de condomínio (propriedade horizontal)**. 2007. 1229 f. Tese (Doutoramento em Direito das Relações Sociais) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. Da Natureza Jurídica do Direito de Propriedade Horizontal. *In*: **Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa:** Estudos em honra de Ruy de Albuquerque, Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2006. 943 p. ISBN 978-00-000-5584-2, p. 269-284.

_____. **Lições de direitos reais**. 6ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2010. ISBN 978-972-724-428-7.

FERREIRA, José Dias. **Codigo civil portuguez: annotado**, 5 v. Lisboa: Imprensa Nacional, 1870-1876. Disponível em: http://purl.pt/12145/. Acesso em: 13 Mar. 2019.

FRANCO, J. Nascimento. **Condomínio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. ISBN 85-203-1531-3.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Ed. fac-sim. 2 v. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206. [s. ISBN]. Acesso em: Consult. 15 mai. 2019.

_____. **Esboço do código civil**. 2 v. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983. [s. ISBN].

FUENTES LOJO, Juan V. **Suma de la propiedad por apartamentos**. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1969. 2 tomos: T. 1: 936 p.; T. 2: 897 p. [s. ISBN].

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2011. ISBN 978-85-224-6327-5.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 5: direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2006. ISBN 85-02-05484-8.

GONÇALVES, Luís da Cunha. **Da propriedade horizontal ou por andares: breve estudo e comentário do Decreto nº 40.333, de 14 de outubro de 1955**. Lisboa: Edições Ática, 1956. [s. ISBN].

JUSTO, A. Santos. **Direitos reais**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1991-3.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direitos Reais**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4760-7.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: coisas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1369-5.

LOPES, João Batista. **Condomínio**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. ISBN 978-85-203-3362-4.

LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de direito civil**. 2ª ed. Vol. 6: direito das coisas. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1962. [s. ISBN].

MACHADO, Bruno Mangini de Paula. **O condomínio edilício e o condômino com reiterado comportamento antissocial**. 2013. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MARCELINO, Américo Joaquim. **Preferência, propriedade horizontal e outros temas de direito civil e penal**. 2ª ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1988. [s. ISBN].

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **A propriedade horizontal no direito romano**. 2ª ed, 2ª tir. São Paulo: Quartier Latin, 2003. ISBN: 85-88813-19-X.

MARTÍNEZ, Manuel Borja. La propiedad em pisos o departamentos em derecho mexicano. *In*: **Comunicaciones mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Pescara, 1970)**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971, p. 53-69. Disponível em: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/693-comunicaciones-mexicanas-al-viii-congreso-internacional-de-derecho-comparado-pescara-1970?c=28149. Acesso em: 04 Mai. 2019.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código civil comentado**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2013. ISBN 978-85-361-2467-4.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Condomínio**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2012. ISBN 978-85-7987-148-1.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado**. Vol. 5: Direito das Coisas (arts. 1.196 a 1.510). 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda., 2003. ISBN 857387357-4.

MENDES, Armindo Ribeiro. A propriedade horizontal no Código Civil de 1966. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: Ordem dos Advogados. Ano 30, 1970, p. 5-78. Disponível em: https://portal.oa.pt/upl/%7B79a022aa-0440-4941-8e15-1a76ca47d2ae%7D.pdf. Acesso em: 27 Abr. 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado: parte especial**. Tomo XII: Direito das Coisas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORENO, Carlos. **Manual da propriedade horizontal**. 2ª ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1979. [s. ISBN].

NETO, Abílio. **Manual da Propriedade Horizontal**. 4ª ed. Lisboa: Editora Ediforum, 2015. ISBN 978-989-8438-11-9.

PARDAL, Francisco Rodrigues; FONSECA, Manuel Baptista Dias da. **Da propriedade horizontal no código civil e legislação complementar**. Coimbra: Coimbra Editora. 1993. ISBN 972-32-0623-4.

PASSINHAS, Sandra. **A assembleia de condóminos e o administrador na propriedade horizontal**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-1625-2.

PELUSO, Cezar (coord.); LOUREIRO, Eduardo... [et al.]. **Código Civil comentado**. 7ª ed. Barueri: Editora Manole, 2013. ISBN 978-85-204-3586-1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-8067-2.

_____. **Instituições de direito civil**. Vol. 4. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. ISBN 978-85-309-3462-0.

_____. **Propriedade Horizontal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961. [s. ISBN].

PIRES, Antonio. **Da propriedade por andares**. 1949. 151 f. Dissertação (Licenciatura em Ciências Jurídicas), Universidade de Lisboa, Lisboa, 1948-1949.

PITÃO, José António de França. **Propriedade Horizontal: anotações aos artigos 1414.º a 1438º-A do Código Civil**. Coimbra: Almedina. 2007. ISBN 978-972-40-3135-4.

RAMOS, José Luís Bonifácio. **Manual de direitos reais**. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-972-629-157-2.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5687-5.

SARDINHA, Ana; METELO, Francisco Cabral. **Manual do condomínio (propriedade horizontal) e legislação comentada**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2049-5.

SCAVONE Jr., Luiz Antonio. **Direito Imobiliário: Teoria e Prática**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-6790-1.

SEIA, Jorge Alberto Aragão. **Propriedade Horizontal: condóminos e condomínios**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1702-8.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, (coord.); VIANA, Marco Aurélio... [et. al.]. **Comentários ao novo Código Civil**. Vol. XVI: dos direitos reais (arts. 1.225 a 1.510). Rio de Janeiro: Forense, 2003. ISBN 85-309-1829-0.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 14ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 978-85-224-8726-4.

VIEIRA, José Alberto. **Direitos reais**. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-0649-8.

 doi: 10.47595/cjsiurj.v2i2.59

ASPECTOS GERAIS DO BEM DE FAMÍLIA LEGAL

LEGAL ASPECTS OF THE HOMESTEAD

Saulo de Oliveira Salvador Junior[1]

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo discutir o instituto do Bem de Família legal, ou compulsório, instituído pela Lei 8.009/90. Para tanto, aborda-se, inicialmente, sua origem histórica, as espécies existentes no ordenamento jurídico brasileiro, conceito, natureza jurídica, constitucionalidade da citada lei, análise de seus requisitos, abrangência e casos em que o instituto não é reconhecido por existir exceção legalmente estabelecida. A pesquisa é bibliográfica, com finalidade descritiva e exploratória, mediante análise da legislação nacional, sua interpretação doutrinária e aplicação pelos tribunais. Conclui-se que é um importantíssimo instrumento de garantia de direitos fundamentais da entidade familiar, sem, no entanto, deixar de ser aplicado em exceções previstas em lei.

Palavras-chave: Direito Civil, Bem de Família Legal, Impenhorabilidade

Abstract: This paper aims to discuss the institute of the homestead established by Law 8.009/90. To do so, it initially addresses its historical origin, the species existing in the Brazilian legal system, concept, legal nature, constitutionality of the aforementioned law, analysis of its requirements, scope and cases in which the institute is not recognized because of the legal exceptions. The research is bibliographic type, with descriptive and exploratory purposes, through analysis of national legislation, its interpretation and application by the courts. The homestead is an extremely important instrument for guaranteeing fundamental rights of the family entity, without, however, failing to be applied in the legal exceptions.

Keywords: Private law, Homestead, Unseizability

Introdução

Diante da complexidade das relações sociais, notadamente das relações obrigacionais, as quais uma vez inadimplidas podem, via de regra, culminar na execução do devedor com a consequente excussão forçada de seus bens, urge que o Estado crie meios de assegurar a garantia de alguns direitos fundamentais. Neste contexto, o desafio está em, ao mesmo tempo, garantir a eficácia do crédito e proteger o devedor em algumas situações para que não tenha direitos fundamentais atingidos.

Sem pretender esgotar o tema ora proposto, o objeto do presente estudo é analisar de maneira geral a Lei 8.009/90, que introduziu este importante instituto de proteção à propriedade familiar, o que engloba o direito à moradia e garantia do mínimo existencial.

[1] Mestrando em Função Social do Direito – Faculdade Autônoma de São Paulo (FADISP).
E-mail: sauloosjr@gmail.com

Com origem no direito norte americano, no início do século XIX, numa época de crise econômica e de incentivo político de povoamento de áreas inabitadas do território daquele país, chegou ao ordenamento jurídico brasileiro somente no ano de 1916, com a entrada em vigor do antigo Código Civil, que previa somente a espécie de instituição voluntária, vindo a ter tratamento ampliado e previsão da espécie de interpelação automática somente no ano de 1990, com a Lei 8.009. Logo, surgiram questionamentos a respeito da constitucionalidade da citada Lei, notadamente quanto sua aplicação às execuções já em curso, prevalecendo sua vigência plena e o entendimento de que ela não feriria os preceitos constitucionais da sujeição patrimonial e da irretroatividade legal.

Ao pôr o imóvel de residência familiar a salvo da execução por dívidas contraídas pelos membros da família, o bem de família legal mostra-se como um importante instituto de concreção do direito fundamental ao mínimo existencial, à moradia e, consequentemente, de garantia de dignidade, sendo certo que para seu reconhecimento nos autos de execução, basta serem demonstrados os requisitos da propriedade e residência no imóvel. Afirmando, ainda, o nítido caráter de proteção familiar do instituto, a impenhorabilidade vai além do único imóvel de residência da família, abrangendo também móveis que o guarnecem.

Todavia, dado o caráter relativo dos direitos fundamentais, a impenhorabilidade do bem de família também não é absoluta. Na maior parte desta pesquisa, sob esta ótica, serão abordadas as hipóteses em que há exceção à mencionada impenhorabilidade, prevalecendo outros direitos em detrimento dos que fundamentam o instituto, como em casos de ações movidas em decorrência de créditos para aquisição do próprio imóvel, de pensão alimentícia, cobrança de impostos relativos ao prédio, dentro outros adiante analisados.

Referenciais Históricos do Bem de Família

Diferentemente da maioria dos institutos jurídicos do direito privado, o bem de família não teve sua origem no Direito romano, muito embora há quem sustente terem existido institutos que seriam seu verdadeiro "embrião", como a proibição de alienar o patrimônio familiar, que decorria do caráter sagrado dos bens herdados dos antepassados, o instituto da ad-rogação, o benefício da competência e o fideicomisso. Os institutos citados demonstram[2] que a preocupação com a proteção dos bens pertencentes ao conjunto familiar já existia naquele sistema normativo, apesar de diferente do bem de família previsto em nosso sistema atual, muito

[2] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010

pelo fato possuir somente um viés patrimonial, não priorizando a proteção do núcleo familiar, como hoje se apresenta.

Pacífico é que o bem de família nos moldes atuais foi primeiramente instituído na República do Texas. No início do século XIX, os Estados Unidos, recém separados da Inglaterra, sofriam com uma crise que proporcionou a quebra de diversos estabelecimentos. Aproximadamente mil bancos fecharam e as famílias, sofrendo com as execuções das dívidas vencidas, necessitavam de uma legislação que as socorressem. Foi então que em 1839, no Estado do Texas, antes de sua anexação aos Estados Unidos da América, foi promulgado o *Homestead Exemption Act*[3].

Com o objetivo de fixar as famílias na região, este ato normativo garantia a cada cidadão determinada porção de terra, deixando-as livre de eventual excussão forçada. Ao lado de seu intuito político e social, surgiu, desta maneira, como forma de garantir o abrigo familiar, e, em pouco tempo, se espalhou pelo território dos Estados Unidos e transcendeu suas fronteiras, sendo adotado por outros países e por outros povos, com as devidas adaptações.

No Brasil, o bem de família teve sua primeira aparição no Código Civil de 1916. Embora o instituto não constasse do projeto de Clóvis Beviláqua, foi inserido por emenda proposta pelo Senado Federal, na Parte Geral do citado diploma legal, entre os artigos 70 a 73, o que não agradou aos juristas, dado o caráter claramente familiar do instituto. Mais adiante, foram editados decretos estabelecendo limites aos valores da instituição do bem de família. Em 1973, a Lei 6.015, Lei dos Registros Públicos, estabeleceu o trâmite de sua constituição.

A Lei 8.009 de 29 de março de 1990 institui no ordenamento pátrio o hoje chamado bem de família legal e a reforma do Código Civil de 1916 realocou o bem de família de constituição voluntária na parte especial do *Codex,* no livro de direito de família, vigorando até o ano de 2002, quando o novo Código Civil entrou em vigor, trazendo novas regras para sua constituição voluntária sem, no entanto, revogar a Lei 8.009/90.

Espécies de Bem de Família, Conceito e Natureza Jurídica

Há, portanto, duas espécies de bem de família no ordenamento jurídico brasileiro: o voluntário e o legal, valendo ressaltar que as duas categorias não se confundem, não havendo antinomia entre elas, pelo fato de possuírem arcabouços jurídicos distintos.

O bem de família voluntário, disciplinado entre os artigos 1.711 e 1.722 do atual Código Civil, é instituído por ato de vontade, através instrumento público levado a registro imobiliário,

[3] VENOSA, Sílvio de Salvo**. Direito civil: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Atlas, São 2012. v. 6.

pelo qual o bem é destacado do patrimônio familiar gerando dois efeitos principais: impenhorabilidade por dívidas futuras e inalienabilidade do referido bem. Em linhas gerais, há um limite no valor de sua constituição, que só pode ser feita em favor de entidades familiares, sendo também possível, em grande novidade legislativa, que seja composto por valores mobiliários. Nesta linha, conclui-se que a natureza jurídica do bem de família voluntário é de um patrimônio afetado[4], o qual não será atingido por futuras execução, embora também não poderá ser alienado sem autorização judicial.

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa, "(...) apesar da difusão, o sucesso da instituição não alcançou a dimensão esperada, mormente em nossa pátria, onde sua utilização voluntária é diminuta". Mais adiante, na mesma obra, o autor ainda afirma que o instituto se tornou inútil pelo fato da Lei 8.009/90 suprir a proteção que o núcleo familiar necessita, tanto que o Projeto do Estatuto das Famílias o suprime. [5]

O bem de família legal, também chamado de bem de família compulsório ou obrigatório, disciplinado pela Lei 8.009/90, cujo artigo 1° o define como sendo imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, sendo impenhorável e não responsável por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas na citada lei.

Extrai-se, desta forma, que esta espécie é caracterizada por um bem ou conjunto de bens impenhoráveis, ou seja, bens aos quais a lei confere proteção especial, não permitindo a penhora e expropriação para o pagamento de dívidas, salvo algumas exceções. O bem de família, por esta lei, é contemplado de forma mais ampla e facilitada, pois não é necessário a constituição por escritura pública, nem registro imobiliário, tampouco o bem fica fora do comércio. Sua natureza jurídica consiste em ser um bem impenhorável.

O instituidor é próprio Estado, que impõe o bem de família através de norma de ordem pública, buscando proteger a unidade familiar. O objeto é o imóvel, urbano ou rural, destinado a moradia da família, e o móveis que o guarnecem.

Certo é que, para ambas as espécies, a proteção conferida pela citada Lei 8.009/90 ampara-se no direito constitucional à moradia e, em nível doutrinário, na tese de Luiz Edson Fachin, intitulada *O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, segundo a qual, à luz do princípio

[4] PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
[5] VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito civil: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

da dignidade da pessoa humana, as normas civis devem resguardar a cada pessoa o mínimo de patrimônio para que tenha vida digna.

Constitucionalidade da Lei 8.009/90

A Lei 8009/90 é proveniente da conversão em lei da Medida Provisória n° 143 de 1990, em 29 de março do mesmo ano, e, pelo alcance normativo e peculiaridades, notadamente sua aplicação nos processos em curso (artigo 6°), muitas foram as discussões a respeito da sua constitucionalidade.

Formou-se corrente a favor da inconstitucionalidade sustentando que deixar bens a parte de execuções por dívidas feriria o princípio da sujeição patrimonial insculpido no artigo 5°, incisos LXVII e LIV da Constituição Federal, além de, indo mais a fundo, não estar de acordo com regime econômico adotado pela Carta Magna, pois suprimiria garantias e, desta forma, não haveria uma eficácia coativa do direito ao crédito.

Entretanto, o debate está superado e, atualmente, é pacifica a posição que pugna pela constitucionalidade da Lei, tendo em vista que esta ampliou a proteção conferida pelo então Código Civil vigente. Entende-se que a garantia do abrigo familiar decorre da dignidade da pessoa humana que impõe um mínimo existencial à família e prevalece sobre a ideia de que todos os bens do indivíduo devem responder por deus débitos, evidenciando, desta maneira, o caráter social de nossa Constituição, confirmado pela Lei instituidora do bem de família.

A discussão surgiu da infeliz redação do artigo 6°, *in verbis*: "São canceladas as execuções suspensas pela Medida Provisória nº 143, de 8 de março de 1990, que deu origem a esta lei".

De início, podemos afirmar que a interpretação literal do dispositivo nos evidencia a sua flagrante inconstitucionalidade ao determinar a extinção das execuções, visto que não é função de lei extinguir ação que envolve direito a ela pré-constituído em título ao qual o diploma processual civil confere força executiva. Entretanto, a intenção do legislador foi outra: a aplicação imediata da lei com o cancelamento das penhoras, o que é muito diferente da extinção de execuções em curso. Estas continuariam a existir, resguardado o direito de crédito e de sua respectiva ação de execução, podendo ser penhorados outros bens do devedor.

Mesmo com esta adequação da exegese normativa, mais um problema é trazido a discussão: haveria desrespeito ao princípio da irretroatividade das leis, consagrado no artigo 5°, XXXVI, da Constituição Federal, pelo qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Assim sendo, duas correntes se formaram com ampla

sedimentação jurisprudencial e doutrinária. A primeira com fundamento em que a penhora já realizada seria um ato jurídico perfeito e, desta forma, inconstitucional a lei. E a segunda, para a qual os atos de penhora não confeririam aos seus titulares direito adquirido, tendo a dita lei efeitos retroativos, sem ferir seu parâmetro constitucional.

Pois bem, a divergência foi intensa e podemos nos deparar com inúmeros posicionamentos a respeito do tema. Todavia a discussão foi sepultada pela edição da Súmula 205 do Superior Tribunal de Justiça, consolidando o entendimento a favor da constitucionalidade da Lei 8.009/90 e de seu efeito retroativo, segundo a qual "a Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência". É o entendimento acertado, vez que, sendo considerada como norma de ordem pública, é dotada de retroatividade motivada, conforme regra de direito intertemporal estabelecida no art. 2.035, do Código Civil.

Requisitos do Bem de Família Legal

Para que seja reconhecido o bem de família, na fase de execução, antes da arrematação do bem, deve ser demonstrado nos autos, por simples petição, como se extrai do art. 1°, da Lei 8.009/90, que o imóvel é próprio da entidade familiar e que seus membros nele residam. Temos então, dois requisitos básicos: propriedade do casal ou entidade familiar e que utilizem o imóvel para sua residência.

Quando a lei menciona casais está se referindo aos cônjuges. A entidade familiar tem o significado extraído dos parágrafos 1°, 3° e 4° do art. 226 da Constituição da República: a família decorrente do casamento civil, a união estável e a família monoparental.

Entretanto, prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial que o rol constitucional familiar é exemplificativo, sendo admitidas outras manifestações familiares, como a entidade familiar anaparental, a homoafetiva e a mosaico. Desta forma, devemos levar em conta que entidade familiar é uma comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais e/ou afetivos.

Esta é a definição de entidade familiar que mais se harmoniza com o intuito da Lei 8.009/90, pois visa à proteção do patrimônio mínimo e ao direito à moradia da entidade familiar. Neste prisma, o STJ editou a Súmula 364 que estende a garantia do bem de família aos solteiros ou pessoas que vivem solitariamente, pois não podem ser alijados da proteção só por viverem sozinhos, uma vez que a interpretação social da norma ora em estudo é, de fato, resguardar o mínimo existencial e garantir um teto para cada pessoa.

Pois bem, visto quem será beneficiado pelo instituto, cumpre-nos elucidar que o imóvel deve ser destinado à residência destas pessoas, ou seja, o casal ou os membros da entidade familiar devem utilizar o imóvel como sua moradia permanente, como dispõem os artigos 1°, *caput*, e 5°, *in fine*, da Lei 8.009/90. Assim, imóvel residencial é o que serve de local (elemento objetivo) para que se estabeleça uma família, centralizando suas atividades, com vontade de ali permanecer (elemento subjetivo), podendo ser considerado um verdadeiro domicílio familiar.

Este requisito é muito importante e, no intuito de dar maior amplitude possível à proteção conferida pela Lei 8.009/90, o STJ vem considerando que, mesmo o proprietário, aquele que consta da matricula do imóvel, não residir nele, mas residindo um familiar, deve incidir a impenhorabilidade ora tratada (STJ, EREsp 1.216.187/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14/05/2014). Nestes casos, a residência pode ser comprovada pelos mais diversos meios de prova, como comprovantes de pagamentos de contas de água, luz, gás e telefone, condomínio, tributos incidentes, testemunhas, dentre outros.

Por fim, vejamos o teor da Súmula 486 do STJ: "É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família". A flexibilização do requisito deve ser vista com bons olhos.

Trata-se do chamado bem de família indireto, sendo uma forma de proteger o patrimônio mínimo de muitas entidades familiares brasileiras que locam um imóvel e destinam os frutos para a própria subsistência e, até mesmo, para locação de outro imóvel de menor valor. Vale destacar que a Corte Superior entende, segundo o mesmo raciocínio, que a premissa deve ser estendida para o caso de o único imóvel esteja dado em usufruto a mãe do proprietário (STJ, REsp 950. 663/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10/04/2012).

Abrangência do Bem de Família Legal

Nos termos do parágrafo único, do artigo 1°, da Lei em estudo, "A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados".

A impenhorabilidade recai sobre o único imóvel utilizado pelo casal ou entidade familiar, para moradia permanente, sendo que, se houver vários imóveis da mesma natureza, recairá sobre o de menor valor, exceto se outro tiver sido instituído como bem de família voluntário. Esta é a regra extraída do art. 5 °, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.009/90.

Desta forma, fica claro que a impenhorabilidade beneficia somente um imóvel, desde que destinado a moradia permanente. Enfrentando o caso da pluralidade de domicílios e residências, o legislador estabeleceu a proteção ao imóvel de menor valor, exceto se, voluntariamente, tenha sido instituído bem de família sob modelo do artigo 1.711 e seguintes, do Código Civil. Neste caso, então, este será o bem de família imobiliário e voluntário, deixando, em consequência, de existir o instituído pela Lei ora em estudo.

A impenhorabilidade compreende não só o imóvel residencial, urbano ou rural, em que se assenta a construção, as plantações e as benfeitorias de qualquer natureza, mas também todos os equipamentos, inclusive os destinados ao uso profissional, com exceções das hipóteses tratadas no próximo capítulo.

Desta forma, o terreno e a construção sobre ele edificada e as demais acessões são impenhoráveis, assim como as plantações. Também são incluídas as benfeitorias, todas elas, desde as necessárias, úteis e até as voluptuárias. Mais, são impenhoráveis todos os equipamentos, como arados, tratores, eletrodomésticos, bem como os destinados a uso profissional.

A pequena propriedade rural é também impenhorável, não respondendo por débitos oriundos se sua atividade produtiva, conforme dispõe o art. 5°, XXVI, da Constituição Federal. O preceito constitucional é regulamentado pelo parágrafo 2°, do artigo 4°, da Lei em comento, que também determina quanto aos imóveis rurais, quando não enquadrarem no requisito de pequena propriedade, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis.

Mostra-se evidente, assim, o espirito do instituto do bem de família que não se propôs a defender os economicamente fracos, mas sim por a salvo de penhora principalmente bens imóveis, sem qualquer limitação de valor, garantindo o direito à moradia. Sendo residencial o imóvel, estará protegido.

Seguindo na análise do artigo 1°, parágrafo único, em sua parte final há disposição no sentido de que restam impenhoráveis também os móveis que guarneçam a casa, desde que quitados. A referência é genérica aos móveis que guarnecem a residência, deixando à casuística estabelecer o que seja considerado supérfluo e o que possa ser excluído da execução, nos moldes do capítulo seguinte. O emprego da palavra casa deve ser interpretado como o contexto de residência, para não excluir outras formas de moradia, como apartamentos. Quanto a expressão "desde que quitados", também não foi utilizada de maneira precisa, pois se os móveis não forem de propriedade de qualquer integrante da entidade familiar, não podem ser penhorados.

Vale citar, ainda, a proteção dos bens móveis dos considerados possuidores de imóveis, como, por exemplo locatários e comodatários. A lei põe a salvo de penhora os bens móveis que guarnecem o imóvel locado e que pertencem ao locatário. Dispõe o parágrafo único, do artigo 2° da Lei 8.009/90: "No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo".

Sendo assim, a proteção recai sobre bem móvel próprio do casal ou entidade familiar, ainda que guarneçam imóvel alheio. Nota-se a previsão de um bem de família móvel legal, pois é constituído pela lei, independentemente da vontade das partes, sendo de igual forma norma de ordem pública.

Entretanto, partindo de uma interpretação literal do parágrafo único em análise, percebe-se que a proteção não é completa, abrangendo somente os casos de locação e deixando de fora a proteção dos demais possuidores de imóvel alheio, como no caso do comodatário, compromissário comprador e usufrutuário. Deve-se levar em conta a intenção do legislador de proteger a família e garantir um mínimo existencial, estendendo a proteção aos móveis destas demais modalidades de possuidores, como fez o Superior Tribuna de Justiça ao entender a proteção ao único imóvel que está em usufruto (STJ, REsp 950.663/SC, 4ª. Turma, Rel Min Luiz Felipe Salomão, j. 10.04.2012).

Exceções à Impenhorabilidade

Visto a abrangência da impenhorabilidade do bem de família legal, passa-se a elucidar as hipóteses de relativização desta impenhorabilidade, ou seja, as causas em que não haverá proteção conferida pela Lei 8.009/90.

De início, o artigo 2° dispõe que os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos estão excluídos da impenhorabilidade.

Quanto aos veículos de transporte, ressalta-se que há, em alguns imóveis, veículos de transporte que são necessários à exploração da atividade que proporciona a subsistência da família e que não foram excepcionados, como barcos de pessoas ribeirinhas, charretes e outros veículos de tração animal etc. Entende-se que esses veículos de transporte, destinados a exploração do bem imóvel principal, não devem integrar as exceções ora estudadas, pois possuem natureza de bens imóveis, acessórios ao principal, por força do artigo 79, do Código Civil. Nessa linha, Maria Helena Diniz assevera que quando a coisa for colocada "a serviço do

imóvel e não da pessoa", esta imobilização é forma de ficção legal para se evitar que certos móveis, acessórios do imóvel, sejam separados deste.[6]

Sob uma perspectiva ampliada acerca da exceção à impenhorabilidade dos veículos de transporte e levando em consideração o requisito de que o imóvel deve ser residencial, também ficam excluídas da proteção as vagas de garagem que possuem matrículas independentes do imóvel principal. É o teor da Súmula 449 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora".

A súmula é alvo de críticas por parte da doutrina, que argumenta, de forma geral, que há quebra do princípio da gravitação, de modo que, se impenhorabilidade atinge o imóvel principal, deve atingir também a vagada garagem, acessória, independentemente de sua autonomia no registro de imóveis.[7] Além disso, a falta de garagem pode atingir a funcionalidade do imóvel, principalmente em grandes cidades. Some-se ao fato de o artigo 1.331, § 1º, do Código Civil, proibir a alienação ou locação das vagas para terceiros, estranhos ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção, o que é raramente encontrado, levando ao esvaziamento econômico desta situação.

Também com base artigo 2°, a jurisprudência é pacífica no sentido de que os aparelhos eletrodomésticos não são penhoráveis por conta da proteção garantida aos móveis que guarnecem o imóvel residencial, mas há um limite de que os móveis devem ser necessários à família, excluindo-se da proteção os que se mostram voluptuários e que se aproximam da suntuosidade e da ostentação. Essa valoração há de ser feita casuisticamente, sempre tendo em mente que o objeto da proteção desta lei é resguardar a dignidade da família e não a proibição da suntuosidade e ostentação. Neste contexto, há julgado que considerou uma televisão supérflua, determinando sua penhora e, por outro lado, decisão que considerou o mesmo aparelho como objeto necessário e, portanto, livre de execução. O Superior Tribunal de Justiça vem considerando impenhoráveis, por serem necessários ao conforto mínimo das famílias, televisores, aparelhos de som, geladeiras e máquinas de lavar roupa. A título de exemplo, podemos citar uma decisão da Corte Superior, segundo a qual "A impenhorabilidade proclamada pela Lei nº 8.009⁄90 objetiva proteger bens patrimoniais familiares essenciais à habitabilidade condigna. O favor compreende o que usualmente se mantém em uma residência

[6] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
[7] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único.** 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

e não apenas o indispensável para fazê-la habitável" (STJ, AREsp 592713/SP, Decisão Monocrática, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14/10/2014, Dje 21/10/2014).

Em seguida, o artigo 3° da mesma Lei consagra outras exceções à impenhorabilidade.

O inciso I do citado artigo trazia exceção à impenhorabilidade se a penhora fosse fruto de crédito de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias. Incluíam-se os trabalhadores domésticos e os da construção civil que trabalharam no próprio imóvel, desde que com vínculo de emprego. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, caso o vínculo não fosse verificado, como nos casos de empreiteiro que contratou os empregados para construir o imóvel, a exceção não se aplicaria. Ressalta-se, porém, que o inciso em análise foi revogado expressamente pelo Lei Complementar 150 de 2015, responsável por regulamentar os direitos dos trabalhadores domésticos, fazendo o direito à moradia prevalecer sobre créditos trabalhistas de qualquer natureza.

O inciso seguinte estabelece a exceção à impenhorabilidade se a penhora decorrer de ação movida por titular do crédito decorrente de financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos decorrentes do contrato. Nestes casos, subsiste a impenhorabilidade caso o crédito não se destine ao próprio imóvel.

A exceção trazida pelo inciso III é relativa aos créditos decorrentes de pensão alimentícia. Como é cediço, existem três modalidades de alimentos: convencionais, legais e indenizatórios, sendo que a exceção deve recair sobre todas elas. Quanto à última modalidade, não é pacífica a sua inclusão no rol das exceções, existindo corrente que purga pela não incidência desta exceção, argumentando que somente se incluiria os alimentos decorrentes de laços familiares (convencionais e legais), excluindo os decorrentes de atos ilícitos, tese a qual não se filia pelo fato de não existir a exceção alegada no inciso em análise. Neste sentido, o STJ já decidiu no REsp 437.144/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. 07/10/2003, DJ 10/11/2003, do qual se extrai: "O comando do artigo 3º, III, da Lei nº 8.009/90, excepcionando a regra geral da impenhorabilidade do bem de família, também se aplica aos casos de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito – acidente de trânsito em que veio a falecer o esposo da autora -, e não apenas àquelas obrigações pautadas na solidariedade familiar, solução que mostra mais consentânea com o sentido teleológico da norma(...)". No ano de 2015, o referido inciso foi alterado pela Lei 13.144/15, passando a fazer menção de proteção aos direitos do coproprietário que, em união estável ou casamento, figure ao lado do devedor, ou seja, a impenhorabilidade prevalece quando há comunhão, sobre o imóvel, do devedor com companheiro ou cônjuge. Nota-se que a alteração foi desnecessária, vez que, de acordo com as regras que regulam os regimes de bens, a meação do companheiro e do cônjuge já era protegida.

Seguindo, inclui o inciso IV exceção para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar. Desta forma, o imóvel familiar não fica isento de penhora para cobranças de dívidas originadas em obrigações *propter rem* ou ambulatórias.

No caso de execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar, a princípio, o inciso V da citada Lei 8.009/90 também não faz incidir a garantia legal ora estudada. É firme o entendimento doutrinário de que a hipoteca deve ser constituída em favor dos cônjuges ou entidade familiar para que haja a penhora do imóvel, não incidindo a exceção em casos, por exemplo, de hipoteca oferecida por um dos cônjuges para garantir dívida de empresa individual (STJ, REsp 1.324.107/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 13/11/2012). Além disto, este inciso não alcança a pequena propriedade rural, para não ferir as disposições constitucionais do art. 5°, XXVI.

O próximo inciso, de número VI, aduz que a impenhorabilidade não ocorrerá se o imóvel for adquirido como produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória de ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

Outra exceção, disposta no inciso VII do artigo 3°, introduzida pela Lei 8.245/91 (Lei de Locação), dispões que o imóvel familiar será penhorado para cobrança de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação de imóvel urbano. Há, em relação a este dispositivo, divergência doutrinária e jurisprudencial sobre sua inconstitucionalidade. Muitos Tribunais, ao redor do Brasil, se filiam a tese da inconstitucionalidade, argumentando que o dispositivo lesaria a isonomia e a razoabilidade, vez que o fiador perderia o seu imóvel, ao passo que o locatário, devedor principal, não perderia, ferindo, assim, a proteção da moradia conferida pelo art. 6° da Constituição Federal. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no ano de 2006, pela sua constitucionalidade, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça instado a manifestar-se em sede de incidente de recursos repetitivos, culminando na Súmula 549: "É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação".

Para finalizar a análise das hipóteses de exceções estabelecidas na Lei 8.009/90, trataremos do artigo 4° e de seu parágrafo 1°. Neste caso, ocorre uma punição do adquirente de má-fé, em estado de insolvência, de imóvel mais valioso que sua residência antiga, para transferir sua residência familiar e, consequentemente, fraudar credores. Então, é facultado ao juiz, em ação movida pelo credor transferir a impenhorabilidade para residência familiar anterior, caso esta não tenha sido alienada, liberando o mais valioso para execução ou anular a

venda do imóvel da antiga residência, que restará com a mesma impenhorabilidade anterior, liberando o mais valioso para execução.

Vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que este rol de exceções à impenhorabilidade do bem de família é exemplificativo ou *numeros apertus*. Esta conclusão pode ser retida do REsp1.299.580/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20/03/2012, segundo o qual a proteção do bem de família não pode recair em casos que o devedor atuou de má fé, alienando todos os seus bens e fazendo restar apenas o imóvel de residência. A norma de exceção foi interprestada extensivamente, mas prevaleceu seu sentido social, de eticidade, pois não teria sentido confirmar a exceção causando uma situação flagrante de injustiça e de enfraquecimento da proteção especial objetivada pelo legislador.

Considerações Finais

O bem de família, como é conhecido atualmente, surgiu no direito norte-americano, com o *Homestead Act,* objetivando resguardar a moradia de famílias de execuções por dívidas e, por consequência, promover uma expansão territorial para sua região oeste. No Brasil, surgiu no Código de 1916, como modalidade de constituição voluntária, e, mais adiante, introduzida a modalidade de constituição automática pela Lei 8.009/90, sendo uma ferramenta para conferir estabilidade existencial do grupo familiar ao grupamento familiar. Muito se discutiu a respeito da validade da citada Lei, prevalecendo, atualmente, que é constitucional.

Como visto, existem duas espécies de bem de família no ordenamento jurídico brasileiro: o voluntário e o legal. O bem de família voluntário é disciplinado no Código Civil, necessita de escritura pública e registro para ser constituído, o que torna o imóvel impenhorável e inalienável. O bem de família legal não precisa das formalidades mencionadas, opera de pleno direito se satisfeitos seus requisitos (moradia e propriedade do imóvel), não ficado fora do comércio. É um verdadeiro instrumento de garantia do mínimo existencial e de proteção ao núcleo familiar.

O beneficiado pelo bem de família, a par da Lei dispor sobre casal ou entidade familiar, pode ser qualquer pessoa, desde que resida no imóvel e que seja seu proprietário. Considera-se, para efeitos legais, impenhorável o imóvel, abrangendo os móveis que o guarnece, com sua benfeitoria e acessões, a sede do imóvel rural, juntamente, também, com seus móveis e se a entidade familiar possuir vários de mesma natureza será considerado o de menor valor. Não podemos nos olvidar que também é conferida proteção aos móveis quitados do possuidor do imóvel.

Entretanto, a impenhorabilidade encontra um limite legal, sendo exceções à impenhorabilidade as seguintes hipóteses: veículos de transporte, obras de arte, adornos suntuosos, quando a cobrança for relativa a crédito de pensão alimentícia, de impostos e contribuídos devidos em função do prédio, para execução e hipoteca, se adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal, para cobrança de fiança e em caso de aquisição mais onerosa de má-fé, sendo este rol meramente exemplificativo, conforme entendimento jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DAVID, Fernando Lopes. **Impenhorabilidade do bem de família nos tribunais**. São Paulo: Iglu, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIORANELLI, Ademar. **Usufruto e bem de família: estudos de direito registral imobiliário**. São Paulo: Quinta Editorial, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e Casamento em evolução**. Porto Alegre: Editora Síntese, 2009.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 8. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

MARMITT, Arnaldo. **Bem de família legal e convencional**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. I.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil***: Volume Único.* 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

VELOSO, Zeno. **Código civil comentado.** São Paulo: Atlas, 2013. V. XVII.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Atlas, São 2012. v. 6.